

ЧАСОПИС КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА

Український науково-теоретичний часопис

Заснований
у жовтні 2001 року

2015/3

Виходить
4 рази на рік

Київський університет права НАН України
Інститут держави і права ім. В.М.Корецького НАН України

Головний редактор

Шемшученко Ю.С.

Заступник

головного редактора

Бошицький Ю.Л.

Редакційна колегія

Андрійко О.Ф.,
Батанов О.В.,
Горбатенко В.П.,
Костенко О.М.,
Кулинич П.Ф.,
Луць В.В.,
Оніщук М.В.,
Пархоменко Н.М.,
Савчук К.О.,
Усенко І.Б.,
Ходаківська Т.В. (редактор),
Чернецька О.В.

Іноземні члени редакційної колегії

Райнер Арнольд (Німеччина),
Богуслав Банашек (Польща),
Уільям Батлер (США),
Арнольд Варенвальд (Німеччина),
Ванда Ламм (Угорщина),
Адам Махарадзе (Грузія),
Герберт Шамбек (Австрія)

Рекомендовано до друку
Вченою радою
Київського університету права
НАН України
(протокол № 2 від 6.11.2015)
Вченою радою
Інституту держави і права
ім. В.М.Корецького
НАН України
(протокол № 7 від 12.11.2015)

Передплатний індекс

23994

ISSN 2219-5521

ЗМІСТ

Бошицький Ю. Л., Михайленко О. В. Щодо пріоритетів Київського університету права НАН України у 2015/2016 навчальному році 4

Теорія та історія держави і права. Філософія права

Бойко І. Й. Австрійський цивільний кодекс 1797 р. та його застосування у Східній Галичині: деякі дискусійні питання 8
Бернюков А. М. Загальнометодологічні установки концепції «третього шляху» в юриспруденції А. Кауфмана 11
Васецький В. Ю. Становлення Русі-України як самостійної держави: історично-правові процеси 15
Десятник В. О. Критично-правове мислення: об'єктивність науки 19
Іванов В. М. Нюрнберзький процес: історичне та правове значення (до 70-річчя Міжнародного військового трибуналу) 24
Куракін О. М. Особливості предмета правового регулювання 28
Малишев О. О. Археологічне право Франції: генеза та сучасний стан 33
Настюк А. А. Фінанси Київської Русі після прийняття християнства 37
Терела Г. В. Система органів нагляду за додержанням робітничого законодавства за доби Української Центральної Ради 41
Ходаківський М. Д. Юридична термінологія в історико-правовому дослідженні 45
Балаклицький А. І. Сучасні методологічні підходи до дослідження глобалізації: загальна характеристика 49
Іванченко О. П. Систематизація законодавства: науковий вектор, практичні потреби 53
Козаченко В. М. Правова свідомість як джерело права в англосаксонській правовій системі 56

Конституційне право та конституційний процес в Україні

Батанов О. В. Конституційно-правові засади місцевого самоврядування у зарубіжних країнах: основні моделі організації та діяльності 61
Куян І. А. Конституційно-правові проблеми розвитку України як демократичної держави 66
Антонов В. О. Проблема формування нової нормативно-правової бази національної безпеки України на тлі нових викликів та загроз 70
Гасва Н. П. Принцип відсутності майнового інтересу членів (учасників) громадських об'єднань: теоретико-правовий аспект 73
Довгань Г. В. Конституційні зміни як передумова вступу Естонської Республіки до Європейського Союзу 78
Костецька Т. А. Інформаційне забезпечення як невід'ємна складова виборчого процесу: теоретико-правові аспекти 82
Омельченко Н. Л. Поняття, принципи та місце парламентського права України у системі права 86
Суржинський М. І. Правове регулювання припинення громадянства в пострадянських державах (порівняльний аналіз) 90

Смельянова А. Г. Конституційне право на участь в управлінні державними справами: актуальні проблеми реалізації	95
Залізюк В. В. Деякі аспекти дефініції поняття «політична партія» в наукових працях та національному законодавстві України як відображення її функцій та ролі в суспільстві	99
Лізунова О. Д. Порівняльно-правові аспекти інформаційного забезпечення виборів від найдавніших часів до сучасності	103

Адміністративне право і процес. Фінансове право. Інформаційне право

Андрійко О. Ф., Кисіль Л. Є. Адміністративно-правове забезпечення реалізації прав і свобод громадян в Україні	107
Антошкіна В. К. Способи тлумачення в цивільному праві та їх роль в правозастосовній практиці	110
Бевз С. І. До питання про сутність державного регулювання господарської діяльності	114
Дерець В. А. Участь громадськості у формуванні та реалізації державної політики	118
Ісаєва Н. К. Удосконалення податкового законодавства України в сучасний період	122
Степанов І. О., Лівак П. Є. Правова робота як юридичний засіб інтенсифікації застосування та реалізації права	125
Фукс Н. А. Закон України про державний бюджет як інструмент регулювання фінансових відносин	129
Баурда М. М. Правові аспекти застосування іпотечних сертифікатів на фондовому ринку України	134
Грінь А. А. Принципи пропорційності в реалізації дискреційних повноважень органами виконавчої влади	138
Крахмальова К. О. Стан досліджень статусу внутрішньо переміщених осіб в Україні	142
Лаврінченко І. А. Право гаранта на регрес та його забезпечення	145
Терещук О. А. Місцеві органи виконавчої влади: реформування в Україні і досвід Польщі	155
Устименко Є. В. Систематизація заходів адміністративного припинення	160
Шапочкіна М. В. Адміністративно-припинювальні санкції у сфері ліцензування: теорія та практика	164
Ярова Р. В. Вина як ознака адміністративного проступку спеціальних суб'єктів – водіїв автотранспортних засобів	168

Проблеми цивільного та підприємницького права в Україні

Литвин С. Й. Сутність результату інтелектуальної, творчої діяльності як об'єкта цивільного права	173
Мариц Д. О. Договір перевезення пасажирів та багажу на таксі	177
Наден В. В. Обязанности наследников, возникающие в завещательном отказе, «возложении», завещании с условием (сравнительно-правовой анализ)	180
Намясенко О. К. Підвідомчість і підсудність господарських спорів: загальний огляд теоретичних та практичних проблем	185
Сімутіна Я. В. Щодо механізму правового регулювання трудових відносин у сучасних умовах	188
Ткачук О. С. Аксіологічні константи цивільного судочинства	193
Шкребець Д. В. Деякі нові підходи до класифікації ухвал в цивільному процесі	197
Гордієнко Р. Л. Медіація та її роль у консалтинговій діяльності в сфері охорони здоров'я	202
Кучмієнко О. В. Зловживання правом у корпоративних правовідносинах: зарубіжний досвід в українських реаліях	205
Простибоженко О. С. Юридична конструкція «договору в інтересах сім'ї» у майнових правовідносинах подружжя: спроба концептуального осмислення	212
Сіроштан О. О. Особливості спадкування прав інтелектуальної власності особами, які мають право на обов'язкову частку у спадщині	216
Сошиников А. О. Теоретичні засади здійснення публічних закупівель	221
Фартушок Т. Б. Принципи оплати праці в аспекті захисту права на оплату праці	227
Череднікова Т. М. Поняття нафти та нафтопродуктів як об'єктів правовідносин з поставки	230
Шельякова Т. В. Ятрогенна патологія та її місце в професійних ризиках у сфері страхування	235

Проблеми права інтелектуальної власності

Бошицький Ю. Л. Взаємозв'язок створення, охорони та захисту об'єктів інтелектуальної власності в контексті потреб сталого розвитку України	238
Шшика Р. Б. Щодо статті 432 ЦК України	244
Андрощук Г. О. Перетворення торговельної марки на родові поняття: доктрина і практика	248
Гуйван П. Д. Темпоральні аспекти регулювання відносин інтелектуальної власності	252
Шшика О. Р. Відносини у сфері інтелектуальної власності в предметі цивільного права	256

Аграрне, земельне та екологічне право

Кулинич П. Ф. Нерухоме майно як об'єкт правових відносин: землентрична і надрцентрична концепції	262
Григор'єва Х. А. Шляхи реформування законодавства щодо оподаткування аграріїв у контексті вимог МВФ	266
Євстінєєв А. С. Правове забезпечення екологічної безпеки при здійсненні спеціального лісокористування в Україні	269
Кишко-Єрлі О. Б. Відповідальність за шкоду, спричинену космічними об'єктами з ядерними джерелами енергії на борту	274
Юрескул В. О. Щодо концептуальних підходів до предмета екологічного права України	277

Кримінальне право та кримінологія

Бакаянова Н. М. Функціональні основи об'єднання адвокатів в Україні	282
Біленчук П. Д., Ярмолюк А. А. Поліцейський Кодекс України. Яким йому бути?	287
Кукіна З. О. Порівняльно-правова характеристика кримінальної корпоративної відповідальності в країнах Європейського Союзу	292
Ляшук О. М. Особливості початкового етапу міжнародного розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення	297
Омельчук Л. В. Тактика проведення допиту підозрюваного під час кримінального провадження щодо неналежного виконання професійних обов'язків медичними працівниками	301
Чуваков О. А. К вопросу о видах преступлений против основ национальной безопасности Украины	304
Козак Л. С. Особливості предмета доказування у провадженнях щодо кримінальних правопорушень, вчинених шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій	308
Козьяков Р. С. Біометричні методи ідентифікації безвісно зниклих осіб	312
Наумова О. С. Гармонізація кримінально-правової охорони волі особи з міжнародними зобов'язаннями України	316
Поповичук В. О. Визначення категорії «злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку»	320
Ташицька Н. М. Згода потерпілого на заподіяння шкоди в американській правовій системі	323
Черников Е. Э. Особенности последствий как элемента объективной стороны ненадлежащего исполнения медицинским или фармацевтическим работником своих профессиональных обязанностей	328

Правова система України й міжнародне право, порівняльне правознавство

<i>Васянович О. А.</i> Вплив міжнародного права на національну правову систему Японії	331
<i>Гайдулін О. О.</i> Інтерпретація джерел інституту електронних договорів: федеральне законодавство Німеччини	334
<i>Котляр О. І.</i> Право біженців на довгострокове рішення	338
<i>Мехтієв Новруз Габіб оғли.</i> Конвенційні та інституційні контрольні механізми захисту прав людини в Азербайджанській Республіці	341
<i>Мушак Н. Б.</i> Спільна політика Європейського Союзу щодо надання захисту громадянам третіх країн	346
<i>Отрош М. І.</i> Вчення Римської церкви про поділ церковної і державної влади та взаємовідносини між ними у період від Міланського едикту 313 року до розділення Східної і Західної церков у 1054 році	350
<i>Савчук К. О.</i> Поняття та зміст принципів міжнародного права у працях Всеволода Пійовича Даневського	354
<i>Ляшенко Н. А.</i> Рішення Європейського суду з прав людини як підстава для перегляду рішення національного суду Верховним Судом України	357
<i>Панченко Л. Є.</i> Міжнародно-правова та внутрішньоправова регламентація проведення міжнародної миротворчої діяльності	361
<i>Шимон І. П., Лемак В. В.</i> Протидія політичній корупції в Румунії: можливий досвід для України	366

Гість номера

<i>Акуленко В. І.</i> З немовлям «Батьківщини-мачухи» в ретроспективній декомунізації	371
<i>Ostojewicz J.</i> Specifics of legal sources governing jurisdictional immunities of states and their property	374
<i>Chackiewicz M.</i> Regulacje prawne dotyczące zasad opodatkowania suszu tytoniowego	380

Студентська трибуна

<i>Борисова Ю. Ю.</i> Історико-правовий аналіз становлення аудиту в Україні	387
<i>Димитрович Я. О.</i> Історично-правові засади еволюції поняття «страхування»	391
<i>Лата І. М.</i> Місце та значення практики Європейського суду з прав людини в сучасному адміністративному судочинстві України	394
<i>Лівінська К. Б.</i> Монополізація адвокатської діяльності: проблемні питання	398
<i>Оленіна Я. Г.</i> Актуальні питання імплементації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами 2011 року (щодо психологічного та фізичного насильства) в кримінальне законодавство України	401
<i>Омельченко О. П.</i> Проблеми розмежування суб'єкта і об'єкта медико-біологічного дослідження	406
<i>Чернюк Д. С.</i> Кримінально-правове забезпечення територіальної цілісності і недоторканості України: порівняльний аналіз із зарубіжним законодавством	411

Рецензії

<i>Кулик О. Г.</i> Антикорупційна стратегія протидії корупційній злочинності в Україні: науковий погляд сучасника	414
<i>Кресіна І. О.</i> Жити вільним або померти	416

Наукова хроніка

Всеукраїнський семінар «Роль навчально-реабілітаційних центрів у створенні регіонального та корекційно-реабілітаційного освітнього простору для дітей з особливими освітніми потребами»	418
Науковий семінар «Розвиток відносин цивільно-правової відповідальності в сучасній Україні»	418
Круглий стіл на тему: «Понятійне співвідношення «народів» та «націй»»	419
Круглий стіл на тему: «Проблеми кримінальної юстиції в контексті конституційної реформи в Україні: актуальні питання кримінального права, кримінального процесу та криміналістики»	419
Круглий стіл щодо правового регулювання імміграційної політики ЄС	420
Новий проект КУП НАНУ щодо видання коментаря до Конституції Пилипа Орлика	421
Співробітництво Київського університету права із Західним науковим центром НАН України у м. Львів	421
Круглий стіл на тему: «Завдаток як один із способів забезпечення виконання зобов'язань у цивільному праві зарубіжних країн»	422
Семінар-дискусія на тему: «Шляхи вирішення територіальних питань у сучасному міжнародному праві»	422
IX Міжнародна науково-практична конференція «Європейська юридична освіта і наука»	423
Редакційні повідомлення	424

**Ліцензійною угодою від 10.10.2014 р. «Часопис Київського університету права»
внесено до Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline**

**«Часопис Київського університету права» внесено до переліку фахових видань
за спеціальністю «Юридичні науки»
(Постановою Президії ВАК України № 1-05/6 від 12.06.02;
Постановою Президії ВАК України № 1-05/3 від 14.04.10;
наказ Міністерства освіти і науки України № 528 від 12.05.2015).**

Адреса редакції: 01601, м. Київ, вул. Трьохсвятительська, 4.
Головний редактор: (044) 278-51-55. Редактор: (044) 235-63-24.

E-mail: chasprava@ukr.net

www.kul.kiev.ua

Редактор *Т.В.Ходаківська*. Художник *Н.М.Косяк*
Комп'ютерне макетування: *Г.П.Кондрашин*

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 16356-4828ПР від 19.02. 2010 р.

Підп. до друку 16.11.2015. Формат 60×84 1/8.

Друк офсетний. Ум.-друк. арк. 49,3. Обл.-вид. арк. 63,6. Наклад 500 прим.

Видання та друк: Київський університет права НАН України. 01601, м. Київ – 1, вул. Трьохсвятительська, 4. Тел. 278-73-11.

Ю. Л. БОШИЦЬКИЙ

*Юрій Ладиславович Бошицький, професор,
заслужений юрист України, ректор Київського університету права НАН України*

*Ольга Вікторівна Михайленко, вчений секретар
Київського університету права НАН України*

ЩОДО ПРІОРИТЕТІВ КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА НАН УКРАЇНИ У 2015/2016 НАВЧАЛЬНОМУ РОЦІ

Напередодні нового 2015/2016 навчального року, який ставить нові завдання перед Київським університетом права НАН України, вже стало традицією коротко визначити та сформулювати цілі та пріоритети. Щороку ми намагаємося комплексно визначити й охарактеризувати особливості основних напрямів діяльності та пріоритетні кроки університету на майбутнє на підставі аналізу здобутків за минулий навчальний рік і позитивного досвіду в освітній сфері як у нашій країні, так і за її межами.

Для нас 2014/2015 навчальний рік був роком вагомих здобутків. Університет був неодноразово успішно представлений на міжнародних та всеукраїнських виставках, презентаціях, різноманітних освітніх форумах, заходах. Зокрема, університет був удостоєний Гран-прі в номінації «Ефективність науково-дослідної діяльності вищого навчального закладу», «Профорієнтаційна робота серед молоді», «Креативність в організації наукової роботи молодих вчених та студентів» і отримав звання Лауреата конкурсу I ступеня у номінації «Інновації у діяльності вищого навчального закладу з інтеграції в європейській освітній і науковий простір».

2015/2016 навчальний рік для Київського університету права НАН України є визначальним, оскільки у грудні 2015 р. виш відзначатиме своє 20-річчя від дня заснування.

Святкування ювілею є визначною подією в житті нашого колективу. З перших днів існування університету ми прагнули насамперед створити навчальний заклад вищого гатунку за формою, духом і змістом. Для цього ми постійно вдосконалювали якість освіти, застосовували сучасні технології в організації освітнього процесу, використовували позитивний інноваційний досвід провідних зарубіжних вузів, модернізували матеріально-технічну базу. Працювали не покладаючи рук для того, щоб університет отримав визнання й світову популярність, став лідером сучасної освіти в Україні.

Сьогодні Київський університет права НАН України займає гідне місце серед профільних вищих навчальних закладів України, користується заслуженим авторитетом серед наукової спільноти.

Вважаємо, що це – висока оцінка діяльності усього нашого колективу. При цьому, хотілось би виділити десять пріоритетів Київського університету права НАН України у 2015/2016 навчальному році.

Пріоритет перший – модернізація освітнього процесу. Освітньо-наукова діяльність є основним напрямом функціонування Київського університету права НАН України.

В університеті створено бездоганні умови для навчання: сучасна бібліотека та читальний зал; обладнано мультимедійні аудиторії; аудиторії інтерактивного тестування та інформаційно-комунікативних технологій, які забезпечені інтерактивними дошками, комп'ютерами останнього покоління; сучасний лінгафонний кабінет; криміналістична лабораторія тощо.

Велика увага в університеті приділяється впровадженню в освітній процес інноваційних комп'ютерних технологій. Мультимедійні аудиторії дають змогу проводити в університеті віртуальні заняття з різних галузей права, в режимі онлайн спілкуватися з викладачами з інших університетів як в Україні, так і за кордоном, проводити онлайн майстер-класи видатних вітчизняних та зарубіжних науковців як у самому університеті, так і за його межами, наукові конференції з трансляцією в мережі університету та світовій мережі Інтернет.

Важливим і визначальним напрямом розвитку університету є підготовка висококваліфікованих і конкурентоспроможних на національному та міжнародному ринку праці фахівців для органів державної влади й управління, підприємств усіх форм власності.

Виходячи із необхідності формування змісту освіти та змісту навчання, відкриття нових спеціалізацій відповідно до потреб ринку праці, у 2015/2016 навчальному році планується пройти акредитацію за наступними напрямками, зокрема:

- 1) магістр за спеціальністю 8.18010011 «Інтелектуальна власність»;
- 2) магістр за спеціальністю 8.03040101 «Правознавство».

Забезпечення конкурентоспроможності університету має відбуватися завдяки високій гарантованості якості освітніх послуг, у тому числі й шляхом створення умов для набуття студентами комунікативної компетентності іноземною мовою на необхідному освітньому рівні. І тому університет з нового навчального року розпочинає впровадження для всіх охочих платних курсів із вивчення іноземної мови. Курс навчання обиратиметься слухачем залежно від його власних потреб і рівня володіння мовою та поділятиметься на базовий курс іноземної мови рівня А1-В1 і поглиблений курс іноземної мови рівня В2-С1.

Виходячи із концептуального положення університету щодо необхідності інтеграції української освіти до європейського і світового простору, Київський університет права НАН України здійснюватиме організацію і проведення літніх шкіл разом із університетами-партнерами іноземних держав, зокрема з Тбіліським університетом ім. Давида Агмашенебелі (Грузія).

Випускники нашого університету отримують необхідний рівень фахових правових знань, чітко аналізують сучасні політичні, соціальні та економічні проблеми розвитку суспільства і визначають власну життєву позицію. Вони адаптовані до громадського життя та конкурентоспроможні на ринку праці.

Пріоритет другий – університетські музеї як один із засобів забезпечення практичної підготовки фахівців. З метою забезпечення захисту прав інтелектуальної власності та інформування про ймовірні ризики і втрати, пов'язані з придбанням підробок, Київський університет права НАН України перший на теренах нашої країни у новому навчальному році відкриє «Музей підробок Українського альянсу по боротьбі з підробками та піратством».

Разом із тим у новому навчальному році в університеті відбудеться відкриття Музею криміналістики ім. Ганса Гросса, який призначений для формування стратегії, тактики і мистецтва оволодіння студентами знань, практичних навичок і вмінь застосування криміналістичної техніки, оформлення матеріалів для проведення криміналістичних експертиз, ознайомлення з тактикою і методикою проведення слідчих дій з метою пізнання, доказування й розслідування злочинів.

Пріоритет третій – поглиблення профорієнтаційної роботи. Університет проводить широкомасштабну інформаційно-орієнтаційну діяльність з метою залучення до навчання абітурієнтів з найбільш обдарованої шкільної молоді, здатної опанувати програми вищої освіти.

Задля цього університет із 2015/2016 навчального року вперше започаткує проведення Міжнародного форуму з прав людини за підтримки Координаційної ради молодих юристів при Міністерстві юстиції України. Крім того, університет продовжуватиме проводити Всеукраїнський конкурс наукових робіт ім. В. М. Корецького «Права людини в сучасному світі: погляд молоді».

Пріоритет четвертий – акцент на зміст науково-дослідної діяльності. Про значний науковий потенціал університету свідчить щорічне проведення конференцій міжнародного та всеукраїнського рівня, видання монографій, навчальних посібників, публікація статей у наукових виданнях.

Керуючись нормативними положеннями щодо необхідності інтеграції освітнього процесу й наукової роботи, а також створення належних умов для нерозривності освіти та науки, Київський університет права НАН України і надалі продовжуватиме проводити щорічні міжнародні та всеукраїнські науково-практичні конференції: «Наукові читання, присвячені пам'яті В. М. Корецького», «Сучасні проблеми правової системи України», «Міжнародно-правові проблеми сучасного торговельного мореплавства», «Актуальні проблеми правотворення в сучасній Україні», «Сучасні проблеми гуманітаристики: сучасні проблеми, комунікативні та педагогічні стратегії», «Сучасні виклики та актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі».

Результати проведених наукових досліджень у 2014/2015 навчальному році знайшли своє відображення у шести виданих збірниках матеріалів науково-практичних конференцій.

Креативним напрямом діяльності університету вважаємо підготовку циклу довідково-енциклопедичної літератури, зокрема Малих енциклопедій. У 2015/2016 навчальному році побачать світ доповнена та переглядана «Мала енциклопедія права інтелектуальної власності» та «Мала енциклопедія канонічного права».

Крім того, за результатами розробки науково-дослідної теми «Дослідження основних інститутів держави та суспільства: компаративістичний аналіз сучасних правових доктрин» університетом буде видано колективну монографію, яка поповнить наукові видання колективу Київського університету права НАН України.

У січні 2016 р. буде розпочато роботу над новою науково-дослідною темою.

Особливого значення в сучасних умовах розбудови правової, демократичної, соціальної держави набуває потреба у всебічному дослідженні теоретико-методологічних питань юридичної науки з метою визначення перспектив розвитку сучасного державотворення. В цьому контексті, університет спільно з Європейським Інститутом Омбудсмена та Союзом юристів України готує до видання колективну монографію «Європейское сердце прав человека», присвячену 25-річчю Європейського Інституту Омбудсмена.

Пріоритет п'ятий – поглиблення інтеграції юридичної освіти і науки. Новелою в науково-дослідній діяльності університету у 2015 р. стало створення Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи у м. Львові та Міжнародного центру правових та економіко-соціальних досліджень країн Центрально-Східної Європи у м. Ужгороді.

За нетривалий період на базі Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи у м. Львові було проведено десять наукових форумів, які мали певний резонанс у наукових колах Львівщини, зокрема, круглий стіл «Парламентаризм в Центрально-Східній Європі: історія, національні особливості, сучасні тенденції», «Обставини, що виключають злочинність діяння: проблеми теорії та практики», «Сучасні актуальні проблеми права інтелектуальної власності в країнах Центрально-Східної Європи: теорія, методологія та практика».

Найближчим часом на базі Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи у м. Львові спільно з Всеукраїнською громадською організацією «Наукове товариство інвалідів «Інститут соціальної політики» планується проведення всеукраїнського семінару «Роль навчально-реабілітаційних центрів у створенні регіонального та корекційно-реабілітаційного освітнього простору для дітей з особливими освітніми потребами» та круглого столу в рамках семінару «Актуальні питання соціально-правового захисту та реабілітації осіб з обмеженнями життєдіяльності в країнах Центрально-Східної Європи».

З-поміж іншого, Міжнародний центр правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи у м. Львові у 2015/2016 навчальному році працюватиме у напрямі:

- проведення курсів, тренінгів, лекцій-семінарів для міських голів, працівників міських і селищних рад з метою їх юридичного просвітництва та підвищення професійної кваліфікації;
- надання послуг з вивчення іноземних мов. Зокрема, йдеться про популярні мови (англійська, німецька та французька), а також менш затребувані на ринку бізнесу іноземні мови – західнослов'янські;
- проведення виставок та презентацій картин відомих художників з метою популяризації та підтримки їхньої творчої діяльності;
- подання грантових проектів та програм із правової, суспільно-політичної, економічної, освітньо-наукової проблематики, які на сьогодні є актуальними і затребуваними у нашій державі, дослідження яких, у свою чергу, сприятиме наближенню України до європейського правового, соціально-економічного та культурного середовища.

На базі новоствореного Міжнародного центру правових та економіко-соціальних досліджень країн Центрально-Східної Європи у м. Ужгороді, відкриття якого відбудеться у листопаді 2015 р., університет проведе IX Міжнародну науково-практичну конференцію «Європейська юридична освіта і наука» спільно із Закарпатською обласною державною адміністрацією та Ужгородським національним університетом, яка була започаткована у 2008 році.

Пріоритет шостий – активізація співпраці університету з Всесвітньою організацією інтелектуальної власності. Результатом плідної співпраці Київського університету права НАН України з іноземними закладами та установами є реалізація низки міжнародних проектів, проведення конференцій, участь працівників університету в різноманітних міжнародних програмах, що в цілому дає можливість розширювати кордони міжнародного співробітництва.

Саме таким науковим заходом стала Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі», яка вперше була проведена у 2014 р. на базі нашого університету спільно зі Всесвітньою організацією інтелектуальної власності (далі – ВОІВ).

Проведення саме такої конференції зумовлено вимогами освітнього процесу університету, оскільки наш заклад готує фахівців у сфері інтелектуальної власності за рівнем підготовки «магістр».

У грудні 2015 р. ця конференція проводитиметься вже вдруге.

Крім того, в рамках програми ВОІВ «WIPO Publication Depository Library Program» у Київському університеті права НАН України створено єдину в Україні бібліотеку-депозитарій Всесвітньої організації інтелектуальної власності. При організації цієї бібліотеки враховувався вагомий внесок університету в розвиток наукових досліджень з права інтелектуальної власності. Бібліотека-депозитарій ВОІВ, що постійно поповнюється матеріалами міжнародного законодавства з інтелектуальної власності (конвенції, договори, угоди), літературою з питань авторського права, патентів, товарних знаків, покликана сприяти більш глибокому ознайомленню студентів та науковців Київського університету права НАН України, фахівців усієї країни в галузі інтелектуальної власності з багатоплановою діяльністю ВОІВ, питаннями правового регулювання та захисту інтелектуальної власності.

Пріоритет сьомий – оптимізація контенту і форми «Часопису Київського університету права» та участі в наукометричних базах даних. Вже чотирнадцять років університет видає «Часопис Київського університету права», який є фаховим за спеціальністю «Юридичні науки».

Нині, коли в наукових колах для оцінювання результативності наукової діяльності все частіше використовують наукометричні показники відповідно до індексу цитування, важливо забезпечити нашим авторам доступ до міжнародної апробації результатів своїх досліджень.

Тому ліцензійною угодою від 10 жовтня 2014 р. «Часопис Київського університету права» внесено до Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline (США).

HeinOnline – найбільша в світі база повнотекстових юридичних журналів. HeinOnline пропонує колекцію електронних періодичних видань з різноманітних правових питань і дисциплін. Доступ до цієї бази даних мають 175 країн світу.

Наразі «Часопис Київського університету права» проходить процедуру включення до Міжнародної наукометричної бази «Index Copernicus International» (Польща).

Пріоритет восьмий – розширення міжнародного співробітництва університету. Міжнародна діяльність університету активно здійснюється в рамках укладених угод про співпрацю, основними положеннями яких є обмін науковим досвідом, підготовка студентів за спільними магістерськими програмами, спільна дослідницька діяльність, обмін науковою літературою тощо.

На сьогодні Київським університетом права НАН України укладено майже 100 Меморандумів про співпрацю. Це 22 країни світу та 47 навчальних закладів.

Упродовж 2014/2015 навчального року було підписано угоди про співпрацю із зарубіжними університетами Словаччини, Грузії, Іспанії, Туреччини, Угорщини, Польщі. Серед них: Центрально-Європейський університет м. Скаліца, Батумська державна морська академія, Гіресунський університет, Університет Короля Хуана Карлоса, Мішкольцький університет, Державна вища Східноєвропейська школа в Перемишлі.

Перспективним для КУП НАНУ залишається співпраця з Варненським вільним університетом «Черноризец Храбр» (Болгарія) у напрямі реалізації спільної магістерської програми з міжнародного права.

Із 2015/2016 навчального року планується розширення переліку магістерських програм із вищими Грузії, Словаччини тощо, пошук і залучення нових закордонних партнерів до співробітництва з Київським університетом права НАН України, поглиблення співпраці в рамках уже існуючих угод з університетами, міжнародними освітніми фондами та організаціями, залучення іноземних грантів.

Крім того, продовжуємо проводити майстер-класи провідних вітчизняних та зарубіжних вчених правознавців і юристів-практиків, політиків, державних діячів. Тільки упродовж 2014/2015 навчального року студенти мали змогу прослухати двадцять майстер-класів авторитетних вчених з України, Сполучених Штатів Америки, Німеччини, Росії, Франції, Польщі, Швейцарії, Італії, Канади.

Пріоритет дев'ятий – поглиблення виховної роботи. В університеті створено всі умови для формування високопрофесійного фахівця та освіченої, гармонійно розвиненої молодого людини, яка плідно використовує вільний від занять час.

З цією метою, починаючи з 2008 р., в Київському університеті права НАН України успішно реалізуються започатковані десять соціально корисних молодіжних проєктів: «Пізнай свій край», «Інтелектуальна власність України: перлини сучасної літератури для студентської молоді», «Інтелектуальна власність України: перлини сучасного живопису для студентської молоді», «Майбутнє України – в руках талановитої молоді», «Передай тепло своєї руки маленькій дитині», «Передай тепло своєї родини людям поважного віку», «Сьогодні зі спортом – завтра з майбутнім», «Формуємо власну бібліотеку зі студентської лави», «Кроки до прекрасного», «Діти народжуються не для війни».

У рамках проєкту «Сьогодні зі спортом – завтра з майбутнім» для студентів університету вже другий рік поспіль будуть організовані змагання з міні-футболу на Кубок імені Б. Є. Патона, змагання з армреслінгу на Кубок імені Ю. С. Шемшученка, IV шаховий турнір серед студентів-правників, присвячений пам'яті всесвітньо відомого вченого, академіка В.М. Корецького.

У рамках проєкту «Кроки до прекрасного» ми видамо п'ятий компакт-диск з класичною музикою. Робимо це традиційно, щороку, до дня народження університету.

І ще один важливий напрям виховної роботи – це духовне виховання студентської молоді. І тому в Рівненському інституті на листопад 2015 р. заплановано відкриття студентської каплички на честь святиителя Петра Могили.

Пріоритет десятий – модернізація матеріально-технічної бази університету – запорука його розвитку. Модернізація матеріально-технічної бази були і залишаються одним із основних завдань перспективного розвитку університету.

У 2014/2015 навчальному році в будівлі Київського університету права НАН України було проведено реконструкцію фасаду центрального входу та здійснено добудову до основного корпусу загальною площею 166,2 кв. м. На першому поверсі ми маємо сучасну студентську їдальню площею 156,6 кв. м, на другому – дві аудиторії, розраховані на 80 і 65 студентів відповідно.

Значну увагу в університеті було приділено облаштуванню сучасних приміщень Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи у Львові.

Наразі на завершальному етапі роботи з облаштування приміщень Міжнародного центру правових та економіко-соціальних досліджень країн Центрально-Східної Європи в Ужгороді.

У 2015/2016 навчальному році весь колектив університету очікує активна й наполеглива діяльність, спрямована на формування нової генерації фахівців, які оволодівши фундаментальними та спеціальними знаннями були б здатними до самостійної творчої праці з урахуванням вимог часу та змін, що відбуваються в суспільстві. Це запорука подальшого успішного розвитку та процвітання університету, а також зростання професійних успіхів кожного нашого працівника. Незважаючи на сьогоднішні суб'єктивні та об'єктивні обставини й тимчасові економічні труднощі в країні, Київський університет права НАН України буде гідно виконувати свої статутні функції та на високому професійному рівні обстоювати статус єдиного навчального закладу юридичного профілю в системі НАН України.

УДК 342.6:353 (477.83.86) «1797»

І. Й. БОЙКО

*Ігор Йосипович Бойко, доктор юридичних наук,
професор Львівського національного університету
імені Івана Франка*

АВСТРІЙСЬКИЙ ЦИВІЛЬНИЙ КОДЕКС 1797 Р. ТА ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ У СХІДНІЙ ГАЛИЧИНІ: ДЕЯКІ ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ

Видавництвом «Статут» у 2013 р. видано цікаву книгу під назвою «Гражданский кодекс Восточной Галиции 1797 г. = Codex civilis pro Galicia Orientali MDCCXCVII»¹. Передмову до видання написав співзасновник Центру дослідження права ім. Савіньї (м. Одеса) В. Зубар, який наголосив на актуальності й необхідності вивчення історії кодифікації цивільного законодавства. Увагу Центру дослідження права ім. Савіньї у 2011 р. привернув австрійський цивільний кодекс 1797 р., який був результатом ґрунтовної як на той час кодифікації австрійського цивільного права. У тому ж 2011 р. було прийнято рішення згаданого Центру організувати переклад з латинської мови на російську і видати цей кодекс. Такий переклад кваліфіковано здійснив харківський вчений А. Гужва. Наскільки нам відомо, це перший в історії переклад російською мовою цього вельми значущого Австрійського цивільного кодексу 1797 р. в історико-правовій літературі. У книзі вміщено дві наукові статті. Першу з них написав професор Віденського університету В. Браунедер (Австрія) під назвою «Цивільний кодекс Галичини – перша кодифікація приватного права в Європі» (пер. з німецької Г. Жигуліна), другу – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України Р. О. Стефанчук під назвою «Цивільний кодекс Галичини 1797 р. як одна із перших світових кодифікацій цивільного законодавства». Безперечно, поява цієї праці є значною подією в галузі української історико-правової науки, яка має велику наукову і пізнавальну цінність, є корисною для науковців і студентів юридичних факультетів.

Дискусійним є те, що автори ідеї видання цієї книги назвали австрійський цивільний кодекс 1797 р. **Цивільним кодексом Східної Галичини 1797 р.,** або **Галицьким цивільним кодексом 1797 року.** Як видається, назва австрійського цивільного кодексу у такій редакції, як подано у цій книзі, є не зовсім коректною, дещо дискусійною, оскільки як Східна, так і Західна Галичина входили до одного коронного краю, була складовою Австрійської імперії. Галичина не мала власного законодавчого органу та відповідних повноважень приймати такі важливі акти, як кодекси. Інша справа, що як Західну, так і Східну Галичину австрійська влада розглядала як «законодавчий полігон», місце випробування нового законодавства, і лише після такої їх апробації та за умови позитивних результатів дія апробованих нормативно-правових актів поширювалася й на інші території Австрійської монархії. Отже, вважаємо, що Галичина не мала і не могла мати власного цивільного кодексу, оскільки була однією з багатьох коронних земель Австрійської імперії. Попри це переклад Австрійського цивільного кодексу 1797 р. і введення його в історико-правову літературу є значним здобутком сучасної юридичної науки.

Водночас вважаємо за необхідне зазначити про доцільність розкриття передумов укладення і затвердження австрійського цивільного кодексу 1797 р. та його застосування у Східній Галичині.

Як відомо, у 1772 р. за результатами першого поділу Речі Посполитої Галичина була приєднана до складу австрійських володінь*. Остаточне входження Галичини до складу Австрії було юридично оформлено договором між Австрією, Пруссією та Росією 3 травня 1815 року. За Кючук-Кайнарджійським мирним договором 1774 р., укладеним між Росією та Туреччиною, до складу Австрії було приєднано також Буковину. У складі Габсбурзької монархії з 1526 р. перебувала Угорщина, яка ще з 1326 р. захопила переважно населені українцями Закарпаття.

Австрійський уряд штучно об'єднав українські та польські землі в єдиний адміністративний край під назвою Королівство Галичини та Володимерії. У західній частині Королівства (тобто у Західній Галичині)

© І. Й. Бойко, 2015

* Австрійські володіння були складовою частиною Священної Римської імперії німецької нації. У 1804 р. імператор Франц І проголосив створення Австрійської імперії. У 1867 р. було створено Австро-Угорську дуалістичну монархію, яка складалася з Австрійської імперії та Угорського королівства. Проіснувала Австро-Угорська дуалістична монархія до 1918 року.

знаходились польські землі, з центром у Кракові, східна його частина (Східна Галичина) була в основному населена українцями з центром у Львові. До 1848 р. у складі Королівства Галичини і Володимерії перебувала також Буковина, однак вже 1849 р. вона була виділена в окремий коронний край.

Відразу після приєднання Галичини австрійський уряд розпочав активні дії щодо організації на її території органів державної влади та крайового самоврядування за зразком австрійської системи державного управління. Значну увагу австрійської влади було зосереджено також і на нормативно-правовому забезпеченні їхньої організації та діяльності. Це було зумовлено насамперед тим, що на території Галичини у другій половині XVIII ст. продовжували діяти норми польського права, які не відповідали тогочасним історичним та суспільним реаліям, містили значну кількість феодалних та напівфеодалних пережитків і були відмінними від джерел австрійського права.

Запровадивши в Галичині подібну до австрійської систему державних органів влади та крайового самоврядування, австрійський уряд обмежив компетенцію та повноваження польської шляхти, а також поширив дію австрійського права на територію всієї імперії. Починаючи з 1772 р., на західноукраїнських землях поступово було запроваджено австрійське законодавство². Офіційним виданням Австрійської монархії, в якому друкувалися австрійські закони, був «Імперський лист законів», а в Галичині такі ж функції виконував «Провінціальний збір законів», який згодом було перейменовано у «Загальний вісник місцевих законів».

Австрійська держава основні зусилля в законодавчій сфері спрямувала на нормативно-правове забезпечення насамперед цивільних правовідносин. Зумовлено це було тим, що господарська діяльність із видобутку корисних копалин, а також виробництва та вивезення з Галичини сировини й продовольства вимагала відповідного правового регулювання. Водночас австрійська влада, прагнучи послабити вплив польської шляхти на території Галичини, здійснювала заходи з метою поширення правової системи Габсбурзької імперії у Галичині і Буковині.

Як відомо, австрійське право розвивалось під впливом німецького права. Перші помітні спроби щодо кодифікації права австрійських земель було зроблено ще за Максиміліана I. Підсумком цього став *Codex Austriacus* (1704–1777 рр.), у якому було вміщено імператорські мандати, декрети та резолюції. Франц фон Карієнт був першим, хто систематизував австрійське право у формі інкорпорації і видав у 1704 р. у Відні всі нормативні акти, що були прийняті або затверджені, починаючи з правління Фердинанда I³.

У другій половині XVIII ст. в Австрії, за часів правління імператриці Марії-Терезії, було активізовано кодифікаційні роботи у цивільному, кримінальному та процесуальному праві. З цією метою імперський уряд створив низку комісій, які називалися також придворними комісіями. Перша комісія розпочала свою роботу 3 травня 1753 року. Одним із перших кодифікованих актів австрійського права, дію якого було поширено на територію Галичини, став кодекс вексельного права 1763 р., яким урегульовувалися відносини у сфері вексельних зобов'язань. На території Галичини відносини у цій сфері до 1775 р. регулювало українське звичаєве право, яке, однак, у міру свого формалізму та складності, було нездатним забезпечувати якісне правове регулювання вексельних операцій, що перешкоджало їх швидкому здійсненню. У 1775 р. чинність цього кодексу була поширена на територію Галичини та Буковини.

Проте найважливішим завданням була розробка і прийняття цивільного кодексу. У період з 1753 р. до 1797 р. розробкою проекту нового австрійського цивільного кодексу займалися три комісії: 1. Компіляційна комісія. 2. Ревізійна комісія як інстанція з перевірки. 3. Законотворча комісія, утворена після ліквідації компіляційної комісії. План кодифікації австрійського права розробив професор Аццоні з Праги, передбачивши в ній три частини: особисте, майнове та облігаційне (боргове) право. Перший проект цивільного кодексу у восьми фоліантах під назвою «*Codex Theresianus*» (Терезіанський кодекс, названий так за ім'ям імператриці Марії-Терезії) було завершено у 1766 р., однак він не отримав затвердження ні з боку Державної ради, ні самої імператриці.

У 1772 р. було віддано розпорядження переробити Терезіанський кодекс, зокрема уникати наукових положень, зайвих роз'яснень та повторень, не прив'язуватись до римського права і якомога більше спростити зміст правових норм. Для цього того ж року створено нову кодифікаційну комісію для переробки незатвердженого проекту цивільного кодексу. Робота цієї комісії просувалася дуже повільно. Щоправда, у січні 1783 р. було видано патент про шлюб, який регулював сімейні правовідносини, а в 1786 р. – патент про порядок спадкування за законом. Декретом від 1 листопада 1786 р. затверджено і оприлюднено першу частину цього кодексу, яка отримала назву «Йозефінського кодексу законів», оскільки її затвердив імператор Йосиф II. Вона передбачала права осіб у п'яти розділах: 1) про закони; 2) про права підданих взагалі; 3) про права подружжя; 4) про права батьків і дітей; 5) про права сиріт та інших осіб, не здатних управляти своїми справами⁴. А у 1787 р. було затверджено другу і третю частини Терезіанського кодексу. Того ж року 1 січня кодекс введено в дію у німецьких спадкових землях Габсбургів, а з 1 травня 1787 р. – і в Галичині⁵. Із прийняттям цього кодексу кодифікаційні роботи не завершилися і тривали за правління імператора Леопольда II. Це було пов'язано з розпуском законодавчої комісії та утворенням 2 квітня 1790 р. нової придворної комісії у законодавчих справах, яку очолив професор Віденського університету Карл Антон Мартіні. Цій комісії було доручено здійснити розробку кодифікаційних актів у цивільному та кримінальному праві Австрії. З початком роботи новоутвореної комісії було проголошено два імператорські патенти, зокрема, 7 травня 1790 р. та 22 лютого 1791 р. Леопольд II видав патенти, згідно з якими комісія була зобов'язана переглянути та доопрацювати цивільний кодекс Австрії 1786 року. Таке доопрацювання полягало у переробці положень розділів про дію законів у часі («Про застосування законів щодо дій, які відбулися»), про обов'язки суддів

(«Керування суддями виключно законом при винесенні рішень»), а також про права дітей («Про позашлюбних дітей»). Результати кодифікаційних робіт комісії підлягали схваленню імператорськими установами та представництвами коронних країв. З цією метою 15 вересня 1790 р. імператор прийняв рішення про утворення при судах другої інстанції спеціальних комісій за участю представників кожного краю імперії. Крім того, для обговорення проекту цього кодексу були залучені також професори юридичних факультетів країв – з юридичного факультету Львівського університету, наприклад, було запрошено для подання висновку професора Б. Борзагу.

Після закінчення роботи над складанням нового австрійського цивільного кодексу, декретом від 17 лютого 1797 р. його з метою апробації було запроваджено у Західній, а декретом від 8 вересня 1797 р. – і у Східній Галичині, як одному з найбільших за територією коронних країв в Австрійській імперії. Цивільний кодекс 1797 р. складався з трьох частин, поділених на розділи, які, своєю чергою, складалися з параграфів. Загалом кодекс налічував 638 параграфів⁶. Джерелами цього цивільного кодексу були норми пруського цивільного уложення, права окремих австрійських країв та пандектне право. Характерною особливістю структури цивільного кодексу 1797 р. було те, що частини кодексу не мали чітких назв – вони лише поширювалися на певні правові інститути. Перша частина містила загальні норми, які роз'яснювали поняття права та держави і визначали права осіб. Окремо було відрегульовано відносини між батьками та дітьми, а також між службовими особами. Друга частина встановлювала правові відносини у речовому праві, визначала поняття речі та закріплювала поділ речей і способи їх набуття. У третій частині містилися норми зобов'язального права, зокрема, встановлювався порядок укладення договору та його види⁷.

Норми цивільного кодексу 1797 р. були сконструйовані авторами на досить високому як на той час рівні⁸. Його квінтесенцією, що відображала державно-правові прагнення освіченого абсолютизму Марії-Терезії та Йосифа II, було розуміння права як такого, що «формує і породжує добро і справедливість, а також розширює загальне благо» (ст. 1 гл. 1)⁹. У цілому Австрійський цивільний кодекс 1797 р. відображав політику освіченого абсолютизму, яка визначала, що діяльність правителів має бути більш прогресивною і раціональною, корисною для держави та населення. Використання при його розробці позитивного досвіду функціонування попереднього цивільного законодавства та значні зусилля кодифікаційних комісій призвели до розробки змістовно та системного нормативно-правового акта. Однак таке досягнення значною мірою нівелювалося недотриманням авторами окремих мовних правил у написанні цього акта. Кодекс містив чималу кількість орфографічних та пунктуаційних помилок. Як один з прикладів можна навести одночасне застосування авторами у різних абзацах тотожного поняття «чинність» та «чанність». Не набагато кращою була і ситуація з пунктуацією. Довільне використання авторами двокрапок замість крапки або крапки з комою наприкінці речення, неправильне вживання голосних та приголосних (що не було помилками при друці) значною мірою ускладнювали читання та розуміння змісту норм цивільного кодексу 1797 року. З прийняттям цивільного кодексу 1797 р. на території Галичини було припинено дію польського феодального цивільного права та створено передумови для реформування австрійського цивільного законодавства.

Австрійський цивільний кодекс 1797 р. було покладено в основу наступних кодифікаційних робіт в Австрійській імперії, наслідком яких стало прийняття нового, більш ґрунтовного Австрійського цивільного кодексу 1811 р., який діяв, зокрема, у Галичині і Буковині до розпаду Австро-Угорщини (1918 р.). З деякими змінами Австрійський цивільний кодекс 1811 р. діяв на території Галичини і в період її приєднання після Першої світової війни до складу Польщі за Ризьким мирним договором 1921 року. У 1933 р. було затверджено великий за своїм обсягом Польський кодекс зобов'язань, який припинив дію значної частини австрійського цивільного кодексу 1811 року. На Буковині, яку захопила Румунія, цивільний кодекс 1811 р. був чинним аж до 1938 року. Однак на території сучасної Австрії цивільний кодекс 1811 р. зі змінами та доповненнями чинний і досі.

Отже, можна стверджувати, що на Галичину і Буковину в період їх перебування в складі Австрії та Австро-Угорщини поширювалися австрійські цивільні кодекси (1797, 1811 рр.), які містили розвинуті правові положення і конструкції римського права, на високому, як для того часу, рівні регулювали цивільні відносини, відображали тогочасні європейські правові традиції.

¹ Гражданский кодекс Восточной Галиции 1797 г. = Codex civilis pro Galicia Orientali MDCCXCVII / пер. с лат. А. Гужвы ; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. – М. : Статут ; Одесса, 2013. – 536 с.

² Кульчицький В. С. Джерела права в Галичині за часів австрійського панування / В. С. Кульчицький // Проблеми правознавства. – 1971. – Вип. 19. – С. 46–47.

³ Никифорак М. В. З історії кодифікації австрійського цивільного та цивільно-процесуального права / М. В. Никифорак // Науковий вісник Чернів. ун-ту : зб. наук. праць. – 2002. – Вип. 81. – С. 18. – (Серія «Правознавство»).

⁴ Никифорак М. В. Буковина в державо-правовій системі Австрії (1774–1918 рр.) / М. В. Никифорак. – Чернівці : Рута, 2004. – 384 с. – С. 278.

⁵ Кульчицький В. Джерела, структура, основні положення австрійського цивільного кодексу 1811 р. / В. Кульчицький, І. Левицька // Вісник Львів. ун-ту. – 2009. – Вип. 48. – С. 47. – (Серія «Юридична»).

⁶ Панич Н. Цивільний кодекс Австрії 1812 р. та його застосування на території Галичини / Н. Панич // Вісник Львів. ун-ту. – 2008. – Вип. 47. – С. 51. – (Серія «Юридична»).

⁷ Кодифікація цивільного законодавства на українських землях / уклад. Ю. В. Білоусов, І. Р. Калаур, С. Д. Гринько та ін. ; за ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. – К. : Правова єдність, 2009. – Т. 1. – С. 759–884.

⁸ Правове регулювання цивільних відносин в Україні (IX–XX ст.): [навч. посіб. для студ. вищ. навч. закладів] / І. Й. Бойко. – К. : Атіка, 2013. – 348 с. – С. 269.

⁹ Гражданский кодекс Восточной Галиции 1797 г. = Codex civilis pro Galicia Orientali MDCCXCVII / пер. с лат. А. Гужвы ; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. – М. : Статут ; Одесса, 2013. – С. 39.

Резюме

Бойко І. Й. Австрійський цивільний кодекс 1797 р. та його застосування у Східній Галичині: деякі дискусійні питання.

У статті розглянуто дискусійні питання щодо Австрійського цивільного кодексу 1797 р., який в літературі іноді називають Галицьким цивільним кодексом. Показано, що Галичина не мала і не могла мати власного цивільного кодексу, оскільки була однією з багатьох коронних земель Австрійської імперії. Попри це переклад Австрійського цивільного кодексу 1797 р. і введення його в історико-правову літературу є значним здобутком сучасної юридичної науки.

Ключові слова: цивільний кодекс, законодавство, Східна Галичина, Австрійська імперія.

Резюме

Бойко І. Й. Австрийский гражданский кодекс 1797 г. и его применение в Восточной Галиции: некоторые дискуссионные вопросы.

В статье рассмотрены дискуссионные вопросы Австрийского гражданского кодекса 1797 г., который в литературе иногда называют Галицким гражданским кодексом. Показано, что Галиция не имела и не могла иметь собственного гражданского кодекса, поскольку была одной из многих коронных земель Австрийской империи. Несмотря на это перевод Австрийского гражданского кодекса 1797 г. и введение его в историко-правовую литературу является значительным достижением современной юридической науки.

Ключевые слова: гражданский кодекс, законодательство, Восточная Галиция, Австрийская империя.

Summary

Boiko I. Austrian Civil Code in 1797 and its application in Eastern Galicia: some debatable issues.

In the article the controversial issue of the Austrian Civil Code in 1797, which is sometimes called in the literature of Galicia Civil Code. It is shown that Galicia had and could have its own civil code, because it was one of many crown lands of the Austrian Empire. Despite a translation of the Austrian Civil Code in 1797 and making it an historical and legal literature is a significant achievement of contemporary legal science.

Key words: civil code, legislation, Eastern Galicia, Austrian Empire.

УДК 340.12

А. М. БЕРНЮКОВ

Анатолій Миколайович Бернюков, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Хмельницького інституту соціальних технологій ВМУРОЛ «Україна»

ЗАГАЛЬНОМЕТОДОЛОГІЧНІ УСТАНОВКИ КОНЦЕПЦІЇ «ТРЕТЬОГО ШЛЯХУ» В ЮРИСПРУДЕНЦІЇ А. КАУФМАНА

Сучасний етап розвитку пізнання характеризується підвищенням заінтересованості до первинних методологічних основ, які носять чисто онтологічний та гносеологічний характер. Нині в світі все більше набирає силу тенденція, коли рефлексійне осмислення через ці теоретико-понятійні системи водночас є й неодмінною умовою подальшого розвитку правознавства. Успішне ж вирішення проблем подібного роду передбачає тісне співробітництво юристів та філософів. У даному напрямі в світовій думці накопичено значний досвід та потенціал. У цьому плані стає особливо актуальним філософсько-методологічне осмислення такої центральної правової категорії, як юридична реальність. Дослідження останньої нині слід починати із безпосередньої конституційно-субстанційної, глибинної структури, тобто шляхом онтологічного та гносеологічного аналізу. Саме таким чином і стає можливе принципове вивчення *jus*, яке все ще продовжує бути своєрідною білою плямою в нашій науці, залишаючись «terra incognita». При цьому варто зауважити, що питання онтології та гносеології *jus*, як такі, що містять решту у своєму безпосередньому конкретному розв'язку, вбирають їх у себе, – є єдиними по-справжньому визначальними, наріжними та наскрізними напрямками для філософії права.

Розглядаючи існуючі на сьогоднішній день методології в осмисленні природи юридичної реальності, їх можна класифікувати за часом виникнення на: 1) юснатуралізм; 2) юрпозитивізм; 3) «третій шлях» А. Кауфмана; 4) інтегративну юриспруденцію. Якщо перший підхід визнає лише належну частину правової

реальності, то другий – тільки її суцільний компонент. Свого часу було багато сказано та написано про ці дві позиції, тож більш детально зупинимось на решті, зокрема, на кауфманіанстві, що залишається ще малодослідженим у вітчизняній науці. При цьому слід зазначити, що українські вчені не поспішали взятися за дослідження «третього шляху». Відповідно, їх ставлення до цієї юридичної методології залишається нез'ясованим. Відтак, метою даної статті є завдання з'ясувати основні установки, яким користувався А. Кауфман під час розробки своєї теорії, причому, спираючись на першоджерела, тобто самого автора.

Отже, Кауфман насамперед розпочинає із справедливого зауваження про те, що філософія права завжди визначалася лише постійною боротьбою позитивізму й природного права. В якості ж здорової альтернативи він пропонує свій, т.з. «третій шлях», в юриспруденції. І кауфманські ліки, підготовлені ним для останньої – це герменевтика, однак не у вигляді методу, а як трансцендентальна філософія права. Своє ввідне обґрунтування щодо зазначеного німецький вчений зводить до наступного: «Протягом століть природне право і юридичний позитивізм воювали один з одним, хоча часто і називаючись іншими іменами. З цієї війни ніхто не вийшов переможцем, а залишилось лише двоє переможених. Природне право і позитивізм на сьогодні вичерпані, і через це правова філософія шукає «третій шлях», що знаходиться за межами природного права та юрпозитивізму. Ця дорога логічно приводить до юридичної герменевтики. Але давайте по порядку.

У філософсько-онтологічному значенні юснатуралізм та юрпозитивізм різняться через свої шляхи розуміння основ буття та дії права: для одних воно існує для людини в «природі» як даність; для інших – право – це «воля законодавця», яка не зв'язана нічим, щоб їй передувало б. Але перші й другі стають схожими, з теоретично-методологічної перспективи, через їх інтелектуальні структури, і в конкретно-використовуваних шляхах процесу відкриття права... Відповідно до цього, як природне право, так і позитивізм намагаються сформулювати чисто дедуктивним шляхом суму закінчених правових речень в своїй повноті та без лакун, готових до використання і які не потребують будь-якої інтерпретації, і за допомогою яких можна вирішити будь-яку юридичну справу»¹.

Разом із тим, як намагається переконати нас А. Кауфман, подібне «уречевлене мислення не є доречним, принаймні, до неуречевлених сутностей, зокрема ... права, – перетворюючи їх на застигли окаменілість»². Тож, доходить висновку на підставі цього Кауфман: «сьогодні, таким чином, ми находимо не тільки закритим доступ до класичного природного права, але й немає і ніякої можливості повернення до юридичного позитивізму зі своїм безумовним дотриманням законів. Можна тільки прагнути до положень за межами юснатуралізму та позитивізму»³.

Намагаючись вже ввести нас у річище своєї концепції, А. Кауфман говорить: «Зовнішньо та незалежно від юридичного процесу знаходження, даються об'єктивно тільки абстрактна норма закону та аморфний випадок, тільки сировина. Конкретне право утворюється тільки в процесі розуміння. Відповідно не може бути також «правильності» права поза межами цього процесу. Що, однак, гарантує, що в цьому процесі дійсно виникає «право», «правильне право»? Для наївного об'єктивістського розуміння, – це не проблема: право просто дедуціюється із закону, яке необхідне для конкретних фактичних обставин. Однак, оскільки право – це не готова об'єктивна одиниця, а результат процесу, відповідь на це питання не така вже і легка ... Необхідна умова розуміння – це об'єкт, який має розумітися. Для Іохіма Грушки ці «речі здійснюють правосуддя» ... З цією думкою варто погодитися. Тепер вирішальне питання: як цей об'єкт (право) слід розуміти? Йдеться тут лише про трансцендентальні умови розуміння відповідно кантівського образу «річ в собі», або ж «річ право» є «предметно-багатою»? ... З розмірковувань Грушки відповідь є незрозумілою. Тим не менше, відповідь на це питання залежить від відповіді на інше питання: чи пояснює об'єкт (право) тільки структуру юридичного процесу віднаходження, чи вона визначає цей процес за змістом і обмежує разом із тим його свавілля. Це питання є онтологічним»⁴. І як показує подальший хід його роздумів, для А. Кауфмана вирішення юридичної справи – це і є саме право. З усіма наслідками, що звідси випливають.

Після чого А. Кауфман, намагаючись вийти на траєкторію власної концепції юридичної норми «без власної оболонки», стверджує, що справедливе право – це чиста суб'єктивність, «разовий» метод пізнання: «Два основних питання філософії права, на мій погляд, полягають у тому, що уявляє собою справедливе право і як ми можемо розпізнати його справедливості. Тривалий час вважалося, що ці питання про сутність правової справедливості та знання про неї – окремі питання. Справедливе право – тобто, те, що було справедливим, уявлялось як істотний об'єкт, який протистояв нашому мисленню і він мав бути «схоплений» як предмет у своїй чистій якості буття-в-собі, тобто без змішування з будь-яким суб'єктивним елементом. Таким був ідеал науки доби модернізму, що орієнтувався на модель природничих наук.

Але епоха Модерну підійшла до кінця і в теорії науки визнається сьогодні, що світ не може розглядатися і оцінюватися лише відповідно до наукових критеріїв і природничих категорій. Навіть у цій галузі не завжди можливі об'єктивні результати. Усе це значною мірою стосується наук про розуміння ... серед яких є наука про право – в ній суб'єкт-об'єктна схема є помилковою вже з самого початку. У юридичній науці, а тим більше у філософії права, не існує знань, які б не створювалися тими, хто займається правом, і в цих знаннях завжди міститься (але не виключно) творчий момент: «знання» про право, таким чином, уявляють собою певне розуміння «будови» права. Більш чітко: прямиий матеріал – позитивне право виникає тільки в процесі здійснення юридичного. Не існує будь-якого права раніше за його реальну та позитивну форму. Так само не існує і правосуддя поза межами вироків правосуддя, які завжди містять у собі як раціональні, так і емоційні моменти. З цієї точки зору, процес, як наші знання і наші судження, мають незрівнянно більше значення, ніж в субстанційно-онтологічній моделі.

Якщо це так, тоді не можливо говорити про «справедливе право» або «правильне», на маючи на увазі «метод справедливого права» або «правильного»⁵.

Шукаючи ж «справедливе» в історичному, А. Кауфман заглиблюється в конвенціоналізм, намагаючись отримати підтримку, зокрема, в «філософії дискурсу» Ю. Хабермаса: «Останні пропозиції по теорії справедливості орієнтуються все більше на модель «ідеальної ситуації діалогу» або «ідеальної мови», запропонованої Юргеном Хабермасом. Відправною точкою тут є констатація, нині навряд чи дискусійна, того, що судження про справедливість не можуть бути отримані раціонально чистим способом, але вони скоріше закріплені також в емоційно складових елементах. З цієї точки зору стає зрозумілим, що оптимальні умови для правильних суджень щодо справедливості принципово відбуваються у мові. Якщо судження про справедливість могли би бути отримані чисто раціональним шляхом, то вони б були в межах досяжності для кожної людини; після того, як вони, однак, одночасно містять емоційний зміст, це робить необхідним реалізацію такої складової частини конкретною тільки інтерсуб'єктивізацію.

Представники цього руху – до яких я себе також зараховую – виходять з того положення, що в «ідеальній мові» окремі судження індивідуумів, які вони доводять, стверджуються в більшості випадків в домовленості; що, звичайно, передбачає «неупереджених, «чесних» співрозмовників, компетентних», «свідомих» та «розумних»⁶.

У розробці даного питання А. Кауфман не оминає аналізом і всім відому теорію справедливості Д. Роулза (щоправда, не знаходячи там для себе вже нічого нового): «Цей автор намагається розвивати принципи «справедливості як чесності», повертаючись до теорії суспільного контракту, однак, при цьому в конфронтації з сучасними утилітарними теоріями. Звичайно, такі принципи не нові: рівне право на фундаментальні свободи, компенсування природної нерівності, рівні можливості, процесуальне правосуддя, самоповага і повага до інших, свобода совісті, сумлінність у виконанні договорів і т.д. Подібні постулати ми знаходимо, наприклад, у Тамелло і Перельмана. Як ми вже говорили, ніщо із цього не є новацією; можливо більш рішуче йдеться про права людини і обов'язки, гострі суперечки навколо яких ведеться протягом багатьох століть. Слід додати, однак, що тільки у такому абстрактному формулюванні є деякий безперервний характер: його матеріалізація відбувається через її історичність»⁷.

Відтак, певним чином підсумовуючи цей блок своїх думок, А. Кауфман констатує: «І обговорення, і результат не можуть бути легко відокремлені. Конкретне питання викристалізовується тільки в дискурсі, теж саме відбувається і з об'єктом судового розгляду в судовому процесі»⁸.

Завершуючи малювати картину чисто історичної природи чисто права, А. Кауфман додає: «для філософії та філософії права, якщо вони не хочуть перейти в чисто спекулятивний спосіб – їм важливо притримуватися досвіду; знати та вести бесіду дотримуючись, в певному розумінні, випадку. Але випадок в філософії права – це його присутність в історії; це є досвід, який необхідно отримувати від нього»⁹.

Далі А. Кауфман переходить до герменевтики: «Беручи в якості орієнтира слова Фрідріха Даніеля Ернста Шлейєрмахера, зазвичай, герменевтика розуміється як «мистецтво розуміння». Незважаючи на те, що багато в чому це відповідає дійсності, однак таке формулювання є неточним, проте загальна думка, що йдеться до того, що герменевтика – це один із можливих методів. Безсумнівно, що вона має методологічні функції, але в більш суттєвому розгляді, герменевтика є не методом, а філософією трансцендентальності. Якщо вже на те пішло, то слід вказати, що ідеї Шлейєрмахера були в подальшому розроблені в справжню герменевтику, зокрема, Дільтеєм, Гадамером, Рікером. Отже, це є трансцендентальна філософія, яка допомагає розібратися в умовах, які роблять можливим будь-який спосіб розуміння. Сама по собі вона не передбачає якийсь конкретний метод; вона обмежується лише тим, щоб вказати на необхідні умови для того, щоб ця чи інша річ могла стати зрозумілою, відповідно до її змісту. І у зв'язку з тим, що вона передбачає, що не існує нічого такого, щоб не було доступне для інтелекту, – герменевтика має універсальний характер. Так, знання (а не метод!) – у фізиці, релігії або економіці отримуються в тих же трансцендентальних умовах, що й у праві. Отже, універсальність герменевтики в її абсолютній цінності: вона проявляє себе не в одній, а в багатьох можливостях, в яких ми маємо справу з речами, поміж яких є і право. Внаслідок цього вона не виключає й інші теорії, аналітику чи аргументи, перш ніж рекомендувати ті, які є повністю необхідними»¹⁰.

Щоб перейти до юридичної герменевтики, як він її розуміє, А. Кауфман робить ще одну «підводку»: «Давайте коротко розглянемо, які згадані умови роблять розуміння можливим. Але перед цим давайте зазначимо, що герменевтика характеризується тим, що відміння поняття об'єктивного знання, яке виявляється на контрасті суб'єкт-об'єкт. Відповідно до цієї точки зору, навіть у сфері природничих наук сьогодні ставиться під сумнів те, що пізнавальна дія суб'єкта ловить об'єктивну реальність речей, що відображаються як такі в свідомості без суміші складових частин суб'єктивності. Навпаки, сьогодні вважається, що знання є одночасно як об'єктивне, так і суб'єктивне; що суб'єкт пізнання вводить сам себе в «горизонт знань» і, замість обмеження в тому, щоб поводити себе пасивно в свідомості, яка намагається зрозуміти, він допомагає вибудувати цей процес. Це ж саме стосується і права: він не обмежується лише тим, що «підводить» випадок під закон, перебуваючи повністю ззовні, але він виконує активну роль у будівництві так званого «застосування права». Якщо він, відповідно, поза межами пошуку «точності права», на краю герменевтичного процесу, то з цієї причини приречені на провал будь-які спроби відокремити в науках знання раціональні, з одного боку, та особу, яка підпорядковує пізнання – з іншого.

Але скасування суб'єктно-об'єктного контрасту в процесі пізнання жодним чином не створює правило простого суб'єктивізму, який, наприклад, спостерігається в етиці ситуації чи в екзистенціалізмі Сартра.

Герменевтичне мислення не допускає випадковості моменту, але воно живе «спадком» традиції, яка являє собою «загальне підґрунтя наявного світу, по якому ми ходимо»; це є «фонд, перевірений нашими думками, що нас живить». Герменевтика базується на такій основі: «якщо ви хочете зрозуміти, то вступіть в контакт з речами, які промовляють до нас через традицію». Всупереч будь-якому раціоналістичному формалізму, ми повинні наполягати на традиції, яка має бути осмислена як така, що не протиставляється розуму»¹¹.

Тож далі А. Кауфман говорить вже про герменевтику права: «Впевненість в тому, що суб'єктно-об'єктна схема не має жодної цінності для наук про розуміння (на відміну від того, що відбувається в природничих наук) вперше серйозно з'явилась в герменевтичній філософії. У ній було встановлено важливий факт: захоплення лінгвістичним почуттям передбачає в той же час, і насамперед, саморозуміння того суб'єкта, який здійснює це розуміння. Той, хто здійснює акт розуміння, заглиблюється в горизонт пізнання; звідси методологічна рефлексія не повинна обмежуватися «об'єктом», але також повинна інтегрувати і суб'єкт. Право (на відміну від закону) – це ситуація, а не акт; воно не може, відповідно, бути «об'єктом» незалежного знання «суб'єкта». Право – це скоріше «продукт» процесу герменевтичного розгортання і здійснення почуття. У зв'язку з цим не може зустрічатися в будь-якому способі «об'єктивна прямота» від права поруч з герменевтичною процедурою його закріплення. Суддя, який вірить в те, що отримує критерії рішення тільки від закону («підкоряється лише закону»), допускає фатальну помилку, оскільки, насправді, несвідомо він залишається в залежності самого від себе.

Відтак, герменевтичне розуміння тексту – це не просто дії того, хто сприймає, але це практичні дії, формування. Тільки через цей акт здійснюється конкретне право, історичне. Перед цим не існує будь-якого права, жодного «дійсного змісту», а скоріше існують «матеріали в сирому вигляді»: з одного боку, це ряд абстрактних правових норм, які через свою абстрактність все ще не можуть бути застосовані, і, з іншого – конгломерат неопрацьованих фактів, які ще не визначені з юридичної точки зору і, внаслідок цього, не можуть бути визнані в якості істотних чи недопустимих. Те, що традиційно йменується як «субсумція», не становить спеціальної проблеми, коли вже були закріплені передумови. Однак під цим поняттям у вирішальному плані розуміється безпосереднє встановлення зв'язків між зазначеними компонентами в їх кореспондуванні, а саме: розробити конкретні юридичні відносини в їх зв'язку до фактичного змісту і вибудувати зміст фактичності в її зв'язку із нормою»¹².

Отже, за своєю суттю герменевтика в А. Кауфмана виступає як «третій шлях» між юридичним позитивізмом та юснатуралізмом. Інновація ж тут проглядається у тому, що дана методологія постає у вигляді «нового вибору» щодо даних двох історичних антагоністів. І такий відкритий (у прямому і переносному значенні) «третій стан» права – це для останнього існування-в-інтерпретації. Про що, зокрема, говорить і достатньо відомий на заході дослідник кауфманіанства С. Ліу¹³.

Щонайперше, у певному розумінні кауфманізм можна розглядати і як соціологічну концепцію права. Причому, базуючись на розширеному релятивізмі герменевтики, що у А. Кауфмана значною мірою перетворюється на реалізм, цей німецький вчений уникає полеміки між двома відомими усім класичними правовими концепціями та вказує, що необхідну для застосування норму при вирішенні юридичного спору слід шукати в самій історичній ситуації (традиції) суб'єкта-інтерпретатора. З'ясування ж уже конкретного змісту розуміння А. Кауфманом безпосередньо юридичної герменевтики – тема для наступних розвідок.

¹ Kaufmann A. Concepción hermenéutica del método jurídico / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1996. – № 35. – P. 11–12.

² Kaufmann A. Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik / A. Kaufmann // Memoria del X congreso mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social (I.V.R.). Symposia II. Volumen VI. / Coordinada J.L. Curiel B. – Mexico : Universidad nacional autonoma de Mexico, 1982. – P. 8.

³ Kaufmann A. Qué es y cómo “hacer justicia” (un ensayo histórico-problemático) / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1986. – № 15. – P. 22–23.

⁴ Kaufmann A. Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik / A. Kaufmann // Memoria del X congreso mundial ordinario de filosofía del derecho y filosofía social (I.V.R.). Symposia II. Volumen VI. / Coordinada J.L. Curiel B. – Mexico : Universidad nacional autonoma de Mexico, 1982. – P. 11–12.

⁵ Kaufmann A. Qué es y cómo “hacer justicia” (un ensayo histórico-problemático) / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1986. – № 15. – P. 13–14.

⁶ Kaufmann A. Qué es y cómo “hacer justicia” (un ensayo histórico-problemático) / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1986. – № 15. – P. 26–27.

⁷ Kaufmann A. Qué es y cómo “hacer justicia” (un ensayo histórico-problemático) / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1986. – № 15. – P. 27–28.

⁸ Kaufmann A. Qué es y cómo “hacer justicia” (un ensayo histórico-problemático) / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1986. – № 15. – P. 27.

⁹ Kaufmann A. Qué es y cómo “hacer justicia” (un ensayo histórico-problemático) / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1986. – № 15. – P. 14.

¹⁰ Kaufmann A. Concepción hermenéutica del método jurídico / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1996. – № 35. – P. 12–13.

¹¹ Kaufmann A. Concepción hermenéutica del método jurídico / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1996. – № 35. – P. 14–15.

¹² Kaufmann A. Qué es y cómo “hacer justicia” (un ensayo histórico-problemático) / A. Kaufmann // Persona y Derecho. – 1986. – № 15. – P. 24–25.

¹³ Liu S.-I. Arthur Kaufmanns “Dritter Weg” zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus // Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns / Hrsg. Neumann U., Hassemer W., Schroth U. – Wiesbaden: Steiner-verlag, 2005. – S. 39–46.

Резюме

Бернюков А. М. Загальнометодологічні установки концепції «третього шляху» в юриспруденції А. Кауфмана.

У даній статті піддаються аналізу наукові обґрунтування А. Кауфмана, закладені ним в його концепцію. При цьому автором висвітлюються загальнометодологічні установки даної теорії. У результаті цього відбувається формування розуміння наукових мотивів, що спонукали А. Кауфмана до розробки його ідей. Такий науковий погляд також дає змогу розкрити головні принципи, на яких побудована концепція «третього шляху» юриспруденції. Подібного роду філософсько-правове дослідження, як актуальне та важливе питання нашої науки, є методологічно обґрунтованим і заслуговує на широку теоретичну увагу.

Ключові слова: право, буття права, філософія права, А. Кауфман, «третій шлях» юриспруденції.

Резюме

Бернюков А. М. Общесметодологические установки концепции «третьего пути» в юриспруденции А. Кауфмана.

В данной статье подвергается анализу научные обоснования А. Кауфмана, заложенные им в его концепцию. При этом автором освещаются общесметодологические установки данной теории. В результате этого происходит формирование понимания научных мотивов, побудивших А. Кауфмана к разработке его идей. Такой научный взгляд также позволяет раскрыть основные принципы, на которых построена концепция «третьего пути» юриспруденции. Подобного рода философско-правовое исследование, как актуальный и важный вопрос нашей науки, является методологически обоснованным и заслуживает на широкое теоретическое внимание.

Ключевые слова: право, бытие права, философия права, А. Кауфман, «третий путь» юриспруденции.

Summary

Bernyukov A. All-methodological installations of the concept of «the third way» in A. Kauffman's law.

In this article scientific justification of A. Kauffman, put by it in his concept is exposed to the analysis. Thus, the author lights all-methodological installations of this theory. Therefore, there is a formation of understanding of the scientific motives which induced A. Kauffman to development of his ideas. Such scientific view also allows to open the basic principles on which the concept of “the third way” of law is constructed. Philosophical and legal research of this sort as topical and important issue of our science, – is methodologically reasonable and deserves on broad theoretical attention.

Key words: Law, being of law, legal philosophy, A. Kauffman, “the third way” of law.

УДК 340.1

В. Ю. ВАСЕЦЬКИЙ

Вячеслав Юрійович Васецький, кандидат юридичних наук, науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

СТАНОВЛЕННЯ РУСІ-УКРАЇНИ ЯК САМОСТІЙНОЇ ДЕРЖАВИ: ІСТОРИЧНО-ПРАВОВІ ПРОЦЕСИ

Специфічні соціально-політичні події, що трапляються на різних етапах існування країни, часто при мушують не тільки науковців, а й практично всі верства суспільства звертатися до своїх історичних коренів з метою визначитися в напрямках сучасного розвитку своєї країни, свого місця у відповідний перехідний для неї період. Події кінця ХХ ст., становлення України як самостійної держави ознаменували одночасно стрибок інтересу до історії розвитку соціально-культурних і державно-правових інститутів в Україні. З того часу у свідомості населення викристалізувалося уявлення про місце і роль України на різних етапах її історичного розвитку і в сучасний період.

Трагічні події, що трапилися в нашій країні, починаючи з кінця 2013 р., обумовили необхідність знову торкнутися багатьох аспектів історії українського народу, його культури, державності, правових інститутів – практично всіх аспектів життя країни і людей, що у ній живуть. Важливість знову звернутися до історії України, у тому числі й до ряду правових інститутів, пов'язується також з актуальністю на сьогоднішній день питання про те «звідки пішла земля руська» – тема, що почала обговорюватися, незважаючи на її, здавалося б, завершений характер.

Метою роботи є дослідження динаміки деяких історичних процесів, державно-правових аспектів християнізації України-Русі, передумов дозвільно-заборонних відносин у східних слов'ян на ранньому етапі становлення Руської держави.

Як зазначає Ю. Терещенко, Україна силою свого географічного і геополітичного становища перебувала під перехресними впливами азійсько-кочового, орієнтально-візантійського та європейського світів, по-різному інтегруючи впливи кожного з них. Вирішальним напрямом її соціокультурної і політичної орієнтації все ж була європейська цивілізація. У надзвичайно складних взаємовідносинах двох типів європейської цивілі-

зації – західної (католицько-протестантської) і східної (греко-православної) – Україна прагнула до поєднання обох традицій у живий соціально-політичний і культурний синтез. Україна ніколи не потребувала «революції», подібної до здійсненої Петром I з метою європеїзації Росії; більш того, тривалий час вона служила для останньої важливим шляхом проникнення західноєвропейських впливів¹.

На підтвердження своєї думки Ю. Терещенко наводить відповідне висловлювання М. Грушевського, що український народ порівняно з російським «являється народом західної культури – одним з найбільш багатих східними, орієнтальними впливами, але все-таки по всьому складу своєї культури й свого духу народом західним, тим часом як великоруський, хоч і європеїзований, стоїть вповні у власті орієнтального духу й стихії». Вивчення історії України саме як важливого компонента загальноєвропейського історичного процесу у її розмаїтих зв'язках із західним світом сприятиме об'єктивному і органічному сприйняттю сучасниками історичного минулого українського народу².

В історичному аспекті питання дозволу чи заборони на території України бере свій початок з часів Римської імперії, з утворення полянського князівства. Як зауважує О. Нечволодов, зміцнення могутності скіфських та слов'янських племен на східних кордонах імперії не влаштувало римську владу, а тому вона шукала можливості для нейтралізації такого зростання, або, принаймні, тимчасового послаблення. Для реалізації подібних намірів у I ст. н. е. римська влада спровокувала війну між скіфськими та слов'янськими племенами, які проживали на схід від кордону. Окремо зазначимо, що західні слов'яни у війні брали участь лише опосередковано. Перемогу в цих збройних сутичках здобули слов'яни. Такий результат було досягнуто за підтримки Риму³.

Згодом погіршилася ситуація в Імператорському Римі, пік занепаду якої припав на 395–476 рр. н. е. Ця криза, що стала фатальною для всього тодішнього світу, полягала в наявності глибоких політичних протиріч між державною верхівкою. Наслідком деструктивних процесів стало розділення імперії на дві частини – Східну (Візантія) з центром у Константинополі та Західну з центром у Римі. З часом ці державні утворення зазнали певних трансформацій, але в єдину колись могутню Римську Імперію в класичному її розумінні вони вже не об'єдналися. Світ поглинула нова історична доба, яка отримала назву «темне середньовіччя». Однією з особливостей цього періоду є те, що тогочасний кріпак отримав більше прав, ніж античний раб. Загалом же ця доба характеризувалася стагнацією в усіх сферах суспільного життя. На думку більшості дослідників, доба середньовіччя була фатальною поразкою прогресивних здобутків, які Світ набув за часів Античності.

Суттєві зміни торкнулися і слов'янських племен. Характерною особливістю посткризової Європи порівняно з докризовим періодом було посилення матеріального фактору в ході вирішення державних справ. Так, за певну грошову суму в деяких слов'янських племенах допустимо було засудити людину до смертної кари. Проте безумовним позитивом є мінімізація фактів людських жертвоприношень язичницьким ідолам (прикладом є існування збруцького ідола). З приходом до влади у Києві Рюриковичів відбувається посилення ролі князівського віча щодо князя. Крім того, князівський двір став ареною протистояння нерівномірному визначеному в матеріальному відношенні оточення князя з духовенством – в нашому випадку спочатку язичницького, а потім християнського. Князь не завжди був винесений зі дужки такої боротьби. Цікавим прикладом є славнозвісна «Пісня про віщого Олега». Аналізуючи суть твору, можна зрозуміти, що це є яскравий приклад державного перевороту, здійсненого волхвами, тобто духовенством. Підтвердженням того є факт «укусу князя Олега змією». Згідно з матеріалами «Повісті минулих літ»⁴ Олега вжалила змія в ту пору року, коли її отрута є не смертельною. Більше того, взуття, яке носив князь, було захистом від зміїних зубів. Тобто, цей унікальний історико-політичний факт – предмет для майбутніх досліджень та міркувань фахівців.

На сьогодні відомими є різні теорії походження руської держави, але найбільш вірогідним вважається погляд представників норманської теорії Шлепера та Міллера, згідно з яким утворення держави України-Русі пов'язане із завоюваннями норманами цих територій. Цей факт позначився на формуванні вітчизняної правової системи спочатку на сході Європи, а потім – в Західному Римі, Візантії, Болгарському царстві та інших сусідніх державах. Отже, з глибокої давнини в тій частині Європи, що межувала Віслою на заході та Доном на сході, жили численні слов'янські племена, які проживали зі східного боку Римського кордону. Як зазначає З. Черніловський, ті слов'янські поселення, які знаходились по його західний бік, були зобов'язані підкорятися праву та законам Імперії. Слов'яни, на відміну від римлян, не знали приватної власності на землю, що знаходилася під керівництвом вождів та старійшин, кожний рік земля племені справедливо розподілялась між родами та родинами⁵.

Для східних слов'ян VI–VII ст. ст. стали часом докорінних зрушень. «Повість минулих літ» так засвідчує їх розселення на величезній території Східної Європи від Причорномор'я до Прибалтики і верхів'їв Волги, від Карпатських гір до Поволжя. Про існування окремих держав-земель східних слов'ян у «дорюрикову» добу свідчать літописи. У кожній із земель було своє «княженіє». На чолі стояли князі, що походили чи з місцевих слов'янських династій, чи чужоземних – норманських, або, можливо, тюркських та інших.

Багато з держав, які за літописцем ведуть свій початок від часів Кия (VI ст.), проіснували не лише до IX ст., але й у пізніші часи – X–XI ст. ст., коли в більшості з них утвердилися князі з династії Рюриковичів. Серед державних утворень, що виникли в ареалі розселення східнослов'янських племен, найвидатнішу роль судилося відіграти могутньому політичному об'єднанню полян, яке утворилося в Середньому Подніпров'ї у VI–VII століттях. В цей час, як вважають дослідники, воно перейняло назву Русь і дало назву давній державі східних слов'ян. Літописець, прагнучи засвідчити автохтонність походження цього терміна, зазначає: «поляне, яке ныне зовомае Русь»⁶.

Щодо процесів христіанізації на землях слов'ян, то Ю. Терещенко зауважує, що православний Київ жодним кроком не засвідчив про свій розрив з Римом після розколу християнства у 1054 р. і продовжував зберігати канонічні зв'язки з обома його центрами. Навіть у часи боротьби з латинізованою Польщею Україна демонструвала, що вона протистоїть не західній цивілізації, а агресивним намаганням поневолення з боку сусіда. Про це свідчили неодноразові спільні виступи литовців-католиків і української знаті проти спроб інкорпорації Польщею Литовсько-Руської держави, забезпечення Б. Хмельницьким римо-католицькій шляхті свободи віросповідання у козацькій державі, тісні контакти Війська Запорізького з протестантськими державами – Швецією, Бранденбургом, Угорщиною, Литвою та ін. Тенденція до активного сприйняття західної культури знайшла свій вияв у діяльності багатьох інтелектуальних центрів тодішньої України – Львівської братської школи, Острозької академії, Києво-Могилянського колегіуму, які у своїй організації і програмі багато в чому наслідували приклад європейської вищої школи. Про це ж свідчить і акцептація Україною усіх великих мистецьких стилів останнього тисячоліття – візантійсько-романського, готичного, ренесансу, бароко, рококо, класицизму, еклектики і модерну, причому в основних хронологічних межах кожного з них⁷.

Досліджуючи процеси христіанізації Київської Русі Н. Полонська-Василенко також не обходить питання впливу як Константинополя, так і Риму. Вона зазначає, що з приходом Аскольда до влади в Києві Русь стає ареною жорстокого дипломатичного протистояння між державами, що її оточували. Особливої гостроти це протистояння набуло за часів князювання Олега, яке виникло між русичами та ромеями (візантійцями) і тривало аж до 1143 р. включно. У 838 р. утворюються нові правові умови, суть яких полягає у прийнятті хрещення київським князем Аскольдом. Цей факт свідчить про створення умов для розколу в руському духовенстві, яке розкололося на православне та язичницьке. У 742 р. з'являються ще й представники Ватикану, мається на увазі князювання Ярополка Святославовича⁸. У цей період набуває великого значення боярська рада та «радники» князя й бояр, від яких надмірно залежав князь та бояри. Водночас роль князя при вирішенні державних справ поступово зменшується. Взаємовідносини між смердами, «радниками» регулювались звичасвим правом, яке знайшло своє відображення у «варварських правдах». На Русі в цей час з'являється так звана «Руська правда». На жаль, історія не зберегла досконалих відомостей про цих «радників». Але виходячи з аналізу наявного матеріалу можна зробити висновок, що вони існували і київські князі перебували в великій залежності від них.

З приходом до влади Ольги та Володимира поглиблюються процеси христіанізації Руської держави. Проте і вони стикнулися з серйозними проблемами при владі. Ольга, наприклад, була змушена долати опозицію, що виявилася у її взаємовідносинах з древлянським князем Малом. Ольга розгорнула глобальну дипломатичну політику, націлену на поглиблення взаємовідносин з офіційним Римом та Константинополем. І незважаючи на її тісну співпрацю з Оттоном II римським, особистий вибір княгині був зроблений на користь віри, яку сповідував Візантійський імператор. Справу Ольги продовжив її онук Володимир.

Суттєвим проривом у розвитку праводозвільної системи України-Русі стали події 885–889 років. Саме тоді відбулося хрещення Русі. Цікавим фактом є те, що не всі руські території добровільно позбулися язичницької віри. Наприклад, для хрещення Чернігова князь дозволив застосувати війська, які очолив воєвода Добриня. У Повісті збереглися свідчення про це хрещення: «Добриня хрестив нас хрестом і мечем» свідчать люди. Проте, незважаючи на викладені вище факти, сама по собі християнська віра передбачає більше прав для людини, ніж поганська.

З позицій сучасного бачення, спираючись на історичні і правові наслідки, Володимирове хрещення виявилось, можна сказати, справжнім проривом у розвитку правової культури у вітчизняній історії. Подолання протистояння між Візантійською християнською державою і слов'янською язичницькою «реставрацією» було, на наш погляд, необхідною умовою для подальшої інтеграції України-Русі в християнські світові формації, в тому числі й правові.

Ще одним питанням, так чи інакше пов'язаним зі становленням та самоідентифікацією східнослов'янських країн, є історія вживання назв цих країн. Так, на відміну від земель Київської Русі автор Густинського літопису у XII ст. Володимиро-Суздальську землю називає Московією, Московським князівством, Московською землею, а її князів – князями московськими. Починаючи з оповідання про захоплення Києва військами Андрія Боголюбського дедалі чіткіше розрізняються Русь (землі України) і Московська земля, або Москва, якою автор називає Володимиро-Суздальське князівство. Така дефініція назв «Русь» і «Москва» була характерною для українського освіченого суспільства XV–XVII ст.ст., що, як і вся Західна Європа, Руссю називало українські землі, а для тодішньої Російської держави застосовували терміни «Москва», «Московія».

Як зазначає Ю. Терещенко, термін «Мала Русь» почав застосовуватися в офіційному діловодстві після входу України до складу Російської держави – спочатку щодо Гетьманщини, а з приєднанням Правобережної України – щодо більшої частини українських земель. Прагнення московських царів видати себе за прямих спадкоємців Київської Русі, яке посилювалося після 1654 р., спонукало їх утвердити Московську державу перед Європою у державній термінології, що ідентифікувало б її з усією давньою Руссю. Цього особливо наполегливо домогалася російська дипломатія в роки царювання Петра I, яка активно утверджувала у вжитку на Заході новий термін «Росія», «росіяни» замість звичайного для європейських країн «Московія», «московитяни». Так, у циркулярі Меншикова до російського посла в Голландії сказано: «Во всех курантах печатают государство наше Московским, а не Российским, и того ради извольте у себя сие перестеречь, чтобы печатали российским, о чем и к прочим ко всем дворам писано». З аналізу історичних подій

Ю. Терещенко засвідчує, що «власне впродовж XVIII ст., у добу піднесення Російської імперії, остаточно утвердилась її ідентифікація з політичною і культурною спадщиною Київської Русі та... на довгі роки стала засобом відлучення українців і білорусів від створеної ними величної будови давньоруської державності і культури»⁹.

У підсумку зазначимо наступне:

1. З позицій сучасного бачення, спираючись на історичні й правові наслідки, Володимирове хрещення виявилось справжнім проривом у розвитку правової культури у вітчизняній історії. Подолання протистояння між Візантійською християнською державою і слов'янською язичницькою «реставрацією» було, на нашу думку, необхідною умовою для подальшої інтеграції України-Русі в християнські світові формації, в тому числі й правові.

2. На наш погляд, з позицій культурного і історично-правового впливу недооціненою є роль Ватикану в процесі Хрещення Русі.

3. Додаткового дослідження в право-дозвільній сфері потребує питання активізації протистояння між фінансовою князівською верхівкою та духовенством в процесі становлення державності східних слов'ян.

¹ Терещенко Ю. І. Україна і європейський світ: Нариси історії від утворення Старокиївської держави до кінця XVI ст. / Ю. І. Терещенко. – К. : Перун, 1996. – 496 с.

² Там само.

³ Нечволодов А. Сказание о русской земле / А. Нечволодов. – М. : ЗАО «Сварог и К», 1992. – Т. 1. – 947 с.

⁴ Повесть временных лет: По Лаврентьевской летописи 1377 г. / РАН ; под ред. В. П. Андриановой-Перетц. – СПб. : Наука, 1999. – 669 с.

⁵ Черниловский З. М. Всеобщая история государства и права / З. М. Черниловский – М. : Юристъ, 1995. – 576 с.

⁶ Терещенко Ю. І. Вказана праця.

⁷ Там само.

⁸ Полонська-Василенко Н. Історія України / Н. Полонська-Василенко. – К. : Либідь, 1992. – Т. 1. – 608 с.

⁹ Там само.

Резюме

Васецький В. Ю. Становлення Русі-України як самостійної держави: історично-правові процеси.

У статті проаналізовано історично-правові передумови об'єднання Русі-України в єдину державу. Розглянуто процеси взаємовідносин слов'янських племен з Імператорським Римом, Візантією та іншими сусідніми державами. Окремо приділено увагу внутрішньодержавній боротьбі, зокрема в релігійній сфері. Зроблено висновок, що подолання протистояння між християнською державою і язичництвом було необхідною умовою для інтеграції Русі-України в християнські світові формації.

Ключові слова: становлення держави Русі-України, історично-правові процеси, християнізація Русі-України – державно-правовий аспект.

Резюме

Васецький В. Ю. Становление Руси-Украины как самостоятельного государства: историко-правовые процессы.

В статье проанализированы историко-правовые предпосылки объединения Руси-Украины в единое государство. Рассмотрены процессы взаимоотношений славянских племен с Императорским Римом, Византией и другими соседними государствами. Уделено внимание внутригосударственной борьбе, в частности, в религиозной сфере. Сделан вывод, что преодоление противостояния между христианским государством и язычеством было необходимым условием для интеграции Руси-Украины в христианские мировые формации.

Ключевые слова: становление государства Руси-Украины, историко-правовые процессы, христианизация Руси-Украины – государственно-правовой аспект.

Summary

Vasetsky V. Formation of Kiev-Russia as independent state: historical-legal processes.

In the paper article historic-legal preconditions of association of Kiev-Russia in the uniform state are analyzed. Processes of mutual relations of Slavic tribes with Imperial Rome, Byzantium and other next states are considered. It is given attention to interstate struggle, in particular, in religious sphere. It is made a conclusion that opposition overcoming between the Christian state and heathenism was a necessary condition for integration of Kiev-Russia into Christian world formations.

Key words: formation of Kiev-Russia state, historic-legal processes, adaptation to Christianity – state-legal aspect.

В. О. ДЕСЯТНИК

Володимир Олексійович Десятник, кандидат юридичних наук, професор Київського університету права НАН України, адвокат

КРИТИЧНО-ПРАВОВЕ МИСЛЕННЯ: ОБ'ЄКТИВНІСТЬ НАУКИ

«Старий науковий ідеал – абсолютно достовірного, демонстративного знання – виявився ідолом. Вимога наукової об'єктивності робить неминучим той факт, що кожне наукове висловлювання повинно завжди залишатися тимчасовим. Воно дійсно може бути підкріплено, але кожне підкріплення є відносним, пов'язаним з іншими висловлюваннями, які самі є тимчасовими».

К. Поппер

Фундаментальна методологічна концепція критично-правового мислення полягає в тому, що наукове юридичне дослідження може здійснюватися не завдяки вкрай поширеному серед юристів-позитивістів індуктивному методу і не з допомогою популярного серед прихильників природно-правового мислення чистого дедуктивного методу, а із застосуванням наукового методу проб та усунення помилок, припущень і спростувань*.

Завданням цього дослідження є спроба розуміння, стисло, спрощеного викладу проблеми наукової об'єктивності, яка разом із антиіндуктивізмом, спростовуваністю як критерієм розмежування науки та ненауки, гіпотетичністю наукового знання** є засадами критичного раціоналізму К. Поппера, а отже, і пробно висунутої мною методологічної концепції критично-правового мислення.

1. Проблема наукової об'єктивності: К. Поппер проти логічних позитивістів

«К. Поппер розходився з логічними позитивістами не в тому чи іншому конкретному питанні, а з приводу всієї концепції науки і, отже, всієї концепції людського знання. Ядро їх розбіжностей можна виразити таким питанням: який шлях до розуміння науки краще – дослідження її структури чи дослідження її зростання?».

Г. Сколімовський

Логічних позитивістів, об'єктивність наукового знання турбувало не менше, аніж К. Поппера. Разом із тим, як справедливо вважає американський науковець Г. Сколімовський, вони зовсім інакше підходили до науки та до наукового знання. Вони вивчали *структуру* науки. Це означає логічну реконструкцію висловлювань, з яких складається наука. Саме на протигагу структуралістській концепції логічних позитивістів К. Поппер розробив свої оригінальні погляди на природу наукового знання. Різниця тут в основному між еволюційною, або динамічною, концепцією науки і статичною, або механістичною, концепцією науки: перша розглядає еволюційне зростання науки, друга – логічну структуру науки. У статичній концепції пізнання **обґрунтування об'єктивності науки означає встановлення твердого ядра безсумнівного знання (базисні протокольні висловлювання), а потім логічну редукцію інших знань до цього твердого ядра.** (Таке обґрунтування об'єктивності науки досить поширене серед вітчизняних правознавців – В.Д.) У динамічній концепції пізнання обґрунтування об'єктивності науки означає встановлення раціональних критеріїв придбання знань та розуміння накопичених знань. У рамках динамічної концепції, яка робить наголос на придбанні знань, **немає місця абсолютного знання; немає місця привілейованого класу висловлювань, що представляють ядро безсумнівного знання; немає місця чуттєвим даним як основи для достовірності знання.** Все тільки що перераховане – це різні аспекти виправдання об'єктивності знання, як його можна знайти у логічних позитивістах, які дотримуються статичної концепції науки¹. (*Напівжурний шрифт мій – В.Д.*)

© В. О. Десятник, 2015

* Див. докладніше мою концептуальну статтю «Критично-правове мислення» // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 3 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://kul.kiev.ua/images/chasop/2014_3/CHAS14_3.pdf

** Опис названих методологічних проблем див. у моїх статтях, опублікованих в Часописі Київського університету права. – 2014. – № 4; 2015. – № 1, 2) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://kul.kiev.ua/gurnal-chasopis-kup/chasopis-kijivskogo-universitetu-prava.html>

Питання	Логічні позитивісти	Карл Поппер
Що слід вивчати для того, щоб зрозуміти науку?	Структури науки	Зростання науки
У чому полягає відправна точка наших досліджень?	Факти та спостереження	Проблеми
Які наші фундаментальні концептуальні одиниці?	Протокольні висловлювання	Пробні гіпотези
Як ми приходимо до наукових теорій? Інакше кажучи: у чому полягає процес придбання знань?	Спрощуючи питання – в індукції	У процесі зміни припущень та спрощувань, тобто сміливих здогадок з їх подальшою безжалюбною критикою
Які підстави знання? Чи існує безсумнівне знання?	Непорушну основу знання становлять базисні факти, дані нам у безпосередньому досвіді і виражені за допомогою протокольних висловлювань	Не існує сталої підстави знання. Усяке знання є пробним. Підстави знання – це палі, досить глибоко занурені в болото, щоб витримати будівлю нашого знання на деякий час
Як відрізнити наукове знання від ненаукового?	Верифікаційний принцип значення дозволяє відокремити область наукового знання від ненаукового	Принцип демаркації визначає спростовувальні теорії, які наукові, від неспростовувальних, які ненаукові

Ця таблиця, наведена Г. Сколімовським, дає дивовижно добре резюме «методологічного періоду» К. Поппера та його ставлення до логічного позитивізму. К. Поппер рекомендує її всім, хто цікавиться цим питанням; вона найвищою мірою інформативна та дуже проста. Його єдиний критичний коментар полягає в тому, що Г. Сколімовський міг би додати до таблиці ще один рядок²:

Питання	Логічні позитивісти	Карл Поппер
Що можна зробити з метафізикою?	Це просто безглуздя. Знищьте її.	Ми всі метафізики, і наука історично походить із метафізики

Об'єктивність наукового знання традиційно передбачала визнання абсолютного характеру знання. У попперівській філософії об'єктивність знання усуває абсолютність знання: ніяке об'єктивне знання не може бути абсолютним. **Об'єктивне знання повинно бути перевірюваним; перевірюваним, отже, спростовуваним; спростовуваним, отже, не абсолютним.** Безсумнівність об'єктивного знання традиційно гарантувалася або непогіршним методом (як, наприклад, у Декарта), або відкриттям у природі будь-яких остаточних, первісних елементів (у логічних позитивістів це були «базисні факти»). Попперівська ж концепція стверджує, що ніяке об'єктивне знання не буває безсумнівним; тому немає ніяких первісних елементів знання, разом з тим з неї випливає, що **немає ніякого вищого методу, немає царського шляху до істини.** Таким чином, підсумовує Г. Сколімовський, у концепції погіршимості знання об'єктивність відділяється від абсолютності, відокремлюється від безсумнівності, від «твердих» фактів і «неупередженого» спостереження, які зазвичай сплітаються в загальний візерунок у традиційних концепціях об'єктивного знання³. (*Напівжурний шриффт мій – В.Д.*)

2. Об'єктивність емпіричного базису (підстави знання)

«Не існує сталої підстави знання. Усяке знання є пробним. Підстави знання – це палі, досить глибоко занурені в болото, щоб витримати будівлю нашого знання на деякий час».

Г. Сколімовський

Попперівська концепція наукової об'єктивності відіграє важливу роль у запропонованому ним вирішенні проблеми емпіричного базису (підстави знання)^{4*}. У стислому вигляді ця проблема стосується відносини між чуттєвим досвідом та базисними висловлюваннями. («Базисними висловлюваннями» К. Поппер називає висловлювання про поодинокі факти.)⁵ К. Поппер пропонує розглядати науку з дещо іншої точки зору, ніж та, яка характерна для різних психологічних шкіл. Він хоче *провести чітку розмежувальну лінію між об'єктивною наукою, з одного боку, і «нашим знанням», – з іншого.* З його точки зору питання, яке повинна ставити епістемологія, звучить скоріше так: як ми перевіряємо висловлювання за їх дедуктивним наслідком? (На цей час він сформулював би це питання наступним чином: які найкращі способи критики наших теорій (гіпотез, припущень), а не захисту їх проти сумнівів? Звісно, перевірка, з його точки зору, завжди була частиною критики.) І якого роду наслідки ми можемо відібрати для цієї мети, враховуючи, що вони, в свою чергу, повинні інтерсуб'єктивно перевірятися? Існує тільки один спосіб переконатися в правильності ланцюжка логічних міркувань. Полягає він у перетворенні цього ланцюжка в форму, в якій вона найбільш легко

* Проблема емпіричного базису науки та пропозиція К. Поппера щодо її вирішення буде докладніше описана та пояснена окремо. – В.Д.

перевіряється. Ми розбиваємо цей ланцюжок на безліч дрібних кроків, кожен з яких легко перевірити будь-якій людині, яка володіє математичним чи логічним методом перетворення речень. Щодо емпіричної науки становище багато в чому схоже. Будь-яке емпіричне наукове висловлювання можна представити таким чином, щоб кожен, хто знає відповідну методику, міг перевірити його⁶.

3. Наукова об'єктивність та суб'єктивна впевненість

«У науці не можуть існувати висловлювання, які не можна було б перевірити, а отже, в ній не може бути і висловлювань, які не можна було б спростувати, спростувавши деякі із їхніх наслідків».

К. Поппер

Слова «об'єктивний» та «суб'єктивний» є філософськими термінами, обтяженими важкою спадщиною суперечливих способів використання, нескінченних і безрезультатних дискусій. Попперівський спосіб використання термінів «об'єктивний» та «суб'єктивний» вельми нагадує кантовський. Кант використовує слово «об'єктивний» для того, щоб вказати, що наукове знання повинно допускати виправдання, незалежне від будь-якої примхи. Виправдання, за Кантом, «об'єктивно», якщо воно в принципі може бути перевірено і зрозуміле будь-якою людиною. Кант пише: «Якщо судження значимо для кожного, хто тільки має розум, то воно має об'єктивно достатню підставу»⁷. К. Поппер вважає, що наукові, теорії ніколи не можуть бути повністю виправдані та верифіковані, але тим не менше вони перевірювані. Отже, він буде вважати, що об'єктивність наукових висловлювань заснована на можливості їх інтерсуб'єктивної перевірки. Згодом він децю узагальнив це формулювання. Інтерсуб'єктивна перевірка є тільки найважливішим аспектом більш загальної ідеї інтерсуб'єктивної критики або, інакше кажучи, ідеї взаємного раціонального контролю за допомогою критичної дискусії⁸.

Слово «суб'єктивний» застосовується Кантом до нашого почуття суб'єктивної впевненості, яка може змінюватися за ступенем⁹. Дослідження походження цього почуття є справою психології. Впевненість, наприклад, може виникати «згідно із законами асоціації»¹⁰. Об'єктивні підстави також можуть служити «суб'єктивними причинами судження»¹¹, оскільки ми можемо роздумувати про ці підстави і врешті-решт переконатися в їх незаперечності. Кант, мабуть, був першим мислителем, який усвідомив, що об'єктивність наукових висловлювань тісно пов'язана із побудовою теорій, тобто з використанням гіпотез та універсальних висловлювань. Тільки тоді, коли деякі події повторюються відповідно до деяких правил та регулярностей (як у випадку відтворюваних експериментів), наші спостереження в принципі можуть бути перевірені кожною людиною. Отже, підсумовує К. Поппер, *якщо ми хочемо дотримуватися нашої вимоги об'єктивності наукових висловлювань, то ті висловлювання, які належать до емпіричного базису науки, також повинні бути об'єктивними, тобто повинні допускати інтерсуб'єктивну перевірку. При цьому інтерсуб'єктивна перевірюваність завжди означає, що із висловлювань, які підлягають перевірці, можна вивести інші висловлювання, що також перевіряються. Таким чином, висловлювання про поодинокі факти у свою чергу повинні допускати інтерсуб'єктивну перевірку, відтак в науці не залишаться остаточно встановлених висловлювань.* (Курсив та напівжирний шрифт мій – В.Д.) У науці не можуть існувати висловлювання, які не можна було б перевірити, а отже, в ній не може бути і висловлювань, які не можна було б спростувати, спростувавши деякі із їхніх наслідків. Відтак, стверджує К. Поппер, ми приходимо до наступної точки зору. Системи теорій перевіряються шляхом виведення з них висловлювань меншої міри універсальності. Ці висловлювання, у свою чергу, оскільки вони також повинні допускати інтерсуб'єктивну перевірку, перевіряються схожим чином і так далі до нескінченності. Цілком очевидно, що перевірки не можуть здійснюватися до нескінченності; рано чи пізно нам доведеться зупинитися. Але неможливість нескінченного продовження перевірок зовсім не суперечить вимозі, згідно з якою кожне наукове висловлювання повинно допускати перевірку. Справа в тому, пояснює К. Поппер, що він не вимагає, щоб кожне наукове висловлювання було дійсно перевірено, перш ніж воно буде прийнято. Він вимагає тільки, щоб кожне таке висловлення допускало перевірку, або, інакше кажучи, він відмовляється прийняти точку зору, згідно з якою в науці існують висловлювання, які нам слід покірно прийняти як істинні тільки тому, що перевірити їх виявляється неможливим з логічних підстав¹².

4. Об'єктивність вчених

«Те, що можна назвати науковою об'єктивністю, ґрунтується винятково на тій критичній традиції, яка, незважаючи на всякого роду опір, так часто дозволяє критикувати пануючу догму. Наукова об'єктивність – це не справа окремих вчених, а соціальний результат взаємної критики, дружньо-ворожого поділу праці між вченими, їх співпраці та їх суперництва».

К. Поппер

У класичній статті «Логіка соціальних наук» К. Поппер вкотре повторює, що об'єктивність науки полягає в об'єктивності критичного методу. Це означає передусім, що ніяка теорія не є недоступною для критики, а також що основний засіб логічної критики – логічне протиріччя – об'єктивне¹³. Абсолютно неправильно

вважати, що об'єктивність науки залежить від об'єктивності вченого. І зовсім хибно вважати, що позиція представника природничих наук більш об'єктивна, ніж позиція представника суспільних наук. Представник природничих наук так само упереджений, як і будь-яка інша людина, і якщо тільки вона не належить до тих небагатьох, хто безперервно продукує нові ідеї, він, на жаль, часто буває сильно упередженим, плекаючи свої власні ідеї односторонньо й на користь своїх пристрастей. Навіть деякі із найвидатніших сучасних фізиків були засновниками наукових шкіл, що зробили потужний опір новим ідеям. Однак у цієї тези, каже К. Поппер, є й позитивна сторона, і це більш важливо. Те, що можна назвати науковою об'єктивністю, ґрунтується винятково на тій критичній традиції, яка, незважаючи на всякого роду опір, так часто дозволяє критикувати пануючу догму. Іншими словами, наукова об'єктивність – це не справа окремих учених, а соціальний результат взаємної критики, дружньо-ворожого поділу праці між вченими, їх співпраці і їх суперництва. З цієї причини вона залежить частково від ряду соціальних і політичних обставин, які роблять таку критику можливою. Об'єктивність можна пояснити тільки в термінах таких соціальних ідей, як конкуренція (окремих вчених та наукових шкіл), традиція (в основному – критична традиція), соціальні інститути (наприклад, публікації в різних конкуруючих журналах або у різних конкуруючих видавців; обговорення на конференціях), державна влада (тобто її політична терпимість до вільного обговорення)¹⁴.

Вітчизняна юридична наука дотримується традиційних поглядів щодо наукової об'єктивності. Характерним прикладом є думка авторитетного правознавця М. Козюбри, який вважає, що в суспільствознавстві, зокрема правознавстві, пошук об'єктивної істини та закономірностей надзвичайно ускладнюється, у соціальному пізнанні обійтися без привнесення в образ об'єкта властивостей суб'єкта практично неможливо, наукове знання, стверджує він, має бути позаособистісним, незалежним від світоглядних позицій та моральних ідеалів дослідника¹⁵, а здобуті філософією права знання не можуть претендувати на об'єктивність, оскільки вона не існує поза світоглядними установками суб'єктів¹⁶.

Авторитетний правознавець П. Рабінович замість конкуренції, критичної традиції та інших умов наукової об'єктивності, ставить питання про відповідальність дослідника за результати його пізнавальної діяльності, які «служують» частині соціально неоднорідного суспільства¹⁷.

5. Соціологія науки щодо об'єктивності вчених

«Об'єктивність природничих та соціальних наук заснована не на неупередженому стані розуму вчених, а просто на публічному і конкурентному характері наукової діяльності».

К. Поппер

У відомій праці «Злиденність історизму» К. Поппер, критикуючи соціологію знання, зауважує, що доктрина, детально розроблена так званою соціологією знання, повністю ігнорує соціальний, інституційний характер наукового знання, оскільки виходить із наївного уявлення, що об'єктивність залежить від психології окремого вченого. Ця доктрина не враховує саме соціологію знання – соціальний або суспільний характер науки. Вона не бере до уваги той факт, що саме публічний характер науки та її інститутів примушує вченого до інтелектуальної дисципліни і оберігає об'єктивність науки та її традицію критичного обговорення нових ідей¹⁸.

У всесвітньо відомій праці «Відкрите суспільство та його вороги» К. Поппер, продовжуючи вказану критику, зазначає, що соціологія науки досліджує науку про пізнання як процес, що відбувається в мозку окремого вченого. Якщо розглядати науку таким чином, тоді те, що ми називаємо науковою об'єктивністю, виявляється чимось абсолютно незрозумілим або навіть неможливим. Це стосується не тільки соціальних наук, де класові інтереси відіграють важливу роль, але так само і природничих наук. Кожен з нас відчуває вплив власної системи упереджень. Всі ми багато чого приймаємо як самоочевидне, приймаємо некритично, навіть з наївним або самовдоволенням переконанням, що критика зовсім необов'язкова. Роблячи свій мозок більш «об'єктивним», вчені не сприяють досягненню того, що ми називаємо «науковою об'єктивністю». **Досягнення наукової об'єктивності – це завдання наукового методу.** (Напівжирний шрифт мій – В.Д.) Причому, об'єктивність тісно пов'язана з соціальними аспектами наукового методу, з тим фактом, що наука та наукова об'єктивність не є результатом спроб окремого вченого стати «об'єктивним». Вона є результат дружньо ворожої співпраці багатьох вчених. Тому наукова об'єктивність може бути визначена як інтер-суб'єктивність наукового методу¹⁹.

К. Поппер упродовж багатьох років критикував так звану «соціологію знання». У статті «Розум чи революція?» він виступав головним чином проти думки, що між представниками суспільних та природничих наук, між дослідженням суспільства і дослідженням природи є істотна відмінність з точки зору об'єктивності. Він виступав проти тези про те, що в природничих науках легко бути «об'єктивним», а в суспільних науках об'єктивність якщо і досяжна, то лише для обраних розумів. У своїх запереченнях він підкреслював, що об'єктивність природничих та соціальних наук заснована не на неупередженому стані розуму вчених, а просто на публічному та конкурентному характері наукової діяльності і, таким чином, на певних соціальних аспектах цієї діяльності. Отже, вчені-природознавці за складом свого розуму не більш об'єктивні, ніж представники суспільних наук, і не більше їх схильні до критики. Якщо в природничих науках більше «об'єктивності», так це тому, що тут існує краща традиція та більш високі стандарти ясності та розумної критики. Багато вчених в Німеччині виховуються як гегельянці і, на погляд К. Поппера, ця традиція пагубна для інте-

лекту та критичної думки. Це – один із тих пунктів, з якими він згоден з К. Марксом, коли той писав: «У своїй містифікуючій формі діалектика стала німецької модою». У Німеччині вона і тепер в моді²⁰.

Проблема наукової об'єктивності цікавила К. Поппера практично до кінця його життя і запропоноване ним вирішення цієї проблеми – важливий компонент його концепції *єдності природничого та гуманітарного знання*, що є однією з фундаментальних складових висунутих ним філософських ідей²¹.

Отже, в цій статті описано розуміння наукової об'єктивності, яке полягає в тому, що наука може використовувати лише такі висловлювання, які допускають інтерсуб'єктивну перевірку. Таке бачення наукової об'єктивності може бути використано в рамках критично-правового мислення для розуміння об'єктивності юридичної науки.

¹ Сколимовский Г. Карл Поппер и объективность научного знания / Г. Сколимовский // Эволюционная эпистемология и логика социальных наук. Карл Поппер и его критики. – М. : Эдиториал УРСС, 2000. – С. 245–247.

² Поппер Карл Р. Ответ профессору Г. Сколимовскому / Карл Поппер // Эволюционная Эпистемология и логика социальных наук. Карл Поппер и его критики. – С. 283.

³ Сколимовский Г. Вказана праця. – С. 248.

⁴ Садовский В. Н. Карл Поппер и Россия / Вадим Николаевич Садовский. – М. : Эдиториал УРСС, 2002. – С. 52.

⁵ Поппер К. Проблема «эмпирического базиса» // Поппер К. Логика научного исследования : пер. с англ. / под общ. ред. В. Н. Садовского. – М. : Республика, 2005. – С. 40.

⁶ Поппер К. Объективность эмпирического базиса // Поппер К. Логика научного исследования. – С. 89–91.

⁷ Кант И. Критика чистого разума : соч. в 6. / И. Кант. – М. : Мысль, 1964. – Т. 3. – С. 672.

⁸ Поппер К. Научная объективность и субъективная уверенность // Поппер К. Логика научного исследования. – С. 41–42.

⁹ Кант И. Критика чистого разума. – С. 672.

¹⁰ Там само. – С. 198.

¹¹ Там само. – С. 673.

¹² Поппер К. Научная объективность и субъективная уверенность // Поппер К. Логика научного исследования. – С. 44–45.

¹³ Поппер К. Логика социальных наук // Эволюционная эпистемология и логика социальных наук. Карл Поппер и его критики. – С. 301.

¹⁴ Там само. – С. 305–306.

¹⁵ Козюбра М. Співвідношення філософії і загальної теорії права: історія і сучасність / М. Козюбра // Філософія права і загальна теорія права. – 2012. – № 1. – С. 111.

¹⁶ Там само. – С. 113.

¹⁷ Рабінович П. Висновки та рекомендації з актуальної теми / П. Рабінович // Право України. – 2014. – № 1. – С. 213.

¹⁸ Поппер Карл. Злиденність історизму ; пер. з англ. / Карл Поппер. – К. : Абрис, 1994. – С. 173.

¹⁹ Карл Поппер. Соціологія знання // Карл Поппер. Открытое общество и его враги ; пер. с англ. под общ. ред. В. Н. Садовского. – М., 1992. – Т. 2. – С. 250.

²² Поппер К. Разум или революция? / Карл Поппер // Эволюционная эпистемология и логика социальных наук. Карл Поппер и его критики. – С. 319.

²² Садовский В.Н. Вказана праця. – С. 53.

Резюме

Десятник В. О. Критично-правове мислення: об'єктивність науки.

У цій статті описано розуміння наукової об'єктивності, яке полягає в тому, що наука може використовувати тільки такі висловлювання, які допускають інтерсуб'єктивну перевірку. Таке бачення може бути використано в рамках критично-правового мислення для розуміння об'єктивності юридичної науки.

Ключові слова: проблема наукової об'єктивності, об'єктивність емпіричного базису, наукова об'єктивність та суб'єктивна впевненість, об'єктивність вчених, соціологія науки та об'єктивність вчених, об'єктивність юридичної науки.

Резюме

Десятник В. А. Критически-правовое мышление: объективность науки.

В этой статье описано понимание научной объективности, заключающееся в том, что наука может использовать только такие высказывания, которые допускают интерсубъективную проверку. Такое видение может быть использовано в рамках критически-правового мышления для понимания объективности юридической науки.

Ключевые слова: проблема научной объективности, объективность эмпирического базиса, научная объективность и субъективная уверенность, объективность ученых, социология науки и объективность ученых, объективность юридической науки.

Summary

Desiatnyk V. Critical-legal thinking: the objectivity of science.

This article describes the understanding of scientific objectivity, which consists on the fact that science can only use such statements, which allow intersubjective validation. Such a vision can be used as part of a critical legal thinking for understanding the objectivity of legal science.

Key words: problem of scientific objectivity, impartiality empirical basis, scientific objectivity and subjective confidence objectivity of scientists, sociology of science and scientific objectivity, impartiality legal science.

В. М. ІВАНОВ

В'ячеслав Миколайович Іванов, кандидат історичних наук, доцент, професор Київського університету права НАН України

НЮРНБЕРЗЬКИЙ ПРОЦЕС: ІСТОРИЧНЕ ТА ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ (ДО 70-РІЧЧЯ МІЖНАРОДНОГО ВІЙСЬКОВОГО ТРИБУНАЛУ)

Європейський вибір України супроводжується інтеграцією вітчизняної правової системи в сучасний світовий правопорядок, основи якого були встановлені на уламках повоєнної Європи в ході Нюрнберзького процесу*. Сьогодні, з дистанції у сім десятиліть, коли на зміну політичним пріоритетам світова громадськість висуває верховенство права й загальнолюдських цінностей, є всі можливості для впровадження випробуваних світовою практикою принципів та норм в українську правову систему і масову правову свідомість. Нове бачення складних аспектів міжнародної політики напередодні Другої світової війни, коли українські землі знаходилися у сфері геополітичних інтересів різних, насамперед «великих» держав, актуалізують прецедент Нюрнберга, не лише як міжнародного військового трибуналу, що покарав головних нацистських злочинців, а й як пересторогу тим, хто намагається перекроювати політичну карту Європи й Світу. Дослідження встановлених у Нюрнберзі принципів справедливого покарання військових злочинців є актуальним також з огляду на незворотність притягнення до кримінальної відповідальності сучасних агресорів і міжнародних терористів, у тому числі винуватців війни на сході України, яке рано чи пізно має відбутися.

Правові проблеми, пов'язані із створенням та діяльністю Міжнародного військового трибуналу, аналізом його Статуту та результатів діяльності з позицій міжнародного права докладно і різнопланово розглядаються як вітчизняними, так і зарубіжними вченими. У працях юристів, які безпосередньо брали участь у роботі трибуналу, А. Н. Трайніна, А. Й. Полторака, М. Ю. Рагінського та ін.¹ зачіпаються питання, пов'язані з передісторією Нюрнберзького процесу, наводяться офіційні заяви і декларації урядів держав-засновників про покарання військових злочинців, повідомляються цікаві дані про час попереднього розслідування справи головних військових злочинців, характеризується організація роботи обвинувачення та захисту. У зарубіжних наукових та публіцистичних джерелах² міститься розгорнута оцінка Нюрнберзького процесу, на основі його документів відтворюється картина жахливих злочинів, скоєних німецькими фашистами, стверджується, що покарання злочинців – це не лише правова проблема, а й проблема моральна, політична, необхідна складова у боротьбі за мир та демократію. «Навіть у часи варварства не відбувалися такі жахливі злочини, тому інстинктивне бажання цивілізованого людства відновити здоровий глузд та моральні цінності втілювалося в суді, який відкрився у Нюрнберзі 20 листопада 1945 р.»³, – зазначав англійський аналітик Р. Купер, який був присутнім на процесі. За 70 років Нюрнберзький процес сотні разів обговорювався і аналізувався істориками, юристами, політиками, публіцистами на численних конференціях, «круглих столах», у науковій та публіцистичній літературі, але суперечки з приводу оцінок його рішень та наслідків не вщухають. У низці цих оцінок і думок уявляється можливим виявити два основних підходи до події в Нюрнберзі.

Історично першим є сприйняття Нюрнберга як традиційно-ритуального оформлення перемоги. Всесвітній історії з давніх часів відомі римські тріумфи, коли проносилися трофеї та проводилися полонені ватажки переможеної сторони, яких потім страчували. Не дивно, що саме така оцінка Міжнародного військового трибуналу пролунала з боку підсудних ще до початку судових засідань. Зокрема, один із головних нацистських злочинців Г. Герінг, отримавши копію звинувачення, написав: «Переможець завжди буде суддею, а переможений звинуваченим»⁴. Таке розуміння Нюрнберга у спрощеному вигляді зводиться до звичайного утвердження принципу сили, правового всевладдя переможців над переможеними. Англійський юрист П. Калвокорессі з цього приводу зазначає, що союзники створили не нове право, але лише новий суд. «По суті справи, – пише він, – установа Міжнародного військового трибуналу було не таким вже великим нововведенням, як його часто зображають. Кожна країна-переможниця має право, яке давно встановлене і часто здійснювалося, судити воєнних злочинців перед військовими трибуналами, створеними нею. Нововведення 1945 р. полягало в укладенні угоди між декількома країнами-переможницями щодо суду над

© В. М. Іванов, 2015

* 70 років тому, 20 листопада 1945 р., в м. Нюрнберзі розпочався судовий процес над головними нацистськими військовими злочинцями. Він проводився згідно зі Статутом Міжнародного військового трибуналу і угоди, підписаної в ході Лондонської конференції, що проходила з 26 червня по 8 серпня 1945 р. між урядами США, СРСР, Великобританії та Франції. Підсудними на процесі стали 24 нацистських керівники. Всі вони були звинувачені у скоєнні злочинів проти миру, людства, військових злочинів для досягнення світового панування. За весь Нюрнберзький процес було проведено 403 відкриті засідання трибуналу, заслухано 113 свідків, розглянуто 143 письмових показань свідків і понад 5 тис. документальних доказів. 30 вересня – 1 жовтня 1946 р. було оголошено вирок підсудним. Трибунал також оголосив злочинними організаціями: керівний склад націонал-соціалістичної партії, охоронні закони цієї партії (СС), таємну поліцію (гестапо) та службу безпеки (СД). Нюрнберзькі принципи були підтримані Генеральною Асамблеєю ООН як загальновізані принципи міжнародного права.

військовими злочинцями»⁵. Дійсно, рішення про утворення, порядок роботи і правила процедури суду встановлювалися державами-переможцями. За складом трибуналу (по одному судді та обвинувачу з їх заступниками від кожної з держав-засновниць) це був суд чотирьох держав. Але той факт, що протягом півроку до Лондонської угоди про створення трибуналу приєдналися 19 держав, а принципи, які були покладені в основу його Статуту і вироку, були схвалені Генеральною Асамблеєю ООН (резолюціями від 11 грудня 1946 р. і 27 листопада 1947 р.) можна вважати цілковитою легітимацією Нюрнберзького трибуналу з боку міжнародного співтовариства. До того ж переважна більшість німецького населення, як свідчили численні опитування населення (78 відсотків опитаних висловилося за судовий процес, 6 відсотків – проти, решта не мала певної думки), також вважала, що суд в Нюрнберзі був законним, проводився відповідно до прийнятих норм права, а його вирок був справедливим⁶. Детально зупиняючись на питанні про відповідальність фашистської Німеччини за скоєні злочини, німецький аналітик Р. Хенкіс підкреслює, що «судді у Нюрнберзі не перетворювали суд на показовий процес з наперед вирішеним результатом. Навпаки, робилися всі зусилля для вивчення питання щодо вини та невинуватості. Вирок суду не обрушився на невинних»⁷.

Що стосується вірогідності інших варіантів організації проведення суду над головними німецькими військовими злочинцями, то вони наряд чи були можливими в переможному, але буремному 1945 році. Не мало перспективи проведення такого суду в нейтральних країнах, передусім тому, що під час Другої світової війни справжня нейтральність і незаінтересованість їм не була властивою, а отже, суд цих країн не міг бути відповідним органом розслідування справи гітлерівських ватажків. Відсутність у цей період німецького уряду та німецьких судів також виключала можливість здійснення правосуддя в місцевих органах правосуддя. Вся влада знаходилася в руках союзних окупаційних властей, і було абсолютно природно, що судові функції здійснювалися союзною адміністрацією.

У докір Нюрнберзькому міжнародному військовому трибуналу ставиться те, що він був судом *post factum*, а правосуддя відправлялося всупереч принципу *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Проте заслуга Нюрнберзького трибуналу саме в «надпозитивності» його рішень, які, на думку вченого-міжнародника О. О. Мережка, є «прикладом дієвості природного права в ХХ столітті»⁸. Вітчизняні й зарубіжні правознавці наголошують на принциповій важливості інтерпретації міжнародно-правових злочинів, передусім на засадах природного права, на тому, що принцип «нема злочину без покарання» розуміється саме у природно-правовому аспекті, коли йдеться про злочин не у законі, а саме у праві⁹. З цього приводу відомий правознавець П. М. Рабінович¹⁰ звертає увагу на положення вироку Нюрнберзького трибуналу, де прямо констатовано, що він (вирок) є «вираженням того міжнародного права, котре вже існувало на час утворення цього трибуналу», і що той, хто агресивно, всупереч укладеним угодам і без попередження здійснює напад «повинен знати, що вчиняє неправову справу». Трибунал констатував, що «... підсудні повинні були знати, що чинять всупереч міжнародному праву»¹¹. Отже, Нюрнберзький трибунал не був свавільним проявом влади й сили з боку держав-переможниць. Хоча до моменту його створення не існувало нормативного визначення міжнародних злочинів, але були природно-правові, звичаєві й моральні норми, які закріплювали історично досягнутий рівень цивілізованості міжнародного співтовариства. У Нюрнберзі судили не просто переможених у війні. Підсудні, які володіли величезною владою і використовували її для вчинення тяжких злочинів, «могли бути покарані, оскільки вони програли війну, але повинні були понести покарання тому, що вони розпочали її»¹². Міжнародний військовий трибунал засудив злочинців, які створили злочинну державу, розв'язали небувалу за масштабами та втратами людства агресивну війну, скоїли злочини проти людяності, проти мирного населення, що не мають ніякого виправдання. Суд не визнав посилення на виконання наказу командування в якості виправдання за скоєні злочини або пом'якшуючу провину обставину. Було засуджено ідеологію і практику етнічних чисток і геноциду, культ національної винятковості, військової сили і агресії, які становили сутність нацистської політики. Покарання військових злочинців розглядається як справедлива й необхідна міра з метою запобігання жадливим злодіянням в майбутньому і зміцнення миру.

Прихильники іншого підходу, передусім вважають Нюрнберг наріжним каменем у будівлі нового порядку, встановленого на уламках Європи, порядку, який багато у чому скасовує Вестфальський принцип національних суверенітетів. Вони розглядають Нюрнберзький процес як символ конструктивних зусиль для досягнення законності, правопорядку і стабільного миру, вважають, що військові конфлікти можуть бути попереджені за допомогою міжнародних організацій та договорів. Принцип міжнародного суду як вищої інстанції, принцип пріоритету міжнародного права над національним правом вони вважають незмінним, раз і назавжди встановленим. Нюрнберг – це точка відліку сучасного міжнародного права, це момент народження такої системи міжнародних норм, які є обов'язковими не тільки для держав, а й для людей, які ними керують. У результаті з'явилися Женевські конвенції про захист жертв війни 1949 р. та Додаткові протоколи 1977 р., Конвенція про попередження злочинів геноциду та покарання за нього 1948 р., Конвенція про припинення злочину апартеїду і покарання за нього 1973 р., Трибунал по колишній Югославії, Трибунал з Руанди.

Реалізація ідеї міжнародної кримінальної відповідальності осіб, винних у вчиненні злочинів проти міжнародного права, яку плекали кілька поколінь учених-пацифістів, поклала початок практичному становленню і розвитку міжнародного кримінального права та процесу, в яких вдалося поєднати кримінально-процесуальні постулати правових систем різних країн, тим самим створивши унікальний комплекс правових норм *sui generis*¹³. Саме Нюрнберзький процес заклав підвалини міжнародної кримінальної юстиції і проторував шлях до постійного, універсального і незалежного Міжнародного кримінального суду. У ст. 6 Статуту Нюрнберзького трибуналу наведено базове визначення категорії «міжнародні злочини» і надано їх класифі-

кацію: злочини проти миру; воєнні злочини та злочини проти людяності¹⁴. У цьому контексті слід зазначити, що Кримінальний кодекс України (2001 р.) вперше встановив в окремому розділі злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку, встановивши кримінальну відповідальність за такі суспільно небезпечні діяння, як планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни, порушення законів і звичаїв війни, застосування зброї масового знищення та ін.¹⁵

Дослідження в ході Нюрнберзького процесу катастрофічних масштабів руйнування скарбів світової культури багато в чому вплинуло на прийняття Конвенції ЮНЕСКО про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту 1954 року. Висновки та правові позиції Міжнародного трибуналу не могли не позначитися на змісті Загальної декларації прав людини 1948 року, Конвенції про захист прав людини і основних свобод 1950 р. і Міжнародних пактів про права людини 1966 року.

Як видається, сучасність допомагає нам глибоко і всебічно оцінити значення Нюрнберзького процесу, переосмислити його історично-правові наслідки, перетворити його обговорення на щось більш глибоке й актуальне, ніж обов'язкова, але не достатня данина історичній пам'яті. Передусім історично-правове значення Нюрнберга полягає в тому, що він відбувся. Як відомо, проблему юридичної відповідальності за розв'язання війни і військові злочини світова юридична практика намагалася вирішити відразу після закінчення Першої світової війни. У частині VII Версальського договору (1919 р.)¹⁶ йшлося про покарання винуватців як самої військової агресії, так і конкретних військових злочинців. Імператора Німеччини Вільгельма II мав судити спеціальний суд, створений з п'яти суддів, відповідно від США, Великобританії, Франції, Італії та Японії при забезпеченні «звинуваченому суттєвих гарантій права захисту» (ст. 227). Інших військових злочинців, обвинувачених у вчиненні дій, що суперечили законам і звичаям війни, мали судити військові суди (ст. 228). Але Нідерланди відмовились видати колишнього німецького імператора, який знайшов притулок на їхній території. Союзники не наполягали на своїй вимозі, і урочисто проголошений міжнародний суд так і не відбувся. Відсутність покарання для головних винуватців Першої світової війни і фактична профанація цього покарання німецьким судом в Лейпцигу, який фактично обмежився лише другорядними військовими злочинцями, багато в чому стали причиною того, що майбутні керівники нацистської держави сприйняли все це як свого роду індульгенцію на розв'язання нової агресії і вчинення нових ще жахливіших і масштабніших військових злочинів.

Питання про відповідальність нацистського керівництва Німеччини і організацію судового процесу неодноразово обговорювалися учасниками антигітлерівської коаліції. Із членів «великої трійки» Ф. Рузвельт та Й. Сталін були за процес, а У. Черчіль (як і ряд високопоставлених чиновників США та Англії) займав іншу позицію, вважаючи за «краще розстріляти нацистських лідерів без зайвих церемоній». З цього приводу англійський історик Н. Дейвіс зауважує, що «Сталін звик до показових процесів як інструментів своїх політичних перемог у Радянському Союзі, тож не було жодних підстав гадати, ніби він відмовиться від нагоди так само показати силу й після своєї видатної міжнародної перемоги. Сталін, зрештою, виграв найбільше усіх, бо на будь-якому справедливому процесі він сам дуже легко міг би опинитись на лаві підсудних»¹⁷. Не випадково «Комісію з керівництва роботою радянських представників у Міжнародному трибуналі в Нюрнберзі» очолював головний державний обвинувач на сталінських «показових судових процесах» під час чисток 1930-х рр. А. Вишинський.

Як стало відомо, у листопаді 1945 р. в Лондоні союзники узгодили на прохання радянської сторони перелік небажаних питань. Більшість з них стосувалася радянсько-німецького Договору про ненапад 1939 р., приєднання Західної України і Західної Білорусії до СРСР, проблеми прибалтійських республік. Погоджуючись не чіпати радянсько-німецькі і радянсько-польські відносини зразка 1939 р., західні союзники фактично давали індульгенцію самим собі за свої дії зразка 1938–1939 рр., коли Великобританія і Франція вступили у змову з Гітлером з питання про Чехословаччину. Крім того, існувала домовленість не торкатися ряду інших питань (поведінки Британії під час війни з бурями, бомбування британцями Дрездена та ін.), з приводу яких ці країни могли стати об'єктом обвинувачень, та припиняти їх висловлювання на процесі¹⁸.

Отже, відокремивши німецький фактор від решти чинників, Нюрнберг «неминуче породив викривлений і, зрештою, непридатний аналіз. Крім того, нехтуючи певний матеріал, процес посприяв появі хибної думки, ніби більше нема чого з'ясовувати»¹⁹. Сталінізм, через саму наявність Міжнародного військового трибуналу за участі СРСР, як би «проходить по іншому історичному відомству» із спільним протиборством однозначному і безумовному злу – фашизму. Між тим, в літературі міститься достатньо фактологічного матеріалу про радянсько-німецьке економічне, технологічне й військове співробітництво²⁰. Суд над політичною і військовою верхівкою Третього рейху повинен був також супроводжуватися процесом у справі «спонсорів» нацизму – людей, які кували військову і економічну могутність гітлерівської Німеччини. Взагалі, великий мінус Нюрнберзького процесу в тому, що справжні диригенти залишилися за лаштунками і були поза досяжністю.

Незаперечна заслуга Нюрнберзького трибуналу полягає в тому, що він, як перший в історії міжнародний кримінальний суд, аргументовано й переконливо довів вину підсудних у скоєнні тяжких міжнародних злочинів і засудив головних німецьких військових злочинців. Разом із тим, зосередившись лише на німецьких винуватцях війни і військових злочинцях, по суті він був судом переможців над переможеними. Сьогодні, з дистанції у сім десятиліть, коли на зміну політичним пріоритетам світова громадськість висуває верховенство права й загальнолюдських цінностей, є всі можливості для глибокого об'єктивного і неуперед-

женого аналізу усього комплексу питань, пов'язаних з причинами, злочинною сутністю та наслідками Другої світової війни.

Нюрнберзький трибунал створив передумови до формування основ сучасного світового правопорядку, насамперед у таких сферах, як захист прав людини і міжнародне гуманітарне право, а також до розвитку нових принципів і норм у всіх інших галузях міжнародного права. Його рішення привели до створення міжнародного кримінального права і закликають до боротьби проти міжнародних злочинів, ким би вони не здійснювалися.

¹ *Трайнин А. Н.* Защита мира и борьба с преступлениями против человечества [Текст] / А. Н. Трайнин. – М.: Изд-во АН СССР, 1956. – 298 с.; *Трайнин А. Н.* Избранные произведения [Текст]: защита мира и уголовный закон / А. Н. Трайнин; под общ. ред. Р. А. Руденко. – М.: Наука, 1969. – 454 с.; *Полторак А. И.* Нюрнбергский процесс (основные правовые проблемы) / А. И. Полторак. – М.: Наука, 1966. – 351 с.; *Полторак А. И.* Нюрнбергский эпилог / А. И. Полторак; под ред. А. А. Беркова, В. Д. Ежова. – М.: Юрид. лит., 1983. – 567 с.; *Рагинский М. Ю.* Нюрнберг перед судом истории: воспоминания участников Нюрнбергского процесса / М. Ю. Рагинский. – М.: Политиздат, 1986. – 341 с.

² *Cooper, Robert W.* (Robert Wright), 1904–1992. The Nuremberg trial / by R. W. Cooper. Harmondsworth, England; New York: Penguin Books, 1947. – 301 p.; *Bernstein, Victor Heine.* Final Judgment; the Story of Nuremberg. New York: Boni & Gaer, 1947. – 289 p.; *W. R. Harris.* Tyranny on Trial. The Evidence at Nuremberg. Dallas, Southern Methodist University Press, 1954. – 608 p.; *Massarek E.* Nürnberg: zum Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher. – Wien: Stern-Verl, 1947. – 178 s.

³ *Cooper, Robert W.* Вказана праця. – Р. 19.

⁴ *Дейвіс Норман.* Європа. Історія / Дейвіс Норман; пер. з англ. П. Тарашук, О. Коваленко. – К.: Основи, 2000. – 1464 с. – С. 1080–1082.

⁵ *Calvocoressi P.* Nuremberg: the facts, the law and the consequences / by Peter Calvocoressi. – London: Chatto and Windus, 1947. – 176 p. – Р. 16.

⁶ *Strank M.* Public Opinion on 1935–1946. – Princeton: Princeton University Press, 1951. – Р. 1035.

⁷ *Henkys R.* Die Nationalsozialistischen Gewaltverbrechen. Geschichte und Gericht. Stuttgart, 1964. – S. 186.

⁸ *Мережко А. А.* Введение в философию международного права. Гносеология международного права. / А. А. Мережко. – К.: Юстиниан, 2002. – 189 с. – С. 32.

⁹ *Ледях И. А.* Нацистские преступники и судебная практика в ФРГ [Текст] / И. А. Ледях. – М.: Юрид. лит., 1973. – 160 с. – С. 13.

¹⁰ *Рабінович П. М.* Людяність як об'єкт правового захисту: до 65-річчя завершення Нюрнберзького процесу / П. М. Рабінович // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2011. – № 10. – С. 47–48; *Рабінович П. М.* Людяність: міжнародні стандарти правового захисту: до 65-річчя завершення Нюрнберзького процесу / П. М. Рабінович // Право України. – 2011. – № 10. – С. 351.

¹¹ Нюрнбергский процесс над главными немецкими военными преступниками [Текст]: сб. материалов: в 7 т. / сост. Г. Н. Александров [и др.]; общ. ред. Р. А. Руденко. – М.: Госюриздат, 1957–1961. – Т. 7: Заключительные речи главных обвинителей. – 1961. – 760 с. – С. 307–415.

¹² *P. Calvocoressi.* Вказана праця. – Р. 77.

¹³ Див.: *Сенаторова О. В.* Принципи Нюрнберзького процесу як основа міжнародної кримінальної юстиції / О. В. Сенаторова // Теорія і практика правознавства: електронне наукове фахове видання. – 2011. – № 2: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://law.nlu.edu.ua/wpcontent/uploads/2015/09_10.pdf. – Назва з екрана.

¹⁴ Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. – М., 1955. – Вып. 11: Действующие договоры, соглашения и конвенции, вступившие в силу между 22 июня 1941 года и 2 сентября 1945 года. – 200 с. – С. 165–172.

¹⁵ Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року. – К.: Атіка, 2001. – 160 с. – С. 149–151.

¹⁶ Мирный договор между союзными и объединившимися державами и Германией (Версаль, 28 июня 1919 г.): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ppt.ru/newstext.phtml?id=20302>. – Назва з екрана.

¹⁷ *Дейвіс Норман.* Вказана праця. – С. 1083–1084.

¹⁸ *Лебедева Н.* Неизвестный Нюрнберг / Н. Лебедева // Родина. – 1991. – № 6/7. – С. 123–128.

¹⁹ *Дейвіс Норман.* Вказана праця. – С. 1087.

²⁰ Див.: *Дьяков Ю. Л.* Фашистский меч ковался в СССР. Красная Армия и рейхсвер. Тайное сотрудничество, 1922–1933. Неизвест. документы / Ю. Л. Дьяков, Т. С. Бушуева. – М.: Сов. Россия, 1992. – 381 с.; *Трубайчук А. Ф.* Друга світова війна [Текст]: Коротка історія / А. Ф. Трубайчук. – К.: Наук. думка, 1995. – 192 с.

Резюме

Іванов В. М. Нюрнберзький процес: історичне та правове значення (до 70-річчя Міжнародного військового трибуналу).

У статті розглядаються основні підходи до оцінок Нюрнберзького трибуналу, його передісторія, історично-правове значення та вплив на розвиток сучасного міжнародного права. Наголошується на значенні Нюрнберга як перестороги тим, хто намагається перекроювати політичну карту Європи й світу.

Ключові слова: Нюрнберзький трибунал, основні підходи до оцінок, історичне значення, правові наслідки, міжнародне право.

Резюме

Іванов В. Н. Нюрнбергский процесс: историческое и правовое значение (к 70-летию Международного военного трибунала).

В статье рассматриваются основные подходы к оценкам Нюрнбергского трибунала, его предыстория, историко-правовое значение и влияние на развитие современного международного права. Отмечается значение Нюрнберга как предостережение тем, кто пытается перекраивать политическую карту Европы и мира.

Ключевые слова: Нюрнбергский трибунал, основные подходы к оценкам, историческое значение, правовые последствия, международное право.

Summary

Ivanov V. Nuremberg process: historical and legal significance (On the 70th anniversary of the International military Tribunal).

The article highlights the main approaches to the Nuremberg Tribunal assessment, its background, historical and legal significance and its influence concerning the modern International law development. Nuremberg here is defined as deterrent for all those who try to reshape the political map of Europe and World.

Key words: Nuremberg Tribunal, main approaches to assessment, historical significance, legal outcomes, international law.

УДК 340.12

О. М. КУРАКІН

Олександр Миколайович Куракін, кандидат юридичних наук, доцент, професор Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

ОСОБЛИВОСТІ ПРЕДМЕТА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Під предметом правового регулювання в юриспруденції прийнято розуміти суспільні відносини, що регулюються нормами права, спеціально створеними для цього відповідними суб'єктами. Особливо таке розуміння міцно вкоренилося в галузевих юридичних дисциплінах.

Зокрема в сфері міжнародного приватного права фахівці під предметом даної галузі розуміють приватноправові відносини міжнародного характеру¹. У цивільному праві висловлюється така думка: «Як і будь-яка галузь, цивільне право складається з правових норм, що регулюють суспільні відносини. Предмет цивільного права також становлять суспільні відносини»².

Очевидно, предмет правового регулювання – одна з основних і найбільш часто вживаних категорій і в загальній теорії права. Більше того, зрозуміло, що категорія «предмет правового регулювання» зобов'язана своїм «народженням» саме теорії права, тому так важливо, щоб в цій науці дане поняття було по можливості чітко визначено.

Якщо звернутися до того, як предмет правового регулювання визначає теорія права, можна констатувати, що суперечок щодо даного поняття серед вчених ні в радянській, ні в сучасній вітчизняній науці майже не спостерігається. Основні розбіжності полягають у тому, що одні вважають предметом правового регулювання суспільні відносини, а на думку інших – це поведінка суб'єктів.

На радянському етапі розвитку теоретико-правової науки в якості предмета правового регулювання визнавалися суспільні відносини, а правове регулювання визначалося як їх «класовий регулятор», організований державний вплив на них за допомогою закону³.

Інший підхід, як вказувалося вище, визначав предметом правового регулювання саме поведінку суб'єктів. Л. С. Явич, наприклад, розумів правове регулювання як різні юридичні форми впливу держави на поведінку суб'єктів суспільних відносин через встановлення прав і обов'язків⁴. Аналогічної позиції дотримувався С. С. Алексеев⁵, який вважав «програмування» поведінки людей і правове регулювання результатом реагування суб'єктів на правовий вплив.

Аналогічні розбіжності існують в теорії права і нині. Однак якщо виходити з того, що правове регулювання суспільних відносин є процесом державного регулювання, то логічних протиріч у наведених твердженнях немає.

Власну точку зору щодо визначення предмета правового регулювання висловлював В. Д. Сорокін. Він вперше запропонував розглядати в якості предмета правового регулювання єдиний предмет для всієї системи права, включно з відносинами соціально-правового середовища⁶.

Слід також зазначити, що деякі науковці в правовому регулюванні виділяють його предмет і об'єкт.

Очевидно, що кожний вчений наводить свої аргументи на користь визнання найбільш обґрунтованою саме його позиції, однак у цілому будь-які принципові протиріччя між зазначеними міркуваннями, на наш погляд, відсутні. У цьому контексті, здається, можна погодитися з А. В. Поляковим, який вважає протиріччя в трактуваннях предмета правового регулювання невинуватими, оскільки «право впливає на поведінку суб'єктів і регулює її, а поведінкові акти лежать в основі суспільних відносин, у зв'язку з чим, не буде помилкою, вважати, що предметом правового регулювання є суспільні відносини, які регулюються через поведінку суб'єктів соціальної взаємодії»⁷.

Отже, визнаючи державу в якості головного і фактично єдиного творця правових норм, вітчизняна теорія права розвиває цю концепцію, цілком поширюючи її на правове регулювання і його предмет.

Так, наприклад, В. В. Лазарєв пояснює, що не всі дії чи відносини соціальних суб'єктів можуть ставати об'єктом правового впливу, а лише певна їх частина, а саме ті з них, які мають нормативний характер, можуть бути формалізовані⁸.

Видається, що таке формулювання насправді не визначає коло суспільних відносин, які можуть бути врегульовані правом, і відносини, втручання держави в які неприпустимо. Скоріше, навпаки, вона дає можливість державним органам надати правову форму фактично будь-яким суспільним відносинам. На думку А. В. Полякова, «в сферу правового регулювання повинні входити ті відносини, які об'єктивно потребують правового опосередкування і «вписуються» в правову структуру. Це означає, що вони мають своє місце в ієрархії соціальних цінностей, можуть бути змодельовані в правовій нормі і перекладені мовою суб'єктивних прав і обов'язків»⁹.

В. Д. Сорокін вважає, що в предмет правового регулювання входять «не всі суспільні відносини, а лише ті з них, які об'єктивно, з цілого ряду причин потребують саме юридичного, тобто в принципі уніфікованого впливу на них з боку держави», або «відносини різного змісту, в юридичному регулюванні яких суспільство і держава безпосередньо зацікавлені»¹⁰.

Вважаємо, не можна недооцінювати важливість та значення визначення предмета правового регулювання, у зв'язку з чим спірною видається таке його трактування, згідно з яким констатується лише факт необхідності впливу на такі відносини з боку держави. Очевидно, що зміни стосуються не тільки потреб суспільства в цілому, а й інтересів конкретних осіб. Отже, на нашу думку, недостатньо говорити тільки про заінтересованість держави як про стримуючий критерій правового регулювання.

На підставі вищевикладеного, незважаючи на незаперечно важливе значення предмета правового регулювання, можна резюмувати, що наведене вище визначення не повною мірою відображає всю його складність і суперечливість. Як справедливо зауважує Ю. І. Гревцов, «така традиційна відповідь уявляється сьогодні надто загальною і недостатньою»¹¹.

На наш погляд, цю проблему потрібно намагатися вирішувати за допомогою теорії права, причому в наступних напрямках:

- 1) місце суб'єкта у визначенні предмета правового регулювання;
- 2) особливості суспільних відносин, що становлять предмет і визначають цілі правового регулювання.

Правове регулювання являє собою цілісний процес упорядкування суспільних відносин, що виникає через взаємодію його системних елементів. Слід погодитися в цьому зв'язку з тими вченими, на думку яких предмет правового регулювання становлять суспільні відносини. Проте, на наше переконання, цього недостатньо для його повної характеристики. Видається, що процес правового регулювання являє собою складну взаємодію елементів, які визначають методологію, специфіку цього регулювання та особливості способів, за допомогою яких воно здійснюється.

Таким чином, ми вважаємо, що залежно від способів правового впорядкування суспільних відносин єдиний предмет правового регулювання має свої особливості і різний зміст.

На думку автора, правове регулювання не можна зводити лише до волі законодавця і його дій, спрямованих на упорядкування суспільних відносин. Пропонуємо подивитися на правове регулювання ширше і визначити особливості його предмета і цілей у сфері правотворчості, законотворчості та законодавчого регулювання.

Правотворчий процес, на думку автора, не обмежується виключно прийняттям державними органами нормативних правових актів. Специфіка способів упорядкування суспільних відносин суттєво впливає на зміст предмета правового регулювання в цій сфері.

Спонтанність регулювання суспільних відносин за допомогою права не дає можливості вести мову про мету цього процесу, однак його зміст можна охарактеризувати як задоволення потреб суспільства у врегулюванні конкретної сфери відносин. Причому, на відміну від правового регулювання, здійснюваного у сфері законотворчості, вказана мета не стоїть перед конкретними суб'єктами. Люди, які вступають у суспільні відносини між собою, мають на меті свої конкретні цілі, ніяк не пов'язані з метою правового регулювання. Однак той правовий порядок, що досягається в процесі правового регулювання, обумовлений об'єктивними потребами суспільства. Як зазначає Ф. А. фон Хайек, «мета» не означає нічого іншого, крім того, що їхні дії спрямовані на підтримку або відновлення цього порядку»¹².

На нашу думку, можна стверджувати, що кінцева мета правового регулювання полягає у створенні умов для розвитку права і його ефективного функціонування, визнання суспільством основоположних правових ідей та адаптації права до сучасних потреб його членів. Глобальна мета правового регулювання полягає в зміцненні ідеї права в суспільстві і на цій основі стійкому правовому розвитку, при якому право стає найважливішою функцією громадського життя.

Відповідно до мети визначаються і завдання правового регулювання в конкретних сферах реалізації, які, в свою чергу, обумовлені особливостями його предмета.

Щодо законотворчої діяльності, А. Нашиц зазначає, що процес «створення права» поділяється на дві стадії. Перша характеризує процеси пізнання, оцінки психологічних і вольових чинників, аналізу правоформуючих факторів і виразу на цій основі панівної волі. На цій стадії процес «створення права» відрізняється гнучкістю, різноманітністю і динамізмом. Потім соціальні джерела права обумовлюють перехід до другої стадії законотворчості – визначення правових рішень, норм позитивного права. Це досягається завдяки юридично значимим діям органів, уповноважених на видання правових норм¹³.

Специфіка суспільних відносин, які виникають в процесі законотворчості, полягає, на думку автора, в тому, що це вже не спонтанний, а заздалегідь обдуманий процес «пошуку» і формулювання правил, надання їм відповідної форми. Причому йдеться не тільки про пошук «правил справедливої поведінки» з метою закріплення їх у нормативних правових актах і вирішення судових спорів, а ще й про «правила організації».

Таким чином, зміст суспільних відносин у сфері законотворчості характеризується вже діями законодавця, виконавчих органів влади та суду. Основне завдання суб'єктів правового регулювання у сфері законотворчості полягає в тому, щоб «відшукати» «правила справедливої поведінки», надати їм офіційну форму вираження і гарантувати їх дотримання, для чого потрібно створення організації, яку ми називаємо державою. Держава не тільки примушує до виконання «правил справедливої поведінки», а й здійснює управління суспільством відповідно до зазначених правил.

Крім того, на етапі законотворчості перед суб'єктами стоїть ще одне дуже важливе завдання – створення «правил організації», особливих правил, що визначають структуру, цілі та функції самого державного апарату, всієї системи організації суспільства в рамках державного правління, що сприяють проведенню законів в життя. Як точно встановлював закон англійських судів: «Закон вище короля, тому що і король, і всі його піддані підкоряються закону, і без нього не було б ні короля, ні королівства».

Тут важливо розуміти, що держава створює тільки умови для реалізації «стихійно» формуються правил, закріплених у законі, а не самі «правила справедливого поведінки». Правила, які держава може винаходити – це закони та інші нормативно-правові акти, що визначають функції і повноваження державних органів, необхідні для підтримки порядку й функціонування держави. Правила, що спрямовують дії людей в рамках організації, відрізняються тим, що це завжди конкретні, а не абстрактні, на відміну від «правил справедливого поведінки», правила виконання запропонованих завдань. «Правила справедливого поведінки», навпаки, абстрактні і не залежать від чийх-небудь конкретних цілей.

У рамках здійснення правового регулювання можна доповнювати і покращувати «правила організації», оскільки мета правового регулювання у сфері законотворчості полягає в тому, щоб удосконалювати і втілювати в життя правила, що сприяють правореалізації. Разом із тим, на думку автора, не варто намагатися покращувати і доповнювати норми права, що формуються спонтанно. Як влучно зауважує Ф. А. фон Хайек, якщо деякі дії стануть спрямовуватися іншою силою, яка прагне до інших цілей і враховує інші знання, цей баланс неминуче буде зруйновано. Іншими словами, в цьому і полягає суть аргументів проти «втручання» і «вторгнення» держави в «стихійно» сформований процес правотворення.

Щодо «правил організації», то варто погодитися з авторами, які розрізняють поняття законотворчості і нормотворчості, як процеси створення норм закону та підзаконних нормативно-правових актів. На нашу думку, у разі створення «правил організації» – це в основному відомчі нормативно-правові акти, які беруть виконавчі органи влади для забезпечення функціонування відповідних державних структур. У цьому зв'язку уявляється, що доцільніше називати цю складову законотворчого процесу нормотворчістю, щоб попередити обгрунтовані звинувачення в тому, що буквальне тлумачення поняття «законотворчість» не має на увазі прийняття підзаконних нормативно-правових актів.

Ще одна сфера, в якій здійснюється правове регулювання – сфера законодавчого регулювання.

На даному етапі правове регулювання здійснюється, на наш погляд, в тому загальноприйнятому значенні правового упорядкування суспільних відносин, з якого ми почали аналіз особливостей предмета, цілей і завдань правового регулювання.

Як випливає з самого поняття «законодавче регулювання» (тобто «дане законом») – це впорядкування відносин, засноване на законодавчих приписах або положеннях інших нормативних правових актів. Іншими словами, законодавче регулювання (на відміну від законотворчості, тобто процесу «створення» закону) являє собою процес реалізації правових норм, закріплених у нормативних правових актах. Однак законодавче регулювання не перестає при цьому розглядатися у складі процесу правового регулювання, оскільки правове регулювання в цьому випадку здійснюється за допомогою все тих же правил, тільки вже безпосередньо в процесі реалізації нормативних правових актів суб'єктами суспільних відносин.

Специфіка змісту суспільних відносин у сфері законодавчого регулювання полягає в тому, що впорядкування відносин здійснюється за допомогою вже закріплених в нормативних актах положень – як «правил справедливого поведінки», що вже «відкриті» і гарантовано захищені державою шляхом надання їм офіційної форми вираження, так і «правил організації».

Очевидно, що основним завданням правового регулювання на даному етапі є реалізація законодавчих положень, тобто реалізація того правопорядку, який у словесній формі закріплений у державно встановлених нормативних приписах.

У теорії права досить часто, поряд з терміном «правове регулювання», використовується термін «правовий вплив». При цьому вчені юристи справедливо звертають увагу на необхідність розрізнення зазначених понять. Одним з перших на це вказав С. С. Алексєєв, а згодом – А. В. Міцкевич, А. Ф. Шебанов, Н. І. Матузов, А. М. Вітченко, М. І. Байтін, В. М. Горшенєв, В. В. Лазарєв та інші.

В останні роки в теорії держави і права з'явився ряд напрямів, що досліджують нові можливості права як одного з ефективних засобів науково обгрунтованого соціального управління. Технічний прогрес висунув у традиційних галузях правового регулювання назрілі актуальні задачі.

Тому слід уточнити етимологію, співвідношення і взаємодія правового впливу і правового регулювання. Для теми нашого дослідження це дуже важливо.

Термін «регулювання» походить від латинського *regula* – правило і означає впорядкування, налагодження, приведення чогось у відповідність із чимось. Термін «вплив» означає дію, спрямовану на що-небудь за допомогою системи заходів. Очевидно, що зміст цих двох категорій дуже схожий, але неоднозначний.

Поняття «вплив» за обсягом ширше, ніж «регулювання», оскільки вплив включає в себе не тільки регулювання, а й інші правові засоби і форми впливу на поведінку людей. Тому не можна зводити правові засоби і форми впливу права на суспільні відносини тільки до правового регулювання.

«Зрозуміло, правове регулювання завжди означає також і правовий вплив, але правовий вплив не завжди означає свідоме нормування суспільних відносин. Перше пов'язане з встановленням конкретних прав і обов'язків суб'єктів, з прямими приписами про належне і можливе, друге – не пов'язано. Перше означає дію (здійснення) правових норм через правовідносини, друге – не обов'язково»¹⁴.

А. М. Вітченко розмежує два аспекти регулювання: як власне регулювання і як вплив у процесі регулювання, зазначаючи, що оскільки норми права впливають на вчинки людей через їх волю і свідомість, необхідно розглядати регулюючу роль права спочатку як нормативний вплив поза правовими відносинами, а потім і як регулювання в них¹⁵.

На волю суб'єктів суспільних відносин впливають різні правові явища, в тому числі такі, як правові принципи, правосвідомість, нормотворчий процес, право- та дієздатність, правовий статус особи, економічні, політичні, культурні та інші права, правова культура, відповідальність, в кінцевому рахунку – вся правова система.

Правовий вплив протікає в двох основних формах. По-перше, відображення і закріплення в правових категоріях основних напрямів діяльності держави щодо перетворення, вдосконалення суспільних відносин. По-друге, закріплення в нормативних актах структури державних органів, їх компетенції, основних демократичних інститутів і т. д.

Якщо вплив права на свідомість і волю людей протікає в двох формах, то регулювання виражається лише в одній, а саме, у формі правових відносин, де норми права перебувають у взаємодії, а держава впорядковує і захищає суспільні відносини за допомогою дозволів, приписів, заборон.

Предметом правового впливу можуть стати практично всі суспільні відносини, соціальні зв'язки, економічні, політичні, культурні, соціальні відносини, які правом не регулюються, але на які воно, так чи інакше, поширює свій вплив. Сюди, звичайно, відносять і поведінку людей.

Предмет правового регулювання дещо вужче предмета правового впливу, ним охоплюються суспільні відносини або їх сукупність, які потрапляють під регламентацію юридичних норм.

А. В. Малько також звертає увагу на те, що правове регулювання як спеціально-юридичний вплив, на відміну від правового впливу, пов'язане зі встановленням конкретних прав і обов'язків суб'єктів, з прямими приписами про належне і можливе. У цьому сенсі регулювання – лише одна з форм впливу права на суспільні відносини, що не охоплює всіх інших його форм¹⁶.

На думку В. І. Гойман, «правове регулювання, є частина механізму дії права, яка характеризує спеціально юридичний вплив права на поведінку і діяльність його адресатів, але безпосередньо з ними ще не пов'язана. У результаті правового регулювання формується правова основа, визначаються орієнтири для організації діяльності учасників регульованих відносин і досягнення фактичних цілей права. Але сама ця діяльність і досягненні в процесі її здійснення результати змістом правового регулювання не охоплюються і пов'язані з іншими ланками механізму дії права»¹⁷.

Правовий вплив виступає як частина системи соціального регулювання суспільних відносин і здійснюється через свідомість, інтереси, мотиви, поведінку людей. Впливає та впорядкування на суспільні відносини за наступною схемою: свідомість людини – поведінка особи – конкретні соціальні зв'язки і взаємини людей – суспільні відносини. Основним елементом керуючої і керованої системи виступають люди, а управління зводиться до того, що один з них впливає на свідомість і поведінку людей.

Правове регулювання суспільних відносин здійснюється за допомогою практично тих же самих елементів і в тій же послідовності, що і при правовому впливі, але з додаванням дуже важливого юридичного інструментарію – суб'єктивних прав і обов'язків. Тому правове регулювання за своїм обсягом менше поняття правового впливу і є його різновидом.

С. А. Комаров представив правовий вплив у вигляді системи, що складається з елементів, які впливають на суспільні відносини:

- 1) правова свідомість;
- 2) правова культура;
- 3) механізм правового регулювання;
- 4) правові принципи;
- 5) правотворчий процес¹⁸.

Правовий вплив має три відносно самостійних напрями (форми):

- 1) правове регулювання (спеціально-юридичний вплив);
- 2) інформаційно-психологічний;
- 3) культурно-виховний.

Правове регулювання як форма правового впливу пов'язана з особливим спеціально юридичним впливом права на суспільні відносини, який не може здійснювати жоден інший соціальний регулятор. Специфіка такого впливу пов'язана насамперед із засобами регулювання, а також з методами їх практичного використання.

Інформаційно-психологічний вплив права виражається в тому, що воно є, по суті, особливим різновидом соціальної інформації. За допомогою правових приписів до учасників суспільних відносин доводиться специфічна за своїм змістом інформація, певні відомості про основи державного і суспільного устрою держави, про загальні принципи організації та діяльності державного апарату, про структуру й повноваження конкретних органів влади і управління, про дозволу, необхідну і заборонену поведінку, про цілі правового регулювання, про засоби, що надані громадянам та організаціям для реалізації їх інтересів, про можливі наслідки порушення правових приписів і т.д.

Культурно-виховний вплив права обумовлено тим, що юридичні приписи є відображенням конкретних духовних, культурних, політичних, моральних та інших цінностей, які панують у суспільстві в певний історичний період часу. Залучаючи суб'єктів до таких цінностей, право формує у них моральні ідеали та установки і таким чином виховує їх.

Крім перерахованих вище форм правового впливу виділяють ще соціальний аспект, що характеризується взаємозв'язком правових та інших соціальних факторів (економічних, політичних, моральних тощо), які беруть участь в «житті» права на всіх етапах його функціонування. Ці фактори у своїй сукупності утворюють те, що називають соціальним середовищем дії права.

Таким чином, можна виділити наступні характерні ознаки правового регулювання, що відрізняють його від інших форм правового впливу:

- 1) специфічний предмет – група соціальних відносин, регульованих правом. Цей предмет вужчий, ніж предмет правового впливу;
- 2) специфічні засоби і методи юридичного впливу права на регламентацію і розвиток суспільних відносин;
- 3) метою правового регулювання є закріплення, регламентування, розвиток суспільних відносин, а також витіснення з суспільного життя віджилих і негативних явищ;
- 4) нормативна форма реалізації – у формі правовідносин (заснована на правових зв'язках суб'єктів з чітким розмежуванням їх на уповноважених і зобов'язаних);
- 5) досягнення конкретних соціальних результатів, що мають юридичне значення.

Підіб'ємо підсумки вищесказаного. Правовий вплив – ширше поняття, ніж правове регулювання, що є найважливішою його формою. Усі форми правового впливу взаємопов'язані один з одним. Але правове регулювання все ж є більш самостійним. Це цілеспрямований та ефективний вплив за допомогою правових (юридичних) засобів на поведінку людей і ті соціальні відносини, які є правовими за своїм змістом.

Важливо підкреслити, що розмежування між впливом і регулюванням необхідно для визначення зв'язків і взаємодії між елементами механізму правового регулювання.

¹ Юлдашев О. Х. Міжнародне приватне право: Теоретичні та прикладні аспекти / О. Х. Юлдашев. – К. : МАУП, 2004. – 576 с. – С. 70.

² Мазур О. С. Цивільне право України : навч. посіб. для дистанц. навчання / О. С. Мазур. – К. : Ун-т «Україна», 2005. – 287 с. – С. 15.

³ Иоффе О. С. Вопросы теории права / О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский. – М. : Госюриздат, 1961. – 381 с. – С. 57–59.

⁴ Явич Л. С. Проблемы правового регулирования советских общественных отношений / Л. С. Явич. – М. : Госюриздат, 1961. – 172 с. – С. 26–29.

⁵ Алексеев С. С. Об объекте права и правоотношения // Вопросы общей теории советского права : сб. статей / С. С. Алексеев ; под ред. проф. С. Н. Братуся. – М. : Государственное изд-во юрид. л-ры, 1960. – 407 с. – С. 287.

⁶ Сорокин В. Д. Правовое регулирование: предмет и метод : учеб. пособ. / В. Д. Сорокин ; под ред. И. Ф. Покровского. – СПб. : Ин-т морского права, 2000. – 217 с. – С. 10.

⁷ Поляков А. В. Общая теория права / А. В. Поляков. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. – 642 с. – С. 443.

⁸ Лазарев В. В. Общая теория права и государства : учеб. / В. В. Лазарев. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Юрист, 2001. – 520 с. – С. 147.

⁹ Поляков А. В. Вказана праця. – С. 443.

¹⁰ Сорокин В. Д. Вказана праця. – С. 15.

¹¹ Гревцов Ю. И. Энциклопедия права : учеб. пособ. / Ю. И. Гревцов, И. Ю. Козлихин. – СПб. : Изд-во СПбГУ, 2008. – 772 с. – С. 149.

¹² Хайек Фридрих Август фон. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики / Фридрих Август фон Хайек ; пер. с англ. Б. Пинскера и А. Кустарева под ред. А. Куряева. – М. : ИРИСЭН, 2006. – 644 с. – С. 57.

¹³ Тихомиров Ю. А. Теория закона / Ю. А. Тихомиров; отв. ред. д-р юрид. наук В. П. Казимирчук. – М. : Изд-во «Наука», 1982. – 255 с. – С. 180.

¹⁴ Матузов Н. И. Личность. Права. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права / Н. И. Матузов. – Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 1972. – 290 с. – С. 63.

¹⁵ Витченко А. М. Метод правового регулирования социалистических общественных отношений : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А. М. Витченко. – Саратов, 1969. – 19 с. – С. 16.

¹⁶ Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве (теоретико-информационный аспект) : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 / А. В. Малько. – М., 2007. – 367 с. – С. 26–31.

¹⁷ Гойман В. И. Действие права (методологический анализ) / В. И. Гойман. – М. : Академия МВД России, 1992. – 182 с. – С. 56.

¹⁸ Комаров С. А. Общая теория государства и права : учеб. / С. А. Комаров. – 8-е изд., испр. и доп. – М. ; СПб. : Изд-во Юридического института, 2012. – 608 с. – С. 471.

Резюме

Куракін О. М. Особливості предмета правового регулювання.

Стаття присвячена аналізу однієї з основних і найбільш часто вживаних категорій в загальній теорії права – предмета правового регулювання. Автором здійснюється спроба додаткової аргументації, що правове регулювання за своїм обсягом менше поняття правового впливу та є його різновидом.

Ключові слова: об'єкт, предмет, правове регулювання, правовий вплив, суспільні відносини.

Резюме

Куракин А. Н. Особенности предмета правового регулирования. Статья посвящена анализу одной из основных и наиболее часто употребляемых категорий в общей теории права – предмету правового регулирования. Автором предпринимается попытка дополнительной аргументации того, что правовое регулирование по своему объему меньше понятия правового воздействия и является его разновидностью.

Ключевые слова: объект, предмет, правовое регулирование, правовое воздействие, общественные отношения.

Summary

Kurakin O. Features subject of legal regulation.

This article analyzes one of the basic and most frequently used categories in the general theory of law – the subject of legal regulation. The author attempts to further the argument that the legal regulation in scope, less the concept of legal effect and is its variety.

Key words: object, subject, legal regulation, legal effect, public relations.

УДК 34(1/9)

О. О. МАЛИШЕВ

Олександр Олегович Малишев, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

АРХЕОЛОГІЧНЕ ПРАВО ФРАНЦІЇ: ГЕНЕЗА ТА СУЧАСНИЙ СТАН

Правова охорона археологічних пам'яток в Україні переживає кризу. Досі чинні внесені за попередньої влади зміни до законів, які фактично загнали більшість археологічних досліджень на маргінес. Не справдилися надії на те, що влада зверне увагу на відповідну сферу з огляду на євроінтеграцію. Угода про асоціацію України з ЄС торкається питання культурної політики лише крадькома, а в додатках до угоди не наведено жодної необхідної для впровадження європейської директиви з питань культури. Міжнародно-правове регулювання археологічної сфери, попри наявність принаймні двох спеціальних конвенцій, лишається недостатнім. Численні рекомендації міжнародних організацій, з огляду на свій «м'яко-правовий» характер, розглядаються нашим урядом як не варті уваги. Не імplementовані належним чином деякі положення ратифікованої Україною Європейської конвенції про охорону археологічної спадщини 1992 р. й досі навіть не прийнято низку підзаконних актів, обов'язковість прийняття яких прямо передбачено законодавством ще понад 10 років тому.

З огляду на відсутність загальноприйнятних міжнародних стандартів, шлях до юридичного майбутнього української археології ми бачимо у детальному вивченні строкатих іноземних підходів у цій царині. Утім, у багатьох, навіть унітарних, державах пам'яткоохоронні питання значною мірою перебувають у компетенції місцевої влади, що ускладнює узагальнення відповідного досвіду. Певний виняток становить Франція. У цій країні археологічне право, завдяки відповідним крокам саме центральної влади, за останні десятиліття поступово було підняте на доволі високий щабель і наразі є важливим рушієм наукового і культурного розвитку суспільства.

Питання іноземного законодавства про охорону культурної спадщини досліджувалися такими вченими, як В. І. Акуленко, І. Е. Мартиненко, О. І. Мельничук, Г. Ф. Онуфрієнко Н. М. Рудика та ін. Водночас комплексних досліджень французького археологічного права у вітчизняній літературі досі не було.

У західноєвропейській юриспруденції вирізненню окремих галузей права чи законодавства приділяється значно менше уваги, ніж в Україні. Так, провідна французька дослідниця археологічного права К. Сожо у своїй книзі з цього предмета торкається відповідного теоретичного питання лише в анотації на задній частині обкладинки книги, зазначаючи, що археологічне право «перебуває на перетині приватного, кримінального, містобудівного та публічного права»¹. Таким чином, можна вважати його певним міжгалузевим утворенням. Що стосується місця археологічного права в системі законодавства Франції, то це питання достойно, хоч і не остаточно, було вирішене через прийняття окремого Кодексу про надбання (Code du patrimoine)².

Книга V Кодексу, що має назву «Археологія», докладно врегулює більшість ключових юридичних питань археологічної сфери. Кодекс про надбання, як і французьке археологічне право загалом, відображають понад двохсотлітні правові традиції, слідування яким у суперечливий спосіб позначалося на прогресивному розвитку охорони археологічної спадщини.

На зорі відповідної традиції важливу роль зіграв Цивільний Кодекс Наполеона 1804 р. й доволі широке визначення поняття скарбу (*trésor*) в його ст. 716: «скарб – це будь-яка річ прихована чи закопана в землю, щодо якої ніхто не може довести своє право власності, і яка виявлена лише внаслідок випадковості»³. Право власності на скарб набуває той, хто знаходить його на своїй землі. В іншому разі скарб розподіляється цією особою порівну з власником землі. Навіть сьогодні відповідна норма часто застосовується стосовно археологічних знахідок, що загалом не є характерним для законодавства інших країн континентального права. Кодекс, крім того, від самого початку визначив доволі широкі межі права власності на землю, яке покриває все, що «перебуває над і під землею». Власник, зокрема, відповідно до Кодексу має право «робити під землею буд-які побудови й розкопки, які вважатиме доцільними та вилучати будь-які предмети, які походять з цих розкопок за винятком обмежень, що витікають із законів і регламентів про копальні та законів і регламентів, що стосуються громадської безпеки»⁴. Наведені положення Кодексу, що з того часу не зазнали жодних змін, накладають певний відбиток на розвиток археологічного права, необхідною умовою розвитку якого є визнання археологічної спадщини спільним надбанням, а отже, й певний пріоритет суспільного над особистим.

Перший комплексний закон щодо захисту пам'яток був прийнятий у Франції 30 березня 1887 року⁵. Його положення були дещо розвинуті Законом про історичні пам'ятки від 31 грудня 1913 р.⁶, що прийшов йому на зміну. Важливою новацією цього закону було те, що він передбачав державний облік, зокрема тих культурних цінностей, які перебували в приватній власності. Цей закон стосувався й археологічних об'єктів, проте в ньому не містилося спеціальних норм про археологічні розкопки⁷. Наступним важливим етапом були так звані закони Каркопіно, названі за прізвищем державного секретаря у справах освіти й молоді у французькому колабораціоністському уряді Віші⁸. Саме стараннями Ж. Каркопіно у 1941–1942 рр. були прийняті два ключових закони стосовно археології.

Один із цих актів, а саме Закон від 27 вересня 1941 р. стосовно археологічних розкопок, із незначними змінами діяв у Франції до 2004 р., коли більшість його статей були дослівно перенесені до Кодексу про надбання. У першій статті зазначалося: «Ніхто не може здійснювати, на належних йому або іншим особам теренах, розкопки чи зондування задля пошуку пам'яток чи об'єктів, що можуть становити інтерес для передісторії, історії, мистецтва чи археології, без попереднього отримання авторизації»⁹. Ця норма, як і низка інших положень закону, прямо суперечила цивільному праву і навряд чи могла з'явитися у французькому законодавстві в демократичний спосіб. Таким чином, у Франції, так само як у більшості інших європейських країн, включно з Україною, тоталітарний період став добою творення принципово нового законодавства в археологічній сфері¹⁰. Археологія стає справою професіоналів, держава бере відповідальність за збереження археологічних пам'яток, допускаючи, з огляду на це, втручання до сфери приватної власності. Другий закон Каркопіно від 21 січня 1942 р., що діяв нетривалий час, поклав початок перетворенню археологічної діяльності на різновид публічної служби, започаткував розбудову спеціалізованих археологічних органів влади.

Утім, Закони Каркопіно не внесли майже нічого принципово нового в питання власності на знахідки. Закон 1941 р. посилається на ст. 716 Цивільного кодексу щодо права власності на скарб. Разом із тим держава, за умови виплати винагороди, могла витребувати археологічний предмет або здійснити оплатну експропріацію археологічно цінної земельної ділянки. На підставі закону археологічні дослідження були поділені на здійснювані державою програмні дослідження і авторизовані археологічні дослідження, які можуть проводитися будь-якою особою, що одержує авторизацію з боку держави. Додатковий державний контроль за авторизованими археологами забезпечується через присутність на розкопках «представника держави».

Натомість, зі збільшенням масштабів освоєння територій, з'явився новий напрям археологічної діяльності – рятівна археологія (*l'archéologie de sauvetage*), тобто дослідження об'єктів, яким загрожує знищення у результаті господарської діяльності. У 1973 р. була утворена Асоціація національних археологічних досліджень (далі – AFAN), метою якої була «підтримка фінансування досліджень і наукового використання археологічних покладів, відповідно до чинного законодавства», та загалом участь у збереженні археологічного надбання. За статусом це була неприбуткова організація, створена на підставі Закону про договір асоціації від 1 липня 1901 року. Разом із тим ця інституція мала державне фінансування, а тому її вплив з часом дуже зріс. Станом на 1995 р. асоціація мала бюджет у 420 млн франків (у 1974 р. – 2,5 млн) та приблизно 2000 осіб персоналу¹¹. З державницького погляду такі масштаби свідчили про те, що приватноправовий статус організації себе вичерпав.

Додатковим чинником подальшого одержавлення археології стала ратифікація Францією у 1995 р. Європейської конвенції про охорону археологічної спадщини (переглянутої у Валлетті 1992 р.). Мальтійська конвенція поклала на держави-учасниці обов'язки систематизувати організацію й фінансування археологічних досліджень, що передують реалізації проектів розвитку територій, забезпечення археологам достатнього часу й ресурсів для таких досліджень. Показово, що в офіційному англійському тексті (Конвенція укладена англійською і французькою мовами) для відповідних досліджень використано термін «*rescue archeology*»¹², тобто «рятівна археологія». Натомість французький текст замість дослівного й уживаного до цього у Франції

відповідника «*l'archéologie de sauvetage*» містить по суті новий термін «*l'archéologie préventive*» (превентивна археологія)¹³.

Ця термінологічна розбіжність вилпилася у зміну самої парадигми організації відповідних досліджень. Вони повинні бути превентивними, щоб науковці і чиновники мали вдосталь часу як для дослідження пам'яток, так і для визначення їх подальшої долі, а не копали «за рухом бульдозера», коли все вже вирішено.

17 січня 2001 р. було прийнято Закон щодо превентивної археології¹⁴. Прийняттю закону передувало рішення Конституційної ради за скаргою на порушення проектом свободи підприємництва через монополізацію державою превентивних досліджень. Натомість Конституційна рада не знайшла обґрунтованості в доводах скарги.

Закон визначив три етапи превентивних археологічних досліджень: діагностика, розкопки та коригування проекту освоєння території, задля уникнення шкоди археологічним об'єктам. Було заповнено певні лакуни стосовно прав власності на результати досліджень, з певним ухилом у бік забезпечення інтересів держави.

На підставі Закону 2001 р. AFAN було перетворено на Національний інститут превентивних археологічних досліджень (далі – INRAP) – державний орган, що зосередив у собі всю повноту повноважень з організації, проведення та фінансування відповідних досліджень. При цьому законом також передбачено можливість створення спеціальних археологічних служб на рівні територіальних громад, але не в усіх громадах скористалися цим правом. Так, станом на 30 квітня 2015 р. державою санкціоновані (*agrées*) лише 67 таких служб (23 – на рівні комун, 11 – об'єднання комун, 32 – департаменти, 1 – об'єднання департаментів), що не покриває навіть половини території країни¹⁵.

Важливою новацією Закону 2001 р. було запровадження спеціального збору на превентивну археологію (*redevance d'archéologie préventive* – RAP). Якщо в інших країнах подібні археологічні дослідження оплачуються як роботи чи послуги на підставі відповідних договорів із замовниками проектів освоєння земель, то RAP має суто фіскальну природу, адже його завданням є не покриття витрат на те чи інше археологічне дослідження, а забезпечення постійного фінансування відповідної інфраструктури. Такий збір є суто французьким винаходом¹⁶, що цілком закономірно для нації, яка придумала ПДВ.

70 % надходжень RAP розподіляються між INRAP та археологічними службами для підтримання інфраструктури, а 30 % зараховується до створеного у 2003 р. Національного фонду превентивної археології. З цього фонду, до якого також можуть спрямовуватись державні субвенції, фінансуються дослідження, із замовників яких збір за законом не має стягуватись. Звуження кола суб'єктів сплати досягається через незначне підвищення навантаження на замовників масштабніших проектів. Це, між іншим, дає змогу законити на операційних витратах зі стягнення податку.

Питання правового регулювання RAP постійно перебувають у центрі уваги французького законодавця. Неодноразово докорінно переглядалися підходи до його розрахунку і стягнення. У 2014 р. сукупний дохід від збору становив 81,9 млн євро. Археологи вказують на недостатність відповідного фінансування і збитковість INRAP, але держава закриває очі на недофінансування археології задля забезпечення сприятливіших умов для бізнесу¹⁷.

Новим етапом для археологічного права стало прийняття Кодексу про надбання 2004 року. Відповідно до французької методики кодифікації Кодекс складається із законодавчої і регламентної (підзаконної) частини. Кожній статті законодавчої частини відповідає аналогічна за предметом регулювання і порядковим номером стаття регламентної частини, сформованої й уведеної в дію лише в 2011 році.

Археологічна спадщина визначається в Кодексі як усі залишки та інші сліди існування людства, охорона і вивчення яких, особливо через розкопки й розкриття, дають змогу простежити історичний розвиток людини та її відносини з природним довкіллям. Наслідуючи цим визначенням Мальтійську конвенцію, законодавець вводить на протигагу традиційному поняттю «пам'ятка» (*monument*), такі ключові терміни, як «залишок» (*vestige*) і «слід» (*trace*), хоча термін «слід» в Кодексі майже не використовується. Таким чином, археологічні об'єкти можуть мати подвійний статус і так само в подвійний спосіб забезпечується їх державний облік*. Облік пам'яток у формі класифікації (*classement*) та опису (*inscription*) продовжує традицію, закладену Законом 1913 року. Ці форми обліку стосуються як археологічних, так і інших історичних пам'яток. Разом із тим існує максимально де бюрократизований спеціальний облік археологічних залишків, у формі Національної археологічної карти Франції, створеної на підставі Закону про превентивну археологію 2001 року. Станом на 2006 р. на цю карту було нанесено понад 435 000 виявлених археологічних об'єктів¹⁸. На підставі даних археологічної карти постановами префектів визначаються так звані зони презумпції археологічного припису, що мають охоронний статус. Станом на початок 2012 р. налічувалося 1592 такі зони (загалом – 1,6 % території держави)¹⁹.

Важливим для археологічного права Франції є поділ археологічних об'єктів на рухомі й нерухомі речі, адже від цього багато в чому залежить питання власності. За Цивільним кодексом нерухомі речі можуть бути нерухомими не лише за природою, а й за призначенням чи в силу предмета, до якого вони належать. Речі останньої групи є безтілесними, а тому не стосуються археологічного права. До нерухомих речей за призначенням згідно зі ст. 525 Цивільного кодексу належить, наприклад, статуя, що перебуває у спеціально пристосованій для цього ніші, навіть якщо її можна без зайвих зусиль і пошкоджень вийняти звідти²⁰.

* Враховуючи регламентованість обсягу цієї публікації ми торкаємося тут лише обліку нерухомих об'єктів.

Утім, археологічне право Франції творить по суті своє публічне речове право, що відходить від засад Цивільного кодексу, але часто розглядає археологічні предмети передусім в цивілістичному контексті. Наведемо лише два приклади. Так, мегаліти ще з часів Закону 1913 р. були визнані речами, що є нерухомими за природою¹. При цьому поняття мегалітів дуже широке і більшість цих каменів цілком рухомі. Проблемним також є статус поховань і рухомих речей, що вміщені до них. Існує позиція, підтверджена судовою практикою, згідно з якою, наприклад, якщо в саркофазі покійного знайдено монети, то вони розглядаються як частина нерухомоті у разі, коли буде встановлено, що воля людей, які їх туди поклали кілька століть тому, була спрямована на те, щоб ці монети вічно були частиною поховання. Якщо ж монети були кимось покладені до саркофагу для тимчасового зберігання, наприклад для схову, то ці речі є рухомими².

Джерелом всієї хитромудрості й витонченості поділу речей в археологічному праві є різні механізми набуття державою права власності. Викуп рухомої археологічної цінності називається ввідикацією (*revendication*), а у випадку нерухомої пам'ятки може мати місце оплата експропріація державою земельної ділянки. Право власності на знахідки залежить також від виду дослідження. Так, у випадку превентивних досліджень за державою зберігається більше прав на речі, ніж при авторизованих чи програмних дослідженнях. Але власник земельної ділянки чи випадковий відкривач археологічних об'єктів дуже часто стають їх законними власниками після завершення досліджень, навіть коли витрати держави на консервацію і реставрацію перевищують її загальну вартість. З огляду на всі ці фактори, археологами давно висловлюються пропозиції визнати всі археологічні об'єкти предметом права виключної державної власності, однак їх голос майже не лишає сліду в публічному полі, не маючи відгому в поліфонії інтересів ширших верств населення.

Ми змушені лишити за дужками значну частину інших питань французького археологічного права, як-то регулювання підводних археологічних досліджень, питання кримінально-правової охорони пам'яток, статусу Національної археологічної ради та міжрегіональних археологічних рад, правового режиму використання металодетекторів, авторського права на результати розкопок тощо. Якби всі ці проблеми можна було у вичерпний спосіб проаналізувати в рамках однієї статті, це стало би скоріше аргументом проти окремішності археологічного права.

Прийнятий в Україні у 2004 р. окремий Закон України «Про охорону археологічної спадщини» можна розглядати як певний фундамент для творення археологічного права. Визнання за радянською традицією всіх археологічних об'єктів і предметів в Україні виключною державною власністю можна вважати, попри певну утопічність, у цілому прогресивною ідеєю. Разом із тим у такий спосіб зводиться нанівець приватноправовий компонент, через що археологічне право затискається в лещатах державного управління й не виправдано зменшуються можливості правової взаємодії українського суспільства зі своїм археологічним надбанням.

¹ *Saujot C.* Le droit français de l'archéologie / Deuxieme édition à jour au 1-er septembre 2007 / Colette Saujot. – Paris, 2007. – 352 p.

² Code du patrimoine / Version consolidée au 24 octobre 2015. – [Ressource électronique]. – Mode d'accès : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074236>

³ Code civil des Français / Nouvelle Édition stéréotype, conforme à l'édition originale de l'imprimerie de la République ; a laquelle on a ajouté les lois transitoires et une table analytique et raisonnée des matières. – Paris, 1805. – P. 128.

⁴ *Ibid.* – P. 190.

⁵ Охрана памятников и родины в современных законодательствах (По статье Prof. C. A. Wieland'a: Der Denkmal- und Heimatschutz in der Gesetzgebung der Gegenwart. Programm zur Rektoratsfeier der Universität Basel. Basel, 1905) / пер. Г. Зоргенфрей // Известия императорской археологической комиссии. – СПб., 1906. – Вып. 20. – С. 106; Paris, 30 Mars 1887. Loi pour la conservation des monuments et objets d'art ayant un intérêt historique et artistique // Journal officiel de la République Française. – № 89. – Jeudi 31 Mars 1887. – P. 1521–1533.

⁶ Новый французский закон об исторических памятниках (Утвержден 31 декабря 1913 г.) / пер. П. В. Латышева // Известия императорской археологической комиссии. – СПб., 1916. – Вып. 60. – С. 106–116.

⁷ Politique du patrimoine : chronologie. – [Ressource électronique]. – Mode d'accès : <http://www.vie-publique.fr/politiques-publiques/politique-patrimoine/chronologie/>

⁸ Детальніше про це див.: *Малишев О. О.* Витоки археологічного права Франції: Закони Карколіно (1941–1942 рр.) / О. О. Малишев // Сила права і право сили: історичний вимір та сучасне бачення проблеми : матеріали XXXII Міжнародної історико-правової конференції (м. Полтава, 28–31 травня 2015 р.). – Київ–Полтава : ПУЕТ, 2015. – С. 337–345.

⁹ № 4011. – Loi du 27 septembre 1941 portant réglementation des fouilles archéologiques // Journal officiel de l'État Français. – 15 Octobre 1941. – P. 4438–4440.

¹⁰ *Olivier L.* Des vestiges. / Mémoire présenté sous la direction du Professeur Sander van der Leeuw pour l'obtention de l'Habilitation à diriger des Recherches. – Paris, 2004. – P. 60–62.

¹¹ *Saujot C.* Op. cit. – P. 105–107.

¹² European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage (Revised) / Valetta, 16.I.1992. – [Electronic resource]. – Access mode : <http://www.coe.int/ru/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007bd25>

¹³ Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique (révisée) / La Valette, 16.I.1992. – [Ressource électronique]. – Mode d'accès : <http://www.coe.int/ru/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007bd31>

¹⁴ Loi №2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive. – [Ressource électronique]. – Mode d'accès : <http://www.archeodroit.net/Textes/Terrain/1170101.html>

¹⁵ Pour une politique publique équilibrée de l'archéologie préventive / Rapport de Mme Martine Faure députée en mission auprès de la Ministre de la Culture et de la Communication. – Mai 2015 – P. 61–62. [Ressource électronique]. – Mode d'accès : <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Ressources/Rapports/Rapport-Faure-Pour-une-politique-publique-equilibree-de-l-archeologie-preventive>

¹⁶ Додатково див. : L'archéologie préventive / Les documents de travail du Senat : Serie «Legislation comparée». – № LC 138. – Octobre, 2004. – P. 10.

¹⁷ Pour une politique publique équilibrée de l'archéologie préventive... – P. 31.

¹⁸ Ournac P. Archéologie et inventaire du patrimoine national : recherches sur les systèmes d'inventaire en Europe et Méditerranée occidentale (France, Espagne, Grande-Bretagne, Tunisie). Comparaisons et perspectives / Perrine Ournac / These en vue de l'obtention du Doctorat de L'Université de Toulouse. – Toulouse, 2012. – P. 156.

¹⁹ L'archéologie préventive en France : quelques données chiffrées et cartographiées. – [Ressource électronique]. – Mode d'accès : www.lagazettedescommunes.com/.../rencontres-SDA-VDL2.pdf

²⁰ Code civil des Français... – P. 95.

²¹ Новый французский закон об исторических памятниках... – С. 106.

²² Saujot C. Op. cit. – P. 173–177.

Резюме

Малишев О. О. Археологічне право Франції: генеза та сучасний стан.

У статті досліджується археологічне право Франції як міжгалузевий правовий феномен і підгалузь законодавства про культурне надбання. Розглядається генеза археологічного права від прийняття Цивільного кодексу Наполеона 1804 р. до нашого часу. Робиться акцент на подвійному статусі археологічних об'єктів за публічним і приватним правом, суперечностях відповідних галузей, які в підсумку стимулюють розвиток і забезпечують комплексний характер археологічного права. Оцінюються перспективи подібних тенденцій в Україні.

Ключові слова: Франція, археологічне право, археологічні розкопки, археологічна спадщина, археологічна пам'ятка.

Резюме

Малышев А. О. Археологическое право Франции: генезис и современное положение.

В статье исследуется археологическое право Франции как межотраслевой правовой феномен и подотрасль законодательства о культурном достоянии. Рассматривается генезис археологического права от принятия Гражданского кодекса Наполеона 1804 г. до нашего времени. Делается акцент на двойственном статусе археологических объектов на основании публичного и частного права, противоречиях соответствующих отраслей, которые в итоге стимулируют развитие и обеспечивают комплексный характер археологического права. Оцениваются перспективы подобных тенденций в Украине.

Ключевые слова: Франция, археологическое право, археологические раскопки, археологическое наследие, археологический памятник.

Summary

Malyshev O. French Archeological Law: genesis and the actual state.

This article is devoted to research of the French Archeological Law as an inter-branch law phenomenon and a sub-branch of the cultural heritage legislation. Genesis of the Archeological Law from the adoption of Napoleon Civil Code (1804) till now is analyzed. The research emphasizes the dual status of the archeological objects in public and private law, contradictions of these branches which stimulate development of Archeological Law and insure its complex character. Expectations of similar tendencies in Ukraine are evaluated.

Key words: France, archeological law, archeological excavations, archeological heritage, archeological monument.

УДК 342.5.071

А. А. НАСТЮК

Андрій Анатолійович Настюк, кандидат юридичних наук, доцент Академії праці, соціальних відносин та туризму

ФІНАНСИ КИЇВСЬКОЇ РУСІ ПІСЛЯ ПРИЙНЯТТЯ ХРИСТІАНСТВА

На сьогодні, при дослідженні децентралізуючих процесів у Київській Русі, прийнято вважати, що саме збільшення княжого роду та боротьба його нащадків за владу і були причиною розвалу держави. Ми ж, вивчаючи це питання, вирішили розглянути дану проблему через призму фінансів. Держава – це не тільки система утримання влади князем та вічем, а й розподіл фінансів між регіонами. Отже, для того, щоб об'єктивно дослідити процес початку розвалу Київської Русі, потрібно розглянути всі фактори, які так чи інакше могли вплинути на ці події. Одним із таких факторів ми бачимо в системі розподілу фінансів у Київській Русі.

Проблемою даного дослідження є недостатня джерельна база. Літописні дані, на жаль, є необ'єктивними, оскільки розглядають діяльність князів під кутом релігійної пропаганди. Тому в нашому дослідженні ми намагалися аналізувати літописні факти, не враховуючи при цьому оцінку літописців.

Фінансова діяльність князів була досліджена багатьма видатними вченими, такими як: Б. Д. Греков, П. П. Толочко, Б. А. Рибаків. Особливо вагомий внесок здійснив Б. А. Рибаків. Але незважаючи на пророблену авторами роботу, ще залишається багато питань щодо даної тематики, які потребують відповіді.

© А. А. Настюк, 2015

Метою статті є дослідження ролі та впливу фінансів на процес розвитку Київської Русі в післяхристиянський період. Особливу увагу буде приділено кінцю періоду правління Володимира Великого та Ярослава Мудрого.

У період князювання Володимира є літописні дані про те, що підвладні землі платили данину гривнями. Тим, що ці дані фігурують у літописі, ми маємо завдячувати конфлікту, який виник між Великим князем Володимиром та його сином – князем Новгородським Ярославом. Підставою конфлікту стало небажання Ярослава виконувати свої зобов'язання з приводу сплати данини своєму батькові. Згідно з умовами Ярослав збирав кожен рік 3 тис. гривень, 1 тис. гривень він залишав для себе, а 2 тис. відправляв до Києва¹. Але в 1014 р. він відмовився платити гроші батькові. Батько, у свою чергу, почав готуватись до походу проти свого сина, але його смерть завадила йому це зробити.

Згідно з даними, в Новгороді збиралась данина в сумі 3 тис. гривень, з яких 2 тис. відправлялось до столиці. Але, крім Ярослава, Володимир посадив у підлеглих йому землях інших своїх синів, які, звісно, як і Ярослав, мали б збирати данину для свого батька. Отже, в Полоцьку збирав Ізяслав, у Турові – Святополк, Ростові – Борис, Муромі – Гліб, Смоленську – Станіслав, Древлянську – Святослав, Волині – Всеволод, Тмутаракані – Мстислав, у Пскові – Судислав. Слід зазначити, що в Новгороді спочатку князував В'ячеслав, але коли він помер, то на його місце Володимир поставив Ярослава. Доказом того, що сума у 2 тис. гривень була визначена і збиралась з усіх земель, може слугувати війна великого князя Ізяслава з солами, перемігши яких він визначив данину, що мала відправлятись до Києва, в 2 тис. гривень².

Отже, Володимир відправив 10 своїх дітей у різні міста Русі, щоб вони допомагали батькові управляти Руссю. І однією із функцій, які на них покладались, було збирання данини у грошовому еквіваленті, як, наприклад, збирав Ярослав. А якщо допустити, що кожен з них збирав приблизно однакову суму, яка, можливо, була визначена, то виходить, що діти Володимира збирали кожен рік 30 тис. гривень і відправляли до Києва 20 тисяч. Якщо взяти до уваги, що перерахований список підвладних великому князю земель неповний, то вказана нами сума є заниженою.

Але для нас цікавим є те, що це був за вид данини. Оскільки за описом Костянтина Багрянородного руси брали данину, ймовірно, сировиною, а не грішми. Можливо, за цей період економічний достаток русів зріс так, що вони могли вже платити данину не сировиною, а грішми. Але ця гіпотеза досить суперечлива, хоча повністю виключати її не слід. Ми вважаємо, що ця данина виплачувалась з міст і збиралась паралельно з полюддям. Для нас є важливим з'ясувати, чи виплачувана сума була постійною, чи змінювалась. Якщо сума була постійною, то можна допустити, що між містом та князем підписувався договір, згідно з яким головне місто певних земель виплачувало князю кожного року визначену суму за захист. А якщо сума змінювалась, то ці гроші князь міг отримувати з мита та 1/10 з прибутку купців, адже арабські джерела наголошують, що князь брав 1/10 з прибутку своїх купців³. Крім того, князі отримували прибуток з винесених ними судових рішень. Але ми схильні вважати, що цю данину брали з міст, адже жителі міста мали б вступати часто в торговельні відносини і тому їм було легше заплатити грішми, ніж сировиною.

Грошова данина могла еволюціонувати з полюддя, або вони існували паралельно. Але отримані прибутки князів із грошової данини не можуть не вражати, та, у свою чергу, пояснюється один із чинників роз'єднання Русі. Оскільки кожна із земель вже у період князювання Володимира збирала такий дохід, що могла протистояти центру, то в кожного з князів з'являлась спокуса не віддавати дві третини своїх прибутків Києву. Зазначимо, що раніше великі прибутки базувались на торгівлі з іноземними країнами (як це було на початку зародження Київської Русі), а вже після смерті Ярослава торгівля почала приносити прибуток із товарообігу в самій землі. Тому Київ як головний транзитер товарообігу з іноземними країнами втрачав свою стратегічну перевагу. Судячи із суми, яка надходила до Києва, Володимир вів політику фінансового обезкровлення підлеглих земель, підриваючи їх фінансове благополуччя, що призвело до призупинення процесу розпаду держави, адже важко підняти повстання проти Києва, не маючи коштів.

Прикладом може слугувати протистояння Ярослава із братом Святополком. Святополк, програвши битву Володимирі і втративши Київ за рахунок того, що встиг забрати державну казну, зміг отримати допомогу від польського короля та найняти багато найманців. Повернувшись на Русь, він розбив князя Ярослава⁴. А той був змушений тікати до Скандинавії, і тільки ініціатива новгородців, які оплатили продовження війни за власний рахунок, допомогла Ярославу виграти кампанію. Як бачимо, за Київський стіл по-справжньому боролись тільки два брати. Ярополк воював за рахунок державної скарбниці, а Ярослав – за рахунок невиплачених Києву стягнень. Інші брати, які чесно платили данину, не боролись за княжий стіл на початковому етапі. Це відбувалось не тому, що вони не мали амбіцій, а тому, що вчасно заплатили батькові данину, через що на момент його смерті були без грошей. Їм залишалось тільки сподіватись, що Святополк або Володимир не нанесуть їм удар. Це пояснює те, чому, наприклад, князь Тмутараканський Мстислав Хоробрий тільки через 10 років виступив на боротьбу за Київ. Але час було втрачено, і Ярослав за ці роки зміг посилити свої позиції у столиці, через що кияни не прийняли Мстислава⁵. Цей приклад вказує на те, що забирання 2/3 прибутків до столиці підтримувало мир та стабільність у державі в цілому, адже великий князь зосереджував у своїх руках основні ресурси країни, тоді як регіональні князі не мали достатньої економічної незалежності. На нашу думку, система зруйнувалась тому, що Великі князі не розраховували, що місцеве населення спонсоруватиме війну свого князя за власний рахунок, як це було з князем новгородським Ярославом. Раз новгородці змогли проплатити війну свого князя, то і заплатити вдвічі більшу данину вони теж змогли б. Тоді у них навряд чи були б гроші на втручання у внутрішні справи Русі.

Після смерті Володимира фінансова безпека Київської Русі руйнується. Через те, що брати вступили в протиборство між собою, то, ймовірно, вони перестали відраховувати свою данину в Київ. Це призвело до тимчасового послаблення столиці та до посилення регіонів, оскільки вони перестали відраховувати дві третини прибутків Києву і змогли б собі дозволити вдвічі збільшити свої полки. Звісно, для Києва не стало небезпекою протистояння однієї або двох земель, але після смерті Володимира була загроза, що на Київ підуть усі брати для того, щоб стати Великими князями. Це і послужило причиною, що князь Святополк, зайнявши київський стіл, намагався приховати смерть батька. Він розумів, що війна з братами у жодному разі не мала набути затяжного характеру, оскільки кожен пройдений рік конфлікту посилюватиме регіони та послаблюватиме Київ через руйнацію вседержавної системи збору данини, яка перестане перебувати до Києва. Тому, поки у Святополка зосереджувались більші матеріальні ресурси, ніж у його братів, йому потрібно було рішуче діяти. Рішення фізичного знищення братів було доволі вигідним для збереження централізації Київської Русі. З викладеного бачимо, якби Святополк не вбив Бориса, Гліба, Святослава, яка б тоді доля чекала Київську Русь? Літописці вказують, що Борис, дізнавшись про смерть батька, незважаючи на те, що у нього було військо, відмовився від боротьби, розпустив військо та визнав Святополка великим князем, хоч воєводи висловили сподівання, що саме він сяде в Києві і (що цікаво) кияни теж підтримували його. Але Борис відмовив їм ніби через те, що не виступить проти брата⁶. Святополк у той час направився до Вишгорода, звідки підіслав убивць до свого брата. Під час вбивства вишгородці убили слугу Бориса Георгія, в якого на ший була прив'язана золота гривня. Вишгородці так поспішали, що для того, щоб зняти цю гривню, відрубали йому голову, а пораненого князя викрали і відправили до Вишгорода, де варяги його й добили⁷. З цих подій можна дійти висновку, що вбивці дуже поспішали, але якщо Борис розпустив військо та знаходився лише зі слугами, то чому вбивці так поспішали? Другим цікавим фактом є те, що, як повідомляють літописці, Борис не проявляв тривоги навіть тоді, коли одержав попередження, що його вирішили вбити, і що нібито він навіть зброї не вийняв, а почав молитись Богу. Але вишгородці не мали вбивати його, і пораненим доставили до Святополка. А якби їм наказали вбити князя, то вони не везли б його до Святополка, а вбили б у таборі. Але чому літописець вказує, що Бориса поранили, адже якщо вишгородці хотіли його доставити живим, то їм було не вигідно поранити князя, адже з пораненим набагато важче возитися в дорозі. Очевидно, Борис оборонявся зі зброєю у руках і тому вишгородці поранили його, а поспішали вони з тієї причини, що боялись війська, яке він нібито розпустив і яке почне переслідування. Навіть коли в Бориса і не було війська, досить йому було прибути до Києва і скликати віче, щоб стати великим князем. Тому Святополк і вбив його.

Отже, не слід виключати можливість, що навіть Борис не хотів поборотись за великокняжий стіл. У цьому випадку дії Ярополка хоч і жахливі з точки зору моралі, але для держави вони є гуманними. Навіть коли б ці брати відмовились від великокняжого столу, то вони все одно б не платили Києву данину, що призвело б країну до розрухи. Те, що зволікання виявились не на користь Київського князя, є яскравим прикладом боротьби між Ярославом та його братом князем Мстиславом. У 1026 р. Тмутараканський князь Мстислав із військом підійшов до Києва, але кияни не впустили його в місто, і тому він сів у Чернігові. Спроба Ярослава силоміць вибити його із Чернігова закінчилась поразкою, після чого вони поділили Русь між собою. Згідно з цією угодою Київська Русь втратила на законних підставах данину із Чернігова, Переяслава та Тмутараканського князівства. Прибуток із цих земель почав надходити не до Києва, а до Чернігова, що, у свою чергу, могло сприяти швидкому посиленню останнього, але у 1034 р. князь Мстислав Хоробрий помер і Ярослав прибрав його землі собі. Саме завдяки консолідації своїх земель і поверненню своїх данників князь Ярослав зосередив усі фінанси Русі в своїх руках⁸. Далі князь Ярослав розпочав серію військових походів: у 1038 р. похід Ярослава на Ятвігів, 1040 р. – на Литву, 1041 р. – на Мазовшан, 1042 р. – на емь, 1043 р. – на греків, 1044 р. – на Литву, 1047 р. – на Мазовшан. У 1036 р. під Києвом Ярославом були розбиті половці. Слід зазначити, що в цій битві Ярослав, крім руських (київських) та новгородських полків, використав велику кількість найнятих варягів. Їх виявилось так багато, що вони були розміщені в центрі війська⁹.

Велика кількість найманців та часта динаміка походів вказує на те, що у Ярослава не було проблем із коштами завдяки відновленню фінансової системи, що охоплювала усі Руські землі, але він і надалі продовжував політику залучення нових данників і тим самим сприяв збільшенню своїх прибутків.

Отже, коли фінансова система, суть якої полягала у переведенні 2/3 данини із кожної підлеглої землі, відмінно працювала, то Київська Русь розширювала свою владу на сусідні землі з метою збільшення державної скарбниці. Князь Ярослав був перший з Володимировичів, який посіяв зерно сепаратизму для задоволення своїх владних амбіцій, але, захопивши владу в Києві, він стає поборником єдності Руських земель та збереження старої фінансової доктрини. Однак створений ним прецедент щодо несплати центру данини вже неможливо було зупинити.

По смерті Ярослава Київська Русь була розділена між дітьми, а титул Великого князя (за велінням батька) успадкував Ізяслав. Згідно з настановою Ярослава Ізяслав сів у Києві, Святослав – у Чернігові, Всеволод – у Переяславі, В'ячеслав – у Смоленську, Ігор – у Володимирі^{10,11}. Отже, після смерті Ярослава на Русі з'явились п'ять центрів князівської влади, чотири з яких підпорядковувались Києву.

Перше, що зробив Ізяслав, так це взяв під контроль Новгород, посадивши там свого посадника Стромилу. Це означає, що Новгород продовжив платити данину Києву. У 1058 р. помер син Ярослава – смоленський князь В'ячеслав. На його місце перевели його брата – Володимирівського князя Ігоря, але у 1060 р. він теж помер. Таким чином, у 1060 р. на Русі існувало три центри збору данини. Отже, після смерті цих двох

князів брати поділили їх володіння між собою. Але після того, як у Києві розпочалося повстання, Ізяслав був змушений втекти і, ймовірно, через це його брати Святослав та Всеволод перестають платити данину Києву.

У 1073 р. відбувся новий переділ землі. Причиною слугувала перемога Святослава та Мстислава над своїм братом Великим князем Ізяславом та повторне його вигнання з Києва. Владу прийняв Святослав, ставши Великим князем. Всеволод поступився йому переяславською землею, але отримав взамін чернігівську, яка була багатша за переяславську. Доволі цікава інформація щодо синів Святослава. Бориса він посадив у Вишгороді, Гліба – у Переяславі, Давида – у Новгороді, а Олега – у Ростові¹². Ми вважаємо, що князі через своїх дітей збирали данину для себе. У цей період важко сказати, чи платили данину князі великому князю, особливо коли його позиції були слабкі. Судячи з конфронтації полоцького князя Всеслава з київським князем Ізяславом, можна припустити, що Полоцьк припинив платити данину Києву. У 1064 р. син князя Володимира – онук Ярослава – захопив Тмутаракань, вигнавши сина князя Святослава Гліба¹³. Отже, у цей час Тмутаракань перестала платити данину Чернігову, оскільки знаходилась у конфронтації.

Таким чином, саме в цей період розпочався розвал єдиної фінансової системи та посилення земель. Звісно, дехто з князів намагались взяти Київську Русь під свій контроль. Більш-менш це вдалось сину князя Мстислава Ярославу Мономаху, але з його смертю процес розвалу продовжився. Причиною неможливості київських князів знову нав'язати свою владу було те, що з інших земель перестали вивозити 2/3 зібраної данини, що призвело до економічного зростання регіонів та дало їм можливість не тільки захищатись, а й боротись за лідерство у Київській Русі. Регіональні міста самі стали центрами княжої влади. Їхні діти починали звозити їм данину зі своїх підконтрольних земель, що сприяло появі нових фінансових центрів. Із збільшенням кількості нащадків Володимира Великого фінансові центри продовжували дробитись.

¹ Рыбаков Б. А. Мир истории / Б. А. Рыбаков. – М. : Молодая гвардия, 1984. – 351 с. – С. 150.

² Татищев В. Н. История Российская / В. Н. Татищев. – М. : Ермак, 2005. – Т. 2. – 735 с. – С. 83.

³ Фроянов И. Я. Сборник документов по истории СССР IX–XIII ст. / И. Я. Фроянов. – М. : Высшая школа, 1970. – 261 с. – С. 48.

⁴ Толочко П. П. Древняя Русь. Очерки социально-политической истории / П. П. Толочко. – К. : Наукова думка, 1987. – 250 с. – С. 77.

⁵ Див.: Татищев В. Н. История Российская. – С. 73.

⁶ Толочко П. П. Дворцовые интриги на Руси / П. П. Толочко. – К. : Альтернатива, 2001. – 206 с. – С. 42–43.

⁷ Див.: Татищев В. Н. История Российская. – С. 66–67.

⁸ Аркас М. Історія України-Русі / М. Аркас. – К. : Вища школа, 1991. – 456 с. – С. 46.

⁹ Див.: Татищев В. Н. История Российская. – С. 75–81.

¹⁰ Див.: Татищев В. Н. История Российская. – С. 82.

¹¹ Гудзь-Марков А. В. Домонгольская Русь в Летописных сводах V–XIII вв / А. В. Гудзь-Марков. – М. : Вече, 2005. – 479 с. – С. 137.

¹² Див.: Татищев В. Н. История Российская. – С. 90.

¹³ Карамзин Н. М. Предания веков. Сказания, легенды, рассказы из «Истории государства Российского» / Н. М. Карамзин. – М. : Правда, 1988. – 766 с. – С. 149.

Резюме

Настюк А. А. Фінанси Київської Русі після прийняття християнства.

У статті досліджено вплив фінансів на процес розвитку Київської Русі в післяхристиянський період.

Після смерті Великого князя Володимира фінансова безпека Київської Русі тимчасово руйнується, оскільки брати вступили в протиборство між собою. Вони перестали відраховувати свою данину в Київ. Таким чином, саме в цей період розпочався розвал єдиної фінансової системи та посилення земель. Із збільшенням кількості нащадків Володимира Великого фінансові центри продовжували дробитись.

Ключові слова: Київська Русь, Князівська влада, Великий князь, данина, фінансова безпека, фінансова система.

Резюме

Настюк А. А. Финансы Киевской Руси после принятия христианства.

В статье исследовано влияние финансов на процесс развития Киевской Руси после принятия христианства.

После смерти Великого князя Владимира финансовая безопасность Киевской Руси временно разрушается из-за того, что братья вступили в противоборство между собой. Они перестали отчислять свою дань в Киев. Таким образом, именно в этот период начался развал централизованной финансовой системы и усиление земель. С увеличением количества потомков Владимира Великого финансовые центры продолжали дробиться.

Ключевые слова: Киевская Русь, Княжеская власть, Великий князь, дань, финансовая безопасность, финансовая система.

Summary

Nastyuk A. Finance of Kievan Rus after the adoption of Christianity.

In this article we examine the impact of finance on development of Kievan Rus after the adoption of Christianity.

After the death of Grand Prince Vladimir financial security of Kievan Rus was temporarily declined due to the fact that the brothers have entered into confrontation with one another. Thus, the collapse of the unified financial system and the strengthening of land began in this period. With the increasing number of the descendants of Vladimir the Great financial centres continued to multiply.

Key words: Kievan Rus, the princely power, the Great Prince tribute, financial security, financial system.

Г. В. ТЕРЕЛА

Галина Василівна Терела, кандидат історичних наук, доцент ВНЗ Укоопспілки «Полтавський університет економіки і торгівлі»

СИСТЕМА ОРГАНІВ НАГЛЯДУ ЗА ДОДЕРЖАННЯМ РОБІТНИЧОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЗА ДОБИ УКРАЇНСЬКОЇ ЦЕНТРАЛЬНОЇ РАДИ

У сучасних перехідних умовах до ринкових відносин, ускладнених фінансово-економічною кризою, та відповідної недосконалості правового захисту працюючих, забезпечення додержання приписів норм трудового законодавства в Україні вимагає, з-поміж іншого, належного функціонування державних органів нагляду і контролю. Незважаючи на значну кількість та розгалуженість останніх у сучасній Україні, ефективність їх діяльності залишає бажати кращого. Невипадково упродовж років незалежності постійно відбувалися спроби їх реорганізації з метою удосконалення та наближення до міжнародних стандартів діяльності. Утім, щоб створити оптимально ефективну систему органів нагляду і контролю та закріпити її на законодавчому рівні, видається необхідним не лише вивчення зарубіжного досвіду та міжнародних стандартів, а й звернення до вітчизняної історії її організаційно-правового забезпечення.

З цієї точки зору вагомий інтерес викликає досвід вирішення питання нагляду за додержанням робітничого законодавства за доби Української Центральної Ради (далі – УЦР). Актуальність зумовлюється також відсутністю відповідних наукових розробок. Окремі питання привертали увагу учених-істориків О. П. Реєнта, Б. І. Андрусина, П. П. Гай-Нижника, І. М. Лебедевої, дослідника історії трудових правовідносин О. М. Олійника.

Метою статті є історико-правовий аналіз функціонування органів нагляду за додержанням законодавства про працю за часів Української Центральної Ради, а також дослідження законопроектної діяльності уряду щодо реформування останніх.

Процес формування системи органів державного управління за часів Центральної Ради можна умовно поділити на три етапи, які безпосередньо пов'язані з перебігом набуття Україною державності: автономістський (15 червня – 7 листопада 1917 р.), федералістський (7 листопада 1917 р. – 9 січня 1918 р.) та самостійницький (9 січня – 29 квітня 1918 р.)¹. Відповідно розглядати процес становлення органів нагляду і контролю за додержанням трудового законодавства як складову формування державного апарату видається доцільним через призму названих трьох етапів.

Під час першого періоду, будучи зв'язаною угодами з Тимчасовим урядом, Центральна Рада не здійснила самостійних кроків у врегулюванні трудових відносин. Перші два склади уряду УНР навіть не включали до свого складу Генерального секретаріату праці, що не сприяло налагодженню роботи у сфері трудових відносин, у тому числі і щодо здійснення нагляду за додержанням робітничого законодавства. Автономістський період УЦР позначився продовженням функціонування діючих відповідно до законодавства царської Росії та Тимчасового уряду органів нагляду за додержанням робітничого законодавства, а саме: присутствій по фабричних і гірничо-заводських справах та фабричних інспекцій, оскільки їх діяльність Тимчасовим урядом не припинялась. Окрім того, 5 травня 1917 р. Тимчасовим урядом було засновано Міністерство праці, одним із шести відділів якого став відділ охорони праці. Постановою Тимчасового уряду від 11 липня 1917 р. тимчасово запроваджувався інститут місцевих комісарів праці – на період до створення Міністерством праці власних місцевих органів, якими мали стати інспекції праці.

На комісарів покладался, зокрема, обов'язок здійснювати «загальний догляд за виконанням законів про охорону праці та страхування (забезпечення) робітників»². Згідно з п. 7 постанови до участі в нагляді за виконанням законів про охорону праці комісари мали право залучати представників профспілкових робітничих організацій. При комісарах могли організовуватись також комісії (комітети) та наради як з представників місцевих робітничих організацій, так і на засадах рівного представництва від робітників та підприємців. Тим самим Тимчасовий уряд намагався забезпечити певну рівновагу між працівниками та роботодавцями, маючи на меті не допустити розгортання революційного руху.

Район діяльності кожного комісара визначався міністром праці. Залежно від рівня промислового розвитку району комісари поділялися на три розряди: комісари першого розряду прирівнювались до краєвих фабричних, другого – до старших фабричних, і третього – до дільничних фабричних інспекторів.

На території України було утворено два обласні комісаріати праці – окремо для Донбасу та для іншої частини України. Вони забезпечувалися виконавчим апаратом: помічниками і канцелярією.

Як зазначав у доповідній записці Міністерству праці УНР від 31 грудня 1917 р. комісар праці міста Одеси, він був призначений на посаду наприкінці липня 1917 р. за результатами обрання «революційними демократичними організаціями міста Одеси» та забезпечив організацію комісаріату праці з 8 серпня того ж року³. Однак формування особового складу комісаріату затримувалося внаслідок відсутності бажання у

«відповідальних діячів» зайняти відповідні посади як «... із страху втратити свою популярність» з огляду на зміни настроїв населення, так і через тимчасовий характер інституту комісаріату праці⁴. Так, лише наприкінці жовтня 1917 р. вдалося організувати відділення комісаріату в місті Миколаєві на чолі з В. С. Кузнєцовим – заступником голови Ради професійних спілок.

Утім, не зважаючи на складні організаційні умови, діловодство Одеського комісаріату праці, за словами його очільника, було налагоджено на достатньому рівні: кількість вихідної документації перевищувала 1100 одиниць, не рахуючи циркулярів, а кількість вхідної – 750. При комісаріаті було створено постійно діючу комісію для ознайомлення з чинним законодавством та розгляду «законопроектів з питань соціального законодавства», які надходили з Міністерства праці⁵.

Аналізуючи діяльність комісаріату, його очільник звертав увагу на такі особливості: по-перше, центральною проблемою у конфліктах між працівниками і підприємцями було питання заробітної плати, а уже наступне місце займали питання «правового характеру, а саме: наймання і звільнення робітників, оплата членів робітничих комітетів та різного роду делегатів»⁶. По-друге, комісар праці відзначав тенденцію анархізму серед робітників, викликану перемогою більшовиків, що відображалась у таких «звичайних способах» боротьби, як «погрози безпосередніми діями», що все частіше застосовувалися. Водночас серед робітників зростала кількість розчарованих у можливості вирішити справи через профспілкові спілки, у зв'язку з чим істотно збільшилася кількість звернень до комісаріату, а також до фабричних інспекторів з окремими приватними конфліктами та справами. Не маючи чітко визначених законом прав щодо застосування стягнень, комісар направляв таких осіб до фабричних інспекторів, діяльність яких продовжувала проводитися відповідно до законодавства царської Росії.

Оскільки на той час в Одесі паралельно діяла Рада робітничих депутатів та створений при ній відділ праці, комісар відзначав той факт, що співробітники останнього намагалися передати усі справи щодо конфліктів між працівниками і підприємцями іншим організаціям для вирішення, залишаючи за собою лише справи, що торкалися значної кількості робітників, зрідка приймаючи на себе роль «судового пристава» з приведення до виконання рішення примирної камери у випадку відмови підприємців виконувати рішення останньої.

На практиці складалося так, що найбільш ефективними органами у сфері нагляду за додержанням робітничого законодавства упродовж усього періоду правління Центральної Ради продовжували залишатися фабричні інспекції. Причиною чого можна вважати той факт, що діяльність фабричних інспекцій була налагодженою на українських землях з кінця XIX ст., за входження до складу Російської імперії, та не була припиненою Тимчасовим урядом.

3 листопада 1917 р. уряд Центральної Ради у декларації «Від Генерального Секретаріату України» ультимативно підпорядкував собі всі державні та адміністративні служби і фактично оголосив себе єдиною і вищою виконавчою владою. Державні службовці Тимчасового уряду на території України оголошувалися службовцями, підпорядкованими Генеральному секретаріатові. При цьому відповідне законодавство й нормативні акти щодо принципів роботи, прав і обов'язків службовців, які існували за часів Тимчасового уряду, за відсутності відповідних розроблених Центральною Радою, набували офіційного визнання⁷. Пізніше це було узаконено відповідними правовими актами. 7 листопада 1917 р. Центральна Рада III Універсалом проголосила створення Української Народної Республіки як федеративної складової республіки Росія.

Упродовж другого (федералістського) етапу, коли почалося формування власної системи українських органів влади, у сфері відносин нагляду за додержанням робітничого законодавства такі зміни торкнулися лише центральних органів на рівні Генерального секретаріату праці та Генерального секретаріату торгу і промисловості, очільники яких вбачали за доцільне пристосувати до нових умов місцеві органи, що діяли в Росії після Лютневої революції. З початком другого етапу секретаріати отримали статус центральних органів виконавчої влади УНР, і процес їх організації значно оптимізувався. При цьому у принципах формування системи генеральних секретаріатів та російських міністерств було багато спільного. Це пояснювалося поміркованістю лідерів УЦР у своїх національно-державних домаганнях, які на той час не передбачали кардинальних змін у системі державного управління УНР⁸.

Питання чинності правових актів, виданих до проголошення УНР, було урегульоване у Законі, ухваленому УЦР 25 листопада 1917 р., відповідно до якого всі закони і постанови, які діяли на території УНР до 27 жовтня 1917 р. (тобто всі юридичні акти російського центрального уряду, що діяли до більшовицького перевороту), якщо вони не були змінені та не відмінені універсалами, законами і постановами УЦР, лишалися чинними й надалі уже як закони і постанови УНР⁹.

25 листопада 1917 р. генеральний секретар торгу і промисловості В. О. Голубович повідомляв в обіжнику № 148 фабричних інспекторів про необхідність прибути 18 грудня 1917 р. на з'їзд старших фабричних інспекторів України, на який виносилися для розгляду такі питання: 1) сучасне становище фабричної інспекції; 2) відносини до центрального Російського уряду і до Петроградського міністерства торгу і промисловості; 3) взаємовідносини з Міністерством праці; 4) організація фабричної інспекції на Україні та її взаємовідносини з Генеральним секретарством торгу і промисловості; 5) обчислення видатків на утримання фабричної інспекції на 1918 рік. В. О. Голубович просив також надати списки службовців із зазначенням розміру їх зарплати та відомості про наявні вільні вакансії, плануючи тим самим налагодити подальшу діяльність інспекторів¹⁰.

Із проголошенням 9 січня 1918 р. IV Універсалу, що започаткував самостійницький етап розвитку УНР, Генеральний секретаріат було перетворено на Раду Народних міністрів (далі – РНМ).

Показовим для визначення характеру діяльності фабричних інспекцій упродовж самостійницького етапу розвитку державницьких інституцій Центральної Ради можна назвати циркуляр директора фабрично-заводського департаменту Міністерства торгівлі і промисловості від 1 квітня 1918 р. № 92/94, у якому старшим фабричним інспекторам роз'яснювався новий порядок взаємовідносин із вищими органами державного управління. Зокрема, у циркулярі повідомлялося про те, що: а) фабрична інспекція України знаходиться у підпорядкуванні Фабрично-заводського департаменту, який замінив Відділ промисловості Російського міністерства торгу і промисловості; б) посада окружного фабричного інспектора в межах Української Республіки замінена посадою Головного на Україні фабричного інспектора, права і обов'язки якого повинні будуть визначатися «відповідним законом, наказами та інструкціями»; в) старші фабричні інспектори повинні були звернення до Фабрично-заводського департаменту або ж до департаментів Міністерства праці (до створення інспекцій праці) надсилати через головного фабричного інспектора¹¹.

Відтак, система наглядових органів тільки дещо видозмінювалася відповідно до усталених традицій діяльності фабричних інспекцій, із незначними революційними змінами у назвах, але без суттєвих змін принципів організації праці.

Створений наприкінці березня 1918 р. Департамент охорони праці Міністерства праці у об'їзнику № 1 повідомляв фабричних інспекторів про те, що до прийняття закону про інспекцію праці за ними зберігаються обов'язки стосовно здійснення нагляду за додержанням робітничого законодавства згідно з параграфом 34 розділу першого «Статуту про промислову працю», а також постанов Тимчасового уряду, затверджених Центральною Радою 25 листопада 1917 року¹². При цьому Департамент праці звертав особливу увагу на необхідність виконання Закону «Про восьмигодинний робочий день», ухваленого Центральною Радою 25 січня 1918 року. Варто зазначити, що попри свою назву вказаний закон регулював не лише робочий час, а й торкався питань охорони праці.

У майбутньому Закон передбачав створення національної Головної ради праці, яка мала замінити Головне присутствіє по фабричних та гірничо-заводських справах у м. Києві, про що йшлося у примітці 1 до ст. 4. Очікувалося, що засади її діяльності будуть окремо розроблені та прийняті одночасно із ухваленням Закону про інспекцію праці. Однак певні повноваження у сфері охорони праці поклалися на майбутню Головну Раду праці уже вказаним Законом. Так, остання повинна була визначати перелік підприємств із безперервним графіком роботи (ст. 12 Закону), шкідливі фактори виробництва та відповідні підстави скорочення робочого часу (п. «в» ст. 10, ст. 15), особливу тривалість перерв (ст. 9), видавати постанови щодо особливостей застосування робочого часу «зادля задоволення громадських справ» (ст. 14)¹³.

Залишаючи функціонування діючих за законодавством царської Росії та Тимчасового уряду наглядових органів, урядовці Міністерства праці УНР почали працювати над розробкою власної законодавчої бази їх реформування. Основну роль у розробці відповідних законопроектів відіграв Департамент охорони праці. Одним із перших кроків його діяльності стала підготовка законопроектів про інспекції праці та про головну і районні ради праці, які відповідно повинні були замінити фабричні інспекції й місцевих комісарів та Головне і місцеві присутствія по фабричних і гірничо-заводських справах¹⁴.

Так, відповідно до законопроекту «Про Головну раду праці» остання створювалася при Міністерстві праці під головуванням міністра або його заступника «...для об'єднання діяльності установ, які спостерігають за виконанням діючого законодавства про працю і для вироблення законодавчих приписів з питань охорони праці»¹⁵. До складу Головної Ради мали входити на засадах паритету по 18 представників від робітників та підприємців (обиралися відповідними Всеукраїнськими товариствами на два роки із щорічним переобранням половини складу), одного представника місцевої промислової палати (обирався загальними зборами палати на один рік) і одного представника Міністерства праці (призначався міністром праці).

Окремо було розроблено законопроект «Про районні палати праці», згідно з яким метою останніх стало «...спостереження на місцях за виконанням діючого законодавства про працю»¹⁶. Склад районних палат формувався також на паритетних засадах дещо за меншого кількісного представництва, а саме із дванадцяти представників від працівників та підприємців.

Поруч із принципами паритету та виборності до організаційно-правових засад діяльності як Головної ради, так і районних палат праці можна віднести принцип спеціалізації та принцип фаховості, оскільки законопроектами передбачалося створення секцій за видами промисловості і за різними галузями охорони праці. До участі в роботі ради, палат та секцій могли запрошуватися «знаючі особи» з правом дорадчого голосу.

Відповідно до проекту Закону «Про інспекцію праці» остання передбачалася як місцевий орган Міністерства праці, який повинен був замінити фабричні інспекції. Метою діяльності інспекцій, як визначав це параграф 1 законопроекту, було передусім здійснення «догляду за виконанням законів і приписів про працюючих в усіх галузях найманої праці, в усіх її формах та проявах», тим самим планувалося розширити сферу нагляду¹⁷.

Варто зазначити, що державні діячі Центральної Ради по суті продовжили розвивати напрацювання щодо нових організаційно-правових засад нагляду за додержанням робітничого законодавства, які були розпочаті урядовцями Тимчасового уряду. Так, 13 вересня 1917 р. в особливому паритетному комітеті Тимчасового уряду обговорювалося питання про необхідність розробки та прийняття закону, який би врегулював нові підходи до здійснення нагляду за додержанням робітничого законодавства. Залишаючи за державою встановлення правових засад діяльності наглядових органів, учасники наради вважали за доцільне запровадити «початки самоврядування» в інститут нагляду «...не шляхом передачі його земствам чи на місцях, але шляхом притягнення до участі в догляді представників заінтересованих сторін»¹⁸.

На жаль, як напрацювання Тимчасового уряду, так і Центральної Ради не привели до прийняття відповідних законів. 27 квітня 1918 р. Департамент законодавчих внісень Міністерства праці УНР повідомляв директорів департаментів про те, що в понеділок, 29 квітня 1918 р. має відбутися нарада по розгляду законопроектів, зокрема «Про Головну раду праці» та «Про районну раду праці»¹⁹. Однак 29 квітня став останнім днем діяльності УЦР. Відтак закони так і не були прийняті.

Отже, упродовж усього періоду існування УЦР продовжували діяти такі органи нагляду за додержанням робітничого законодавства, як діючі з часів Російської імперії фабричні інспекції, Присутствія по фабричних та гірничо-заводських справах, та створені відповідно до постанови Тимчасового уряду комісари праці. Упродовж автономістського періоду існування Центральна Рада не проводила самостійної політики у врегулюванні трудових відносин. Федералістський етап позначився формуванням системи українських органів влади, однак у сфері трудових відносин такі зміни торкнулися лише центральних органів на рівні Генерального секретаріату праці та Генерального секретаріату торгу і промисловості. Останні отримали статус центральних органів виконавчої влади та вбачали за можливе пристосувати до нових умов усе ті ж фабричні інспекції та місцеві комісаріати. Навіть під час самостійницького етапу система наглядових органів тільки дещо видозмінювалася відповідно до усталених традицій їх попередньої діяльності.

Водночас останній період позначився початком формуванням власної законодавчої бази у сфері трудових відносин (Закон «Про восьмигодинний робочий день») та активною законопроектною діяльністю. Утім власної дієвої системи наглядових органів у сфері найманої праці із залученням до її діяльності представників обох сторін трудових правовідносин очільникам УЦР так і не вдалося створити. Хоча ефективно реформування державних органів у цьому напрямі, запровадження нових форм та методів нагляду і контролю могло б послугувати врегулюванню соціально-трудових відносин. У результаті працівники в своїй більшості стали підтримувати більш радикальні більшовицькі лозунги про встановлення суцільного контролю на виробництві. Підприємці перестали підтримувати Центральну Раду та зробили ставку на консервативні сили, очолювані П. Скоропадським. Неспроможність досягнути соціального миру, одним із інструментів якого могли стати паритетні органи нагляду і контролю за додержанням робітничого законодавства, стала однією із причин падіння Української Народної Республіки.

¹ Гай-Нижник П. Інститут місцевих комісарів та комендантів за Центральної Ради (1917–1918 рр.) / П. Гай-Нижник // Наукові записки. – К. : Вид-во НПУ імені М. П. Драгоманова, 2012. – Вип. CIV (104). – С. 244–256. – С. 245. – (Серія «Педагогічні та історичні науки»).

² Центральний державний архів вищих органів влади та управління України (далі – ЦДАВОВУ). – Ф. 2857. – Оп. 1. – Спр. 48. – Арк. 20.

³ ЦДАВОВУ. – Ф. 2857. – Оп. 1. – Спр. 12. – Арк. 226.

⁴ Там само.

⁵ Там само. – Арк. 227.

⁶ Там само. – Арк. 228–229.

⁷ Гай-Нижник П. П. Формування центральних та місцевих органів виконавчої влади в Україні за доби Центральної Ради (1917–1918 рр.) / П. П. Гай-Нижник // Збірник наукових праць Науково-дослідного інституту українознавства. – К. : Українське агентство інформації та друку «Рада», 2009. – Вип. XXIV. – С. 229–270. – С. 239.

⁸ Лебедева І. М. Створення уряду Української Народної Республіки і формування системи виконавчої влади (червень 1917 р. – квітень 1918 р.) : автореф. дис. ... канд. істор. наук : спец. 07.00.01 / І. М. Лебедева ; Запоріж. держ. ун-т. – Запоріжжя, 2003. – 19 с. – С. 12.

⁹ Центральна Рада дня 25 листопада 1917 року ухвалила закон // Вістник Генерального Секретаріату України. – 1917. – 1 грудня. – № 3. – С. 1.

¹⁰ Державний архів Харківської області (далі – ДАХО). – Ф. 922. – Оп. 1. – Спр. 221. – Арк. 1.

¹¹ Там само. – Спр. 225. – Арк. 16.

¹² ЦДАВОВУ. – Ф. 2857. – Оп. 1. – Спр. 49. – Арк. 4.

¹³ Про восьмигодинний робочий день : Закон, прийнятий і ухвалений Українською Центральною Радою 25 січня 1918 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ukrhist.at.ua/publ/42-1-0-322>

¹⁴ ЦДАВОВУ. – Ф. 2857. – Оп. 1. – Спр. 41. – Арк. 49.

¹⁵ Там само. – Спр. 21. – Арк. 47.

¹⁶ Там само. – Арк. 1.

¹⁷ ЦДАВОВУ. – Ф. 1063. – Оп. 2. – Спр. 1. – Арк. 28.

¹⁸ С. Д. Реорганізація догляду за виконанням фабричного законодавства // Робітнича газета (центральный орган УСДРП). – 1917. – № 143 (26 вересня). – С. 2.

¹⁹ ЦДАВОВУ. – Ф. 2857. – Оп. 1. – Спр. 13. – Арк. 7.

Резюме

Терела Г. В. Система органів нагляду за додержанням робітничого законодавства за доби Української Центральної Ради.

У статті досліджуються особливості організаційно-правового забезпечення діяльності системи органів нагляду за додержанням робітничого законодавства за часів Української Центральної Ради упродовж автономістського, федералістського та самостійницького етапів становлення її державності. Визначається, що в цей період продовжували функціонувати наглядові органи, створені за законодавством Російської імперії та Тимчасового уряду. Аналізуються розроблені урядовцями Централь-

ної Ради законопроекти про головну, районні ради праці та про інспекції праці, які мали за мету реформувати існуючу систему наглядових органів на нових організаційно-правових засадах паритетного представництва працівників і підприємців, виборності, фаховості та спеціалізації.

Ключові слова: Українська Центральна Рада, Генеральний секретаріат праці, Міністерство праці, фабрична інспекція, місцевий комісар праці, інспекція праці, рада праці.

Резюме

Терела Г. В. Система органів надзора за соблюдением рабочего законодательства в эпоху Украинской Центральной Рады.

В статье исследуются особенности организационно-правового обеспечения деятельности системы органов надзора за соблюдением рабочего законодательства во времена Украинской Центральной Рады в течение автономистского, федералистского и самостоятельного этапов становления ее государственности. Определяется, что в этот период продолжали работать надзорные органы, созданные по законодательству Российской империи и Временного правительства. Анализируются разработанные правительством Центральной Рады законопроекты о главном, районных советах труда и об инспекции труда, имеющими целью реформировать существующую систему надзорных органов на новых организационно-правовых основах паритетного представительства работников и предпринимателей, выборности, профессионализма и специализации.

Ключевые слова: Украинская Центральная Рада, Генеральный секретариат труда, Министерство труда, фабричная инспекция, местный комиссар труда, инспекция труда, совет труда.

Summary

Terela G. The system of supervision organs for workers' legislation keeping at the times of Ukrainian Central Council.

The article researches the peculiarities of organizational and legislative securing the activities of the system of supervision organs for workers' legislation keeping at the times of Ukrainian Central Council during autonomist, federalist and independent stages of its statehood formation. It is pointed out that supervision organs, created according to the legislation of Russian Empire and Caretaker Government continued to conduct their activities. There were analyzed draft laws written by Central Council about Labor Central and District Councils and labor inspections with the purpose to reform the existing system of supervision organs for the new organizational and legal foundations of parity presentation for workers and entrepreneurs, election, professionalism and specialization.

Key words: Ukrainian Central Council, Labor General Secretariat, Ministry of labor, factory inspection, Local Commissar of Labor, labor inspection, Labor Council.

УДК 340.113

М. Д. ХОДАКІВСЬКИЙ

Михайло Дмитрович Ходаківський, кандидат політичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ЮРИДИЧНА ТЕРМІНОЛОГІЯ В ІСТОРИКО-ПРАВОВОМУ ДОСЛІДЖЕННІ

Одним із головних завдань юридичної науки є теоретичне відображення правової дійсності. Це завдання розв'язується шляхом напрацювання та систематизації об'єктивних знань про правові явища і процеси. Однак об'єктивності правового знання неможливо досягти без урахування кількох важливих аспектів. По-перше, об'єктом юридичної науки є правова система, яка не є сталою, знаходиться у постійному розвитку та взаємодіє з іншими пов'язаними з нею системами – економічною, політичною, соціальною. По-друге, практичний вияв права, здійснювана юридична практика може проявлятися як правотворчість, правозастосування, інтерпретація тощо. По-третє, засіб вивчення права, механізм правового мислення, як зазначає Леві, припускає різницю точок зору і неоднозначність вираження¹.

Всі ці труднощі правознавчого дослідження для історика держави і права помножуються на те, що він має справу з умовною правовою реальністю, яку слід реконструювати виходячи з наявних джерел. При цьому сучасні уявлення про ієрархію різних джерел права, методи й логіка міркувань, які використовуються при виробленні норм права та для розвитку права в цілому, досить різноманітні і не завжди відповідають сучасному досвіду.

На думку В. М. Карташова², все, що спадкується в правовій системі суспільства, поділяється на три великі частини: досягнення правової культури, які мають велике значення і можуть без будь-якої істотної переробки використовуватися в сучасних умовах; правовий досвід минулого, який тією чи іншою мірою відповідає потребам сучасності, але вимагає ґрунтовного перегляду й пристосування до соціально-економічних, політичних та інших обставин, які змінилися; залишки старих правових інститутів (явищ, форм) не придатні для використання в практичній діяльності, що мають тільки певне теоретичне значення і привертають увагу лише в науково-пізнавальному плані.

Однак, перш ніж відповідати на питання, до якої групи слід віднести той чи інший правовий артефакт та як його використовувати в сучасності, він повинен стати об'єктом ґрунтовного аналізу в межах історико-правового дослідження. Зрозуміло, що базисом такого (як і будь-якого іншого) наукового дослідження є юридична термінологія.

Термін, як відомо, це слово або словосполучення, яке точно і однозначно визначає чітко окреслене поняття, в даному випадку юридичної галузі. Юридична термінологія покликана виражати волю законодавця шляхом формування юридичних документів. Її характерна особливість – своєрідний нормативно-правовий стиль мови, рисами якого є безособовість, нейтральність, точність, конкретність, простота й лаконічність. Основні вимоги до стилю й мови нормативних правових актів виражаються, зокрема, у необхідності використання в тексті термінів із чітким і строго окресленим змістом, уживання слів і виразів у прямому й безпосередньому значенні.

Юридичний термін має бути однозначним, адже автор нормативного акта повинен дати юридичному термінові одне-єдине визначення, включити в нього всі істотні з його погляду ознаки, тобто такі, котрі носять регулювальний характер, мають правове значення. Наявність у терміна декількох різних дефініцій призводить до нечіткості, розпливчастості правового регулювання, породжує непорозуміння і помилки, як правило, з боку тих, на кого поширюється дія нормативного акта. Тому будь-який термін не можна розглядати як окрему одиницю, а як слово (чи словосполучення), тісно пов'язане із контекстом. Воно має чітко визначене значення в кожному окремому випадку. Це значення може змінюватися залежно від контексту використання. Тому доцільно розкривати значення окремого спеціального терміна у тому чи іншому контексті.

Розуміння спеціальних юридичних термінів минулого ускладнено тим, що вони потребують тлумачення, спеціальної пошукової роботи, врахування етимології та контекстуальної відповідності. Значну складність становлять терміни, змістовне наповнення яких змінювалось протягом історичного розвитку.

Візьмемо для прикладу такий широковживаний термін, як «гетьман». Як відомо, так називали вищих воєначальників у Великому князівстві Литовському, Речі Посполитій. Зокрема, це стосується й українських козацьких ватажків, до яких цей термін починає застосовуватися з кінця XVI століття. Починаючи з Богдана Хмельницького, гетьман є главою української держави. При цьому гетьман Богдан Хмельницький та гетьман Кирило Розумовський в розумінні повноважень та політико-правового статусу – зовсім різні поняття.

Сама українська держава того часу, в свою чергу, має кілька термінологічних відповідників: Військо Запорізьке, Запорізька Січ, Гетьманщина, кожен з яких потребує певного пояснення при вживанні.

Керівники цієї держави задля утвердження своєї легітимності, після отримання гетьманської булави, укладали з московськими правителями так звані «статті» – договірні умови про політико-правовий статус України у складі Російської держави. І хоча назва документа увесь час залишалась незмінною, сам його зміст, а відповідно, й політико-правовий статус України, скажімо за Богдана Хмельницького та за Дем'яна Многогрішного, змінився кардинально.

Неоднозначність термінології є приводом з боку «класичних» істориків закидати історикам права «недостатню понятійну розробленість вітчизняної юридичної науки, насамперед в галузі історико-правової термінології», яка поряд з відомою «невідповідністю правових норм, зафіксованих у міждержавних угодах, і політичних реалій історичного моменту (внаслідок чого при аналізі нерідко доводиться юридичну сторону питання (*de jure*) відокремлювати від фактичного положення речей (*defacto*))», не дають змоги досягти одностайності в оцінці політичних реалій другої половини XVII–XVIII ст.ст., зокрема, визначення політико-правового статусу України в складі Російської держави³.

Як зазначають Н. В. Артикуца та І. Б. Усенко, генеза і розвиток української юридичної термінології тісно пов'язані з історією вітчизняної держави і права та історією української літературної мови, що відбувалися на власному етнічно-мовному ґрунті шляхом мобілізації внутрішніх словотворчих ресурсів та засвоєння іншомовних термінів і терміноелементів⁴.

Таким чином, розуміння юридичної термінології розкривається через її зв'язок з мовою. Проблеми права й мови розглядаються в межах феноменологічного напрямку в праві. Феноменологія є відповіддю на потребу в розумінні внутрішнього взаємозв'язку мови й соціальних феноменів, а на цій основі – розробки і лінгвістики, і соціально-політичних, і соціально-правових вчень. Вона вивчає місце й роль мови в житті соціуму, в історичному становленні суспільних і державних інститутів.

Так звана феноменологічна школа права виникла під впливом ідей Е. Гуссерля. Школа сповідувала принцип побудови апріорного вчення про право, наполягала, що право існує незалежно від законодавця⁵. Для творчості представників цієї школи характерна тема протиставлення ідеального світу цінностей і наявного реального буття. Тому в інтерпретації права й розробці питань про роль мови в праві вони сповідували яскраво виражений аксіологічний підхід.

Важливою частиною феноменологічної традиції є герменевтика – напрям сучасної думки, що активно розробляє проблеми інтерпретації, питання теорії мови, у тому числі щодо фундаментальних проблем правознавства⁶. На думку сучасних дослідників, юридична герменевтика є одним із найбільш «продуктивних методів пізнання права»⁷.

На цьому тлі цікавою була розробка проблеми М. Гайдеггером. Суть його «герменевтики фактичності»⁸ полягає в тому, щоб у розробці герменевтичної рефлексії наукова тема гарантувалася самими фактами, а розуміння сенсу тексту повинно бути завірене системою фактів.

У цьому зв'язку важливим видається вивчення питань історії взаємозв'язку права й мови з урахуванням досвіду лінгвістичного трактування юридичних текстів різних епох та особливостей їхньої інтерпретації

сучасними юристами. Питання про те, чи є мова права особливою мовою й чи є ця спеціальна мова внутрішньою єдиною, також становлять одну із традиційних галузей досліджень правової лінгвістики в німецькій і австрійській науці⁹. Цей напрям виходить з того, що мова права є не тільки семіотичною системою, а й невіддільною частиною правової системи з її традиціями, особливостями логіки й функціями. Мова права повинна бути, з одного боку, єдиною, щоб забезпечити єдність усередині правової системи. З іншого боку, вона повинна застосовуватися для різних цілей, тобто в різних сферах юридичної діяльності.

У вітчизняній юридичній літературі також широко обговорювалися питання відносин мови й права на стику юридичної, лінгвістичної, історичної та інших наук, що підтверджує високий рівень актуальності й затребуваності даної проблематики. Останнім часом спостерігається інтенсивне зростання досліджень мови права, що, в свою чергу, привело до появи самостійної дисципліни, яка межує з мовознавством та правознавством – «юридичного мовознавства» (або «лінгвістики права», «юрислінгвістики»). В Україні найбільш розповсюдженим відповідником цієї дисципліни стала «юридична лінгвістика»¹⁰.

Хоча мова є специфічним соціальним засобом зберігання й передачі інформації, а також управління поведінкою особистості, перераховані вище напрями не знімають з порядку денного необхідності врахування позалінгвістичних факторів, насамперед соціокультурних, при реконструкції суб'єктивних умов, у яких складався об'єктивний зміст тексту.

Перспективною є методологія системного аналізу, комплексного підходу до вивчення різних феноменів соціального життя, у тому числі права. У цьому аспекті взаємозв'язок права і мови може розкриватися за допомогою культурної проблематики. Культура при цьому може розглядатися як важливе джерело права, яке у процесі селективної еволюції вбирає в себе соціальний досвід і виявляється в загальнообов'язкових правилах поведінки¹¹. Таким чином, єдиний простір культури опосередковує зв'язок права з найважливішими формами й засобами існування соціуму.

Серед іншого необхідно звертати увагу на зміст права. Під змістом права слід розуміти його сюжет, тобто сукупність приписів нормативного характеру, різного рівня спільності в їх зв'язках та співвіднесеності, в динаміці. Цей аспект змісту права актуалізує проблему мови юридичних законів, яка повинна відповідати вимогам на точність, доступність та стислість¹².

Обов'язковою умовою дослідження історії становлення та розвитку юридичного терміна є його тлумачення. Тлумаченням або інтерпретацією є сукупність прийомів, що застосовуються до добутоків людського духа з метою їх розуміння¹³. З урахуванням завдань, що стоять перед істориком права, виправданими є застосування так званого історичного способу тлумачення, за допомогою якого необхідно встановити зміст норми права, виходячи із соціально-економічних і політичних умов прийняття нормативно-правових актів¹⁴. При цьому інтерпретатор посилається на факти, пов'язані з історією виникнення норм, які підлягають тлумаченню. З одного боку, це тлумачення веде до стабілізації застосування правових норм, а з іншого, – воно може вести до пристосування нових суспільних відносин старим нормативно-правовим актам.

У даному випадку інтерпретатор може використовувати джерела, які знаходяться за межами системи права і законодавства, з'ясує конкретно-історичні умови, причини, мотиви, які обумовили прийняття нормативних актів, а також їх цілі і завдання. Такими джерелами можуть бути різні політичні документи, історичні, соціально-економічні і політичні дослідження. Інтерпретатор повинен використовувати їх, як основу для розуміння змісту норм права.

Цікавим є розгляд питання про відмінності тлумачення історико-правового тексту юристом та істориком права в статті Ю. В. Голіка та М. М. Енгвера¹⁵. Автори розглянули, як історична та юридична герменевтика співпрацюватимуть, розв'язуючи завдання розуміння та тлумачення нормативних документів минулого. Тобто, як розуміє та інтерпретує документ історик права та юрист. Завдання юриста – досягнути зміст закону з погляду даного випадку й заради даного випадку. Історик права має справу з текстом закону. Основою для розуміння закону істориком є погляд на всю сферу застосування закону. Це означає, що зміст закону конкретизується завдяки усім випадкам його використання.

Отже, історик права для визначення повного змісту закону не може обмежитися його первісним застосуванням. Виникає необхідність урахувати також всі історичні зміни, через які пройшов закон. Так з'являється опосередкування первісного застосування закону його сучасним застосуванням.

Юрист, що досягає зміст закону з погляду конкретного випадку, повинен спершу встановити його первісний зміст, а потім привести зміст закону у відповідність із сучасністю. На цьому прикладі автори констатують, що норми права не можуть бути виведені з історії. Однак норми права і його принципи можуть розгорнутися тільки в історії.

Ми бачимо, що при роботі з юридичним терміном, при вивченні історико-правової юридичної термінології в контексті історико-правового дослідження, продуктивними є застосування певного методологічного плюралізму. Окрім зазначених вище підходів виправданим є використання напрацювань нормативістської теорії права. При дослідженні такого важливого джерела, як нормативно-правовий акт або норма права, особливого значення набуває застосування формально-юридичного методу, у рамках якого вивчаються правові норми як такі. Увага дослідника спрямовується, на думку Г. Кельзена, «на норми, а не на факти буття, тобто не на волю та уявлення про правові норми, а на норми як належний або уявний зміст»¹⁶. При цьому не враховуються ні умови прийняття норми, ні цілі законодавця, ні можливість (або неможливість) застосування. Такий метод у практичній юриспруденції, відомий як «юриспруденція понять» (Німеччина) або «формально-догматична юриспруденція» (Росія) – один із напрямів статичного юридичного позитивізму, досить

затаврований критиками, оскільки «може привести дослідника лише до статистичних знань про право»¹⁷. Але в історико-правовому дослідженні такий метод виправданий і необхідний, оскільки застосовується в комплексі з іншими методами.

Всі ці методи й підходи дають змогу, за умови правильного їх застосування, одержати нове, науково обґрунтоване й достовірне знання, яке стане вагомим знаряддям ґрунтовного та об'єктивного історико-правового дослідження. Щоправда, окрім власне підходів, слід враховувати ще один світоглядний аспект вивчення проблеми. Як пише І. Д. Ковальченко: «Завдання історика полягає в тому, щоб виявити причини... і на цій основі більш глибоко пояснити, що ж відбулося, а не просто ділити сучасників на гарних і поганих, засуджувати одних і вихвалити інших, міняти одні оцінки минулого на інші»¹⁸.

¹ Леви Э. Введение в правовое мышление / Э. Леви. – Пер. с англ. – М., 1995. – С. 9.

² Карташов В. Н. Введение в общую теорию правовой системы общества. Текст лекций. / В. Н. Карташов. – Ярославль, 1995. – Ч. 1. – С. 39.

³ Россия – Украина: история взаимоотношений / отв. редакторы: Миллер А. И., Репринцев В. Ф., Флоря Б. Н. – М., 1997. – 248 с.

⁴ Юридична енциклопедія : в 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К., 2004. – Т. 6. – С. 476.

⁵ Атарщикова Е. Н. Герменевтика в праве: история и современность / Е. Н. Атарщикова. – СПб., 1998. – 295 с.

⁶ Грязин И. Н. К вопросу о герменевтическом подходе в современной англо-американской философии права / И. Н. Грязин // Философские науки. – 1980. – № 2. – С. 137–141.

⁷ Мережко А. А. Юридическая герменевтика и методология права / А. А. Мережко // Проблемы философии права. – 2003. – Т. 1. – С. 159.

⁸ Богачов А. Л. Гайдегера герменевтика фактичності і трансценденталізм / А. Л. Богачов // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Філософія. Політологія. – 2010. – Вип. 99. – С. 2–6.

⁹ Муцина М. М. О правовой лингвистике в Германии и Австрии / М. М. Муцина: [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.lexis-asu.narod.ru/other-works/42.htm>

¹⁰ Прадід Ю. Ф. Вступ до юридичної лінгвістики : навч. посіб. / Ю. Ф. Прадід ; за ред. чл.-кор. АПРН Ярмиша О. Н. – Сімферополь, 2002. – 104 с.

¹¹ Спиридонов Л. И. Теория государства и права / Л. И. Спиридонов. – М., 1996. – С. 138.

¹² Сурилов А. В. Теория государства и права / А. В. Сурилов. – К.; Одесса, 1989. – С. 201.

¹³ Васильковский Е. В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов / Е. В. Васильковский. – М., 2002. – С. 80.

¹⁴ Котюк В. О. Теория права: Курс лекций : навч. посіб. для юрид. фак. вузів / В. О. Котюк. – К., 1996. – С. 192.

¹⁵ Голик Ю. В. Герменевтика: юридический и филологический аспекты / Ю. В. Голик, Н. Н. Энгвер // Юрислингвистика-1: проблемы и перспективы : межвуз. сб. науч. тр. – Барнаул, 1999. – С. 162–163.

¹⁶ Тихонравов Ю. В. Основы философии права / Ю. В. Тихонравов. – М., 1997. – С. 358.

¹⁷ Там само. – С. 359.

¹⁸ Ковальченко И. Д. Теоретико-методологические проблемы исторических исследований: Заметки и размышления о новых подходах / И. Д. Ковальченко // Новая и новейшая история. – 1995. – № 1. – С. 8.

Резюме

Ходаківський М. Д. Юридична термінологія в історико-правовому дослідженні.

У статті розглядаються науково-методологічні підходи до проблеми використання юридичної термінології в історико-правовому дослідженні, наголошується на необхідності врахування особливостей певного історичного періоду при вживанні юридичних термінів, кореляції їх розуміння в ту чи іншу історичну епоху.

Ключові слова: юридична термінологія, історико-правове дослідження, історія права, тлумачення права.

Резюме

Ходаковский М. Д. Юридическая терминология в историко-правовом исследовании.

В статье рассматриваются научно-методологические подходы к проблеме использования юридической терминологии в историко-правовом исследовании, подчеркивается необходимость учета особенностей определенного исторического периода при употреблении юридических терминов, корреляции их понимания в ту или иную историческую эпоху.

Ключевые слова: юридическая терминология, историко-правовое исследование, история права, толкование права.

Summary

Khodakivskyi M. The terms of law in a historical and law research.

The article deals these methodological approaches to the problem of using the terms of law in a historical and law research.

Key words: terms of law, historical and law research, history of law.

А. І. БАЛАКЛИЦЬКИЙ

Андрій Іванович Балаклицький, здобувач Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

СУЧАСНІ МЕТОДОЛОГІЧНІ ПІДХОДИ ДО ДОСЛІДЖЕННЯ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

Початок державно-правового розвитку у XXI ст. характеризується значним посиленням світових трансформаційних процесів і насамперед процесів глобалізації та регіоналізації, які суттєво впливають на суспільно-політичне життя в цілому та мають величезне теоретико-прикладне значення. У зв'язку із цим у вітчизняній та зарубіжній науковій літературі вказані проблеми стали об'єктом і предметом пильної уваги вчених, про що, зокрема, свідчать монографічні та інші публікації, тематичні конференції, «круглі столи», наукові симпозиуми тощо.

Слід зазначити, що підвищений інтерес широких верств населення до процесів глобалізації пов'язаний з багатьма факторами як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру. До таких факторів або чинників, на нашу думку, потрібно насамперед віднести подвійний характер глобалізації, який полягає у тому, що, з одного боку, глобалізація дає змогу підвищити продуктивність та ефективність виробництва, сприяє спільному, тобто шляхом діалогу та узгоджених дій, вирішенню глобальних проблем людства, а з іншого боку, процес глобалізації підсилює нерівність та суттєво зменшує об'єктивне і корисне різноманіття людських культур, підриваючи тим самим основи громадянського суспільства. Таким чином, тенденції державно-правового й суспільно-політичного розвитку, породжені глобалізацією, мають як позитивне, так і негативне значення, що підсилює неоднозначне ставлення до цього комплексного процесу з боку суспільства, яке виражається, серед іншого, у появі та посиленні антиглобалістського руху не тільки на рівні окремих верств населення певного суспільства, а й також на рівні різних держав.

У зв'язку із цим **метою** статті є дослідження основних сучасних методологічних підходів до визначення та розуміння поняття глобалізації.

Розгляд питання щодо основних методологічних засад або підходів дослідження того чи іншого явища об'єктивної соціальної дійсності має величезне значення, оскільки методологія допомагає комплексно та системно осмислити, узагальнити і впорядкувати наукові знання у певній галузі або сфері, а також певним чином їх систематизувати, користуючись при цьому накопиченим емпіричним (фактичним) матеріалом.

Слід насамперед констатувати, що питання про поняття та природу цього всеохоплюючого процесу досі є відкритим у сучасній науковій літературі, незважаючи на пильну увагу з боку науковців до цього явища, яка спостерігається вже не одне десятиліття. У зв'язку із цим заслуговують на увагу значні здобутки вітчизняних та західних науковців, насамперед філософів, юристів, економістів, соціологів, які першими звернулися до дослідження проблем глобалізації і вже накопичили певні знання про цей феномен. Так, до числа найбільш значимих закордонних досліджень слід віднести праці З. Баумана, М. Марченка, В. Нерсесянца, Р. Робертсона, Дж. Сороса, Д. Перкінса, Р. Нейдера, Р. Райта, Б. Дікона, М. Халса, П. Стабса, Ю. Тихомирова, В. Чіркїна та інших авторів. Незважаючи на те, що в українській науковій думці проблеми взаємозв'язку глобалізації і держави розглядаються менш інтенсивно, окремі аспекти цього складного, неоднозначного й суперечливого процесу висвітлено в роботах: Ю. Шемшученка, Н. Оніщенко, О. Зайчука, О. Копиленка, В. Журавського, Л. Луць, М. Козюбри, А. Колодія, Ю. Оборотова, П. Рабіновича, О. Скрипнюка, О. Тихомирова, О. Петришина, С. Стеценка, Н. Пархоменко, В. Співака, Л. Удовики, В. Денисова та ін.

Насамперед варто зауважити, що поступове запровадження терміна «глобалізація» в науковий обіг за даними різних джерел пов'язано з такими іменами зарубіжних вчених, як К. Ясперс, Дж. Маклін, Т. Левіт, Р. Робертсон, К. Омае. Як зазначають окремі наукові джерела, прийнято вважати, що термін «глобалізація» вперше з'явився у 80-х рр. XX ст. і був уведений американським вченим Т. Левітом, хоча про глобальні проблеми почали говорити дещо раніше – наприкінці 60-х років¹. Зокрема, як вказують окремі джерела, сам термін глобалізація почав епізодично застосовуватися з кінця 60-х рр. XX ст., а вперше був поставлений у центр концептуальних конструкцій у 1981 р. американським соціологом Дж. Макліном, який запропонував «зрозуміти історичний процес посилення глобалізації соціальних відносин і дати йому пояснення»². З середини 80-х рр. концепція глобалізації набула поширення в значному колі науковців, про що свідчить, зокрема, книга Р. Робертсона «Глобалізація: соціальна теорія і глобальна культура»³. Він, так само як і японський вчений К. Омае, розглядав світову економіку в контексті взаємного впливу трьох силових та економічно розвинутих центрів: ЄС, США і Японії, а також домінування на світовій економічній арені «глобальних фірм». Основні погляди К. Омае на глобалізацію були викладені у його праці «Світ без кордонів»⁴.

Незважаючи на тривалу наукову дискусію щодо проблем глобалізації, яка вже відбувається як мінімум понад двадцять років, єдиного визначення поняття глобалізації, а тим більше, загальноновизнаного розуміння

її сутності, не склалося. Як зазначається у сучасній юридичній літературі, поняттю глобалізації відповідає безліч різних, часом суперечливих явищ, процесів, тенденцій, що різною мірою поширюються в глобальних масштабах. Звідси – різноманіття інтерпретацій та відповідних наукових поглядів на це поняття. Така розмаїтість наукових підходів пояснюється, з одного боку, складністю й специфікою феномена глобалізації, а з другого, – усе різноманіття термінології, що використовуються, є проявом не лише наукових цілей, а виражає, по суті, авторське ставлення до цього процесу⁵.

Протягом тривалого часу в науковій літературі глобалізацію тлумачили як суто економічне явище. Зокрема, всесвітньо відомий американський економіст та фінансист Дж. Сорос розуміє глобалізацію насамперед як вільний рух капіталів і подальше зростаюче домінування глобальних фінансових ринків та транснаціональних корпорацій над національними економіками⁶. М. Делягін розглядає глобалізацію як вищу стадію інтеграції, процес потужного й стрімкого формування єдиного загальносвітового фінансово-економічного простору на базі нових, переважно комп'ютерних технологій⁷.

Крім економічного підходу у дослідженні глобалізації, важливе значення має також і соціологічний підхід, на важливість якого звертає увагу М. Фезерстоун, говорячи про те, що сучасні процеси глобалізації вимагають від соціологів переосмислення положень, на яких базується ця наука. Виклик для соціології, на думку вченого, полягає в потребі пояснити процеси глобалізації як нової форми соціального життя, тоді як предметом соціології тривалий час вважалося суспільство, яке розумілося винятково як обмежена національна держава⁸.

Соціологічний підхід у дослідженні глобалізації охоплює досить широкий спектр відносин, серед яких варто виділити сучасні демографічні тенденції, сферу боротьби з бідністю, проблеми охорони здоров'я, міграційні процеси тощо. Так, усвідомлюючи обмеженість моделей економічного детермінізму в розумінні сучасних глобалізаційних процесів, Н. Римашевська та інші представники соціологічного підходу у дослідженні глобалізації пропонують систему координат для оцінки глобалізаційних процесів, у якій людство є не об'єктом, а суб'єктом глобалізації. Глобалізація у їх соціологічному розумінні постає як процес, творцем якого виступає людство, населення планети, представники якого по-різному її сприймають. Закони глобалізації, як і інші соціальні закони, не є абсолютними, а залежать від людей, їх національного менталітету, історичних традицій та культури. Це означає, що не існує і не може бути абсолютних соціальних теорій і законів, вони є результатом стану кожного суспільства окремо. Яким є люди і зв'язки, що об'єднують їх у суспільства, такими є і соціальні теорії. Відмінність стану суспільств, на їх думку, і породжує різне ставлення до проблем і процесів глобалізації⁹.

Крім зазначених теоретико-методологічних підходів у дослідженні глобалізації, особливо в контексті заявленого предмета даної наукової праці, доцільно також декілька слів сказати про політологічний підхід у дослідженні глобалізації, висвітленню різноманітних аспектів якого присвятили свої праці, зокрема, такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як І. Алексєєнко, У. Бек, І. Василенко, Л. Грінін, І. Кресіна, Н. Оніщенко, С. Рябов, Т. Парсонс, М. Марченко, В. Цветков та інші науковці.

Як підкреслюється у науковій літературі, ключовою темою політичного дискурсу з проблем глобалізації є питання щодо зміни традиційної ролі держави як центрального елементу політичної системи суспільства і, відповідно, тих наслідків цього процесу, які можна спостерігати сьогодні й очікувати у майбутньому. Відомо, наприклад, що класична теорія лібералізму висловлювалася на користь мінімальної держави, віддаючи перевагу праву і законслухняності вільних громадян; марксизм пропагував відмирання держави, заміну її самоврядуванням комун; теоретики анархізму звинувачували державу в усіх недоліках і вадах суспільного життя, вимагаючи її повалення. І, навпаки, консерватори вважали державу явищем такого ж фундаментального порядку, як і сама людина, проявом певних життеорганізуючих засад. Погляди ж щодо ослаблення ролі держави, зміну її функцій, а то й відмирання в недалекому майбутньому посіли своє місце і в сучасному політологічному дискурсі з проблем глобалізації. При цьому одночасно загострюється полеміка з питання присутності держави і посилення її ролі в умовах глобальної фінансово-економічної кризи¹⁰.

Необхідно зазначити, що наведені вище підходи до дослідження феномена глобалізації відображають лише певний зріз або аспект вивчення цієї проблематики, а тому дані підходи слід визнати вузькими. Крім вже названих підходів, до вузьких та відносно автономних методологічних підходів дослідження глобалізації, які також набули свого поширення в сучасній науковій літературі, слід віднести комунікативний, культурний, екологічний, геополітичний, онтологічний та деякі інші підходи. Всі вони є, безумовно, дуже важливими для дослідження цього складного та багатоаспектного явища об'єктивної дійсності, оскільки в своїй сукупності забезпечують більш-менш цілісне уявлення про різномірні процеси глобалізації.

Крім цього, на базі зазначених вище підходів нині у науці склався широкий підхід до розуміння феномена глобалізації, який охоплює вже не тільки окремо взятую сферу або галузь суспільного життя, що визначає певний вимір глобалізації, а й дає змогу органічно поєднати основні постулати цих теорій в єдине ціле. Глобалізація в широкому розумінні пов'язується з розвитком економічної і політичної взаємозалежності країн та регіонів світу до такого рівня, на якому стає можливою і необхідною постановка питання про створення єдиного світового правового поля й світових органів економічного та політичного управління¹¹; з глобальною взаємозалежністю держав, економік, культур¹². Глобалізація – це одна із цивілізаційних моделей, яка включає в себе економічний, соціально-культурний і нормативний компоненти¹³. Глобалізацію розглядають також і як свого роду екстраполяцію відносин, які склалися між найбільш розвиненими державами світу, на міжнародні відносини¹⁴.

Одним із найбільш послідовних дослідників глобалізації з точки зору широкого підходу є М. Марченко, який звертає увагу на такі методологічно важливі аспекти у визначенні глобалізації, як системність (відносно впорядковані сфери та галузі суспільного життя, що охоплені глобалізацією), динамізм та збірність (глобалізація – це не єдиний, одноразовий процес, який має місце в певній окремо взятій галузі або сфері, а сукупність багатьох процесів, що відбуваються в найрізноманітніших сферах життя суспільства і держави). Виходячи з цих методологічно значущих положень, вчений визначає глобалізацію з точки зору системного підходу як багатоаспектну та різнорівневу інтеграцію різноманітних державно-правових, економіко-фінансових і суспільно-політичних інститутів, що існують у світі, а також ідей, принципів, зв'язків, морально-політичних, матеріальних та інших цінностей, різноманітних відносин¹⁵.

У процесі розгляду важливих теоретико-методологічних проблем, що стосуються глобалізації, слід також звернути увагу на її нерівномірний та, водночас, все більш охоплюючий характер. Дослідники проблем глобалізації у переважній більшості зазначають, що глобалізація найбільшою мірою охоплює економічну, фінансову та технологічну сфери, меншою – політику, ще менше – духовне життя суспільства, традиції та національну культуру¹⁶. При цьому потрібно констатувати випереджаючий характер розвитку глобалізації саме в економіці порівняно з іншими сферами життя суспільства та держави. Це, в свою чергу, означає, що при здійсненні аналізу системи глобалізаційних факторів, які здійснюють повсякденний вплив на сучасну державу і право, слід виходити з того, що найбільш важливими з них все більш виразно виступають економіко-фінансові фактори. Саме вони справляють найбільший вплив не тільки на процес функціонування сучасних держав та їх правових систем, а й на їх внутрішній та зовнішній імідж, на соціальну, політичну, духовну, культурну сфери життєдіяльності суспільства, а також на тенденції їх розвитку¹⁷.

Крім цього, для подальшого дослідження заявленої проблематики важливим є й те, що переважна більшість науковців поділяють думку про суперечливість і дихотомічність процесу глобалізації. Так, український вчений Б. Гуменюк зауважує, що «визначальною тенденцією розвитку сучасного світу стала глобалізація – процес, який проникає у всі континенти та сфери суспільного життя: економічну, політичну, гуманітарну. Вплив глобальних процесів відчутний у кожній країні і є надзвичайно суперечливим та неоднозначним. З одного боку, глобалізацію можна вважати рушійною силою прогресу, оскільки вона дає кожній країні долучитися до інформаційних технологій обміну товарами, послугами, інформацією, капіталами тощо. Проте, з другого боку, глобалізація створює значні загрози національному устрою суспільного життя, традиціям, світогляду та іншим суспільним цінностям»¹⁸.

Крім цього, варто зауважити, що визнання як недоліків, так і переваг глобалізації, на нашу думку, є найбільш обґрунтованим з методологічної точки зору, оскільки саме такий підхід також дає змогу комплексно, неоднозначно, системно та якомога глибше досліджувати процеси глобалізації, уникаючи їх однобічного сприйняття й тлумачення, з метою забезпечення використання її переваг та запобігання загрозам.

Саме у такому, широкому та системно-функціональному значенні розуміють глобалізацію більшість сучасних вчених, у тому числі в Україні. Зокрема, фундатор української юридичної науки, академік НАН України Ю. Шемшученко визначає глобалізацію як діалектичний процес, що поєднує тотожності і відмінності, універсалізм та партикуляризм, характеризується стійкими тенденціями до загальносвітової, міждисциплінарної інтеграції у політичній, економічній, соціальній та духовній сферах¹⁹. Майже так само тлумачить глобалізацію І. Лукашук – це багатоплановий, макромасштабний всесвітній процес, що охоплює всі сторони життя суспільства та поєднує національні соціально-економічні утворення в єдину світову економічну та суспільну систему²⁰.

Враховуючи системний зріз дослідження глобалізації як об'єктивного явища сучасної соціальної дійсності, можна виділити такі його найбільш важливі та взаємопов'язані між собою аспекти:

- 1) ментальна або культурно-ідеологічна глобалізація – це комплексний процес «уніфікації» традицій, релігій, культури та ідеологій;
- 2) територіальна глобалізація – це процес укрупнення державних та наддержавних утворень;
- 3) економічна глобалізація – це процес об'єднання ринків (капіталу, трудових ресурсів, товарів і послуг) та економічних форм, під яким розуміється укрупнення організаційних структур економіки (компаній, фірм, корпорацій тощо);
- 4) інформаційно-комунікативна глобалізація – це один із найбільш значущих та показових інтеграційних процесів, що включає в себе розвиток комунікативних можливостей та використання космічного простору для передачі інформації, появу, швидке зростання глобальних інформаційних мереж, а також комп'ютеризацію багатьох процесів життєдіяльності людства;
- 5) етнічна глобалізація, яка полягає у зростанні загальної чисельності населення планети та взаємній асиміляції різноманітних етнічних груп²¹.

Підсумовуючи вищезазначене, варто наголосити, що в сучасних умовах розвитку людства явище глобалізації потрібно розглядати саме з позиції системно-функціонального підходу, який допомагає враховувати різноманітні аспекти його прояву та функціонування, і саме на цій методологічній основі має здійснюватися подальше дослідження проблем сучасного державно-правового розвитку.

¹ Стеценко С. Г. Глобалізація та право: національний вимір: моногр. / С. Г. Стеценко, Л. О. Васечко. – К. : Атіка, 2011. – 132 с. – С. 8.

- ² Цит. за: *Иноземцев В.* Глобализация: Иллюзии и реальность / В. Иноземцев // Свободная мысль. – 2000. – № 1. – С. 26–36. – С. 28.
- ³ *Robertson R.* Globalization: Social theory and global culture / R. Robertson. – L.: Sage, 1992. – 240 p.
- ⁴ *Ohmae K.* The Borderless World: Power and Strategy in the Interlinked Economy / K. Ohmae. – L.: Collins, 1990. – 223 p.
- ⁵ *Удовика Л. Г.* Трансформація правової системи в умовах глобалізації: антропологічний вимір: моногр. / Л. Г. Удовика. – Х.: Право, 2011. – 552 с. – С. 59.
- ⁶ *Сорос Дж.* Про глобалізацію / Дж. Сорос; пер. з англ. Андрій Фролкін. – К.: Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2002. – 173 с. – С. 7.
- ⁷ *Делягин М. Г.* Глобализация / М. Г. Делягин // Глобалистика: энциклопедия / под ред. И. И. Мазура, А. Н. Чумакова; Центр научных и прикладных программ «Диалог». – М.: Радуга, 2003. – 1328 с. – С. 183.
- ⁸ *Featherstone M.* Global Culture: An Introduction / M. Featherstone // Global Culture, Nationalism, Globalization and Modernity / ed. by M. Featherstone. – London: Sage, 1990. – P. 1–15. – P. 3.
- ⁹ *Римашиевская Н.* Глобализация и мировое население: социодемографические и этнодемографические сдвиги / Н. Римашиевская // Грани глобализации: трудные вопросы современного развития. – М.: Альпина Паблишер, 2003. – С. 289–328. – С. 291.
- ¹⁰ *Співак В. М.* Політико-правовий та соціокультурний виміри глобалізації: моногр. / В. М. Співак. – К.: Логос, 2011. – 416 с. – С. 41.
- ¹¹ *Михеев В. В.* Логика глобализации и интересы России / В. В. Михеев // Pro et Contra. – 1999. – Т. 4. – № 4. – С. 49–64. – С. 49.
- ¹² *Featherstone M.* Global Culture: An Introduction / M. Featherstone // Global Culture, Nationalism, Globalization and Modernity / ed. by M. Featherstone. – London: Sage, 1990. – P. 1–15. – P. 4.
- ¹³ *Атыйат А. С.* Вызовы культурной глобализации для стран третьего мира / А. С. Атыйат // Глобализация и мультикультурализм: доклады и выступления. VII Международная философская конференция «Диалог цивилизаций: Восток-Запад» (г. Москва, 14–16 апреля 2003 г.) / под ред. Н. С. Кирабаева, А. В. Семушкина, Ю. М. Почты, С. А. Нижникова. – М.: Щербинская типография, 2004. – С. 22–25. – С. 22.
- ¹⁴ *Egbewole W. O.* Globalization and its challenges on national legal systems – a case study of Nigeria / W. O. Egbewole // Indian Journal of International World. – New Delhi, 2003. – Vol. 43. – № 2. – P. 330–348.
- ¹⁵ *Марченко М. Н.* Государство и право в условиях глобализации / М. Н. Марченко. – М.: Проспект, 2008. – 400 с. – С. 12–13.
- ¹⁶ *Erdman P.* Tug of War. Today's Global Currency Crisis / P. Erdman. – N.-Y.: St. Martin's Press, 1996. – 173 p.; *Muller H.* Das Zusammenleben der Kulturen. Ein Gegenentwurf zu Huntington / H. Muller. – Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch-Verlag, 1998. – 256 s.; *Bryan L.* The Race for the World. Strategies to build a Great Global Firm. – Boston: Harvard Business School Press, 2000. – 364 p.
- ¹⁷ *Марченко М. Н.* Государство и право в условиях глобализации / М. Н. Марченко. – М.: Проспект, 2008. – 400 с. – С. 19–20.
- ¹⁸ *Гуменюк Б. І.* Україна в глобальному світі / Б. І. Гуменюк // Зовнішня політика України: стратегічні оцінки, прогнози та пріоритети / за ред. Г. М. Перепелиці. – К.: ВД «Стилос», 2008. – С. 15–31.
- ¹⁹ *Шемшученко Ю. С.* Теоретичні проблеми державознавства і правознавства в умовах глобалізації / Ю. С. Шемшученко // Національна держава і право в умовах глобалізації: зб. наук. статей. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2007. – С. 3–8. – С. 3.
- ²⁰ *Лукашук І. І.* Глобализация, государство, право, XXI век / И. И. Лукашук. – М.: Спарк, 2000. – 279 с. – С. 1.
- ²¹ Теория государства и права: учеб. / под ред. В. Я. Кикотя, В. В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: ИД «ФОРУМ»: ИНФРА-М, 2008. – 624 с. – С. 141–142.

Резюме

Балаклицький А. І. Сучасні методологічні підходи до дослідження глобалізації: загальна характеристика.

У статті досліджуються сучасні методологічні підходи до дослідження глобалізації. Зокрема, наголошується, що глобалізацію як явище соціальної дійсності вчені, як правило, визначають через вузький або широкий підходи. Вузький підхід до розуміння глобалізації передбачає дослідження лише його певного аспекту або зрізу (наприклад, економічний, соціологічний та ін.). На відміну від вузького, широкий підхід до розуміння феномена глобалізації охоплює вже не тільки окремо взяті сферу або галузь суспільного життя, що визначає певний вимір глобалізації, а й дає змогу органічно поєднати основні постулати цих теорій в єдине ціле. Підкреслюється також, що глобалізація має нерівномірний та суперечливий характер, як позитивні, так і негативні тенденції свого розвитку. На підставі дослідження автором робиться висновок про те, що в сучасних умовах розвитку людства явище глобалізації потрібно розглядати з позиції системно-функціонального підходу, який допомагає враховувати різноманітні аспекти його прояву та функціонування.

Ключові слова: глобалізація, методологія, держава, вузький та широкий підходи до розуміння глобалізації, економічна глобалізація, політична глобалізація, системно-функціональний підхід.

Резюме

Балаклицький А. І. Современные методологические подходы к исследованию глобализации: общая характеристика.

В статье исследуются современные методологические подходы к исследованию глобализации. В частности, подчёркивается, что глобализацию в качестве явления социальной действительности учёные, как правило, определяют через узкий либо широкий подходы. Узкий подход к пониманию глобализации предусматривает исследование лишь определённого аспекта или среза данного феномена (например, экономический, социологический и т.д.). В отличие от узкого, широкий подход к пониманию феномена глобализации охватывает уже не только отдельно взятую сферу или отрасль общественной жизни, что определяет конкретное измерение глобализации, но и даёт возможность органически соединить основные постулаты этих теорий в одно целое. Акцентируется внимание также на том, что глобализация имеет неравномерный и противоречивый характер, как позитивные, так и негативные тенденции своего развития. На основании исследования автором делается вывод о том, что в современных условиях развития человечества явление глобализации нужно рассматривать с позиции системно-функционального подхода, который даёт возможность учитывать разнообразные аспекты его проявления и функционирования.

Ключевые слова: глобализация, методология, государство, узкий и широкий подходы к пониманию глобализации, экономическая глобализация, политическая глобализация, системно-функциональный подход.

Summary

Balaklitskyi A. Contemporary methodological approaches to an investigation of globalization: the general characteristic.

The article explores contemporary methodological approaches to an investigation of globalization. In particular, it is stressed that globalization as a phenomenon of social reality – as a rule – is determined by scientists through a narrow or wide approaches. A narrow one to comprehension of globalization foresees just an investigation of its certain aspect or branch (for example, economic, sociological etc.). Unlike a narrow approach, a wide one to comprehension a phenomenon of globalization takes not only a separately selected field or branch of social life that determines a concrete measurement of globalization, but gives an opportunity to organically unite postulates of these theories in total. The article also pays attention that globalization has an uneven and contradictory character, is characterized by positive and in the same way negative tendencies of its development. Based on an exploration the author concludes that in contemporary conditions of human development phenomena of globalization should be considered from the position a system-functional approach which gives an opportunity to keep in mind different aspects of its revelation and functioning.

Key words: globalization, methodology, state, narrow and wide approaches to comprehension of globalization, economic globalization, political globalization, system-functional approach.

УДК 340.12

О. П. ІВАНЧЕНКО

Оксана Паєлівна Іванченко, аспірантка Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

СИСТЕМАТИЗАЦІЯ ЗАКОНОДАВСТВА: НАУКОВИЙ ВЕКТОР, ПРАКТИЧНІ ПОТРЕБИ

Адаптація законодавства України до законодавства Європейського Союзу є одним із пріоритетних напрямів сучасного правового розвитку. Цей процес – планомірний, включає в себе декілька етапів, на кожному з яких досягається певний ступінь відповідності з урахуванням принципу верховенства права. Є аксіоматичним положення, згідно з яким чим досконалішим, «рівневим» щодо юридичної техніки буде масив вітчизняного законодавства, тим успішнішою буде робота щодо проведення адаптаційних процесів. Не остання роль у розв'язанні цього завдання належить саме систематизації законодавства. Законодавство на сучасному етапі багато в чому не встигає за динамікою розвитку суспільних відносин, інколи вступає в протиріччя з раніш прийнятими правовими актами, колізує з ними. У результаті цього воно містить акти і норми, що формально не діють, в ньому зустрічаються прогалини і неузгоджені положення. Деякі законодавчі акти страждають повтореннями, містять не досить ясні, складні для пересічного громадянина, правопізнавальні конструкції, формулювання, терміни. Різноманіття нормативних актів, велика кількість юридичної інформації потребує визначеного порядку й організованості в системному розподілі правового матеріалу, зручності його використання на практиці. Вирішення цієї складної проблеми, що порушує оптимальні умови правового регулювання, полягає в систематизації. Потреба в ній викликана тим, що завдяки процесу систематизації можна подолати невпорядкованість у системі нормативно-правових актів, забезпечувати їх збалансованість, взаємозв'язок і компактність, позбутися протиріччя у законодавстві. Така діяльність особливо нагальна в умовах розвитку демократичної держави та функціонування громадянського суспільства.

Всебічна систематизація законодавства є першочерговою практичною необхідністю, як певний засіб впорядкування правових структур в умовах гармонізації правової системи України.

Постійний контроль за динамікою поточної правотворчості, узгодженість в єднанні її структурних елементів, їхнє всебічне опрацювання, техніко-правова уніфікованість є основною метою систематизації. Це й зрозуміло. Адже серед найбільш ефективних таких способів – уніфікація національних законодавств, за допомогою якої створюються однотипні, стандартні правові норми, що одноманітно регулюють суспільні відносини або створюють основу для знаходження їх спільності. Однакове правове регулювання відносин підвищує їх ефективність та попереджає юридичні колізії. Досить важливою складовою цього процесу є уніфікація.

У науковій літературі є різні визначення уніфікації законодавства: як процес «регулювання в межах одного правового інституту і поширення дії норм, що раніше призначалися для регулювання визначеного кола відносин»¹; як тенденцію, що виражається «в об'єднанні, укрупненні нормативних актів»². Під уніфікацією розуміють також «усунення розбіжностей в регулюванні визначених відносин»³. Існує думка, що уніфікація — це «процес вироблення єдиних (уніфікованих) правових норм для подібних відносин, незалежно від того, в яких правових формах такий процес здійснюється»⁴. Наведені визначення точно характеризують суть розглянутого явища. Однак вони не позбавлені недоліків. Не слід зводити поняття уніфікації до вироб-

лення однакових норм, розрахованих на подібні відносини. Процес уніфікації значно ширший, складніший, тому слід говорити про нього як про своєрідну науку узагальнення і єднання структур механізму правової регламентації. Його змістовні витоки формуються у свідомості законодавця як потреба вироблення уніфікованих правових моделей у визначених галузях законодавства. Проводяться порівняння найбільш оптимальних шляхів врегулювання однотипних відносин з урахуванням їх спільних властивостей і якостей як у внутрішньому, так і міжнародному праві. І лише потім розробляються правоположення з конкретних проблем. У цьому полягає суть процесу уніфікації. Але нерідко своє завершення вона одержує у формі технічного оформлення або у вигляді окремого нормативного акта, чи структурного змісту визначених розділів кодексів, положень, статутів тощо.

Отже, уніфікація має двоєдину спрямованість. Вона не тільки виробляє загальні правоположення з тих чи інших подібних проблем соціального розвитку, а й забезпечує грамотну техніко-формалізовану обробку вже прийнятих уніфікаційних положень, тобто систематизацію. Формулювання загальних норм – лише частина цього процесу, що є юридичною основою уніфікації. Такі норми можуть бути дефініціями, деклараціями, нормами-принципами, загальними дозволами, загальними заборонами тощо.

Уніфікація – це сукупність способів однакового врегулювання тих чи інших сторін соціальних відносин. Її основною внутрішньою властивістю саме і є єдність. Названі явища нерозривно пов'язані між собою. Уніфікація сприяє синхронній дії всіх структурних елементів системи законодавства, зміцнює їх взаємозумовленість. Монолітність системи, у свою чергу, виступає юридичною основою уніфікації законодавства, потреба в якій має періодичний характер, залежно від інтенсивності та нагромадження нормативного матеріалу. Уніфікацію не повинна «бентежити» специфіка суспільних відносин, диференційований підхід до їх регламентації. Наявність у цих відносинах спільних властивостей і граней, їх системна єдність одночасно припускає цілісне, уніфіковане врегулювання. Ефективність такого підходу вбачається у тому, що уніфікація, по-перше, створює ряд переваг законодавчого характеру (зменшує обсяг нормативного матеріалу, виключає елементи його дублювання), по-друге – полегшує застосування правових приписів на практиці (в тому числі міжнародній).

Процес уніфікації відбувається в межах усієї правової системи, а не окремих її складових частин чи структур. Його життєздатність залежить від рівня систематизації. Хоч, як уже зазначалося, ці категорії взаємозалежні, проте систематизація постійно виступає як провідний елемент. Її активність породжує диференціацію правової матерії, а отже, і потенційну потребу в уніфікації. Іншими словами, *систематизація законодавства — це такий складовий елемент, який породжує об'єктивну потребу в уніфікації*⁵. Разом із тим не слід думати, що послаблення процесу систематизації зупиняє уніфікаційний цикл. Уніфікації можуть піддаватися і соціально-правові відносини, яких не торкнулася систематизація.

На сьогоднішній день робота з упорядкування законів і нормативно-правових актів є ще недостатньо ефективною. Це пояснюється тим, що правотворча практика носить неузгоджений, нестабільний характер⁶.

Внаслідок цього інколи виникає своєрідне «відчуття» безперспективності в проведенні систематизаційних заходів.

Протиприродність такого стану виявилася в тому, що в умовах росту законодавчої активності, на жаль, знизився організаційно-технічний рівень систематизації правових положень. Тому є зрозумілою роль юридичної науки в дослідженні зазначених процесів та виробленні необхідних рекомендацій.

Актуальність дослідження процесів систематизації сьогодні визначається триваючим процесом кодифікації нового українського законодавства і незавершеністю його теоретичного осмислення. Незважаючи на те, що такі поняття, як «систематизація» і «кодифікація» щодо нормативно-правових актів широко застосовуються як в теорії держави і права, так і в спеціальних юридичних науках, до теперішнього часу вчені-правознавці не дійшли згоди стосовно їх визначень, ознак, функцій і видів.

Так, вчені-теоретики права сперечаються щодо визначення поняття систематизації нормативно-правових актів. Деякі запропоновані з них спробуємо навести:

«Систематизація – впорядкування законодавства, приведення його до внутрішньо узгодженої системи»⁷; такої ж точки зору дотримуються автори одного з найфундаментальніших підручників з теорії держави і права⁸; систематизація – це діяльність з упорядкування нормативно-правових актів, приведення їх в певну систему шляхом складання єдиних актів чи їх збірників⁹; «систематизація – це діяльність зі зведення нормативно-правових актів у впорядковану систему»¹⁰.

Як видно із змісту вищенаведених дефініцій, в основу їх групування покладено факт визначення поняття систематизації з використанням категорії «система». Проте це може викликати ряд ускладнень, оскільки визначення систематизації буде потребувати спочатку саме визначення терміно-поняття «система», її структури, складу елементів. У такий спосіб навіть поверховий аналіз вказує на необхідність подальшого теоретичного осмислення поняття «систематизації законодавства», виявлення його чітких ознак і невід'ємних рис з метою точного і однозначного тлумачення. Це знаходить підтвердження в літературі з теорії держави і права щодо цілей систематизації законодавства:

- забезпечення доступності законодавства, полегшення пошуку необхідної норми;
- зручність користування законодавством;
- облік законодавства.

Систематизація нормативно-правових актів може розвиватися в двох напрямках в будь-якій правовій системі: від загального до конкретного, наприклад, приймаються Основи законодавства, потім галузеві

кодекси тощо. Або ж систематизація законодавства проходить шлях від конкретного до загального, наприклад, спочатку окремі закони виокремлюються, потім інкорпорується, далі приймається ряд консолідуючих актів, за якими йде прийняття кодифікованих актів¹¹.

У теорії права також немає на сьогоднішній день єдиної точки зору щодо кількості видів систематизації. Класифікацію видів систематизації нормативно-правових актів можливо провести за різними підставами.

Кодифікація відповідає способу систематизації, при якому відбуваються підготовка і прийняття нового кодифікованого нормативно-правового акта, в основу якого покладено діючі раніше нормативно-правові акти, що піддані перегляду. Крім того, при кодифікації (кодифікуванні) можуть запроваджуватися абсолютного нові кодифікаційні нормативно-правові акти. Втім, наприклад, Т. Н. Радько вказує, що кодифікація як вид систематизації, являє собою особливу змістовну форму упорядкування нормативного матеріалу¹², отже виводить даний вид діяльності за межі систематизації.

Щодо цілей, способів та обсягу систематизації законодавства думки вчених розділились на протилежні.

Про необхідність переважачого кодифікування законодавства вказує Т. Н. Радько¹³, на гостроту питання про необхідність кодифікації чинного законодавства звертають увагу М. І. Абдулаев, С. А. Комаров¹⁴, О. В. Зайчук, Н. М. Оніщенко¹⁵. Ця точка зору неодноразово підкреслювалася у вітчизняних енциклопедичних виданнях¹⁶.

Втім, має місце і протилежна думка. До супротивників суцільної кодифікації належить М. В. Сільченко, який не погоджується з думкою про можливість і необхідність повної кодифікації законодавства, мотивуючи свою точку зору тим, що «... високий динамізм суспільних відносин ... вимагає швидкого і своєчасного реагування з боку ... держави за допомогою правових засобів на постійно виникаючі нові явища і події повсякденного життя. Детальне регулювання всіх питань суспільного життя в кодифікаційних актах, з одного боку, порушувало б їх стабільність і стійкість, оскільки необхідно було б вносити зміни і доповнення, пов'язані із заміною застарілих правових положень новими, які б відповідали сучасним умовам суспільної життєдіяльності, а з іншого – сприяло б переважанню верхнього законодавчого ешелону із-за необхідності законодавства на відповідному рівні»¹⁷. Однак, заради справедливості, слід зазначити, що така точка зору висловлювалася і пропонувалася вченим декілька десятиліть тому.

З позицією Н. В. Сільченко не погоджується переважна більшість вчених сьогодні, оскільки наведені автором міркування не можуть вплинути на процес кодифікації як такої.

З огляду на це варто нагадати, що деякі вчені не вважають кодифікацію самостійним видом систематизації. Мотивування таких суджень полягає головним чином у тому, що при кодифікації упорядник не обмежується приведенням в порядок тексту діючих актів, а прагне у зведеному законі (акт правотворчості) викласти внутрішньо узгоджені правові приписи. Своєрідністю юридичної природи кодифікації є те, що це особливий вид систематизації і одночасно найважливіша складова процесу уніфікації правотворчості. Поєднання цих двох начал передбачає відмінність кодифікації не від систематизації взагалі, а від такої її форми, як інкорпорація.

Говорячи про можливість результатів саме кодифікації, хотілося б навести думку українських теоретиків, які вважають, що кодифікаційний акт не тільки впорядковує чинне законодавство, а й якісно його вдосконалює, методологічно «ушляхетнює». Досконалий кодекс сам по собі є свідченням високого рівня юридичної думки та нормотворчості в країні і водночас потужним поштовхом до подальших наукових досліджень відповідної галузі, розроблення та видання нових нормативно-правових актів на виконання його приписів¹⁸.

Таким чином, можна з упевненістю констатувати, що систематизаційні процеси щодо впорядкування законодавства є реалією сучасного правового розвитку, а їх удосконалення – перспективним науковим напрямом, якого конче потребує практична юридична діяльність.

¹ Поленина С. В. Основы гражданского законодательства и гражданского кодекса / С. В. Поленина. – М., 1968. – С. 82–83.

² Поленина С. В. Теоретические проблемы системы советского законодательства / С. В. Поленина. – М., 1979. – С. 200.

³ Бару М. И. Унификация и дифференциация норм трудового права / М. И. Бару // Советское государство и право. – 1971. – № 10. – С. 45.

⁴ Садиков О. Н. Унификация как средство совершенствования гражданского законодательства / О. Н. Садиков // Правоведение. – 1972. – № 6. – С. 95.

⁵ Порівняльне правознавство (теоретико-правове дослідження) : моногр. / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К. : Вид-во Фенікс, 2007. – С. 223–230. – 400 с.

⁶ Законопроекування: сучасні реалії та тенденції розвитку : моногр. / О. Л. Копиленко, О. В. Зайчук, О. В. Богачова та ін.; за ред. О. В. Зайчука, О. В. Богачової. – К. : Інститут законодавства Верховної Ради України, Кам'янець-Подільський : ТОВ «Друкарня Рута». – 232 с. – С. 85–116.

⁷ Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – 2-ге вид., переробл. і доп. – К. : Вид-во «Юридична думка», 2012. – С. 837. – 1020 с.

⁸ Теорія держави і права. Академічний курс : підруч. / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – С. 40. – 688 с.

⁹ Мухаев Р. Т. Теория государства и права : учеб. для вузов / Р. Т. Мухаев. – М. : Изд-во «Приор», 2002. – С. 329. – 464 с.

¹⁰ Загальна теорія держави і права : підруч. для студентів юридичних вищих навчальних закладів / В. М. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПРН України О. В. Петришина. – Х. : Право, 2009. – С. 313. – 584 с.

¹¹ Рассказов Л. П. Теория государства и права : учеб. / Л. П. Рассказов. – М., 2008. – С. 329–331.

¹² Радько Т. Н. Теория государства и права : учеб. для бакалавров / Т. Н. Радько. – М. : Проспект, 2016. – С. 183. – 496 с.

¹³ Морозова Л. А. Теория государства и права / Л. А. Морозова. – М., 2004. – С. 269.

¹⁴ Абдулаев М. И. Проблемы теории государства и права / М. И. Абдулаев, С. А. Комаров. – СПб., 2003. – С. 315.

¹⁵ Зайчук О. В. Поняття, зміст, сутність та види систематизації законодавства / О. В. Зайчук, Н. М. Оніщенко // Правова держава. – 2003. – № 14. – С. 8–13.

¹⁶ Мала енциклопедія теорії держави і права / за заг. ред. Ю. Л. Бошицького. – К. : Вид-во Європейського університету, 2010. – С. 118. – 368 с.

¹⁷ Сильченко Н. В. Кодифицированные акты и их типы / Н. В. Сильченко // Советское государство и право. – 1980. – № 10. – С. 124.

¹⁸ Загальна теорія держави і права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський та ін.; за ред. О. В. Петришина. – Х. : Право, 2014. – 368 с. – С. 221–230.

Резюме

Иванченко О. П. Систематизація законодавства: науковий вектор, практичні потреби.

Стаття присвячена науковому узагальненню терміна «систематизація законодавства», опрацюванню відповідних методологічних підходів до розуміння сутності цього процесу, виокремленню ролі систематизації в адаптації законодавства України до законодавства ЄС. Особливий вектор присвячений розгляду категорії «кодифікація», визначення його сутності в юридичній науці минулого та сьогодення.

Особливістю викладу є намагання продемонструвати не тільки «технологічні» відмінності систематизації у минулому та щодо сучасного правового розвитку, а й зупинитися на сутнісних особливостях цього процесу.

Ключові слова: систематизація, законодавство, кодифікація, ознаки систематизації, властивості систематизації.

Резюме

Иванченко О. П. Систематизация законодательства: научный вектор, практические потребности.

Статья посвящена научному обобщению термина «систематизация законодательства», обработке соответствующих методологических подходов к пониманию сущности этого процесса, выделению роли систематизации в адаптации законодательства Украины к законодательству ЕС. Особый вектор посвящен рассмотрению категории «кодификация», определение его сущности в юридической науке прошлого и настоящего.

Особенностью изложения является попытка продемонстрировать не только «технологические» различия систематизации в прошлом и относительно современного правового развития, но и остановиться на сущностных особенностях этого процесса.

Ключевые слова: систематизация, законодательство, кодификация, признаки систематизации, свойства систематизации.

Summary

Ivanchenko O. Systematic legislation: scientific vector practical needs.

Article dedicated to scientific analysis of the term “systematization of legislation”, preparation of relevant methodological approaches to understanding the essence of this process, identification of the role of systematization in the approximation of Ukraine to EU legislation. Special vector devoted to the category “codification”, determining its nature in the jurisprudence of the past and present.

The feature presentation is an attempt to demonstrate not only the “technological” differences systematization in the past and on the current legal development, but also dwell on the essential features of this process.

Key words: systematization, legislation, codification, signs of systematization, systematizes properties.

УДК 340.12

В. М. КОЗАЧЕНКО

Віта Михайлівна Козаченко, здобувач Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ПРАВОВА СВІДОМІСТЬ ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА В АНГЛОСАКСОНСЬКІЙ ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ

Революційні події в Україні у 2014 р. підтвердили неабияку роль правосвідомості у захисті природних прав громадян на життя, здоров'я та безпеку. Інститути позитивного права виявились неспроможними забезпечити та гарантувати вищезазначені права в тих умовах. Тому актуалізується науковий інтерес до ролі правосвідомості у регулюванні суспільних відносин та правозастосуванні. Без дослідження першоджерел у цьому питанні, зокрема історичному досвіді застосування правосвідомості як джерела права, неможливо вирішити численні теоретичні та прикладні аспекти його сучасного втілення у правотворчому та правозастосовному практиці України. Аналіз генези правосвідомості та її ролі у правовому регулюванні й правозастосуванні однієї з найстаріших правових систем світу – англосаксонської – дасть можливість виявити загальне та особливе у функціонуванні цього феномена.

© В. М. Козаченко, 2015

Правова свідомість генетично та історично передує будь-якому позитивному праву, законотворчому процесу. Думку аналогічного змісту можна висловити і щодо прецедентного права, яке є основою правової системи англосаксонської правової сім'ї. Хоча деякі науковці наполягають на використанні назви англо-американської типу правової сім'ї замість англосаксонської, ми за традицією, що склалася в літературі, будемо називати її саме англосаксонською¹.

Як відомо, класичною батьківщиною прецедентного права є Англія, і на прикладі цієї країни ми плануємо розглянути роль правосвідомості у створенні права, а отже, її роль як джерела права. Зазначене вище зауваження щодо класичної батьківщини прецедентного права зроблено свідомо, оскільки преторське право стародавнього Риму, яке містило окремі ознаки прецедентного, не можна в повному обсязі порівнювати з прецедентним правом країн колишньої британської співдружності, головним чином – Англії.

За спільною думкою науковців, прецедентне право Англії починає свій відлік з часів нормандського захоплення Англії у 1066 році². На її території в цей час діяли як місцеві суди (суди місцевих феодалів), так і королівські суди, зокрема роз'їзні та три постійно діючі суди (суд казначейства, суд королівської влади та суд загальних позовів). Першоджерелом права для розгляду судових справ для місцевих судів звичайно виступали місцеві звичаї та традиції. Аналогічна картина спостерігається і щодо королівських судів на першому етапі їх функціонування, які, виходячи з необхідності здобути прихильність місцевого населення на фоні їх нормандського завоювання, використовували передусім місцеві звичаї.

Згодом, виходячи з неоднорідності місцевих звичаїв, виникає право, що мало силу на всій території Англії, і яке поступово замінило собою всі місцеві звичаї. Його рушійною силою були не акти королівської влади, а практика роз'їзних, а потім і трьох вищезазначених королівських судів. Саме так формувалися норми загального права, яке було єдиним для всієї Англії і формально визнавало рівність між представниками вільної частини населення³. Як правильно зазначає Т. В. Апарова, узагальнюючи та модифікуючи звичаї, судді поступово відпрацьовували єдині підходи до розгляду однотипних спорів. При цьому значення місцевих звичаїв з часом нівелювалося (хоча деякі з них і на сьогодні залишаються джерелом права Англії), а на їхньому місці утворювався інститут загальних принципів і правил, які застосовувались королівськими судами, а потім поширювались по всьому королівству⁴. Очевидно, що в цьому випадку судова правотворчість була єдиним джерелом права, яке мало своїм корінням розумову діяльність суддів з визначення правомірного чи неправомірного в діях тих чи інших суб'єктів права, зокрема тогочасних мешканців середньовічної Англії. Хоча це й відбувалось з урахуванням місцевих звичаїв, тим не менше нові правила створювались, виходячи з відповідного праворозуміння конкретних суддів. Інакше кажучи, не зважаючи на існування зовнішнього джерела права – правового звичаю, нове правило формулювалось, виходячи з внутрішнього образу права, яке існувало у свідомості судді при розгляді справи (правомірної чи неправомірної поведінки сторони спору).

У свою чергу, прецедентне право створювалось не всіма судами. Цією прерогативою володіли насамперед вищі суди. Б. В. Малишев зазначає: «Коли ми говоримо, що загальне право створювалось англійською судовою владою, то перш за все розуміємо під нею три центральних королівських суди»⁵. Разом із тим слід зазначити, що така практика складалася поступово, оскільки судді, які розглядали справи, у випадку визнання правила, яке містило прецедент, помилковим, нерациональним, не використовували його⁶. Отже, в процесі вибору відповідного прецеденту, його тлумаченні, прийнятті або неприйнятті під приводом значних відмінностей обставин справи, що розглядається, від раніше розглянутої, яка стало прецедентом, суд в цілому та окремі судді володіли значною свободою⁷.

Відповідно до визначення, яке дає Юридичний енциклопедичний словник, поняття «прецедент» означає поведінку у певній ситуації, що розглядається як взірець при аналогічних ситуаціях⁸. Зміст судового прецеденту розкривається за допомогою правила *stare decisis* (вирішити так, як було вирішено раніше). Для англійської правової системи зазначене правило є керівною вказівкою для кожного суду слідувати прецедентам, виробленим вищестоящим судом, а апеляційні суди зв'язані своїми попередніми прецедентами⁹.

Слід мати на увазі, що у якості прецеденту виступає не все рішення. Англійські юристи відносять до прецедентної норми (*ratio decidendi*), по-перше, юридичний висновок у справі, по-друге, аргументацію, мотивування рішення. Ці два елементи становлять сутність рішення. Решта його частини носить назву *obiter dictum* (попутно сказане). Вона має лише переконуючий характер і не є обов'язковою для інших судів¹⁰. Із зазначеного, однак, не слід робити висновку, що інші судді при застосуванні прецеденту автоматично відтворювали його правові позиції щодо справи, яка ними розглядалася. Як справедливо зазначає М. Н. Марченко, оскільки повний збіг обставин рідко зустрічається на практиці, прецедентна система для того, щоб визначити, чи є у даному випадку аналогія, надає англійським суддям дуже широкі повноваження¹¹. І, більш того, у випадку, коли певний спір не має жодної прийнятної аналогії, суддя діє на свій розсуд, тобто стає фактичним законодавцем¹².

Таким чином, з вищезазначеного з очевидністю випливає висновок, що за відсутності писаного права та зменшення ролі звичаїв єдиним джерелом права, на підставі якого приймалось судове рішення, була правосвідомість судді. Остання, в свою чергу, ґрунтувалась на елементарних правових уявленнях про те, що сторони, які уклали договір, отримують право вимагати його виконання протилежною стороною або про те, якщо земля, яку подарували, відібрана силою, потерпілий має право отримати її назад¹³.

Визнання джерелом права англійської правової системи, передусім на першому етапі її існування, правосвідомості судді з необхідністю приводить нас до визнання трансцендентного характеру права, тобто його

первісного існування не в писаних джерелах, а у свідомості людини. На думку Л. О. Корчевної, трансцендентність права означає його вихід за сферу чуттєво-емпіричного досвіду і перетворення на феномен інтелектуально-гібельного чи то «софійного» характеру. Під трансцендентністю права слід розуміти ідею права, тобто право в його цілісності й доконечності¹⁴.

Зазначена вище теза щодо трансцендентальності права має важливе значення для юридичної науки, оскільки виводить право з вузьких меж позитивістського підходу, наближаючи до його витоків – правосвідомості. Саме на розглянутих вище прикладах виявляється креативна роль правосвідомості, зокрема судді, у конструюванні права, виходячи з аналізу конкретних правових ситуацій та наявності внутрішнього переконання у правильності прийнятого рішення. У зв'язку з цим евристичною виглядає феноменологічна теорія права, яка пов'язує генезу права з існуючими апіорними моделями правового у свідомості індивідів, що пізнаються на підставі аналізу актів свідомості¹⁵.

Ми не думаємо, що саме цей методологічний підхід був відомий англійським суддям при створенні прецеденту. Водночас вони використовували його емпірично, виходячи з простих реакцій побутової свідомості (здорового глузду) на протиправні дії з боку окремих індивідів. І поступово ця свідомість набула статусу правосвідомості і не тільки у суддів, а й у пересічних підданих та правлячого класу Англії. «Право історично виникає у якості певної сторони, моменту практики, у безпосередньому зв'язку з нею, його «історичним зародком» виступають правовідносини, а вихідним елементом, субстанцією – права людини в єдності з обов'язками, тобто категорії правосвідомості. Вони виділилися з первинно недиференційованої, внутрішньо єдиної суспільної свідомості у процесі предметної діяльності людей в результаті змін, що відбулися у економічному базисі первісного ладу, виникнення приватної власності та змін шляхом поділу суспільства, розвитку й ускладнення суспільно-практичної діяльності людей. На початку становлення права нормативні вимоги ще не фіксувались окремо від самої діяльності, а були безпосередньо вплетені у соціальне спілкування людей, у мову реального життя. У недиференційованому вигляді існували також чуттєві і раціональні моменти у свідомості, що народжувалась»¹⁶.

Слід погодитись з зазначеною думкою щодо генези права в контексті практичної діяльності людини. Саме так рухався процес його пізнання: від відчуття, сприйняття речей об'єктивного світу, зокрема поведінки людини, до надання йому форм теоретичного знання – понять та категорій. Тобто, певні вчинки людей спочатку викликали у соціумі окремі реакції у вигляді оцінок, почуттів (негативні – засуджуючі, позитивні – схвальні). Згодом вони набули рис теоретичного узагальнення таких форм поведінки у вигляді ідей, теорій, які, у свою чергу, пізніше трансформувались у інституалізовані утворення – правові норми (каральні, заохочуючі тощо). Вказані рівні пізнання правової дійсності знайшли своє відображення у структурі правової свідомості, зокрема правової психології та правової ідеології.

Разом із тим не слід думати, що право діє автоматично, що людська поведінка може направлятися лише ідеями і категоріями правосвідомості. Уявлення людей про справедливість та правомірність, рівності прав та обов'язків і т. ін. з'являються на ґрунті конкретних умов їх життєдіяльності. Вони якнайтісніше пов'язані з об'єктивними чинниками, серед яких найважливіше місце належить «правовому буттю» – напрацьованим попередніми поколіннями правовим нормам, правовідносинам тощо. Правосвідомість якраз і є усвідомленням історично мінливого і такого, що змінюється «правового буття»¹⁷.

Отже, очевидним є висновок про нелінійну дію правосвідомості щодо суспільних відносин. Певні «правові матриці» у свідомості людини, поєднуючись з її правовим буттям, створюють нормативні моделі людської поведінки, які поєднують у собі дві засади: позаісторичні (трансцендентні) та історичні. Інакше кажучи, правосвідомість має складний зміст, який одночасно може містити ідеї, що на сучасний лад можна ідентифікувати як правові, а також ідеї, які були «правовими» на певному історичному етапі розвитку. Наприклад, ідея рівності була притаманна відносинам між вільними підданими короля, ідеї нерівності мали місце у відносинах між вільним громадянами та тими, які були підпорядковані їм (відносини васалітету у правлячій верстві Англії та відносини залежності селян від феодалів).

У контексті ролі правосвідомості у регулюванні суспільних відносин цікавим виступає її аксіологічний аспект. Вище вже зазначалось, що первинною ланкою у процесі пізнання є відчуття правової реальності суб'єктом, що пізнає, який на етапі формування права ще не знає, чи є це явище (поведінка людини) позитивним чи негативним. Згодом, у процесі людської діяльності, набуття досвіду певні форми поведінки знаходять своє відображення у свідомості людини як їх ідеальний образ, який вже отримує свою оцінку з точки зору корисності або шкідливості. Інакше кажучи, пізнавальний процес йде поряд з оціночним, що характерно саме для соціальної сфери буття людини. Водночас стосовно правової сфери спостерігається переважання нормативно-оціночного способу відображення соціальної реальності, в процесі якого відбувається перехід від її відображення до її нормування, дескриптивна інформація переводиться у прескриптивну (зобов'язуючу)¹⁸.

У зв'язку із зазначеним потужний гносеологічний потенціал набуває психологічна теорія права Л. І. Петражицького, який в імперативно-атрибутивних емоціях людини бачив джерело права. Так, наприклад, стосовно судової практики взагалі та стосовно судового прецеденту зокрема Л. І. Петражицький зазначав, що останні отримують в психіці людей значення нормативного факту, тобто з'являються правові почуття щодо прав та обов'язків з посиланням на судову практику, що таким чином судами або окремим (вищим) судом «завжди» вирішувались судові справи. І більш того, на його переконання прецедентне право – це найбільш потужне й авторитетне право, що визнається як безумовна істина, незалежно від його відповідності

законам та звичаям. На нижчих сходинках культури святість і авторитет судових рішень особливо важливі¹⁹. Тому психологічний аспект у сприйнятті права, на нашу думку, набуває важливого значення, ставить на перше місце у структурі правосвідомості саме правову психологію. Як справедливо зауважив С. Л. Рубинштейн, правові емоції пов'язані з основними формами суспільно-історичного існування людини²⁰.

Отже, на прикладі розвитку та функціонування правосвідомості можна навіть припустити, що основне питання філософії щодо первинності матерії чи свідомості слід розглядати не з позиції полярної антиномії – або/або, а з точки зору їх інтегральної єдності, що одночасно містить як трансцендентальні засади, так і онтологічні (властивості відображення матеріального світу). Головним виступає питання їхньої гносеологічної ваги на різних етапах їх розвитку та функціонування.

Таким чином, з вищенаведеного можна зробити однозначний висновок щодо креативної і вирішальної ролі правосвідомості у регулюванні суспільних відносин та правозастосуванні. У зв'язку з зазначеним досвід країн англосаксонської системи права щодо судового прецеденту як безпосередньому вияву дії правосвідомості, зокрема у сфері судочинства, підлягає ретельному вивченню та впровадженню у сучасну правову систему України.

¹ Скакун О. Ф. Теорія держави і права / О. Ф. Скакун. – Х. : Консум, 2000. – 418 с. ; Давид Р. Основные правовые системы современности: пер. с фр. / Р. Давид, К. Жофре-Спинози. – М. : Международные отношения, 1999. – 400 с. – С. 41.

² Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії / Б. В. Малишев. – К. : Практис, 2008. – 344 с. – С. 39; Марченко М. Н. Англосаксонская правовая семья / М. Н. Марченко // Общая теория государства и права. Академический курс : в 2-х т. – М. : Зерцало, 1998. – Т. 2. – 656 с.; 2, с. 209. – С. 102.

³ Лучникова В. В. Развитие английской правовой системы в конце XVII – начале XVIII в. (на примере развития общего и статутного права) : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / В. В. Лучникова. – М., 1983. – 16 с. – С. 8.

⁴ Апарова Т. В. Прецедент в английском праве (историко-юридическое исследование) : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Т. В. Апарова. – М., 1968. – 26 с. – С. 6.

⁵ Малишев Б. В. Вказана праця. – С. 45.

⁶ Апарова Т. В. Основные исторические тенденции английского прецедентного права / Т. В. Апарова // Ученые записки ВЮЗИ. – 1968. – Вып. 17. – Ч. 3. – С. 126–173. – С. 134.

⁷ Марченко М. Н. Англосаксонская правовая семья / М. Н. Марченко // Общая теория государства и права. Академический курс : в 2 т. – М. : Зерцало, 1998. – Т. 2. – 656 с.

⁸ Юридический энциклопедический словарь / гл. ред. А. Я. Сухарев. – М. : Советская энциклопедия, 1987. – 527 с. – С. 380.

⁹ Кросс Р. Прецедент в английском праве / Р. Кросс ; пер. с англ. – М. : Юридическая литература, 1985. – 239 с. – С. 9.

¹⁰ Архипов С. И. Правовые системы мира / С. И. Архипов // Теория государства и права : учеб. для юридических вузов и факультетов ; под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. – М. : Издательская группа НОРМА-ИНФРА, 1998. – 570 с. – С. 513.

¹¹ Марченко М. Н. Проблемы правопонимания и основные источники англосаксонского права / М. Н. Марченко // Научные труды Эдилет. – 2000. – № 1 (7). – С. 7–21. – С. 11.

¹² Решетников Ф. М. и Апарова Т. В. Предисловие // Кросс Р. Прецедент в английском праве / пер. с англ. – М. : Юридическая литература, 1985. – С. 5–21. – С. 8.

¹³ Корчевна Л. О. Проблеми різноджерельного права: дослід порівняльного правознавства : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.01. – К., 2005. – 412 с. – С. 124.

¹⁴ Там само. – С. 23.

¹⁵ Огурцов А. П. Феноменология / А. П. Огурцов // Философский энциклопедический словарь. – М., 1983. – 836 с. – С. 718.

¹⁶ Козюбра Н. И. Взаимодействие социалистического права и общественного сознания. Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук: 12.00.01 – К., 1980 – 55 с. – С.22.

¹⁷ Козюбра Н. И. Социалистическое право и общественное сознание / Н. И. Козюбра. – К. : Наукова думка, 1979. – 206 с. – С. 26.

¹⁸ Козюбра Н. И. Взаимодействие социалистического права и общественного сознания. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.01 – К., 1980 – 55 с. – С. 27.

¹⁹ Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л. И. Петражицкий. – 2-е изд., испр. и доп. – СПб., 1909. – Т. II. – 134 с. – С. 573, 578.

²⁰ Рубинштейн С. Л. Основы общей психологии / С. Л. Рубинштейн. – М., 1940. – Т. 2. – 720 с. – С. 389.

Резюме

Козаченко В. М. Правова свідомість як джерело права в англосаксонській правовій системі.

У статті розглядається проблематика правосвідомості як джерела права. Аналізуються історичні та теоретичні моделі розвитку судового прецеденту як одного з джерел права на прикладі Англії. Показано зв'язок механізму створення судового прецеденту з феноменологічною та психологічними теоріями права. На прикладі розвитку й функціонування правосвідомості припускається, що основне питання філософії щодо первинності матерії чи свідомості слід розглядати не з позиції полярної антиномії – або/або, а з точки зору їх інтегральної єдності, що одночасно містить як трансцендентальні засади, так і онтологічні (властивості відображення матеріального світу).

Ключові слова: правосвідомість, судовий прецедент, джерело права, англосаксонська система права, феноменологічні та психологічні теорії права.

Резюме

Козаченко В. М. Правосознание как источник права в англосаксонской правовой системе.

В статье рассматривается проблематика правосознания как источника права. Анализируются исторические и теоретические модели развития судебного прецедента как одного из источника права Англии. Указывается на связь механизма создания судебного прецедента с феноменологической и психологической теориями права. На примере развития и функционирования правосознания постулируется, что основной вопрос философии касательно первичности материи или сознания следует рассматривать не с позиций полярной антиномии – или/или, а с точки зрения их интегрального единства, которое содержит как трансцендентальные основы, так и онтологические (свойства отражения материального мира).

Ключевые слова: правосознание, судебный прецедент, источник права, англосаксонская система права, феноменологическая и психологическая теории права.

Summary

Kozachenko V. The sense of legal consciousness as a source of law in Anglo-Saxon legal system.

The article discusses the issues of legal consciousness as a source of law. Analyzes the historical patterns of development of judicial precedent as a source of law in England. Indicates the connection of the mechanism of creation of judicial precedent from a phenomenological and psychological theories of law. For example, the development and functioning of consciousness is postulated that the basic question of philosophy concerning the primacy of matter or consciousness should be viewed not from the standpoint of polar antinomies – either/or, but from the point of view of their integral unity, which contains both the basics of transcendental and ontological (the properties of reflection of the material world).

Key words: legal consciousness, judicial precedent, sources of law, Anglo-Saxon system of law, phenomenological and psychological theory of law.

УДК 340.1; 342.01; 342.5

О. В. БАТАНОВ

Олександр Васильович Батанов, доктор юридичних наук, професор, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ У ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ: ОСНОВНІ МОДЕЛІ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ

Еволюція демократичної державності в сучасному світі переконливо підтверджує, що до числа абсолютних цінностей конституційного рівня належить муніципалізм – система муніципальних ідей та фундаментальних принципів місцевого самоврядування, порядок його організації й функціонування, сукупність інститутів, що забезпечують реалізацію і захист прав і свобод особи на локальному рівні, а також механізми, які традиційно використовуються з метою обмеження державної влади.

Визнання наприкінці ХХ – початку ХХІ ст. ст. на міжнародному рівні місцевого самоврядування як основи будь-якого демократичного ладу, з одного боку, значною мірою посилює тенденцію глобалізації доктрини місцевого самоврядування та муніципального права, яка особливо рельєфно спостерігається у сучасних євроінтеграційних процесах, та, з іншого боку, вкотре засвідчило той факт, що більшість прав людини реалізується і, переважною мірою, захищається на локальному рівні, переконливо підтверджуючи вірність одного з девізів Дня Землі – «Мисли глобально, дій локально!».

Слід зазначити, що незважаючи на формування глобалістичного дискурсу, конвенціалізація якого свідчить про загальнонауковий інтерес до феномена глобалізації, розробка даної проблематики залишається фрагментарною. Особливо відчутний дефіцит належного осмислення глобалізації з точки зору теорії місцевого самоврядування, муніципального права та сучасного муніципалізму. Адже стрімкий розвиток муніципального права у сучасних демократіях, триумфальний рух принципів субсидіарності, регіоналізації та децентралізації, який відбувся у період після Другої світової війни в Європі та США, породив тенденцію муніципалізації конституційного життя та правових систем у цілому. Свідченням тому є становлення системи муніципальних прав особи, механізмів їх гарантування та захисту, що є основою для соціального гомеостазису територіальної громади, який, з одного боку, є невід'ємною характеристикою організації та діяльності місцевого самоврядування на певній території та, з іншого боку, властивістю сучасного муніципального права, яке, у свою чергу, виконує специфічну гомеостатичну роль у процесах формування соціально-правової державності та громадянського суспільства¹.

Місцеве самоврядування, регіоналізація та децентралізація стають тепер провідними принципами демократичної внутрішньої та зовнішньої державної політики і конституційно-правового регулювання у розвинутих зарубіжних країнах. У світі все більше відбувається усвідомлення того, що надмірний централізм не змінює держави, а веде до нездатності державного апарату та фактичної девальвації конституційних норм. Так, основна спрямованість принципу субсидіарності у ХХ ст. полягала у подоланні фашистських і соціалістичних тенденцій, захисті автономії особи та права на самоврядування низових політичних одиниць – територіальних громад. Субсидіарність організації влади тим самим протиставлялася тенденціям у напрямі авторитарної централізованої держави. Субсидіарність розглядалася як передумова устрою, що базується на свободі: держава, яка дотримується принципу субсидіарності, гарантує своїм громадянам свободу і незалежність; вона гарантує місцеве і регіональне самоврядування. Захист свободи через реалізацію принципу субсидіарності нині проголошується однією з традиційних цінностей європейського політичного устрою. З одного боку, визнання та гарантування широкого каталогу прав територіальних колективів у демократичних країнах створює умови для формування в них моделі так званої «муніципальної держави», а, з іншого, – розвинуте місцеве самоврядування вбачається як «запускаючий інструмент» процесу євроінтеграції, транскордонного та міжконтинентального співробітництва.

Слід зазначити, що світовій муніципальній практиці відомі абсолютно різні моделі, типи та системи місцевого самоврядування. У даний період часу в стабільних у політичному та соціально-економічному плані державах склалися власні, багато у чому унікальні та неповторювані, моделі місцевого самоврядування. Внаслідок того, що більшість цих держав пройшли в цілому схожі етапи свого розвитку, виходячи зі спільності їх цілей, задач та інтересів, слід сказати, що всі ці моделі, безумовно, мають багато схожих рис, але, тим не менш, не позбавлені й певної індивідуальності. Зокрема, ми можемо спостерігати схожі моменти закріплення характеру повноважень місцевого самоврядування та його посадових осіб, близькі за змістом і формою механізми взаємовідносин, які виникають між ними, а також державними та муніципальними органами в процесі здійснення місцевого самоврядування тощо. Принциповим є те, що в усіх випадках держава залишає за собою право контролювати здійснення повноважень місцевими органами, що виступає істотним елементом державного механізму та підтверджує тим самим певну єдність діяльності держави і місцевого самоврядування².

У різних країнах застосовуються різні системи управління на місцевому рівні (у межах відповідних адміністративно-територіальних одиниць), на вибір яких впливають такі фактори, як: державний режим, форма державного устрою, неоднаковий підхід до розуміння сутності та природи державної влади, розмежування адміністративно-територіальних одиниць на «природні» і «штучні», національні та історичні особливості й традиції тощо. Також на розвиток місцевого самоврядування в державах сучасного світу впливали різні правові системи, що детермінувало виникнення та формування його англо-американської (англосаксонської), континентальної (французької, романо-германської або європейської), іберійської та т. зв. радянської моделей; процеси демократизації та урбанізації; зміни в соціально-економічному розвитку та розширення економічної самостійності територій, підвищення мобільності робочої сили, реалізація принципів партисипативної демократії й упровадження споживацької моделі відносин між органами місцевого самоврядування і членами територіальних громад; рівень демократизації, децентралізації і деконцентрації публічної влади тощо³.

Підведення проблеми децентралізації у ранг державної політики⁴ змушує нас звернутися насамперед до аналізу світових моделей централізації, децентралізації та деконцентрації публічної влади.

Так, еталоном децентралізованої форми організації місцевого самоврядування в рамках англосаксонської системи місцевого самоврядування є Велика Британія. В основі правового регулювання статусу органів місцевого управління цієї країни знаходиться Акт про місцеві органи управління 1999 р., у якому вказуються види органів місцевого управління, їх основні повноваження та підконтрольність Державним секретарям (офіційне найменування міністра – прим. авт.). Органами місцевого самоврядування вважаються ради графств, округів, приходів, де муніципальні службовці працюють на контрактній основі.

Класичним зразком децентралізованої форми організації місцевого самоврядування в рамках континентальної (романо-германської) системи місцевого самоврядування є Італія. Базовими принципами для італійського законодавця з моменту ратифікації Європейської Хартії місцевого самоврядування стали принципи місцевої автономії та широкої децентралізації в межах єдиної, унітарної та неподільної Республіки. Сучасні дослідження вказують, що сутність явища «італійської автономії» доцільно розглядати через розкриття змісту її різновидів: нормативно-правової – можливість встановлювати власний нормативно-правовий порядок у межах наданої компетенції і закріплювати їх у законах, статутах, регламентах; політико-адміністративної – свобода вибору політико-адміністративного курсу на підставі інтересів місцевих спільнот чи їх більшості (право на вибір, самостійне визначення способів адміністративної діяльності, оцінювання необхідності та своєчасності прийняття управлінських рішень), тобто принципів, які мають безпосереднє значення з позиції організації та функціонування місцевого самоврядування.

Зокрема, аналізуючи особливості статусу посадових осіб та органів місцевого самоврядування в Італії, І. П. Шелепницька доводить, що головна посадова особа місцевого самоврядування (сіндако) на рівні комуни поєднує функції різних видів влади: голови комунальної адміністрації (представляє місцеву одиницю; скликає, очолює виконавчий орган – джунту) та урядового чиновника (периферійний орган державної адміністрації та представник держави на місцевому рівні). У реформаторський період його функції розширено правом: призначати/звільняти асесорів (членів джунти), генерального директора (менеджера) комуни, інших управлінців; обирати секретаря комуни з Національного реєстру.

Основні контрольні функції з боку держави за діяльністю посадових осіб та органів місцевого самоврядування покладаються на префекта (Il Prefecto), який здійснює превентивний контроль за рішеннями місцевої влади. Не зважаючи на те, що в Республіці Італія запроваджено урядову вертикаль, її місцеві ланки в особі урядових представників – префектів не беруть на себе всіх функцій державного керівництва щодо відповідних територій, а здійснюють лише наглядово-контрольні функції стосовно органів місцевого самоврядування, тобто, реалізуючи «адміністративну опіку», не позбавляють їх відчуття господаря відповідної території.

Починаючи з 1992 р. в Італії впроваджено концепцію «служби нового покоління», посилено процеси дебюрократизації, використано нові форми організації праці, утворено на національному рівні Агенцію представництва та юридичних угод з управлінням (далі – ARAN) у співпраці з профспілками, здійснено моніторинг діяльності, закладено морально-етичні стандарти службовців, створено національні реєстри на певні посади в органах місцевого самоврядування, передбачено нові форми діяльності з використанням новітніх інформаційних технологій⁵.

У свою чергу, у Франції, досвід якої обумовив виникнення особливої французької (в рамках загальної романо-германської моделі) системи місцевого самоврядування, історично сформувалися централізаційні

тенденції в організації системи публічної влади, що створило низку перешкод для децентралізації публічної служби. У результаті муніципалітети (комуни) як базовий рівень місцевого самоврядування все ще не отримали належних їм повноважень, оскільки заходи щодо децентралізації зосередилися в основному на рівні департаментів. Водночас центральний уряд продовжує зберігати сильну організаційну та персональну присутність на регіональному та місцевому рівнях (з початку децентралізації у 1982 р. загальна кількість державних службовців, більшість яких зосереджена у регіональних та місцевих органах, зросла, а не зменшилася). Таким чином, більшість державного апарату Франції була у найкращому випадку деконцентрована, але не децентралізована⁶.

Згадаємо досвід децентралізованої моделі місцевого самоврядування в Німеччині. Нормативно-правове регулювання комунального самоврядування у цій країні має дві особливості: з одного боку, характеризується концентрацією більшості законодавчих актів на рівні федерації із сильним впливом земель через земельні уряди, а з іншого, – децентралізацією та деконцентрацією адміністративних функцій на земельному рівні та в межах земель – на рівні комунального самоврядування.

Основним правотворчим органом муніципальних утворень є представницький орган німецької громади. Виконавчим органом міського самоврядування в Німеччині, залежно від моделі, є одноособовий керівник – бургомістр чи директор, або колегіальний виконавчий орган – магістрат. Місцеві статuti регулюють структуру виконавчих органів, яка складається з різних органів спеціальної компетенції (департаменти, відділи, бюро тощо). Із загальної кількості працівників публічного сектора 35 % є працівниками органів комунального самоврядування. У Німеччині, так як і в Україні, вони повинні відповідати вимогам певного рангу. У Німеччині найбільший відсоток службовців відповідає вимогам середнього рангу, а чиновників – підвищеного.

Досліджуючи правовий статус бургомистра в Німеччині, Х. М. Кохалик виявила, що за винятком Бремена, Берліна та Гамбурга, він обирається громадянами за мажоритарною системою виборів: на штатну посаду – на 5–9 років та на громадських засадах – на визначений період обрання. Основні повноваження бургомистра в Німеччині виокремлюються у такі групи: представницькі, організаційно-розпорядчі, координаційні. Необхідні для дострокового припинення повноважень бургомистра показники в Німеччині вищі, ніж в Україні. У Німеччині ініціатива відкликання бургомистра відбувається на вимогу 1/3–2/3 і за рішенням 2/3–3/4 членів ради та лише в окремих землях на вимогу громадян (1/3 членів громади в Саксонії), тоді як в Україні – радою за власною ініціативою або на вимогу не менше 1/10 громадян. На відміну від України, де міський голова може бути відкликаним за рішенням ради – 2/3 голосів депутатів або референдуму – більшістю голосів громадян, в Німеччині ця процедура відбувається лише шляхом референдуму, необхідна для цього більшість відрізняється і становить 20–50 % громадян.

Представництвом громади за пропорційною виборчою системою обираються на строк її каденції заступники бургомистра, кількість яких залежить від чисельності мешканців у громаді. Заступники бургомистра можуть із дорадчим голосом брати участь у засіданнях ради та комісіях. Якщо бургомістр чи один зі службовців на керівній посаді не відповідають необхідним вимогам вищого рангу служби, то один із заступників бургомистра зобов'язаний відповідати цим вимогам. Рішення про відкликання заступників бургомистра ініціюється більшістю та ухвалюється 2/3 від загального кількісного складу ради⁷.

Заслуговує на особливу увагу й досвід Російської Федерації, у якій на конституційному рівні не тільки зафіксовано принцип визнання та гарантування місцевого самоврядування й проголошено, що місцеве самоврядування в межах своїх повноважень є самостійним, а й вказується, що органи місцевого самоврядування не входять в систему органів державної влади (ст. 12 Конституції Російської Федерації). У цілому це є свідченням того, що в основу формування місцевого самоврядування в Росії покладено децентралізуючі принципи устрою публічної влади. Втім, попри такого роду конституційний статус та доволі розвинуте як загальнофедеральне законодавство, так і законодавство суб'єктів федерації про місцеве самоврядування, сучасні російські експерти констатують, що у Російській Федерації в останнє десятиліття чітко намітилася тенденція етатизації місцевого самоврядування, яка стала наслідком державної політики вертикалізації владних відносин на всіх рівнях та гілках влади з явно вираженим ухилом вбік виконавчої влади, яка сконцентрувала в своїх руках всю повноту влади у країні.

Оцінюючи вектор розвитку місцевого самоврядування, М. М. Соколов звертає увагу на його етатизацію, в тому числі через побудовану у країні «партійну вертикаль», яка являє собою невдалу копію КПРС. На його думку, у сучасній Росії збільшується протистояння між заявленою федеральними владами державною правовою політикою на зміцнення місцевого самоврядування, в тому числі його організаційних, фінансових та інших основ, і реальною політичною та правозастосовною практикою, яка приводить до необґрунтованого одержавлення місцевого самоврядування в Російській Федерації⁸.

Значною мірою такі тенденції у російському муніципальному будівництві знаходяться у синергетичній єдності із тенденціями розвитку російського федералізму, складовою частиною системи якого декларується місцеве самоврядування⁹. Так, автор оригінальної докторської дисертації, присвяченої питанням діалектики процесів децентралізації та нової централізації російського федералізму В. І. Савін вважає, що Російська Федерація повною мірою сприйняла своєрідну федеративну модель, характерну для СРСР, що проводив квазіфедеративну політику, яка фактично обернулася тим, що федеративна за способом конструкції території держава виявилась унітарною за способом організації влади. Враховуючи, що саме з Росії в Україну переважною мірою експортуються федералістські настрої, доволі показовим є те, що саме російський вчений доводить: російський федералізм у своїй основі носить номінальний характер¹⁰.

Попри загальний «позитивний» контекст багатьох досліджень проблем федералізму в Російській Федерації сучасна російська дослідниця Г. Є. Бочило вказує, що абсолютно прямого зв'язку між федералізмом та демократією, децентралізацією управління та досягненням широких прав і свобод особистості немає. Єдине лише формальне проголошення федералізму не гарантує демократизацію та децентралізацію управління, збалансування соціально-економічних відносин, досягнення свободи особистості. Існують унітарні держави, в яких людина реально здійснює конституційні права (європейські держави), та федеративні держави, в яких порушуються конституційні права і свободи (Пакистан, ОАЕ). Про це свідчить і історичний досвід федеративного державного будівництва в Росії ХХ – початку ХХІ століття¹¹.

Отже, висновки про те, що в Росії відбувається динамічний процес реформування федералізму та муніципалізму в напрямі формування його централізованої моделі, у ході процесу зміцнення якої існує небезпека перетину тієї межі, за якою від федералізму та муніципалізму мало що залишається, є далеко не безпідставними.

Доволі яскраво виражені приклади співвідношення децентралізації та так званої обмеженої централізації можна знайти і за межами Європи. Можемо говорити про «м'яку» та «жорстку» централізацію залежно від ступеня впливу територіальної громади і її виборних органів місцевого самоврядування на централізоване призначення місцевого голови. Так, останнім часом у якості прикладу держави, де вже почався постіндустріальний процес децентралізації політичної влади та є деякі позитивні результати, експерти називають Японію. Особливостями японської моделі є історично сформована тенденція до високої централізації влади, патерналістські підходи до розв'язання завдань державного управління, важлива роль бюрократії та неформальних груп впливу, здатність населення поступитися багатьма ідеалами демократії заради стабільності й порядку. Крім того, утворена в Японії система місцевого самоврядування викликає інтерес тим, що базується не стільки на копіюванні західного досвіду, скільки на його ефективній адаптації до місцевих реалій.

Втім, централістські тенденції в Японії досі превалюють, що доволі рельєфно проявляється у процесі взаємодії центральної та місцевої влади. Так, окрім традиційних фінансових важелів (субсидіювання, перерозподіл податкових надходжень) та системи вивчення реальних потреб органів місцевого самоврядування центральний уряд має цілий спектр непрямих важелів впливу на місцеві влади та приватний бізнес в рамках так званого «адміністративного керівництва» (гьосей сідо). Цей м'який інструмент впливу не вважається джерелом права і може набувати різних форм – заохочення, стимулювання або рекомендації: як управляти службовцями, витратити кошти або інтерпретувати законодавство. До цієї ж сфери належать широка практика кадрових обмінів та система прилаштування чиновників на «теплі місця» в органи місцевого самоврядування (амакударі, «сходження з небес»), де міністерство місцевого самоврядування мало доволі широкі можливості – до 3000 місць. У країнах Заходу система, аналогічна амакударі, вважалася б круговою порукою з корупційним відтінком, однак вона є традиційною для японського групового мислення і японська громадськість ставиться до неї з великим ступенем лібералізму, вважаючи захистом від можливого самодурства вищестоящих інстанцій та основою психологічної стабільності державної служби¹².

«М'яка» централізація частіше зустрічається в унітарних державах, наприклад в Індонезії й Монголії. У цих країнах і на регіональному та на локальному рівнях призначення голів проходять за участю представницьких органів відповідної території. В Індонезії глави муніципалітетів пропонуються місцевими зборами і затверджуються в центрі. У Монголії глави території на кожному рівні призначаються з відповідного вищого рівня за поданням місцевої ради.

Жорстка централізація частіше зустрічається у федераціях: Індії, Пакистані, Малайзії. Особливістю централізованих федерацій є контроль над місцевим самоврядуванням з боку регіонів, а не тільки федерального центру. В Індії вертикаль влади формується як всередині штатів, так і з боку центрального уряду. Уряд штатів призначає адміністраторів у райони та муніципалітети, на які діляться райони. Центральний уряд призначає районні магістрати, що займаються податками і правосуддям. Населення обирає ради, причому в деяких випадках вибирає навіть голів ради. У Пакистані в дивізіонах і округах населення обирає ради, а глав виконавчої влади: комісарів дивізіонів і начальників округів призначають вищі виконавчі органи. Схожа ситуація спостерігається на місцевому рівні в Малайзії: уряди штатів призначають мерів міст, президентів рад сільських округів і муніципалітетів, формують виконавчі комітети; населення обирає ради сільських округів, міські та муніципальні ради.

Ще сильніше розвинена жорстка централізація місцевої влади в африканських та арабських мусульманських країнах. В унітарних країнах центральна влада може вибудовувати виконавчу вертикаль аж до самих низових рівнів. Місцеве самоврядування здійснюється тільки через вибори рад, причому з дуже обмеженими повноваженнями. У Сенегалі президент країни призначає глав територій усіх рівнів: префекта департаменту, супрефекта округу та голову сільської громади. Аналогічна ситуація в Нігері: призначаються префекти округів і глави комун. У Гані навіть представницькі зібрання в округах, метрополіях і муніципалітетах обираються тільки на дві третини, а одну третину пропонує центральний уряд; глави виконавчої влади призначаються президентом, але підлягають затвердженню місцевими зборами¹³.

Отже, зарубіжний досвід демонструє широку палітру муніципальних систем та моделей децентралізації та децентрації, організації й функціонування публічної влади. Місцеве самоврядування та децентралізація стають тепер не тільки провідними принципами демократичної внутрішньої та зовнішньої державної політики і конституційно-правового регулювання публічної влади у розвинутих зарубіжних країнах, а й відіграють колосальну роль в умовах глобалізації та міждержавної інтеграції.

¹ Зайцева І. О. Конституційно-правове забезпечення статутної нормотворчості у місцевому самоврядуванні в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право» / І. О. Зайцева ; Маріупольський держ. ун-т. – Маріуполь, 2013. – С. 4.

² Батанов О. В. Концептуальні основи конституційного регулювання місцевого самоврядування у зарубіжних країнах / О. В. Батанов // Порівняльно-правові дослідження. – 2006. – № 2. – С. 69–79.

³ Астапова Т. О. Адаптація зарубіжного досвіду реформування діяльності органів місцевого самоврядування в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 25.00.04 «Місцеве самоврядування» / Т. О. Астапова ; Нац. акад. держ. упр. при Президентові України, Харк. регіон. ін-т держ. упр. – Х., 2010. – 20 с.; Михайлишин Л. П. Удосконалення системи місцевого управління в Україні з використанням зарубіжного досвіду : автореф. дис. ... канд. наук з держ. упр. : спец. 25.00.01 «Теорія та історія державного управління» / Л. П. Михайлишин ; Нац. акад. держ. упр. при Президентові України, Львівський регіон. ін-т держ. упр. – Л., 2008. – 20 с.; Падалко Г. В. Основні муніципальні моделі сучасності: деякі питання типології / Г. В. Падалко // Порівняльно-правові дослідження. – 2012. – № 1. – С. 159–167; Чиркин В. Е. Организационные формы местного самоуправления: Россия и зарубежный опыт / В. Е. Чиркин // Журнал российского права. – 1997. – № 8. – С. 96–104; Чумакова О. В. Шляхи розвитку місцевого самоврядування України в контексті досвіду держав Європейського Союзу : автореф. дис. ... канд. наук з держ. упр. : спец. 25.00.04 «Місцеве самоврядування» / О. В. Чумакова ; Нац. акад. держ. упр. при Президентові України, Дніпропетровський регіон. ін-т держ. упр. – Дніпропетровськ, 2008. – 20 с.; Шишкина Н. Э. Современные государственно-правовые проблемы местного управления и самоуправления в зарубежных странах : (экономико-финансовый аспект) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституционное право; государственное управление; административное право; муниципальное право» / Н. Э. Шишкина ; Иркутский гос. ун-т. – Иркутск, 1997. – 62 с.; Яцунська О. О. Світовий досвід місцевого самоврядування та перспективи його інституціонально-системного втілення в Україні : автореф. дис. ... канд. політ. наук : спец. 23.00.02 «Політичні інститути і процеси» / О. О. Яцунська ; Одес. нац. юрид. акад. – Одеса, 2001. – 20 с. та ін.

⁴ Виступ Президента України П. О. Порошенка під час церемонії інавгурації 7 червня 2014 року // Офіційне представництво Президента України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/news/30488.html>

⁵ Шелепницька І. П. Досвід становлення системи місцевого самоврядування в Республіці Італія та його адаптація для України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. наук з держ. упр. : спец. 25.00.04 «Місцеве самоврядування» / І. П. Шелепницька ; Академія муніципального управління. – К., 2009. – 20 с.

⁶ Матвієнко А. С. Політико-правові засади децентралізації влади в контексті адміністративної реформи в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. політ. наук : спец. 23.00.02 «Політичні інститути та процеси» / А. С. Матвієнко ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2010. – С. 11.

⁷ Кохалик Х. М. Досвід становлення і розвитку комунального самоврядування в Німеччині та можливість його адаптації в містах України : автореф. дис. ... канд. наук з держ. упр. : спец. 25.00.04 «Місцеве самоврядування» / Х. М. Кохалик ; Львів. регіон. ін-т держ. упр. Нац. акад. держ. упр. при Президентові України. – Л., 2011. – С. 7–8, 10–11.

⁸ Соколов Н. Н. Правовое регулирование процесса этатизации местного самоуправления в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституционное право; конституционный судебный процесс; муниципальное право» / Н. Н. Соколов ; ГОУ ВПО «Российский университет дружбы народов». – М., 2004. – С. 5–6, 11.

⁹ Бучинский В. В. Местное самоуправление в системе российского федерализма : Конституционно-правовые аспекты : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституционное право; муниципальное право» / В. В. Бучинский ; Российский гос. соц. ун-т. – М., 2007. – 26 с.

¹⁰ Савин В. И. Диалектика процессов децентрализации и новой централизации Российского федерализма конца XX – начала XXI вв. : конституционно-правовой опыт развития : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституционное право; муниципальное право» / В. И. Савин ; Северо-Кавказская академия гос. службы. – Ростов-на-Дону, 2007. – С. 21–22.

¹¹ Бочило А. Е. Российский федерализм и правовой статус личности (конституционно-правовые исследования) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституционное право; конституционный судебный процесс; муниципальное право» / А. Е. Бочило ; Юрид. факультет Южно-Уральского гос. ун-та. – Челябинск, 2013. – С. 9, 16.

¹² Сапрыкин Д. А. Эволюция местного самоуправления Японии в XIX–XXI вв. : автореф. дис. ... канд. истор. наук : спец. 07.00.03 «Всеобщая история (новая и новейшая)» / Д. А. Сапрыкин ; Московский гос. ин-т (Университет) междунар. отношений МИД России. – М., 2012. – С. 3–4, 25–26.

¹³ Горный М. Муниципальная политика и местное самоуправление в России : учеб. пособ. / М. Горный. – СПб. : ГУ – ВШЭ СПб филиал, 2010. – С. 38–39.

Резюме

Батанов О. В. Конституційно-правові засади місцевого самоврядування у зарубіжних країнах: основні моделі організації та діяльності.

У статті висвітлюється зарубіжний досвід децентралізації публічної влади, організації та функціонування місцевого самоврядування. Систематизовано основні підходи щодо класифікації муніципальних моделей сучасності. Розглянуто положення, які свідчать про різноманітність національних систем місцевого самоврядування, наявність у них спільних та відмінних рис.

Ключові слова: місцеве самоврядування, муніципальна влада, територіальна громада, питання місцевого значення, муніципальне право, муніципалізм, децентралізація.

Резюме

Батанов А. В. Конституционно-правовые основы местного самоуправления в зарубежных странах: основные модели организации и деятельности.

В статье освещается зарубежный опыт децентрализации публичной власти, организации и функционирования местного самоуправления. Систематизированы основные подходы к классификации муниципальных моделей современности. Рассмотрены положения, свидетельствующие о разнообразии национальных систем местного самоуправления, наличие у них общих и отличительных черт.

Ключевые слова: местное самоуправление, муниципальная власть, территориальная громада, вопросы местного значения, муниципальное право, муниципализм, децентрализация.

Summary

Batanov O. The constitutional and legal foundation for local self-government in foreign countries: basic models of organization and activities.

The article highlights the international experience of the decentralization of the public power, organization and functioning of local self-government. A systematic approach to the classification of the basic municipal model of modernity. We consider the situation, showing the diversity of national systems of local self-government, whether they have a common and distinctive features.

Key words: local self-government, municipal authorities, territorial hromada, local issues, municipal law, municipalism, decentralization.

УДК 342.7

І. А. КУЯН

*Ірина Анатоліївна Куян, доктор юридичних наук,
головний консультант Інституту законодавства
Верховної Ради України*

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ УКРАЇНИ ЯК ДЕМОКРАТИЧНОЇ ДЕРЖАВИ

Із набуттям у 1991 р. незалежності і особливо із прийняттям у 1996 р. Конституції України Український народ остаточно визначив свій цивілізаційний вибір – жити в суверенній, демократичній, соціальній, правовій державі.

В Основному Законі Української держави знайшли своє закріплення всі ключові постулати такої держави: республіканська форма державного правління, в якій народ є носієм суверенітету і єдиним джерелом влади; цінність людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки; непорушність прав людини; відповідальність держави перед людиною та її обов'язок утверджувати і забезпечувати права і свободи людини; принципи поділу державної влади на законодавчу, виконавчу і судову та верховенства права; політична, економічна та ідеологічна багатоманітність суспільного життя; гарантування місцевого самоврядування тощо.

Всі ці основні ознаки України як демократичної держави отримали розвиток в конституційному законодавстві. Разом із тим тернистий шлях розвитку демократії в Україні весь час супроводжувався авторитарними тенденціями, наростанням політичної і економічної кризи та перманентною ідеєю конституційної реформи. Закономірним наслідком такого державного будівництва стала Революція Гідності.

Сьогодні ідея розвитку демократії в Україні та основних її засобів – конституційної, конституційно-правової реформи вийшли на новий виток. Та старі питання «що робити?» і «як робити?» не втрачають своєї актуальності. Як оптимізувати модель влади, провести реформу судової системи і прокуратури, адміністративно-територіальну реформу, забезпечити ефективне функціонування місцевого самоврядування? Яким чином і в якому обсязі мають бути внесені зміни до Конституції України – провести конституційну реформу чи конституційну модернізацію? Цими питаннями задаються не лише політики і науковці. Перспективи розвитку демократичної держави в Україні хвилюють усіх громадян.

Найбільш актуальним протягом усього часу незалежності України є питання форми (системи) правління в державі. Воно, як слушно зазначає О. В. Петришин, є одним із вузлових для конституювання сучасної державності, закріплення її характеристик як демократичної та правової держави, налагодження ефективного механізму поділу влади та системи стримувань і противаг¹.

У 2014 р., в результаті змін до Конституції України, держава знову повернулася до парламентсько-президентської системи правління. Враховуючи історію змін систем правління в Україні і сучасне політичне структурування суспільства, на цьому етапі розвитку державності в Україні, на нашу думку, така зміна є раціональним кроком на шляху забезпечення суверенітету держави і Українського народу. Два центри влади в особі Верховної Ради України та Президента України здатні створити ефективний механізм стримувань і противаг, що сприятиме запобіганню кризових явищ у політиці і перетворенню суверенітету держави та народу на «суверенітет» влади. Оскільки ні парламент, ні Президент не є носіями суверенітету. Вони зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, визначені законами, тобто є виконавцями, реалізаторами властивостей державного суверенітету та гарантами народного суверенітету. На сьогодні це поки що мета, для досягнення якої необхідно ще багато чого зробити.

У цьому зв'язку надзвичайно актуальною для України проблемою, без вирішення якої неможливе існування демократичної держави, є необхідність розвитку парламентаризму. Розглядаючи парламентаризм, як

зауважує Ю. С. Шемшученко, необхідно зважати на його двоєдину природу: як політичного режиму і як сукупності повноважень, а також принципів устрою і діяльності Верховної Ради України. При цьому в природі парламентаризму може бути виключно демократичний політичний режим, а в основі устрою, діяльності й загалом статусу парламенту не повинно бути іншого підґрунтя, аніж верховенство волі і влади народу. У парламентаризмі зливаються воедино потенції прямої та представницької форм народовладдя, а народний суверенітет «зрощується» з державним насамперед через організацію та діяльність парламенту².

Розвиток парламентаризму в Україні неможливий без удосконалення виборчого законодавства. Адже сучасна демократична держава, що заснована на принципі народного суверенітету, неможлива без утвердження права її громадян брати участь в управлінні державними справами, вільно обирати і бути обраними до органів державної влади.

Загальна декларація прав людини, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН в 1948 р., визначила, що воля народу має бути основою влади уряду: вона має бути відображена в періодичних і не сфальсифікованих виборах, які повинні проводитися при загальному, рівному виборчому праві шляхом таємного голосування або за допомогою інших рівнозначних форм, що забезпечують свободу голосування (ч. 3 ст. 21)³.

Ступінь забезпечення народовладдя (волі народу) у процесі виборів органів державної влади чи органів місцевого самоврядування значною мірою залежить від моделі виборчої системи і якості виборчого законодавства.

Нині у світі використовують три основні моделі виборчої системи – мажоритарну, пропорційну, змішану та велику кількість їх різновидів. Кожна з цих систем має свої переваги й недоліки.

З часу проголошення незалежності в Україні випробувані всі основні види виборчих систем. Остання, запроваджена в Законі України «Про вибори народних депутатів України»⁴ змішана система виборів народних депутатів містить ті елементи, що негативно проявлялися у попередніх виборчих кампаніях. Головним чином це стосується пропорційної виборчої системи із закритими списками щодо обрання половини складу парламенту.

Нині в Україні питання виборів до парламенту та реформування виборчого законодавства не втрачає своєї актуальності. У зв'язку з цим слід зазначити, що обрання народних депутатів за змішаною виборчою системою, на нашу думку, є більш прийнятним для України у нинішній період, оскільки сприятиме, з одного боку, збереженню зв'язку народних обранців із виборцями (що майже втрачається за пропорційної системи особливо із закритими списками), а з другого, – підвищенню політичної активності та партійному структуруванню суспільства. Про необхідність запровадження пропорційної виборчої системи з відкритими списками політики говорять постійно, але поки безрезультатно. Хочеться сподіватись, що парламентарі врешті долучаться до вирішення цих питань.

Використання пропорційної виборчої системи із закритими списками щодо виборів органів місцевого самоврядування отримало багато негативних оцінок фахівців. Як основний аргумент проти застосування такої виборчої системи більшість вчених називало її неузгодженість із правовою природою місцевого самоврядування, що за Конституцією України є правом територіальної громади самостійно вирішувати проблеми місцевого значення.

Новий Закон про місцеві вибори⁵ запровадив пропорційну виборчу систему щодо виборів депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, обласних, районних, міських, районних у містах рад, які мають обиратися в багатомандатному виборчому окрузі за виборчими списками місцевих організацій політичних партій із закріпленням кандидатів за територіальними виборчими округами. Як наслідок, виборча кампанія 2015 р. більше нагадувала парламентські вибори, аніж вибори до органів місцевого самоврядування.

Загалом, встановлення виборчої системи, принаймні в Україні, – результат вибору, визначеного співвідношенням політичних сил у парламенті. Підтвердженням цього є зміна виборчих систем напередодні мало не кожних чергових виборів до Верховної Ради України та до місцевих рад. Нестабільність виборчої системи в державі України багато в чому зумовлена невизначеністю в Основному Законі її параметрів. Конституція встановлює лише періодичність виборів і закріплює загальні принципи активного та пасивного виборчого права.

Враховуючи сучасний рівень правової свідомості і правової культури в державі, вважаємо, що тип виборчої системи має бути закріплений в Конституції. За умови затвердження Основного Закону референдумом або його прийняття спеціальними установчими зборами це дасть змогу створити засади для реалізації верховенства народу у визначенні власного інструментарію організації державної влади та стане кроком на шляху розвитку демократії в Україні.

Держава, яка називає себе демократичною, правовою, такою, що декларує європейські цінності, у виборі типу виборчої системи для кожного типу виборів має дотримуватися основних принципів виборчого права європейського демократичного доробку і власної конституції. Це стосується насамперед принципів справедливих виборів, рівності виборчого права і прямого виборчого права. Порушення зазначених принципів спотворює волю виборців й може стати кроком назад на шляху розвитку демократії в Україні.

Вибори – одна з провідних форм народного волевиявлення, що характеризує як ступінь розвитку парламентаризму, так і якість демократизації суспільства. Окрім виборів, ст. 69 Конституції України передбачено можливість реалізації народного волевиявлення через референдум та інші форм безпосередньої демократії. За змістом низки статей Конституції України волевиявлення громадян може здійснюватися шляхом участі у всеукраїнському та місцевих референдумах, виборах до органів державної влади та органів місцевого самоврядування (ст. 38), через мирні зібрання (збори), мітинги, походи, демонстрації (ст. 39), колективні та

індивідуальні звернення (ст. 40), страйки (ст. 44), референдні ініціативи (ст. 72). Означені форми безпосередньої демократії мають різну функціональну спрямованість і характер впливу на суспільні відносини. Якщо імперативність рішень одних форм волевиявлення очевидна, то інші демонструють переважно суспільну думку певної групи людей, їх ставлення до вирішення тих чи тих питань державного та суспільного значення. Тому забезпечення законодавчої регламентації зазначених видів форм вираження народовладдя має бути одним із пріоритетних напрямів конституційного процесу. У цьому зв'язку слушною уявляється думка А. М. Колодія, який стверджує, що за умови відсутності сучасних і таких, що відповідають світовим стандартам, законодавчих актів про всеукраїнський та місцеві референдуми, всенародні опитування (плебісцити), демонстрації, мітинги, вуличні походи та збори громадян, серйозно вести мову про наявність в Україні демократії або ж нормативних основ для її розвитку безпідставно⁶. Саме на них насамперед має звертатися увага законодавця в умовах сучасної політичної нестабільності.

Невід'ємним напрямом конституційно-правової реформи на шляху розвитку демократичної держави в Україні є забезпечення розвитку місцевого самоврядування.

Утверджуючи принцип народного суверенітету, Конституція України закріпила, що народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування і таким чином утвердила місцеве самоврядування як одну з форм реалізації народом належної йому влади. Отже, із змісту Основного Закону України прямо випливає, що місцеве самоврядування є однією з форм здійснення Українським народом своєї влади. Специфічність цієї форми визначається її суб'єктною, галузевою (предметною) і територіальною особливістю. За своєю суттю (та в ідеалі) місцеве самоврядування є проекцією народовладдя на місцевий рівень, яке можна назвати владою громади (громадовладдям), що так само має дві основні форми реалізації: безпосередню і через самостійно утворювані органи. Єдність джерела державної влади і місцевого самоврядування забезпечує тісний взаємозв'язок між ними й значну схожість форм реалізації правомочностей.

Право на місцеве самоврядування – колективне право, що належить жителям відповідної територіальної громади – носіям публічних (державних і місцевих) інтересів. В його основі – природне право людської спільноти на самовизначення у відповідних територіальних межах. У силу цього територіальна громада є суб'єктом, який володіє певним обсягом право- та дієздатності в публічній сфері, що зумовлює її потенційну спроможність забезпечувати до певної об'єктивно можливої міри життєдіяльність територіальної спільноти в цілому і кожного її члена через здатність забезпечувати публічні інтереси. Ті сфери життєдіяльності, які територіальна громада не здатна охопити своїм самоуправлінням в силу об'єктивної обмеженості ресурсами, належать до управлінського впливу територіальних громад вищого рівня, і в кінцевому рахунку, – держави, суверенна влада якої потенційно володіє здатністю забезпечувати повною мірою нормальну життєдіяльність суспільства, через свою виключну здатність забезпечувати загальнонародний інтерес⁷.

Для послідовного втілення принципу народного суверенітету і забезпечення реального народовладдя в Україні є необхідність поєднання народницької за своєю суттю (громадівською) ідеї – моделі місцевого самоврядування з вимогами Європейської Хартії місцевого самоврядування. І суперечностей у цьому питанні, на наше переконання, не має.

Якщо розглядати місцеве самоврядування як спосіб і форму реалізації народного суверенітету, необхідно більш ініціативно й довірливо ставитися до місцевих громадських ініціатив, до їх можливостей розпорядження бюджетними коштами, до поєднання потенцій державного управління і місцевого самоврядування. Тільки за умови поєднання широких прав органів місцевого самоврядування і суворого державного контролю місцева публічна влада буде спроможна реалізувати природні можливості народного суверенітету як реального народовладдя в Україні.

Самоврядування за своєю природою означає нерозривний зв'язок суб'єкта та об'єкта управління. Тому цей вид публічної влади передбачає існування дієвих інструментів прийняття імперативних рішень. Йдеться про місцеві референдуми. Необхідність удосконалення законодавства про місцеві референдуми нині не викликає сумнівів ні в політиків, ні в науковців. Верховна Рада України опрацювала не один законопроект з цього питання. Очевидно, його неможливо вирішити окремо від інших проблем місцевого самоврядування, що вимагає комплексного реформування.

Попри необхідність удосконалення форм публічно-самоврядного волевиявлення слід пам'ятати про його межі, про підзаконний та підконтрольний характер місцевого волевиявлення та здійснення місцевого самоврядування загалом, що передусім пов'язано з питаннями відповідальності його суб'єктів.

Ініційована Верховною Радою України децентралізація державної влади, що передбачає передусім проведення реформи місцевого самоврядування, має на меті утвердження громадівської ідеї (моделі) місцевого самоврядування, поєднаної з вимогами Європейської Хартії місцевого самоврядування⁸.

Зазначений законопроект утверджує громаду первинною одиницею у системі адміністративно-територіального устрою України та передбачає, що територіальна громада здійснює місцеве самоврядування як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування шляхом самостійного регулювання суспільних справ місцевого значення та управління ними в межах Конституції і законів України. Органами місцевого самоврядування громади є рада громади як представницький орган та виконавчі органи місцевого самоврядування громади.

Згідно з цим проектом вводиться інститут префекта, на якого покладається функція нагляду за додержанням Конституції і законів України органами місцевого самоврядування. Префект має право зупинити дію

актів місцевого самоврядування з мотивів їх невідповідності Конституції чи законам України з одночасним зверненням до суду.

У разі ухвалення головою громади, радою громади, районною, обласною радою акта, що не відповідає Конституції України, створює загрозу порушення державного суверенітету, територіальної цілісності чи загрозу національній безпеці, зупинити дію відповідного акта з одночасним зверненням до Конституційного Суду України має право Президент України, який також може тимчасово зупинити повноваження голови громади, складу ради громади, районної, обласної ради та призначити тимчасового державного уповноваженого.

Таким чином запроваджується і дієвий механізм контролю за діями (актами) органів місцевого самоврядування. Проте реальність місцевого самоврядування та ефективність контролю за його реалізацією з боку держави значною мірою буде залежати від розвитку в законодавстві України запроваджуваних новаций.

Слід зазначити, що конституційні акти переважної більшості сучасних демократичних держав, незалежно від втілюваних моделей місцевого самоврядування, не обходять увагою питання підконтрольності й відповідальності органів муніципальної влади. І це закономірно, адже здійснювані органами місцевого самоврядування функції мають життєво важливий характер не лише для місцевих громад й спрямовані на забезпечення місцевих публічних інтересів, а стосуються і загальнонародних та загальнодержавних інтересів. Державний контроль за діяльністю органів місцевого самоврядування ґрунтується на верховенстві державної влади і має на меті не тільки підвищення ефективності їх діяльності і сприяння здійсненню єдиної державної політики, а й захист громадян від ймовірних зловживань з боку суб'єктів муніципальної влади, що прямо впливає з необхідності утвердження і забезпечення прав людини з боку держави.

Законодавство багатьох держав наділяє органи державної влади правом застосування санкцій щодо підконтрольних суб'єктів муніципальної влади. Такими санкціями можуть бути: розпуск муніципалітетів і передача їх функцій органам, призначеним урядом, примусова відставка муніципальних службовців, позбавлення субсидій тощо. Можливість розпуску представницьких органів муніципальної влади передбачена в законодавстві Індії, Італії, Португалії, Угорщини, Франції, Японії. Право застосування таких санкцій може належати президенту (в Казахстані), монарху (Великому герцогу Люксембурзькому), парламенту (в Латвії), уряду (у деяких німецьких землях, зокрема Північний Рейн-Вестфалія, Рейланд-Пфальц).

Отже, як бачимо, у сучасних демократичних державах контроль за законністю дій органів місцевого самоврядування є невід'ємною функцією державних органів.

Є ще одна важлива проблема розвитку демократичної державності в Україні. Демократія, як слушно зазначає О. В. Скрипнюк, завжди передбачає процес своєї реалізації⁹. З огляду на питання конституційного розвитку конституційний процес в Україні має бути процесом реалізації демократії. Конституція встановлює правові засади права народу на владу. А ступінь його фактичної реалізації (здійснення народовладдя) визначає рівень розвиненості демократії¹⁰. Тому вкрай важливо забезпечити публічність, прозорість і легітимність ключового етапу конституційного процесу – запровадження конституційної реформи.

Ми розглянули лише частину проблем удосконалення конституційного законодавства, що стосується розвитку України як демократичної держави. Це складне та багатоаспектне питання, пов'язане з усіма основними інститутами конституційного права. Тому необхідною ознакою конституційної реформи слід вважати її системність. Системність конституційної реформи – запорука сталого розвитку демократичної держави і суспільства в Україні.

Важливо розуміти, що демократична держава не виникає враз. Демократії необхідно вчитися, до неї необхідно прагнути, її необхідно постійно втілювати в життя.

¹ *Петришин О. В.* Форма правління в Україні: досвід та пошук конституційної моделі / О. В. Петришин // Вісник Конституційної Асамблеї. – 2013. – № 1. – С. 259.

² *Шемшученко Ю. С.* Теоретичні засади розвитку українського парламентаризму / Ю. С. Шемшученко // Право України. – 2008. – № 1. – С. 18.

³ Загальна декларація прав людини, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН в 1948 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml

⁴ Про вибори народних депутатів України : Закон України від 17 листопада 2011 р. № 4061-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.zakon.rada.gov.ua/laws/show/4061-17

⁵ Про місцеві вибори : Закон України від 14 липня 2015 р. № 595-VIII // Голос України. – 2015. – 7 серп.

⁶ *Колодій А. М.* Громадянське суспільство та правова держава: проблеми і шляхи розбудови / А. М. Колодій // Право України. – 2010. – № 7. – С. 12–17.

⁷ *Куян І. А.* Суверенітет : проблеми теорії і практики (конституційно-правовий аспект) / І. А. Куян. – К. : ВЦ «Академія», 2013. – С. 380.

⁸ Законопроект (реєстр № 2217а) про внесення змін до Конституції України, попередньо схвалений постановою Верховної Ради України від 21 серпня 2015 р. № 656-VIII.

⁹ *Скрипнюк О. В.* Демократія: Україна і світовий вимір (концепції, моделі та суспільна практика) / О. В. Скрипнюк. – К. : Логос, 2006. – 368 с. – С. 330.

¹⁰ *Цветков В. В.* Демократія і державне управління: теорія, методологія, практика : моногр. / В. В. Цветков. – К. : Юрид. думка, 2007. – 336 с. – С. 51.

Резюме

Куян І. А. Конституційно-правові проблеми розвитку України як демократичної держави.

Стаття присвячена дослідженню основних конституційно-правових проблем демократичного поступу України. Питання форми правління розглядається як одне з ключових у змісті конституційної реформи на шляху демократичного розвитку держави. Важливим показником та фактором розвитку демократичної держави в Україні, на думку автора, має бути парламентаризм. Наголошено на необхідності визначення в Конституції України типу виборчої системи. Невід'ємним напрямом конституційно-правової реформи на шляху розвитку демократичної держави в Україні є забезпечення розвитку місцевого самоврядування. Акцентовано, що забезпечення публічності, прозорості й легітимності ключового етапу конституційного процесу – запровадження конституційної реформи є необхідною умовою розвитку демократичної державності в Україні.

Ключові слова: демократична держава, Конституція України, форма правління, конституційний процес, парламентаризм, виборча система, місцеве самоврядування.

Резюме

Куян И. А. Конституционно-правовые проблемы развития Украины как демократического государства.

Статья посвящена исследованию современных конституционно-правовых проблем демократического развития Украины. Вопрос формы правления рассматривается как один из ключевых в содержании конституционной реформы. Неотъемлемым показателем и фактором развития демократического государства в Украине, по мнению автора, является парламентаризм. Рассматриваются проблемы развития избирательного законодательства, реформы местного самоуправления. Акцентировано, что обеспечение публичности, прозрачности и легитимности конституционного процесса является необходимым условием развития демократического государства в Украине.

Ключевые слова: демократическое государство, Конституция Украины, форма правления, конституционный процесс, парламентаризм, избирательная система, местное самоуправление.

Summary

Kuyan I. Constitutional and legal problems of the development of Ukraine as a democratic state.

The article studies modern constitutional and legal problems of the development of Ukraine as a democratic state. According to the author, the constitutional reform should be an important means of democratic development of Ukraine. Considered are the main constitutional and legal problems of democratic progress of Ukraine. Parliamentarism should be an essential indicator and factor in the development of democratic state in Ukraine. A vital area of constitutional and legal reform in the course of development of democratic state in Ukraine is ensuring the development of local self-government. From the content of the Basic Law of Ukraine it is directly implied that local self-government is a form of implementation of the Ukrainian people's power. Emphasized is that publicity, transparency and legitimacy of crucial stage of the constitutional process, that is the implementation of constitutional reform, is a necessary condition for the democratic state development in Ukraine.

Key words: democratic state, the Constitution of Ukraine, constitutional process, parliamentarism, local self-government.

УДК 342

В. О. АНТОНОВ

Володимир Олександрович Антонов, кандидат філософських наук, доцент, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ПРОБЛЕМА ФОРМУВАННЯ НОВОЇ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОЇ БАЗИ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ НА ТЛІ НОВИХ ВИКЛИКІВ ТА ЗАГРОЗ

Закони в галузі національної безпеки і оборони за своїм політико-правовим змістом виступають предметом правового регулювання та юридичною силою і займають після Конституції особливе місце, органічно розвивають її основні положення.

Цим законам відводиться надзвичайно важлива роль у забезпеченні конституційного регулювання суспільних відносин, що складаються у процесі захисту національних інтересів і гарантування в Україні безпеки особи, суспільства і держави від зовнішніх і внутрішніх загроз в усіх сферах життєдіяльності. Такі закони входять безпосередньо в систему конституційного законодавства України. Їх політико-правовий зміст визначений насамперед найважливішим політико-правовим документом нашої держави – Конституцією України. Саме Конституцією визначається, який закон слід видати у галузі національної безпеки і оборони, відповідно з яким має бути розвинута та чи інша її стаття.

Проте слід зазначити, що конституційні закони, на відміну від Основного Закону, своїм регламентуючим впливом охоплюють не всю конституційну матерію, а лише окремі, до того ж найважливіші її сфери (сторони), де їх важливість, зокрема і суспільних відносин, що складаються у галузі національної безпеки і

оборони і визначають необхідність їх юридичної фіксації саме у формі конституційних законів, прямо визначається Конституцією України.

Необхідність прийняття конституційних законів у галузі національної безпеки і оборони обумовлюється не тільки предметом конституційного права, а й функціональними можливостями самої Конституції як Основного Закону, яким врегульовуються відповідні суспільні відносини у галузі національної безпеки і оборони лише певним чином (ст. 17)¹.

Характеризуючи найбільш вагомими риси юридичної природи законів у галузі національної безпеки і оборони як джерел конституційного права, слід підкреслити наступне:

- по-перше, ці закони з огляду їх соціально-політичної значущості після Конституції посідають особливе місце і утворюють відносно самостійний нормативно-правовий масив взаємопов'язаних актів, якими регулюються відносини у галузі національної безпеки і оборони;
- по-друге, закони у галузі національної безпеки і оборони мають пріоритет перед звичайними законами;
- по-третє, закони у галузі національної безпеки і оборони мають чітко окреслену сферу регулювання;
- по-четверте, за змістом та функціональним призначенням закони у галузі національної безпеки і оборони носять комплексний характер з досить широкою сферою застосування;
- по-п'яте, для них характерна підвищена стабільність і приватні строки дії;
- по-шосте, їм притаманна конкретно регулятивна дія, тобто реалізація норм у правовідносинах, що мають місце у галузі національної безпеки і оборони.

Серед нормативних актів у галузі національної безпеки і оборони, що є похідним джерелом конституційного права, необхідно виділити такі закони: Закон України «Про оборону України» (1991 р.); Закон України «Про основи національної безпеки України» (2003 р.); Закон України «Про правовий режим воєнного стану» (2000 р.); Закон України «Про правовий режим надзвичайного стану» (2000 р.); Закон України «Про Ряду національної безпеки і оборони України» (1998 р.); Закон України «Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави» (2003 р.).

Прийняття цих нормативних актів слід розглядати як надзвичайно важливий крок на шляху створення нормативно-правових джерел конституційного права у галузі національної безпеки, а також оборони. Ці закони встановлюють фундаментальні правові засади державної політики, спрямованої на захист національних інтересів і гарантування в Україні безпеки особи, суспільства і держави від зовнішніх і внутрішніх загроз в усіх сферах життєдіяльності української держави та суспільства².

Важливо зазначити, що з огляду на масштабний і складний у правовому вимірі комплекс проблем, що виникли внаслідок збройної агресії Росії проти Української держави, захист інтересів України має здійснюватись на більш фундаментальній інституційній основі і більш системно. Ефективним механізмом у вирішенні зазначених проблем має стати переоцінка Стратегії національної безпеки і Воєнної доктрини України, Законів України «Про основи національної безпеки України» та «Про засади внутрішньої та зовнішньої політики». Положення цих документів повинні бути спрямовані на те, що Росія є стратегічним, цивілізаційним і потенційним ворогом української держави, який під прикриттям тих чи інших міфів про історичну спорідненість братніх слов'янських народів росіян і українців де-юре і де-факто налаштована на ведення тотальної війни на знищення української нації, її державності, мови, культури, її національних традицій. Сприймаючи ці реалії, необхідно вилучити ті положення, які торкаються позаблокового статусу України і поставити у практичну площину питання щодо курсу України на її повномасштабне членство в ЄС і НАТО.

Необхідно зазначити, що серед цих нормативних актів вельми вагоме місце займають Указ Президента України «Про Стратегію національної безпеки України» від 26 травня 2015 р.³, а також нова редакція Воєнної доктрини України 2015 року⁴. Так, зокрема, у новій Стратегії 2015 р. зазначається, що комплексне вдосконалення законодавства з питань національної безпеки і оборони України, зокрема, прийняття Закону України про внесення змін до Закону України «Про основи національної безпеки України», який визначить механізми керівництва у сфері національної безпеки та оборони, унормує структуру і склад сектору безпеки, оборони, системи управління, координації та взаємодії його органів⁵.

Для розв'язання цих нагальних для України завдань необхідна нова законодавча база, у тому числі прийняття законів, спрямованих на захист життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства і держави та гарантування в Україні безпеки особи, суспільства і держави від зовнішніх і внутрішніх загроз. При цьому особливої ваги набувають проблеми, що пов'язані з мінімізацією загроз державному суверенітету та створення умов для відновлення територіальної цілісності України у межах міжнародно визнаного її державного кордону.

Аналізуючи сучасний стан законодавчої бази, пов'язаний з мінімізацією загроз державному суверенітету та територіальній цілісності України, слід зазначити, що особливе занепокоєння викликає відсутність у новій Стратегії національної безпеки України (2015 р.) чітко визначених положень, які б свідчили про те, що Росія сьогодні є щодо України країною-агресором, стратегічним, цивілізаційним і потенційним ворогом української держави. Поряд із мобілізацією всього українського суспільства, усіх матеріальних та духовних ресурсів держави, відродженням сектору безпеки та підвищення обороноздатності країни серед державних пріоритетів має бути сформована системна україноцентрична гуманітарна політика. Ця політика має бути спрямована на ефективну відсіч російській гуманітарній агресії та слугувати ефективним інструментом зміцнення єдності українського суспільства у протистоянні імперській великошовіністичній пропагандистській ідеології Росії.

Необхідно підкреслити, що сьогодні Росія стала на шлях розширення та подальшої ескалації гуманітарної агресії проти України, яка здійснюється за допомогою російських спецслужб та «п'ятої колони» в інформаційній, культурній, історичній, мовній та конфесійній сферах життєдіяльності української держави. Здійснюючи антицивілізаційний наступ на українську ментальність, традиційні цінності, культуру, мову, систему освіти, історичну пам'ять українського народу, маючи на меті здійснення своїх стратегічних інтересів, Росія спрямувала свої зусилля на знищення ідентичності української нації та Української національної держави.

Важливо звернути увагу на те, що в результаті гуманітарної агресії Росії проти України певна частина населення Криму та південно-східних регіонів української держави перетворилася на об'єкт бомбування кремлівської пропаганди та сприяла зародженню їхньої відчуженості від решти території України. Більше того, ця агресія сприяла виникненню й розповсюдженню живильного середовища для культивування сепаратистських настроїв та рухів (ЛНР, ДНР), призвела до непоодиноких фактів зради в лавах силових та правоохоронних органів України під час збройної агресії Росії проти України.

Враховуючи вищезазначене, українська влада поряд із відродженням усього сектору безпеки та підвищення обороноздатності Збройних Сил України, паралельно із заходами, спрямованими на протидію воєнній агресії з боку Росії, чільну увагу має приділяти загрозам національній безпеці України в гуманітарній сфері. Складовою цих заходів повинні стати напрацювання та прийняття на законодавчому рівні стратегії програмних дій для стабілізації ситуації в Україні (переорієнтація воєнної доктрини, оборонної стратегії та стратегії розвитку національної безпеки України).

Аналізуючи цей аспект, слід зазначити, що у Стратегії національної безпеки України від 26 травня 2015 р. у її загальних положеннях зазначається, що наша країна захищатиме свої фундаментальні цінності, визначені Конституцією та законами України – незалежність, територіальну цілісність і суверенітет, гідність, демократію, людину, її права і свободи, верховенство права, забезпечення добробуту, мир та безпеку⁶.

Проте виникає питання, чому серед пріоритетних сфер забезпечення національної безпеки, зазначених у Стратегії, відсутня така сфера, як гуманітарна, оскільки ігнорування гуманітарних проблем несе реальну загрозу збереження державності України.

Саме тому вже сьогодні українська влада має спрямувати свої зусилля на мінімізацію загроз у гуманітарній сфері, оскільки вони за своєю природою становлять стратегічну загрозу національній безпеці України, а отже, й українській державності.

Розподіл матеріальних і духовних цінностей держави і суспільства здійснюється передусім відповідно до засад державної політики, спрямованої на захист національних інтересів і гарантування в Україні безпеки особи, суспільства і держави від зовнішніх і внутрішніх загроз

Слід підкреслити, що визначення мети і завдань суспільства, а також мобілізація його матеріальних і духовних ресурсів на забезпечення сталого розвитку суспільства, своєчасне виявлення, запобігання й нейтралізація реальних та потенційних загроз національній безпеці становить основні функції політичної складової системи національної безпеки української держави.

Таким чином, головним завданням політичної складової системи національної безпеки української держави є максимальне виявлення, мобілізація та використання закладених у суспільстві можливостей, спрямованих на захист національних інтересів і гарантування в Україні безпеки особи, суспільства та держави від зовнішніх і внутрішніх з загроз в усіх сферах життєдіяльності.

Завершуючи розгляд політичної складової системи національної безпеки і її окремих аспектів, необхідно зробити певні висновки.

Політична складова відображає найбільш суттєві риси економічної складової системи національної безпеки. У ній відбивається принцип інституційної побудови влади, де вирішальна роль належить політичній системі і зокрема політичній організації суспільства. Центральним інститутом політичної складової системи національної безпеки виступає, беззаперечно, держава, яка являє собою опору існуючої політичної складової та концентрує у собі максимум влади, санкціонує існування інших недержавних інститутів.

Більше того, саме забезпечення національної безпеки Конституція України відносить до найважливіших функцій держави (ст. 17). Політична складова системи національної безпеки визначає:

а) систему інститутів, організацій та установ, через які, відповідно до Закону України «Про основи національної безпеки України» реалізують основні засади державної політики, спрямованої на захист національних інтересів і гарантування в Україні безпеки особи, суспільства і держави від зовнішніх та внутрішніх загроз в усіх сферах життєдіяльності⁷;

б) принцип діяльності інститутів політичної влади, організації та установ щодо забезпечення національної безпеки української держави;

в) основні напрями діяльності інститутів, державних органів, організацій, установ з питань національної безпеки.

Таким чином, напрацювання якісно нової нормативно-законодавчої бази національної безпеки України в контексті викликів і загроз для української держави надасть можливість ефективно та індивідуально забезпечити безпеку і оборону Вітчизни, захисту конституційних прав і свобод, життя і здоров'я громадян, мирної, творчої праці українського народу.

¹ Див.: Конституція України (із змінами і доповненнями). – К. : Атіка, 2006. – 64 с. – С. 7.

² Див. : Горбулін В. П. Національна безпека: український вимір / В. П. Горбулін, О. В. Литвиненко. – К. : ПП «Інтертехнологія». – 2008. – 104 с.

³ Про Стратегію національної безпеки України : Указ Президента України від 26 травня 2015 р. № 287/2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.prezident.gov.ua/documents/19521.html?PrintVersion>

⁴ Указ Президента України № 555/2015 «Про нову редакцію Воєнної доктрини України» від 24 вересня 2015 р.

⁵ Про Стратегію національної безпеки України : Указ Президента України від 26 травня 2015 р. № 287/2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.prezident.gov.ua/documents/19521.html?PrintVersion>

⁶ Див.: Про Стратегію національної безпеки України : Указ Президента України від 26 травня 2015 р. № 287/2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.prezident.gov.ua/documents/19521.html?PrintVersion>

⁷ Див.: Закон України «Про основи національної безпеки України» № 964-IV від 19.06. 2003. – // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2003. – № 39. – Ст. 351.

Резюме

Антонов В. О. Проблема формування нової нормативно-правової бази національної безпеки України на тлі нових викликів та загроз.

Досліджуються актуальні проблеми нормативно-правового забезпечення національної безпеки України на тлі нових викликів і загроз, що притаманні XXI століттю, для Української держави.

Ключові слова: нормативно-правове забезпечення, національна безпека, виклики, загрози, державні органи, установи, засади державної політики.

Резюме

Антонов В. А. Проблема формирования новой нормативно-правовой базы национальной безопасности Украины на фоне новых вызовов и угроз.

Исследуются актуальные проблемы нормативно-правового обеспечения национальной безопасности Украины на фоне новых вызовов и угроз, которые присущи XXI столетию, для украинского государства.

Ключевые слова: нормативно-правовое обеспечение, национальная безопасность, вызовы, угрозы, государственные органы, учреждения, основы государственной политики.

Summary

Antonov V. The problem of forming a new legal framework for Ukraine's national security background of new challenges and threats.

The issues of the day of the normatively-legal providing of national safety of Ukraine are investigated on a background new calls and threats, that inherent XXI to the century for the Ukrainian state.

Key words: normatively-legal providing, national safety, calls, threats, public organs, establishments, principles of public policy.

УДК 342.728

Н. П. ГАЄВА

*Надія Петрівна Гаєва, кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*

ПРИНЦИП ВІДСУТНОСТІ МАЙНОВОГО ІНТЕРЕСУ ЧЛЕНІВ (УЧАСНИКІВ) ГРОМАДСЬКИХ ОБ'ЄДНАНЬ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Необхідність наукового дослідження сутності та значення принципу відсутності майнового інтересу членів (учасників) громадських об'єднань пояснюється тим, що виокремлення громадських об'єднань як самостійних суб'єктів громадянського суспільства визначається вихідними ідеями та засадами, а також важливістю розуміння принципової основи, на яких базується їх створення та діяльність. Оскільки теоретико-методологічні та функціональні характеристики принципів утворення та діяльності громадських об'єднань були розглянуті автором в попередній публікації¹, то в межах даної статті, яка є логічним продовженням попередньої, аналізуються змістовні характеристики принципу відсутності майнового інтересу членів (учасників) громадських об'єднань як окремого принципу.

Відповідно до ч. 6 ст. 3 Закону України «Про громадські об'єднання»² (далі – Закон) принцип відсутності майнового інтересу передбачає, що «члени (учасники) громадського об'єднання не мають права на частку майна громадського об'єднання та не відповідають за його зобов'язаннями. Доходи або майно (активи) громадського об'єднання не підлягають розподілу між його членами (учасниками) і не можуть використовуватися для вигоди будь-якого окремого члена (учасника) громадського об'єднання, його посадових осіб

(крім сплати їх праці та відрахувань на соціальні заходи)». Даний принцип впливає із самої дефініції поняття «громадське об'єднання», унормованого у ст. 1 Закону, а саме: громадські об'єднання створюються для здійснення та захисту прав і свобод, задоволення суспільних, зокрема економічних, соціальних, культурних, екологічних та інших інтересів. Як бачимо, законодавчо визначена мета створення громадського об'єднання, яке може здійснювати діяльність зі статутом юридичної особи або без такого статуту, не передбачає отримання прибутку. Слід також звернути увагу на таку важливу ознаку громадського об'єднання зі статусом юридичної особи, що воно «є непідприємницьким товариством, основною метою якого не є одержання прибутку» (ч. 5 ст. 1 Закону). Відповідно до ст. 85 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) непідприємницькими товариствами вважаються товариства, які не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками. Саме до непідприємницьких товариств у ст. 86 ЦК України відносить об'єднання громадян. Замість терміна «об'єднання громадян» Закон ввів новий термін «громадські об'єднання».

Із наведеного неважко побачити, що з'ясування сутності принципу відсутності майнового інтересу членів (учасників) громадських об'єднань знаходиться в нерозривному зв'язку з характеристикою поняття непідприємницьких товариств у цивільному законодавстві України. Проте в чинному законодавстві України доволі непросто встановити межу між непідприємницькими та підприємницькими товариствами, оскільки:

1) ст. 86 ЦК України дозволяє непідприємницьким товариствам поряд зі своєю основною діяльністю здійснювати підприємницьку діяльність, якщо інше не встановлено законом і якщо ця діяльність відповідає меті, для якої вони були створені, та сприяє її досягненню;

2) п. 2 ч. 2 ст. 21 Закону закріплює можливість громадських об'єднань зі статусом юридичної особи здійснювати відповідно до закону підприємницьку діяльність безпосередньо, якщо це передбачено статутом громадського об'єднання, або через створені в порядку, передбаченому законом, юридичні особи, якщо така діяльність відповідає меті (цілям) громадського об'єднання та сприяє її досягненню. При цьому не йдеться про розподіл прибутку від підприємницької діяльності або заборону на це. Очевидно, при вирішенні цього питання необхідно керуватися, по-перше, загальним правилом, яке міститься у ст. 85 ЦК України, відповідно до якого непідприємницькі товариства не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками. По-друге, – принципом відсутності майнового інтересу членів (учасників) громадського об'єднання, який закріплено Законом.

Як зазначається у наукових джерелах, за своїм фактичним змістом викладений підхід у сукупності з дозволом на здійснення непідприємницькими товариствами підприємницької діяльності може привести до двох варіантів його розуміння. Згідно з першим, коли непідприємницькі товариства здійснюють підприємницьку діяльність, хоча вони й не ставлять перед собою мети отримання прибутку, а виконують цю діяльність задля досягнення таким товариством іншої мети, передбаченої в його статуті, то частина цього прибутку може розподілятися між його учасниками (членами) аналогічно тому, як це має місце в підприємницьких товариствах. Другий варіант полягає в тому, що розподіл прибутку між учасниками (членами) не допускається, а спрямовується на ті цілі, для яких було створене непідприємницьке товариство. Ймовірно, законодавець саме це мав на увазі, але прямо із норм законів такого не випливає³.

Слід зазначити й те, що зіставляючи зміст ч. 1 ст. 85 ЦК України та ч. 5 ст. 1 Закону не можна не помітити розбіжностей у підходах до питання щодо надання можливостей займатися підприємницькою діяльністю. Якщо у ч. 1 ст. 85 ЦК України при визначенні поняття непідприємницьких товариств вказується, що вони не мають взагалі на меті одержання прибутку, то у ч. 5 ст. 1 Закону зазначається, що громадські об'єднання зі статусом юридичної особи, будучи непідприємницькими товариствами, не мають за основну мету одержання прибутку. Іншими словами, критерієм щодо можливості здійснення громадськими об'єднаннями підприємницької діяльності відповідно до ч. 5 ст. 1 Закону є їх основна мета. Відсутність даного критерію в ч. 1 ст. 85 ЦК України не означає, що в кодексі не закріплено меж та обсягу підприємницької діяльності, яку можуть здійснювати непідприємницькі товариства.

Законодавець у ст. 86 ЦК України для реалізації статутної мети непідприємницькими товариствами, в тому числі громадськими об'єднаннями, використовує термін «основна діяльність», щодо якої підприємницька діяльність має відігравати допоміжну додаткову роль. При цьому закріплено дві вимоги, які повинні бути присутніми водночас: 1) підприємницька діяльність має відповідати меті, для якої створене непідприємницьке товариство; 2) підприємницька діяльність непідприємницького товариства повинна сприяти досягненню мети його діяльності (тобто, отриманий прибуток від підприємницької діяльності слід спрямовувати на реалізацію статутної мети). Проте неважко помітити, що термін «основна діяльність» у ст. 86 ЦК України є оціночним, позаяк відсутні ознаки, за допомогою яких можна було б відмежувати «основну діяльність» від «неосновної».

Не зважаючи на відмінності між словосполученнями «основна мета» та «основна діяльність», визначення обсягу та меж підприємницької діяльності громадських об'єднань зі статутом юридичної особи можна звести згідно з діючим законодавством до виділення наступних ознак: 1) підприємницька діяльність не повинна бути основною метою їх створення та функціонування; 2) підприємницька діяльність повинна відповідати меті, для якої створене громадське об'єднання; 3) прибуток від підприємницької діяльності не підлягає розподілу між його членами (учасниками) і повинен спрямовуватися на реалізацію його статутної мети.

Наведене свідчить, що одна із базових ознак громадського об'єднання зі статусом юридичної особи така: основною метою його створення та діяльності не є одержання прибутку. Але це не означає, що громадське об'єднання позбавлене можливості його отримувати. Однак отримання прибутку не повинно бути

самоціллю, а відповідати меті, для якої створено громадське об'єднання. Іншими словами, підприємницька діяльність повинна носити допоміжний, другорядний характер щодо статутної діяльності громадського об'єднання. В іншому разі громадське об'єднання втрачає свій статус, змінюється його сутність – воно перетворюється з невідприємницького на підприємницьке товариство.

Виникає запитання: який обсяг (тобто кількісний критерій) підприємницької діяльності може призвести до того, що громадське об'єднання втрачає свій статус. Чинне законодавство на це відповіді не дає. Натомість, ряд зарубіжних держав встановлює такий критерій, який має назву критерій «основної мети». За даним критерієм неприбуткова організація втрачає свій статус, якщо підприємництво становить більше половини її діяльності⁴. Щодо держав-членів Європейського Союзу, то, як стверджує О. Вінніков, лише в шести із них запроваджено кількісний критерій доходу (прибутку) громадських неурядових організацій від господарської (підприємницької) діяльності. Найбільш показовими є вимоги законів Словенії, що прибуток від підприємницької діяльності не повинен перевищувати 30 % загального доходу організації⁵. При цьому критерій основної мети та кількісний критерій прибутку мають бути розглянуті в одній площині, оскільки одержання прибутку є основною ознакою підприємницької діяльності. На нашу думку, в умовах ринкової економіки, коли зростає роль підприємницької складової в діяльності багатьох невідприємницьких товариств, критерій «основної мети» має становити менш як 50 % (тобто діє формула 50 % – 1). Саме такий показник дає можливість відмежувати «основну діяльність» невідприємницьких товариств, різновидом яких є громадські об'єднання, від «неосновної» підприємницької, яка має носити допоміжний характер та повинна сприяти досягненню основної мети їх діяльності.

Визначення меж та обсягу підприємницької діяльності громадських об'єднань за одним критерієм є недостатнім. Виходячи із принципу відсутності майнового інтересу членів (учасників) громадського об'єднання наступним критерієм є критерій розподілу доходів або майна (активів) громадського об'єднання (в ЦК України – критерій розподілу прибутку). За цим критерієм доходи або майно (активи) громадського об'єднання не підлягають розподілу між його членами (учасниками). Іншими словами, особливість громадського об'єднання як невідприємницького товариства полягає не у відсутності прибутку та намірів його одержання, а в обмеженні способів його розподілу. Так, за змістом принципу відсутності майнового інтересу громадське об'єднання не повинно здійснювати підприємницьку діяльність з метою отримання прибутку для його наступного розподілу між членами (учасниками), а тільки для досягнення основної мети, для якої воно було створено. Отже, припустимий обсяг та сутність підприємницької діяльності громадського об'єднання визначається на основі поєднання зазначених вище критеріїв.

Щоб дати належну оцінку принципу відсутності майнового інтересу членів (учасників) громадського об'єднання, варто нагадати, що за Законом громадське об'єднання зі статусом юридичної особи може здійснювати підприємницьку діяльність у двох формах: перша – безпосередньо, якщо це передбачено його статутом; друга – через створені в порядку, передбаченому законом, юридичні особи. Причому така діяльність має відповідати меті (цілям) громадського об'єднання та сприяти її досягненню (п. 2 ч. 2 ст. 21 Закону).

Вираз «відповідати меті (цілям) громадського об'єднання та сприяти її досягненню» є третім критерієм визначення меж підприємницької діяльності громадського об'єднання – критерієм оцінки. Але що означає даний критерій? На це питання законодавець відповіді не дає. Водночас науковці по-різному підходять до цієї проблеми. Так, одні автори стверджують, що підприємницька діяльність громадських організацій повинна носити додатковий, допоміжний характер та допускатися тільки тією мірою, якою це необхідно, щоб сприяти досягненню її статутних цілей⁶. Інші науковці вважають, що конструкція «відповідності» дозволеної підприємницької діяльності меті створення організації «юридически ущербна», оскільки ніяких чітко встановлених критеріїв такої відповідності немає і не може бути; на практиці ця відповідність буде встановлюватися вільно, тому таку конструкцію варто із законодавства вилучити⁷. За визначенням третіх, припустимий обсяг підприємницької діяльності некомерційних організацій, в тому числі громадських об'єднань, повинен визначатися на основі комплексного критерію, складовими частинами якого є: кількість різних напрямів діяльності організації, їхня специфіка та інтенсивність; тимчасові витрати на здійснення окремих видів діяльності; співвідношення між доходами та витратами на підприємництво і невідприємницьку (суспільно корисну) діяльність; представництво в керівних органах; склад учасників (членів)⁸. Третя позиція, на нашу думку, є найбільш переконливою. Саме система критеріальних ознак дає можливість встановити межу та обсяг підприємницької діяльності громадських об'єднань. Але навряд чи можна погодитися з пропозицією науковців-цивілістів, що одним із таких критеріїв має бути закріплений на рівні закону вичерпний перелік пасивних видів підприємницької діяльності для всіх невідприємницьких товариств⁹. Адже сучасна система невідприємницьких товариств має достатньо розгалужену структуру, суб'єктам якої притаманні як спільні, так і відмінні ознаки.

Виходячи зі змісту принципу відсутності майнового інтересу членів (учасників) громадського об'єднання, ознаки, які характеризують його як невідприємницькі товариства, можна звести до чотирьох характеристик. Це відсутність: 1) можливості його членів (учасників) мати право на частку майна громадського об'єднання; 2) відповідальності членів (учасників) за його зобов'язаннями; 3) розподілу доходів або майна (активів) громадського об'єднання між його членами (учасниками); 4) використання доходів або майна (активів) громадського об'єднання для вигоди будь-якого окремого члена (учасника) громадського об'єднання, його посадових осіб (ч. 6 ст. 3 Закону). Саме за умови додержання зазначених обмежень громадське об'єднання не втрачає свого невідприємницького статусу.

Слід зазначити, що принцип відсутності майнового інтересу членів (учасників) громадських об'єднань є одним із керівних критеріїв створення та діяльності всіх громадських об'єднань, у тому числі й тих, які не мають статусу юридичної особи, а отже, не належать до непідприємницьких товариств. Водночас ст. 2 ЦК України визначає, що учасниками цивільних відносин є фізичні особи та юридичні особи. Тобто, в Україні традиційно склалося так, що тільки юридична особа визнається суб'єктом цивільних правових відносин, а інші організації, які не мають статусу юридичної особи, – ні. На нашу думку, відмова від врегулювання в ЦК України відносин за участю громадських об'єднань без статусу юридичної особи є не досить послідовною. Адже зі змісту принципу відсутності майнового інтересу членів (учасників) громадських об'єднань можна зробити висновок, що всі громадські об'єднання (в тому числі ті, що не є юридичними особами) для виконання своєї статутної мети можуть набувати право власності на кошти та інше майно, яке відповідно до закону передане такому об'єднанню його членами (учасниками) або державою, набуває як членські внески, пожертвуване громадянами, підприємствами, установами та організаціями. Натомість, розробники Закону обрали інший підхід, зазначені кошти та інше майно визнали об'єктом права власності лише громадських об'єднань зі статусом юридичної особи (ст. 24). Така правова конструкція видається хибною, оскільки не врегульовує питання власності громадських об'єднань без статусу юридичної особи. Що ж стосується коштів та іншого майна, набутого в результаті підприємницької діяльності, то у даному випадку воно, безумовно, є об'єктом права власності громадських об'єднань зі статусом юридичної особи.

Із викладеного можна зробити висновок, що на сьогодні в Україні не врегульовано відносини, пов'язані з правом власності громадських об'єднань, що здійснюють діяльність без статусу юридичної особи. У зв'язку з цим виникають проблеми щодо реалізації принципу відсутності майнового інтересу членів (учасників) таких об'єднань. На нашу думку, правильно була сформульована концепція права власності громадських об'єднань в Законі України «Про об'єднання громадян» (ст. 21)¹⁰, відповідно до якої було виділено: по-перше, об'єкти права власності всіх об'єднань громадян; по-друге, об'єкти права власності, придбані від господарської та іншої комерційної діяльності, яку вправі були здійснювати лише зареєстровані громадські організації (тобто юридичні особи). Саме до такого підходу законодавця доцільно повернутися в Законі при вирішенні питання власності громадських об'єднань.

Досліджуючи принцип відсутності майнового інтересу членів (учасників) громадських об'єднань, слід враховувати деякі тенденції все зростаючої комерціалізації непідприємницьких товариств, у тому числі громадських об'єднань, тобто їхню переорієнтацію на заняття тими видами діяльності, які приносять прибуток. Разом із тим український законодавець при визначенні поняття «громадське об'єднання» (ч. 1 ст. 1 Закону) дотримується лише функціонального підходу, який призводить до бачення їх сенсу в здійсненні та захисті прав і свобод, задоволенні суспільних, зокрема економічних, соціальних, культурних, екологічних та інших інтересів. При цьому додається така ознака, як добровільність. Безумовно, визначення громадського об'єднання в Законі має бути мінімально необхідним, уникаючи надмірного нагромадження критеріїв, але наявність двох зазначених ознак не дає змоги оцінити громадські об'єднання за формою (громадське об'єднання – не громадське об'єднання). Тому нині ряд вітчизняних учених-юристів для визначення громадського об'єднання (об'єднань громадян, громадських організацій) використовують не лише функціональний підхід, а й економічний. Так, серед набору критеріальних ознак, які допомагають відмежувати громадські об'єднання від інших утворень, що об'єднують фізичних осіб та/або юридичних осіб приватного права, вони виділяють неприбутковий характер¹¹. Інші вчені називають таку ознаку, як некомерційність формування¹². Втім, український законодавець не оперує поняттям «некомерційна організація», котре є базовим для визначення громадського об'єднання в деяких пострадянських державах¹³. Натомість чинне законодавство України містить визначення понять «непідприємницьке товариство» та «неприбуткові підприємства, установи та організації»¹⁴. Щодо терміна «непідприємницьке», то його не можна визнати критеріальною ознакою поняття громадського об'єднання, оскільки останнє може здійснювати діяльність і без статусу юридичної особи.

Щодо терміна «неприбутковість», то в Податковому кодексі України (п. 14.1.121 ст. 14) він фіксує поняття «неприбуткові підприємства, установи та організації», яке трактується «як підприємства, установи та організації, основною метою діяльності яких є не одержання прибутку...». Саме до неприбуткових організацій у ст. 157 Податковий кодекс відносить громадські об'єднання. При цьому в законодавстві України відсутній єдиний для всіх груп неприбуткових підприємств, установ та організацій нормативно-правовий акт, який би визначив особливості правового регулювання їх діяльності та встановив єдиний універсальний підхід до визначення ознак неприбутковості. Вважаємо, що ознаки неприбутковості громадських об'єднань підпадають під зміст принципу відсутності майнового інтересу їх членів (учасників), а термін «неприбутковість» є знаковим позначенням даного принципу. Такий підхід дає змогу закріпити принцип відсутності майнового інтересу членів (учасників) громадського об'єднання (тобто неприбутковість) як критеріальну ознаку нормативного визначення громадського об'єднання у ч. 1 ст. 1 Закону.

¹ Гаєва Н. П. Правові принципи утворення і діяльності громадських об'єднань: деякі міркування / Н. П. Гаєва // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 3. – С. 55–59.

² Про громадські об'єднання : Закон України від 22 березня 2012 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 1. – Ст. 1.

³ Правове регулювання некомерційних організацій в Україні: моногр. / І. В. Спасибо-Фатєєва, В. Г. Борисова, О. П. Печений та ін.; за заг. ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. – Х. : Право, 2013. – С. 16. – 480 с.

⁴ Законодавче регулювання діяльності неприбуткових організацій: світовий досвід та рекомендації для України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.parlament.org.ua/index.php?action=publication&id=8&ar_id=42&as=0

⁵ Вінніков О. Громадські організації у Європейському Союзі: як вони утворюються та діють? / О. Вінніков : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ucpr.org.ua/userfiles/96.pdf>

⁶ Менджул М. В. Цивільно-правовий статус громадських організацій] : моногр. / М. В. Менджул. – Ужгород : Вид-во Олександри Гаркуші, 2010. – С. 128. – 200 с.

⁷ Піддубна В. Ф. Деякі аспекти здійснення підприємницької діяльності невідприємницькими юридичними особами / В. Ф. Піддубна : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dspace.nulau.edu.ua/browse?type=author&value=DA4>

⁸ Івкова О. В. Участие некоммерческих организаций в предпринимательской деятельности : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / О. В. Івкова. – СПб., 2004. – С. 8–9. – 22 с.

⁹ Піддубна В. Ф. Вказана праця.

¹⁰ Про об'єднання громадян: Закон України від 16 червня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 34. – Ст. 504.

¹¹ Див.: Богашева Н. В. Свобода об'єднання та конституційний інститут об'єднань громадян / Н. В. Богашева // Вибори та демократія. – 2010. – № 4. – С. 67; Вацук М. О. Конституційно-правовий статус громадських організацій України / М. О. Вацук // Держава і право : зб. наук. праць. Юридичні і політичні науки. – Вип. 22. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2003. – С. 322; Віхляєв М. Ю. Громадські об'єднання як суб'єкти адміністративного права України : автореф. дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.07 / М. Ю. Віхляєв; Нац. ун-т держ. подат. служби України. – Ірпінь, 2013. – 34 с.

¹² Див.: Ведерніков Ю. А. Адміністративне право України : навч. посіб. / Ю. А. Ведерніков, В. К. Шкарупа. – К. : Центр навчальної літератури, 2005. – 335 с. – С. 108; Рамазанова У. В. Адміністративно-правова характеристика ознак громадських об'єднань / У. В. Рамазанова // Митна справа. – 2012. – № 5 (83). – Ч. 2. – Кн. 1. – С. 225.

¹³ Див.: О некоммерческих организациях : Закон Республики Казахстан от 16 января 2001 г. // Ведомости парламента Республики Казахстан. – 2001. – № 1. – Ст. 8; О некоммерческих организациях : Закон Кыргызской Республики от 15 октября 1999 г. // Ведомости Жогорку Кенеша Кыргызской Республики. – 2000. – № 2. – Ст. 102; О некоммерческих организациях : Федеральный Закон Российской Федерации от 12 января 1996 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.rg.ru/1996/01/24/nko-dok.html>

¹⁴ Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13-1, № 15–16, № 17. – Ст. 112.

Резюме

Гаєва Н. П. Принцип відсутності майнового інтересу членів (учасників) громадських об'єднань: теоретико-правовий аспект.

Досліджуються змістовні характеристики принципу відсутності майнового інтересу членів (учасників) громадських об'єднань. Встановлено, що принцип відсутності майнового інтересу членів (учасників) громадських об'єднань є насамперед цивільно-правовим. Аналізується змістовний зв'язок принципу відсутності майнового інтересу членів (учасників) громадських об'єднань з категоріями «невідприємницьке товариство», «підприємницька діяльність невідприємницьких товариств», «неприбуткові підприємства, установи та організації».

Ключові слова: громадське об'єднання, принцип відсутності майнового інтересу членів (учасників) громадських об'єднань, невідприємницьке товариство, підприємницька діяльність невідприємницьких товариств, неприбуткові підприємства, установи та організації.

Резюме

Гаєва Н. П. Принцип отсутствия имущественного интереса членов (участников) общественных объединений: теоретико-правовой аспект.

Исследуются содержательные характеристики принципа отсутствия имущественного интереса членов (участников) общественных объединений. Установлено, что принцип отсутствия имущественного интереса членов (участников) общественных объединений, прежде всего, гражданско-правовой. Анализируется содержательная связь принципа отсутствия имущественного интереса членов (участников) общественных объединений с категориями «непредпринимательское общество», «предпринимательская деятельность предпринимательских обществ», «неприбыльные предприятия, учреждения и организации».

Ключевые слова: общественное объединение, принцип отсутствия имущественного интереса членов (участников) общественных объединений, непредпринимательское общество, предпринимательская деятельность предпринимательских обществ, неприбыльные предприятия, учреждения и организации.

Summary

Gaeva N. The principle of non-property interest of members (participants) of public associations: theoretical and legal aspects.

The essential characteristics of principle of non-property interest of members (participants) of public associations are researched. Established that the principle of non-property interest of members (participants) of public associations is a civilistic procedure. The meaningful connection of principle of non-property interest of members (participants) of public associations to category “Non-Commercial Society”, “business of non-business partnerships”, “non-profit enterprises, institutions and organizations” is analyzed.

Key words: Civic Association, principle of non-property interest of members (participants) of public associations, Non-Commercial Society, the business of non-business partnerships, non-profit enterprises, institutions and organizations.

Г. В. ДОВГАНЬ

Галина Віталіївна Довгань, кандидат юридичних наук, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка

КОНСТИТУЦІЙНІ ЗМІНИ ЯК ПЕРЕДУМОВА ВСТУПУ ЕСТОНСЬКОЇ РЕСПУБЛІКИ ДО ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

У преамбулі до Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом (далі – ЄС), Європейським Співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, з іншої сторони, зазначено, що політична асоціація України з ЄС залежатиме від прогресу в наближенні з ЄС у правовій сфері¹. На шляху до ЄС більшість національних конституцій зазнають змін. Очевидним є вплив права ЄС на конституційний розвиток держав, які не є членами союзу, але прагнуть ними стати. У контексті проведення в Україні конституційної реформи важливим є вивчення досвіду тих держав, які пройшли подібний шлях.

При аналізі вказаного вище питання використано праці естонських вчених, які доступні англійською мовою, зокрема А. Алби, Ю. Лафранж, Р. Наріца, К. Раби, Х. Шнайдера, рішення Верховного Суду Естонської Республіки (далі – ВС ЕР), законодавство Естонської Республіки.

Метою статті є аналіз конституційних змін в Естонській Республіці, які були проведені перед вступом держави до ЄС.

Основна зовнішньополітична мета Естонії – членство в ЄС була сформульована 28 листопада 1995 р. в офіційній заявці уряду на вступ, поданій до Європейської Комісії. Прийняття заявки знаменувало собою початок великомасштабних підготовчих робіт, особливо щодо гармонізації права Естонії із правом ЄС. У 1996 р. уряд створив Конституційний комітет експертів з правових питань, завданням якого було вивчення відповідності положень Конституції вимогам ЄС, які висуваються до держав-членів.

У своїй доповіді експерти зробили висновок, що Естонія не може інтегруватися до ЄС, не змінивши та не доповнивши Конституцію. На початковому етапі переговорів про вступ до ЄС предмет конституційних змін обговорювався обережно, оскільки необхідно було обміркувати умови та можливості вступу. Важливим питанням була відповідність як Конституції Естонії, так і всієї правової системи праву ЄС. При цьому слід було проаналізувати досвід Німеччини, Франції, Італії, Нідерландів, Іспанії, Фінляндії, Швеції та інших держав. Х. Шнайдер вважає, що необхідність внесення змін до Конституції виникла головним чином у зв'язку із принципом верховенства права ЄС та жорстким конституційним регулюванням питань суверенітету Естонії².

У контексті членства Естонії в ЄС важливими є наступні статті її Конституції. Відповідно до ст. 123 Естонська Республіка не укладає міжнародні договори, які суперечать Конституції. Якщо закони або інші акти Естонії суперечать ратифікованим Парламентом міжнародним договорам, то застосовуються положення міжнародних договорів³. Тобто, Естонія може укладати лише ті міжнародні договори, які не суперечать положенням її Конституції, і такі ратифіковані договори будуть мати пріоритет щодо національного права. К. Раба зазначає, що приєднання Естонії до ЄС створило цікаву та суперечливу з точки зору конституційного права ситуацію. Згідно із ст. 1 Конституції незалежність та суверенітет Естонії є вічними та невід'ємними. У ст. 3 Конституції передбачено, що державна влада здійснюється виключно на основі Конституції та законів, які з нею узгоджуються. Загальновизнані принципи та норми міжнародного права є невід'ємною частиною правової системи Естонії. З огляду на зміст цих статей К. Раба підкреслює, що Конституція Естонії базується на суворому захисті суверенітету. У ній відсутні положення, на основі яких можна делегувати суверенні права міжнародній організації. Проте принципи верховенства та прямої дії права ЄС, які застосовуються щодо конституцій держав-членів, виключають застосування положень ст. ст. 3 та 123 Конституції Естонії. Тому було необхідно внести зміни до Конституції перед вступом держави до ЄС з метою визначення співвідношення між національним правом Естонії та правом ЄС. Дискусія велася щодо способів внесення змін, з тим, щоби забезпечити правову визначеність, узгодженість та дотримання естонських конституційних традицій⁴.

Ю. Лафранж зазначає, що на початковій стадії підготовки Естонії до вступу в ЄС питання щодо зміни Конституції не розглядалося як першочергове. Політики вважали його занадто ризикованим. І хоча експерти не раз порушували це питання, починаючи ще з 1996 р., необхідність зміни Конституції стала очевидною для всіх лише у другій половині 2002 р., коли юристи та політики досягли консенсусу щодо способу зміни Основного закону. Його вибір був обумовлений наступними моментами: 1) зміни мали стосуватися суто ЄС, а не міжнародних організацій загалом; 2) зміни, пов'язані із членством в ЄС, повинні вноситися окремо від інших змін; 3) недоцільно змінювати всі можливі суперечливі положення Конституції, оскільки це можна виправити шляхом тлумачення. Беручи це до уваги, було надано перевагу особливому способу внесення змін до Конституції, а саме – прийняття окремого закону. Цей закон слід було ухвалити на референдумі, оскільки зміни стосувалися тих розділів Конституції, до яких зміни вносилися лише таким шляхом⁵.

Ю. Лафранж звертає увагу на те, що ЄС не встановлює для держав-кандидатів вимог щодо необхідності закріплення в їх конституціях членства в союзі. ЄС не може передбачати таких вимог, оскільки немає компетенції втручатися у конституційний порядок держав-членів та держав-кандидатів, який є суто внутрішнім питанням кожної держави⁶.

П. Хибальський під конституційними підставами членства держави в ЄС розуміє не лише наявність положень щодо можливої участі держави в ЄС, а будь-які положення основного закону, які стосуються ЄС. Він підкреслює, що немає уніфікованого підходу щодо закріплення таких підстав, натомість привертає увагу до різноманіття обраних державами способів. З огляду на це, всі держави-члени ЄС можуть бути об'єднані у чотири груп: 1) які містять у конституції нормативно-правові приписи, що допускають інтеграцію з ЄС, але без вказівки на конкретне інтеграційне об'єднання; 2) які містять нормативно-правові приписи, розміщені в різних розділах конституції і в яких згадується ЄС; 3) які містять окремий розділ, присвячений членству в ЄС; 4) в яких прийняті конституційні закони з цього питання. Остання група держав є найменшою і включає лише Естонію та Литву⁷.

Слід зазначити, що в Акті про умови приєднання Чеської Республіки, Республіки Естонія, Республіки Кіпр, Республіки Латвія, Республіки Литва, Республіки Угорщина, Республіки Мальта, Республіки Польща, Республіки Словенія та Словацької Республіки та змін до Договорів, на яких базується Європейський Союз 2003 р., передбачено, що з моменту вступу нові держави-члени повинні забезпечити ефективне застосування всіх елементів *acquis communautaire* в своїх національних правових системах (ст. ст. 2–6)⁸. З огляду на це фахівці з конституційного права наголошували, що приєднання Естонії до ЄС мало бути оформлено законодавчо коректним способом.

Закон про внесення змін до Конституції Естонської Республіки (далі – Закон про зміни) був прийнятий на референдумі 14 вересня 2003 р. та набрав чинності 6 січня 2004 року. 64 % громадян взяло участь у референдумі, 66,8 % з них проголосувало «за» прийняття Закону про зміни та 33,2 % проголосували «проти». Прийняття цього закону зробило можливим ратифікувати Ріігікогу (Естонський Парламент) Договір про приєднання Естонської Республіки до ЄС, який вже було підписано 16 березня 2003 року. Ріігікогу односторонньо ратифікував Договір про приєднання 21 січня 2004 року. У свою чергу, Європейський Парламент ратифікував цей документ 9 квітня 2004 року. Після набрання ним чинності 1 травня 2004 р. Естонія стала повноправним членом ЄС.

На сьогодні Конституція Естонії складається з трьох документів: Конституції, Закону про імплементацію Конституції та Закону про зміни, тому останній часто називають «Третім конституційним актом». З формально-юридичної точки зору Закон про зміни повинен бути однаковою за юридичною силою із Конституцією. Проте Ю. Лафранж вважає, що при вирішенні питань, пов'язаних із правом ЄС, Закон про зміни є вищим за юридичною силою, порівняно із Конституцією⁹.

Закон про зміни містить лише чотири параграфи, основними з яких є перші два. Відповідно до § 1 Естонія може приєднатися до ЄС відповідно до фундаментальних принципів, передбачених у Конституції Естонії. У § 2 передбачено, що після вступу Естонії до ЄС Конституція Естонії застосовується з урахуванням прав та обов'язків, які виникають у зв'язку із підписанням Договору про приєднання¹⁰.

Варто підкреслити, що як у Конституції, так і в Законі про зміни не розкрито зміст поняття «фундаментальні принципи». Експертна група від Конституційного Комітету Ріігікогу, яка готувала конституційний аналіз Договору про запровадження Конституції для Європи, у своїй праці зазначила, що фундаментальні принципи Конституції насамперед слід шукати у Преамбулі, Розділі I «Загальні положення» та ст.ст. 10 та 11 Розділу II «Фундаментальні права, свободи та обов'язки». Нею було підготовлено відкритий каталог фундаментальних принципів, до якого були включені: національний суверенітет, свободу, правосуддя та верховенство права, захист внутрішнього та зовнішнього миру, збереження естонської нації та культури крізь віки, гідність людини, демократію, повагу основних прав та свобод, пропорційність при виконанні державної влади¹¹.

Науковці розглядають Закон про зміни як сполучну ланку, «міст» між правовими системами Естонії та ЄС (Р. Наріц, Х. Шнайдер). Х. Шнайдер звертає увагу на те, що до появи Закону про зміни Конституція була стандартом для поточного законодавства та законності всіх законопроектів. Закон про зміни запровадив новий критерій законності – це концепція «фундаментального принципу», якому відтепер Конституція повинна відповідати. Він наголошує, що не слід розглядати Закон про зміни лише як дозвіл на приєднання Естонії до ЄС. Важливим є те, щоб тлумачення Конституції відбувалося в контексті членства в ЄС, яке базується на Законі про зміни та його ідеях. Х. Шнайдер звертає особливу увагу на застереження, яке міститься у § 1 Закону про зміни¹².

Багато експертів вважали, що було б доцільніше додати до тексту Конституції розділ, який би стосувався ЄС або внести зміни до Конституції в контексті деяких проблем, враховуючи подібні конституційні зміни в декількох державах-членах ЄС. По-перше, враховуючи проблему демократичності прийняття рішень в ЄС, рекомендували запровадити положення щодо права національного парламенту на інформацію та механізм його участі у політиці ЄС. Подібні положення були включені до конституцій Німеччини, Фінляндії, Португалії, Швеції, Франції, Австрії, Бельгії.

По-друге, право громадян ЄС реалізовувати своє активне та пасивне виборче право на місцевих виборах та виборах до Європейського Парламенту експерти односторонньо визнали таким, що суперечить Конституції Естонії (ст. ст. 57, 48, 156), а тому відповідні конституційні норми потребували змін. Згадані виборчі права були закріплені у Німеччині, Франції, Португалії, Австрії, Іспанії та Бельгії.

Третя проблема стосувалася повноважень Банку Естонії та запровадження євро.

А. Албі пропонувала також включити положення щодо верховенства права ЄС та його прямої дії, хоча серед держав-членів ЄС така норма міститься лише у Конституції Ірландії. З огляду на верховенство права ЄС навіть щодо національних конституцій, положення ст. ст. 15, 123 та 152 Конституції Естонії суперечити-муть праву ЄС¹³.

Ю. Лафранж зазначає, що сутність Закону про зміни тривалий час була незрозумілою для багатьох. Неправильне розуміння було зумовлено існуванням двох різних конституційних текстів: Конституції та Закону про зміни. Деякі вчені вважали, що суттєвою помилкою було небажання внести зміни безпосередньо до тексту Конституції. Наслідком цього стала нечіткість змісту положень Конституції, що в свою чергу зумовило порушення принципу правової визначеності. Ця ситуація найбільш яскраво проявилася під час вирішення питання про відповідність Конституції вимоги щодо запровадження валюти євро (висвітлено нижче). Труднощі у розумінні Закону про зміни також були пов'язані із питанням – хто, в яких випадках та яким чином може його тлумачити.

Ю. Лафранж виділяє два періоди у застосуванні Закону про зміни: до та після видання рішення ВС ЄР № 3-4-1-3-06 від 11 травня 2006 р. (справа щодо введення в обіг валюти євро). Протягом першого періоду Закон про зміни розглядали під час прийняття рішення ВС ЄР № 3-4-1-1-05 від 19 квітня 2005 р. та декількох рішень Палати з адміністративних справ ВС ЄР¹⁴.

У справі 3-4-1-1-05 Канцлер юстиції підняв питання про невідповідність положень Закону про політичні партії праву ЄС. Згідно із п. 5 цього Закону лише громадяни Естонії могли вступати до політичних партій. Канцлер юстиції вважав, що це обмежує права громадян інших держав-членів ЄС висувати свої кандидатури на місцевих виборах. На його думку, ця норма суперечила праву ЄС та крізь призму Закону про зміни Конституції Естонії. ВС ЄР у своєму рішенні не дав відповіді на це питання, Закон про зміни не було проаналізовано в цьому контексті. Було вказано на те, що Канцлер юстиції не має повноважень порушувати питання про скасування закону, який суперечить праву ЄС. В окремій думці, доданий до рішення, суддя Ю. Лафранж, до якої приєдналися ще п'ять суддів, звернула увагу на те, що не пояснивши зміст та підтекст Закону про зміни ВС ЄР створив умови для правової невизначеності. Вона наголосила, що прийняття Закону про зміни не лише зробило можливим приєднання Естонії до ЄС. Важливим є те, що в контексті членства в ЄС Конституція повинна тлумачитися на основі цього закону. З огляду на лаконічність Закону про зміни необхідним є подальше роз'яснення Конституції ВС ЄР. На думку Ю. Лафранж, під час розгляду цієї справи ВС ЄР повинен був звернутися із преюдиційним запитом до Європейського Суду Справедливості¹⁵.

Таким чином, до 2006 р. Закон про зміни фактично не застосовувався.

Зміни, внесені у законодавство у 2005 р., дозволили попередній контроль законопроектів, необхідний для виконання обов'язків держави-члена ЄС. Під час такого контролю ВС ЄР повинен був визначити, як тлумачити Конституцію з огляду на право ЄС, якщо тлумачення Конституції є вирішальним для подальшого розгляду законопроекту¹⁶.

Невдовзі після розширення компетенції ВС ЄС Ріігікогу звернувся до нього із запитом щодо тлумачення § 111 Конституції з огляду на право ЄС та Закон про зміни. Питання полягало у тому, чи може Банк Естонії мати виключне право на емісію естонської валюти після запровадження євро та як положення Конституції, яке передбачає таке право, повинно тлумачитися з урахуванням Закону про зміни та права ЄС. Ситуація ускладнювалася висловленими Європейською Комісією сумнівами щодо відповідності § 111 Конституції Естонії ст. 106 Договору про ЄС, що могло бути перешкодою для запровадження євро в Естонії.

У рішенні ВС ЄР № 3-4-1-3-06 від 11 травня 2006 р. (справа щодо введення в обіг валюти євро) міститься роз'яснення наслідків прийняття Закону про зміни для правової системи Естонії, при цьому особлива увага приділена розкриттю змісту § 2. Зазначається, що внаслідок прийняття Закону про зміни право ЄС стало однією із основ для тлумачення та застосування Конституції. По суті, це прирівнюється до істотних змін всієї Конституції настільки, наскільки вона не відповідає праву ЄС.

Судді обґрунтували свою позицію у справі, посилаючись на § 2 Закону про зміни. Вони дали негативну відповідь на питання Ріігікогу щодо можливості Банку Естонії мати виключне право на емісію національної валюти, яке було передбачено у ст. 111 Конституції Естонії. У рішенні вказано, що це положення Конституції суперечить праву ЄС, а тому, враховуючи положення § 2 Закону про зміни, воно не може застосовуватися.

Учасники провадження висловили власне розуміння § 2 САА. Канцлер юстиції вважав за можливе шляхом тлумачення надати нове значення положенням Конституції, що узгоджувалося б із правом ЄС. Міністр юстиції зазначив, що залежно від положення Конституції воно може бути або розтлумачено до певної міри відповідно до права ЄС, або право ЄС повинно отримати пріоритет, натомість положення Конституції не буде застосовуватися. Він підкреслює, що § 2 Закону про зміни виключає можливість конфлікту між Конституцією та правом ЄС, оскільки Конституція повинна застосовуватися із врахуванням прав та обов'язків, які виникають у зв'язку з підписанням Договору про приєднання.

У п. п. 13, 14 рішення зазначається, що в Естонії була використана модель конституційних змін, за якої зміни до Конституції приймаються у формі окремого конституційного акта, натомість положення Конституції формально не змінюються. Після прийняття такого акта Конституція повинна застосовуватися з урахуванням таких змін, і лише ті конституційні положення можуть застосовуватися, які не суперечать змінам.

Слід зазначити, що саме у цьому рішенні ВС ЄР на основі тлумачення § 2 Закону про зміни було визначено пріоритет права ЄС над правом Естонії. Судді вказали, що для визначення того, чи підлягає застосуванню

конкретна норма Конституції, слід надати їй тлумачення, виходячи із положень права ЄС, котре стало обов'язковим для Естонії після підписання Договору про приєднання. Лише ті положення Конституції можуть застосовуватися, які не суперечать праву ЄС або які регулюють правовідносини, що не охоплюються компетенцією ЄС. У випадку колізії між законодавством Естонії, включаючи Конституцію, та нормами права ЄС повинно застосовуватися останнє. Проте це стосується тих сфер, на які поширюється виключна компетенція ЄС або якщо це – сфера спільної компетенції з ЄС (п. 16)¹⁷.

Ю. Лафранж вважає позитивними моментами цього рішення те, що нарешті Закон про зміни знайшов своє практичне застосування і ВС ЄР прийняв рішення на його основі, не зважаючи на свою попередню обережність щодо нього. Отже, вперше проблема була вирішена шляхом тлумачення Закону про зміни¹⁸.

Таким чином, проаналізувавши конституційні зміни, які відбулися в Естонії у 2003 р. перед вступом до ЄС, можна зробити наступні висновки:

1. Естонія не могла стати членом ЄС, не змінивши свою Конституцію. Цьому перешкоджала відсутність положень, на основі яких можна делегувати суверенні права міжнародній організації та сильний захист суверенітету. Обговорення конституційних змін тривало сім років.

Під час вирішення питання щодо способу внесення змін було надано перевагу прийняттю окремого закону. З-поміж держав-членів ЄС такий особливий спосіб було обрано ще у Литві.

2. Закон про зміни за своєю юридичною силою є однаковим із Конституцією. Проте при вирішенні питань, пов'язаних із правом ЄС, він має пріоритет щодо конституційних норм. Не зважаючи на невеликий обсяг закону, його значення є вагомим. Закон про зміни вважається сполучною ланкою між правом ЄС та правом Естонії. Поява закону зумовила необхідність тлумачення положень Конституції на його основі.

Закон про зміни запровадив новий критерій законності, а саме – поняття «фундаментальних цінностей». Але зміст цього поняття ні в законі, ані в Конституції не розкритий.

3. Закон про зміни став предметом критики, тривалий час він не застосовувався. До недоліків цього закону можна віднести: 1) спосіб внесення змін, який зумовив паралельне існування первинної редакції Конституції та закону про внесення змін до неї. Наявність у системі джерел права декількох конституційних актів, однакових за юридичною силою, порушує принцип правової визначеності та створює труднощі при їх застосуванні. У естонській науковій літературі домінує думка про неправильний вибір способу внесення змін. Більш ефективним вважається внесення змін до окремих статей Конституції, зміст яких суперечить праву ЄС або які містять положення, що перешкоджають вступу держави до ЄС; 2) обсяг Закону про зміни, а точніше – лаконічність викладу. Це створює можливості для необмеженого тлумачення, часом не виправданого.

4. Закон про зміни не застосовувався протягом двох років з моменту набрання ним чинності. Вперше він став основою для розгляду справи Верховним Судом Естонської Республіки у 2006 р. у справі про введення євро.

5. Враховуючи досвід Естонії, доцільно під час проведення конституційної реформи в Україні розглянути можливість включення положень, які не перешкоджали б інтеграції України в ЄС, до тексту нової Конституції.

¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, з іншої сторони : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/984_011

² *Schneider H.* Constitution in a Blast of Changes / H. Schneider // *Juridica International.* – 2007. – № 12. – P. 4–14.

³ The Constitution of the Republic of Estonia : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/530102013003/consolide/current>

⁴ *Anthony Moore, Mario Chiavario.* Police and Judicial Co-operation in the European Union: FIDE 2004 National Reports Fédération internationale pour le droit européen. Congrès, Cambridge University Press, 2004. – P. 77–78.

⁵ *Laffranque J.* A Glance at the Estonian Legal Landscape in View of the Constitution Amendment Act / J. Laffranque // *Juridica International.* – 2007. – № 12. – P. 56.

⁶ *Laffranque J.* Co-existence of the Estonian Constitution and European Law / J. Laffranque // *Juridica International.* – 2002. – № 7. – P. 19.

⁷ *Chybalski P.* Analiza porównawcza konstytucji państw członkowskich Unii Europejskiej w zakresie podstaw członkostwa tych państw w Unii. – Warszawa : Wydawnictwo Sejmowe, 2010. – S. 12–14.

⁸ Act concerning the conditions of accession of the Czech Republic, the Republic of Estonia, the Republic of Cyprus, the Republic of Latvia, the Republic of Lithuania, the Republic of Hungary, the Republic of Malta, the Republic of Poland, the Republic of Slovenia and the Slovak Republic and the adjustments to the Treaties on which the European Union is founded : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2003:236:TOC>

⁹ *Laffranque J.* A Glance at the Estonian Legal Landscape in View of the Constitution Amendment Act / J. Laffranque // *Juridica International.* – 2007. – № 12. – P. 57.

¹⁰ The Constitution of the Republic of Estonia Amendment Act : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/530102013005/consolide>

¹¹ *R. Narits.* About the Principles of the Constitution of the Republic of Estonia from the Perspective of Independent Statehood in Estonia / R. Narits // *Juridica International.* – 2009. – № XVI. – P. 62.

¹² *Schneider H.* Constitution in a Blast of Changes / H. Schneider // *Juridica International.* – 2007. – № 12. – P. 12–13.

¹³ *Albi A.* Estonian Constitution and EU: How and to What Extent to Amend It? / A. Albi // *Juridica International.* – 2002. – № 1. – P. 47–48.

¹⁴ *Laffranque J.* A Glance at the Estonian Legal Landscape in View of the Constitution Amendment Act / *J. Laffranque // Juridica International.* – 2007. – № 12. – P. 58.

¹⁵ Constitutional Judgement 3-4-1-1-05 Judgement of the Supreme Court en banc 19.04.2005 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nc.ee/?id=391>

¹⁶ *Laffranque J.* A Glance at the Estonian Legal Landscape in View of the Constitution Amendment Act / *J. Laffranque // Juridica International.* – 2007. – № 12. – P. 60.

¹⁷ Constitutional Judgement 3-4-1-3-06 Opinion of the Constitutional review Chamber of the Supreme Court on the interpretation of the Constitution : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nc.ee/?id=663>

¹⁸ *Laffranque J.* A Glance at the Estonian Legal Landscape in View of the Constitution Amendment Act / *J. Laffranque // Juridica International.* – 2007. – № 12. – P. 64.

Резюме

Довгань Г. В. Конституційні зміни як передумова вступу Естонської Республіки до Європейського Союзу.

Стаття присвячена аналізу Закону про внесення змін до Конституції Естонської Республіки, який було прийнято 14 вересня 2003 року. Висвітлено процес прийняття цього закону. Автор розглядає зміст його основних положень. Значна увага зосереджена на висновку Верховного Суду Естонської Республіки від 11 травня 2006 р., в якому вперше було використано розглянутий закон.

Ключові слова: Закон про внесення змін до Конституції Естонської Республіки, Верховний Суд Естонської Республіки, Європейський Союз, фундаментальні принципи, суверенітет.

Резюме

Довгань Г. В. Конституционные изменения как предпосылка вступления Эстонской Республики в Европейский Союз.

Статья посвящена анализу Закона про внесение изменений в Конституцию Эстонской Республики, который был принят 14 сентября 2003 года. Освещён процесс принятия этого закона. Автор рассматривает его основные положения. Значительное внимание уделено заключению Высшего Суда Эстонской Республики от 11 мая 2006 г., в котором впервые был применён рассматриваемый закон.

Ключевые слова: Закон про внесение изменений в Конституцию Эстонской Республики, Высший Суд Эстонской Республики, Европейский Союз, фундаментальные принципы, суверенитет.

Summary

Dovhan H. Constitutional amendments as the prerequisite for the Republic of Estonia accession to the European Union.

The article is devoted to the analysis of the Constitution of the Republic of Estonia Amendment Act, which was adopted on 14.09.2003. The process of its adoption has been elucidated. The author examined its main provisions. Special attention is paid to the opinion of the Supreme Court of the Republic of Estonia of 11 May 2006, which was based for the first time on the aforementioned Act.

Key words: Constitution of the Republic of Estonia Amendment Act, Supreme Court of the Republic of Estonia, European Union, fundamental principles, sovereignty.

УДК 342.7

Т. А. КОСТЕЦЬКА

Тетяна Анатоліївна Костецька, кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ІНФОРМАЦІЙНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЯК НЕВІД'ЄМНА СКЛАДОВА ВИБОРЧОГО ПРОЦЕСУ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Ефективність проведення виборів для сучасної демократичної держави, відкритого суспільства, здатних забезпечити дотримання конституційних прав громадян щодо їх участі в управлінні державними справами, вирішення питань місцевого значення, – складова багатьох чинників. Нині так звана «демократія участі» практично неможлива для здійснення без використання інформаційно-комунікаційних технологій, розвиток яких спричиняє суттєві зміни у принципах функціонування суспільних відносин, впливає на формування якісно нового громадянського суспільства. У цьому зв'язку сучасні, насамперед зарубіжні дослідники (І. Масуда, Б. Барбер, Л. Гроссман та ін.), обґрунтовують ідею про еволюцію представницької демократії у сучасному інформаційному суспільстві в систему «електронної демократії»¹.

Вказані проблеми є актуальними та своєчасними для України, яка вже сприйняла доктрину інформаційного суспільства як частину державної політики та закріпила основні засади його розвитку й становлення на

законодавчому рівні, і для якої важливим напрямом на сучасному етапі політико-правового розвитку стала реалізація цінностей громадянського суспільства. Серед них – запровадження електронних форм участі кожного громадянина чи просто члена суспільства брати участь у вирішенні питань суспільного значення як основи життєдіяльності, життєздатності громадянського суспільства.

Становлення демократичних інститутів супроводжується, зокрема, постійною модернізацією виборчого законодавства, застосуванням новітніх технологій та електоральних процедур. При цьому вихідним і визначальним критерієм розробки й використання технологій у виборчій практиці повинні бути їхня відповідність демократичним принципам, морально-етичним нормам, спрямованість на забезпечення реалізації основних політичних прав і свобод громадян, суворе дотримання правових приписів, оскільки використання технологій, які не відповідають зазначеним критеріям, веде до руйнування демократичного правопорядку².

Як відомо, основні стадії виборчого процесу відносно врегульовані на законодавчому рівні, однак проблеми використання виборчих технологій, які не завжди базуються на встановлених демократичних принципах проведення виборів, етичних нормах, залишаються невирішеними. Проведення виборів на визначених законодавством засадах публічності й відкритості; свободи передвиборної агітації, рівного доступу всіх суб'єктів виборчого процесу до засобів масової інформації (далі – ЗМІ) зумовлює виникнення різноманітних інформаційних відносин з різним ступенем правового регулювання.

Практика проведення вітчизняних парламентських, президентських та місцевих виборів засвідчила, в тому числі, що оперативне інформування учасників виборчого процесу на всіх його стадіях, інформація про динаміку участі громадян у голосуванні, своєчасне оголошення результатів виборів тощо відіграють значну роль у визнанні підсумків голосування легітимними та юридично достовірними, унеможливають маніпулювання суспільною свідомістю, застосування різного роду сумнівних виборчих технологій.

Складно применшити значення якісного інформаційного середовища, що супроводжує всі стадії виборчого процесу, підвищує ступінь його прозорості, легітимності будь-яких виборів, демократичності формування представницьких органів, обрання на виборні посади тощо. Певно, якщо це відбуватиметься за умови, що об'єкт електоральної інформації має забезпечуватися відповідно до встановлених законодавством принципів: відкритості, доступності; об'єктивності, вірогідності, повноти; законності одержання, використання, пошуку тощо.

Законодавство про парламентські вибори, яке вперше у виборчому законодавстві виокремило спеціальну групу норм, встановлює цільове призначення інформаційного забезпечення виборів – забезпечення виборцям можливості доступу до різнобічної, об'єктивної та неупередженої інформації, потрібної для здійснення усвідомленого, поінформованого, вільного вибору (ст. 63 Закону України «Про вибори народних депутатів України» від 17 листопада 2011 р. з подальшими змінами). Новітнє законодавство про місцеві вибори 2015 р. також закріплює подібні положення як основні засади інформаційного забезпечення виборів (ст. 49 Закону України «Про місцеві вибори»).

Виокремлення інформаційного забезпечення виборів як самостійного інституту спонукало спеціалістів до пошуків визначення критеріїв розмежування зазначеного поняття із взаємопов'язаними поняттями передвиборної агітації. Як окрема самостійна стадія виборчого процесу, передвиборна агітація має значну роль в інформаційному забезпеченні, оскільки саме під час її проведення виборці одержують інформацію, яка може вплинути на їхній свідомий вибір під час голосування.

Серед законодавчих нововведень – також поділ інформаційного забезпечення виборів на загальне та спеціальне (ст. ст. 64–65 Закону України «Про вибори народних депутатів України» та ст. ст. 50, 51 Закону України «Про місцеві вибори»). Загальне інформаційне забезпечення включає інформування виборців про: виборчі права громадян та способи їх здійснення і захисту; можливість та процедури перевірки включення себе й інших виборців до Державного реєстру виборців та списків виборців на виборчих дільницях; можливість і порядок зміни виборцю місця голосування (виборчої дільниці) без зміни виборчої адреси; адресу місцезнаходження окружної та дільничної виборчих комісій виборчої дільниці, до яких належить виборча адреса виборця; приміщення для голосування, його дату, час та процедуру; спосіб заповнення виборчого бюлетеня тощо. Спеціальне – інформування виборців про, наприклад, зареєстрованих кандидатів та суб'єктів їх висування; передвиборні програми партій та кандидатів у депутати в одномандатних округах; скасування реєстрації (вибуття) кандидата у депутати тощо.

Таким чином встановлені змістовні напрями інформаційного забезпечення виборів, інформування виборців; засади використання ЗМІ у виборчому законодавстві, інформаційної відкритості діяльності виборчих комісій; поширення інформації про результати опитування громадської думки в таких процесах тощо.

Зазначені обставини актуалізують необхідність поглиблення наукових досліджень інформаційних аспектів виборчого процесу в світлі визнаної багатьма науковцями, практиками доцільності розроблення нової цілісної доктрини виборчого права, формування концептуальних засад реалізації виборчих прав громадян.

Набуває значущості доцільність проведення комплексного теоретико-прикладного аналізу інформаційного забезпечення виборів, осмислення юридичної сутності цього багатогранного явища, надання змістовної характеристики інформаційного забезпечення виборів як конституційно-правової категорії; з'ясування його структурних елементів; уніфікації інформації, як предмета інформаційного забезпечення, його форм, методів тощо. Завданнями подібних досліджень має, зокрема, стати також аналіз конституційних засад інформаційного забезпечення виборів в Україні, положень чинного виборчого законодавства, розроблення науково обґрунтованих пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання відповідних процесів та ін.

За останні роки підготовлено чимало наукових праць, дисертаційних досліджень, монографій політологів, управлінців, правознавців у названих напрямках, хоча комплексного конституційно-правового аналізу інформаційного забезпечення як самостійного інституту поки немає. Серед досліджень останніх років заслуговують на увагу доробки з відповідної тематики таких вітчизняних та зарубіжних вчених, як: Л. Аглесва, М. Афанасьєва, С. Большаков, О. Винников, А. Головін, С. Кошемаріна, Д. Ланде, В. Мостовщиков, В. Співак, В. Фурашев, Л. Чорній, В. Шеверєва та ін. Предметом існуючих, зокрема дисертаційних досліджень, стали окремі проблеми, пов'язані насамперед з інститутами передвиборної агітації, реєстрації виборців, виборчими технологіями, правовою культурою учасників виборчого процесу тощо. Між тим, у спеціальній літературі раніше вже була здійснена спроба висвітлити сутність, структуру інформаційного забезпечення виборів як юридичної конструкції, встановити її елементи, проаналізувати конституційно-правові засади регулювання³.

В аспекті викладеного **метою** цієї роботи є спроба осмислення юридичної сутності інформаційного забезпечення виборів як виборчого інституту, подальше вдосконалення теоретичних та конституційно-правових засад інформаційного забезпечення виборчого процесу як правової гарантії здійснення громадянами України права на участь у безпосередній демократії.

Інформаційне забезпечення за сутністю, за змістом, формою – явище складне. Як поняття, воно має у спеціальній літературі різноманітні трактування⁴. У своїй основі наявні визначення вкладаються в одну загальну схему: інформаційне забезпечення – це впорядкована система дій, пов'язаних із створенням, зберіганням, пошуком, отриманням, використанням, розповсюдженням тощо відомостей незалежно від сфери застосування. Тобто, інформаційне забезпечення можна визначити як сукупність певних дій, що гарантують здійснення інформаційного процесу, інформаційної діяльності.

У виборчому процесі інформаційне забезпечення можна уявити у вигляді спеціального механізму (організаційного, технологічного, правового), який створює умови щодо отримання спеціальними учасниками відповідних конституційних відносин (виборцями, кандидатами на виборні посади, членами виборчих комісій, представниками ЗМІ тощо) різнобічної, об'єктивної та неупередженої інформації, потрібної їм для здійснення усвідомленого, поінформованого, вільного волевиявлення, здійснення покладених повноважень щодо організації, висвітлення виборчих процесів.

Комплексний підхід до аналізу досліджуваного поняття опосередковує визначення змістовного (функціонального) аспекту інформаційного забезпечення виборів. У даному випадку йдеться про інформаційний процес, пов'язаний з проведенням виборів, об'єктом якого є сукупність взаємообумовлених суспільних відносин, направлених на реалізацію однієї з пріоритетних конституційних форм безпосередньої демократії. Як справедливо вказується, зараз вибори є практично основним і найбільш поширеним у практиці конституціоналізму установчим способом формування складу органів здійснення різних видів публічної влади⁵.

До того ж, інформаційне забезпечення є практичною реалізацією таких конституційних прав громадян України, як: право вільно обирати і бути обраним до представницьких органів, на виборні посади та право кожного на інформацію. З точки зору інформаційних процесів такі відносини визначають ще й як інформаційні. Предметом їх є характерні відомості, сукупність яких у виборчому процесі називають електоральною інформацією.

Зокрема, основними напрямками функціонування й розвитку названих виборчих відносин можна назвати:

1) забезпечення поінформованості виборців з питань виборчого законодавства, проблем державотворення, місцевого самоврядування, конституційної реформи з метою розвитку політико-правової культури громадян, підвищення їхньої правосвідомості як реальних і потенційних учасників названих процесів (інформування через ЗМІ); інформування громадян Центральною та іншими виборчими комісіями про хід виборчої кампанії; здійснення консультативних заходів, спрямованих на роз'яснення положень чинного виборчого законодавства, особливо в частині нововведень, усвідомлення учасниками виборчого процесу відповідальності за порушення виборчого законодавства тощо;

2) підвищення професійних знань організаторів виборів, членів виборчих комісій з метою забезпечення кваліфікованого проведення таких заходів;

3) забезпечення правової поінформованості кандидатів на виборні посади та їх довірених осіб, політичних партій – суб'єктів виборчого процесу – та їх уповноважених осіб, спостерігачів з питань висування і реєстрації кандидатів у депутати, правил ведення передвиборної агітації, встановлених чинним законодавством, спілкування з виборцями, представниками ЗМІ.

Звісно, що використання останніх у виборчому процесі при висвітленні основних стадій його проведення, оприлюдненні результатів – це окремий змістовний напрям інформаційного забезпечення. Діяльність ЗМІ є однією з найвагоміших гарантій активної та свідомої участі громадян у здійсненні волевиявлення, основою громадського контролю за діяльністю виборчих комісій, інших суб'єктів виборчого процесу, запорукою високого рівня організації виборів тощо. Виборче законодавство досить детально регламентує правила використання у відповідних процесах.

Дослідники називають, зокрема, такі основні функції, як: агітаційна, інформаційна та просвітницька, що їх виконують ЗМІ у виборчому процесі.

Зокрема, новітнє законодавство про місцеві вибори закріпило обов'язок за всіма ЗМІ незалежно від форми власності справедливо, збалансовано та неупереджено висвітлювати хід підготовки й проведення місцевих виборів у новинах, інформаційних випусках, ток-шоу, дискусійних та інших програмах. Разом із тим встановлений обов'язок виборчих комісій, органів державної влади, органів влади АРК, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб в межах своїх повноважень і компетенції надавати представ-

никам ЗМІ інформацію щодо ходу підготовки і проведення місцевих виборів (п. 4 ст. 13 Закону України «Про місцеві вибори»). Чинне законодавство встановлює також положення щодо зобов'язань, зокрема, інформаційних агентств та ЗМІ поширювати повідомлення про перебіг виборчого процесу, події, пов'язані із виборами, базуючись на засадах достовірності, повноти й точності, об'єктивності інформації та її неупередженого подання, відповідно до фактів, не допускаючи перекручування інформації; збалансовано висвітлювати коментарі всіх партій та кандидатів у депутати щодо подій, пов'язаних із виборами (ст. 66 Закону України «Про вибори народних депутатів»).

Очевидно, що законодавець найбільшу увагу звертає на регламентування лише інформаційної та агітаційної функцій ЗМІ. Спеціалісти підкреслюють, що їх просвітницька роль майже не стала предметом нормативного регулювання, на відміну від практики багатьох країн розвинутої демократії, де просвітницькій роботі з електоратом через ЗМІ приділяється значна увага.

Між тим, сучасна практика підготовки проведення виборів Президента України, місцевих виборів виявила не тільки певну проблемність в реалізації чинного виборчого законодавства, в тому числі і щодо використання ЗМІ, а й тенденції до значного розширення вищезазначених функцій. Використовуючи доробок науковців щодо визначення функціональної ролі ЗМІ у розвитку інститутів громадянського суспільства⁶, можна, окрім названих, виділити такі, як: функція формування і вираження громадської думки, контрольна і функція критики, мобілізаційна.

Зокрема, незважаючи на постійне вдосконалення і новелізацію, виборче законодавство не досить чітко визначає місце вказаних ЗМІ у відповідних процесах. Трапляються випадки порушення законодавчого принципу рівних умов використання ЗМІ кандидатами на виборні посади, існують проблеми застосування юридичної відповідальності до ЗМІ за порушення вимог чинного законодавства тощо. Все ще актуальними залишаються проблеми, обґрунтовані значно раніше на досвіді проведення виборчих кампаній, такі як: невизначеність статусу ЗМІ у виборчому процесі; відсутність діючої системи загальних етичних стандартів професійної діяльності журналістів тощо⁷.

Ефективність інформаційного забезпечення виборів – складова багатьох чинників, і вона визначається передусім не тільки змістом певних відомостей, а й установленими законодавством принципами їх функціонування.

Так, інформація, як предмет інформаційного забезпечення, є багатоманітною як за засобами поширення, формою закріплення (вираження), так і за відомостями, що є її змістом, наділена певними характерними ознаками. Насамперед незалежно від змісту ця інформація завжди має соціальну значимість, є політичною. За режимом доступу відомості щодо виборів є інформацією відкритою. Презумпція відкритого характеру електоральної інформації зумовлена, передусім законодавчо закріпленими принципами публічності й відкритості підготовки, організації і проведення виборів. Окремі відомості містять, наприклад, ознаки інформації, яка за чинним законодавством (ст. 11 Закону України «Про інформацію») визначаються як інформація про фізичну особу (персональні дані) – відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована. За режимом доступу така інформація є конфіденційною, з обмеженим доступом. Зокрема, характер персональних даних мають: списки виборців на спеціальних виборчих дільницях, які містять щодо кожного виборця відомості про: прізвище, власне ім'я (усі власні імена), по батькові (за наявності); дату народження (число, місяць, рік); адресу місця проживання (ст. 34 Закону «Про місцеві вибори»).

Наведене, зрозуміло, не вичерпує всієї розмаїтості проблемних питань вдосконалення інформаційного забезпечення як насамперед діяльності, спрямованої на створення умов надходження необхідної інформації до учасників виборчого процесу, підвищення їх поінформованості, сприяння організованості, упорядкованості всієї системи. Виникає доцільність комплексного аналізу особливостей функціонування різноманітних за суб'єктами, об'єктами, змісту відносин, стану правового регулювання, формулювання науково обґрунтованих пропозицій щодо їх впорядкування. Актуальними є подальші розробки поставлених та інших проблем безпосередньої участі громадян у розбудові основних інститутів громадянського суспільства.

¹ Про основні концепції електронної демократії див., напр.: *Берега А. В.* Реформування публічної влади: сучасні концепції та політична практика : моногр. / А. В. Берега. – К., 2012. – С. 143–155.

² *Афанасьєва М. В.* Конституційно-правове забезпечення виборчих технологій в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М. В. Афанасьєва. – Одеса, 2003. – С. 1.

³ Див., напр.: *Костецька Т. А.* Правові аспекти інформаційного забезпечення виборів та референдумів в Україні: Розділ колект. моногр. / Т. А. Костецька // Конституційно-правові форми безпосередньої демократії в Україні: проблеми теорії і практики. – К., 2001.

⁴ *Калюжний Р. А.* Інформаційне забезпечення державного управління (на прикладі системи органів внутрішніх справ) / Р. А. Калюжний // Державне управління: теорія і практика. – К., 1998. – С. 402–403; *Костецька Т. А.* Особливості інформаційного забезпечення у місцевому самоврядуванні / Т. А. Костецька // Вказана праця. – С. 109–111; *Калюжний Р. А.* Інформаційне забезпечення управлінської діяльності в умовах інформатизації: організаційно-правові питання теорії і практики : моногр. за ред. Р. А. Калюжного, В. О. Шамрая – К., 2002. – С. 37–43 та ін.

⁵ *Шаповал В. М.* Сучасний конституціоналізм : моногр. / В. М. Шаповал. – К., 2005. – С. 303–417.

⁶ *Бойчук І. В.* Засоби масової інформації як інститут громадянського суспільства в Україні (на прикладі західних областей) : автореф. дис. ... канд. політ. наук / І. В. Бойчук. – К., 2014. – С. 7.

⁷ *Винников О.* Прозорі вибори та ЗМІ в Україні: правове регулювання : моногр. / О. Винников, Л. Чорній. – К., 2004.

Резюме

Костецька Т. А. Інформаційне забезпечення як невід'ємна складова виборчого процесу: теоретико-правові аспекти.

Стаття присвячена визначенню напрямків формування якісно нового громадянського суспільства як інформаційного суспільства, як суспільства електронної демократії. Розкриваються роль та значення інформаційних аспектів виборчого процесу. Здійснена спроба осмислення юридичної сутності інформаційного забезпечення виборів як конституційно-правової категорії. Придільена увага з'ясуванню його структурних елементів, стан їх правового забезпечення. Висвітлюється роль та функції ЗМІ у відповідних процесах, аналізуються окремі проблемні питання законодавчого регулювання.

Ключові слова: електронна демократія, громадянське суспільство, виборче право, інформаційне забезпечення виборів, ЗМІ і виборчий процес.

Резюме

Костецкая Т. А. Информационное обеспечение как неотъемлемая составляющая избирательного процесса: теоретико-правовые аспекты.

Работа посвящена определению направлений формирования качественно нового гражданского общества как общества информационного, как общества электронной демократии. Раскрываются роль и значение информационных аспектов избирательного процесса. Осуществляются некоторые подходы к осмыслению сущности информационного обеспечения выборов как правовой категории. Анализируются его структурные элементы, состояние их правового обеспечения. Уделено внимание роли и функциям СМИ в избирательном процессе, проблемам законодательного регулирования их деятельности.

Ключевые слова: электронная демократия, гражданское общество, избирательное право, информационное обеспечение выборов, СМИ и избирательный процесс.

Summary

Kostetska T. Information support as an integral part of the electoral process: theoretical and legal aspects.

This article devoted to defining the direction of forming a qualitatively new civil society as Information society, as e-democracy society. The role and importance of the election process's information aspects are revealing. The attempt of understanding the legal nature of information support of elections as the constitutional and legal category has made. The article focuses on the elucidation of elections information support's structural elements and their legal providing. The role and functions of mass media in the relevant processes are highlighting, some problematic issues of legal regulation are reviewing.

Key words: e-democracy, civil society, electoral right, information support of election, mass media, electoral process.

УДК 342.53

Н. Л. ОМЕЛЬЧЕНКО

Наталія Леонідівна Омельченко, кандидат юридичних наук, доцент, науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

ПОНЯТТЯ, ПРИНЦИПИ ТА МІСЦЕ ПАРЛАМЕНТСЬКОГО ПРАВА УКРАЇНИ У СИСТЕМІ ПРАВА

У сучасних умовах трансформаційних змін та глобалізаційних процесів проблеми формування й розвитку парламентського права України є важливим напрямом сучасної юридичної науки та практики. Вказана проблема зумовлює виняткову актуальність та необхідність комплексного дослідження також з позицій того, що вона є основоположною для розуміння феномена парламентаризму й законодавчої влади та формування чітких уявлень про категоріальне значення, правову природу, стан і динаміку застосування основних принципів функціонування парламенту і є основою знань про конституційно-правовий статус парламенту¹.

Метою статті є проведення наукового пошуку та обґрунтування нових теоретико-методологічних положень щодо формування й розвитку парламентського права України, системи його принципів, їх сутності та системної характеристики загальних і спеціальних принципів, котрі лежать в основі парламентського права України.

Найбільш дискусійним у сучасній конституційно-правовій літературі є питання щодо правової природи парламентського права. Значною мірою це зумовлено відсутністю єдності наукових позицій щодо визначення поняття парламентського права та його місця в системі права, розкриття його сутності і змісту, виділення предмета та методів правового регулювання, принципів та джерел парламентського права, розкриття його ознак і атрибутів.

Утвердження парламентського права збіглося у часі з історичним розвитком та становленням таких явищ, як парламент і парламентаризм, які тісно пов'язані між собою, хоча, власне, сам інститут парламенту

має більш давнє коріння, ніж парламентське право, виникнення та розвиток якого припадає на період XVII – початок XIX століття. Вперше у 1884 р. була надрукована відома класична праця Е. Мея «*Treatise on the Law, Privileges Proceedings and Usage of Parliament*», яка перевидавалася 16 разів. Її можна впевнено назвати підручником з парламентського права².

В. М. Шаповал та Г. С. Журавльова є одними з перших українських вчених, які порушили питання про необхідність теоретичного обґрунтування процесів, пов'язаних зі становленням нової за якісними ознаками правової системи, так би мовити, на випередження, пропонуючи концепції, спрямовані на перспективу. У матеріалах науково-практичної конференції, присвяченій перспективам розвитку законодавства України «Концепція розвитку законодавства України» (1996 р.), було запропоновано розробити концепцію парламентського права України³. Серед інших особлива увага приділялася науковим працям вчених, які досліджували актуальні проблеми парламентського права та його принципів, як вітчизняного: О. В. Городецький, Ю. Д. Древаль, Г. С. Журавльова, В. М. Олуйко, Ю. М. Тодика, В. М. Шаповал, О. Н. Ярмиш, так і зарубіжного: М. Амеллер, І. Бентам, Е. Мей, Генрі М. Роберт.

Так, Ю. С. Шемшученко парламентське право визначає як сукупність правових норм, якими регулюються суспільні відносини щодо структури і порядку діяльності парламентів та підпорядкованих ним органів⁴, О. В. Городецький під парламентським правом розуміє сукупність норм, що регулюють організацію, склад, повноваження, порядок діяльності парламенту, його комітетів, комісій та депутатів⁵, П. Кислий та Ч. Вайз зазначають, що парламентське право – це сукупність нормативно-правових актів і положень, що обумовлюють порядок формування та засади організації парламенту країни, права і обов'язки його складових ланок та депутатів з метою створення ефективного законодавчого поля, що спрямоване на утвердження політико-правового статусу людини як громадянина цього суспільства, засад державного й суспільного ладу, і яке визначає засади взаємовідносин законодавчого органу з іншими державними органами, об'єднаннями громадян, підприємствами, установами і організаціями незалежно від форм власності, а також їх посадовими та службовими особами⁶, Г. С. Журавльова стверджує, що парламентське право – це підгалузю конституційного права України, сукупність конституційно-правових норм, які регулюють організацію і діяльність Верховної Ради України, а також регламентують питання взаємовідносин парламенту з іншими органами державної влади у зв'язку з реалізацією його функцій і повноважень⁷.

Разом з тим в юридичній літературі зустрічається більш широке трактування парламентського права і розглядається в аспекті його співвідношення з політичним правом, як особливої системи юридичних принципів і норм, політичних правил, традицій і домовленостей, що регулюють внутрішній устрій парламенту і пов'язані з ним організаційні відносини, а також процес парламентської діяльності та частково взаємовідносини з іншими державними органами влади й виборчим корпусом⁸.

Традиційно парламентське право розглядається в межах галузі конституційного права як його фундаментальний інститут. Цей інститут визначає основні принципи вітчизняного парламентаризму, поняття парламенту, його формування, склад і структуру, функції та повноваження, порядок роботи парламенту й основні парламентські процедури⁹.

Водночас не всі науковці поділяють підхід, згідно з яким парламентське право вважається складовим або фундаментальним інститутом конституційного права України без будь-яких проявів самостійності. Для формування такого «права» цілком достатньо виокремити наукові розділи чи глави з підручників конституційного права, в яких йдеться про врегулювання питань парламентських виборів і функціонування парламентів, зокрема принципи парламентаризму, поняття парламенту, порядок його формування, склад і структуру, функції та повноваження, порядок роботи парламенту, парламентські процедури (законодавча, установча, контрольна), а також визначення правового статусу народного депутата. Отже, цей погляд є не лише найпростішим, а й водночас і найменш перспективним, оскільки, по суті, нівелює положення про парламентське право, що базується на певній специфіці предмета та методу (якщо такої специфіки немає, то й, власне, не може бути і окремої сфери правових відносин, що врегульовується парламентським правом)¹⁰.

Слід зазначити, що інститути самостійно чи в сукупності з іншими інститутами права можуть набувати якісно нового значення і утворювати підгалузю права, які в силу традиції мають назву «право» – виборче право, парламентське право тощо. Підгалузі права не є самостійними елементами системи права в цілому, але мають певну автономію в межах системи конституційного права України¹¹.

Незважаючи на відсутність у теорії права апробованих критеріїв розмежування підгалузевих та інституційних утворень, підгалузю права визнається об'єднання декількох споріднених інститутів однієї і тієї ж галузі права, зовнішнім вираженням якої є наявність норм-принципів, притаманних цим правовим інститутам. Враховуючи, що у складі парламентського права можна виділити групи норм, які регулюють питання статусу парламентарія, законодавчого процесу, парламентського контролю тощо, утворюючи тим самим окремі інститути, які об'єднанні основними принципами функціонування представницького органу влади (поділ влади, незалежність, виборність, представництво, колегіальність). Звідси можна зробити висновок про виділення у структурі конституційного права підгалузі парламентське право, який на сьогодні є цілком правомірний¹². На таких позиціях знаходяться О. В. Совгіря, Н. Г. Шукліна та Г. С. Журавльова.

На нашу думку, передумови становлення парламентського права об'єктивно сформувалися вже сьогодні. Інститут набув властивостей підгалузі конституційного права – парламентського права, яка в перспективі може сформуватися у самостійну комплексну галузь національного права. Важливим кроком у цьому напрямі має стати узаконення такого кодифікованого акта, як Регламент Верховної Ради України¹³, оскільки на

сьогоднішній день дискусійними є питання щодо форми парламентського регламенту та змісту, а також прийняття Закону України «Про Верховну Раду України».

Для сучасного наукового дослідження проблем конституційного права слід відмітити неоднозначність теоретико-методологічних підходів вчених до сутності та змісту категорії «принципи парламентського права». Так, В. М. Олуйко у першому в незалежній Україні навчальному посібнику «Парламентське право України» (1997 р.) зазначав, що нормативний масив парламентського права складається під впливом принципів і норм конституційного права¹⁴, не даючи розгорнутого трактування ні самих принципів, ні їх системи, ні самих норм. Аналіз сучасної української та зарубіжної юридичної літератури дає нам можливість зробити висновок, що категорія «принципи парламентського права» часто ототожнюється з такими категоріями, як «особливі конституційно-правові принципи», «основні принципи діяльності парламенту», «принципи організації й діяльності парламенту» тощо.

Принципи відіграють роль орієнтирів у формуванні права. Зокрема, еволюція права походить від ідей до норм, потім через реалізацію норм – до суспільної практики. Саме починаючи з появи ідей, а ідея досить часто формується у вигляді правового принципу, принцип визначає, направляє розвиток права¹⁵.

Принципи права – це такі відправні ідеї існування права, які виражають найважливіші закономірності й підвалини даного типу держави і права, є однопорядковими із сутністю права і становлять його головні риси, відрізняються універсальністю, вищою імперативністю та загально значимістю, відповідають об'єктивній необхідності побудови і зміцнення певного суспільного ладу¹⁶. Принципи права виступають своєрідною першоосновою, на якій ґрунтуються не тільки його норми, інститути, галузі (підгалузі), механізм правового регулювання, але й вся його система.

Слід зазначити, що в юридичній літературі існують різноманітні погляди щодо видів принципів права і, відповідно, стосовно побудови їх в єдину систему. Проте звертається увага на те, що найбільш поширеною є класифікація принципів права за сферою їх дії в межах системи права: у такому випадку в системі виокремлюються загальні принципи права, міжгалузеві, галузеві принципи, принципи підгалузей та інститутів права. Слушною є позиція І. П. Бахновської щодо необхідності виділення в системі принципів права основоположних принципів права¹⁷, які є фундаментальними і головними принципами у системі права, а всі інші є похідними.

У цьому контексті особливо важливим є узагальнення теоретико-методологічних підходів теорії держави і права, а також галузевих принципів, зокрема принципів конституційного права України. Можна зробити висновок, що принципам парламентського права притаманні юридичні ознаки, які розкривають їх сутність та зміст: по-перше, парламентське право України характеризується своєрідною конструкцією, а саме, вираженням загальних принципів права, які конкретизуються в принципах конституційного права України (публічності, пріоритетності, універсальності, демократизму, активної дієвості, науковості, наступності, системності, програмності) і знаходять своє логічне продовження наявністю загальних та особливих принципів парламентського права; по-друге, незважаючи на системний і структурний поділ принципів парламентського права, зокрема на загальні та спеціальні (інституційні), конституційні й законодавчі, матеріальні і процесуальні, національні та наднаціональні, вони є внутрішньо єдиними і становлять систему принципів парламентського права України; по-третє, за способом матеріалізації у праві принципи парламентського права закріплюються: через безпосереднє формулювання їх у нормах права (текстуальне закріплення) та другий спосіб закріплення – виведення принципів права із змісту нормативно-правових актів (змістовне закріплення)¹⁸; по-четверте, принципи парламентського права мають історичний характер, вони втілюють найважливіші ідеї становлення і розвитку парламентського права, які виражені в історичних традиціях світового та українського парламентаризму, першоджерелах, перших актах парламентів та працях дослідників конституційного та парламентського права проблем парламентаризму, законодавчої влади, функцій та повноважень парламентів, взаємодії парламентів з іншими органами державної влади тощо. Серед них фундаментальними для парламентського права, як світового, так і українського, вважаються праці Е. Мея, Д. Хатсела, Й. Редліха та ін.

До загальних принципів парламентського права слід віднести: принцип народовладдя, поділу влади, верховенства права, верховенства закону, суверенітету парламенту, законність (легітимність), виборність, колегіальність, гласність, інформатизації, діяльність парламенту на професійних засадах, принцип періодичного оновлення складу парламенту, принцип поєднання єдиної законодавчої влади і безпосереднього народовладдя, принцип політичного плюралізму та багатопартійності тощо.

На сьогоднішній день одним із перспективних напрямів дослідження проблем конституційного права і парламентської практики є виділення й дослідження поряд із загальними принципами парламентського права принципів інститутів парламентського права як відносно самостійних утворень, що виражають сутність і зміст інститутів цієї підгалузі права. До таких інститутів слід віднести: інститут законодавчої влади, інститут статусу народного депутата, інститут функцій та повноважень, інститут законодавчого процесу, інститут парламентського контролю, інститут парламентських процедур тощо.

Наприклад, інституту законодавчого процесу властиві наступні принципи: принцип обґрунтованості розгляду законопроектів, принцип всебічного розгляду законопроектів, альтернативності, принцип доцільності включення законопроекту до порядку денного, принцип невідкладності розгляду законопроекту, відкритості, інформаційного забезпечення, публічності, гласності тощо.

Виходячи з поділу парламентського права на матеріальне та процесуальне, поряд з матеріальними принципами парламентського права слід розрізняти принципи парламентського процесуального права.

Наступна позиція ґрунтується на визначенні парламентського права як «парламентський процес» або «парламентське процесуальне право». Оскільки парламентське право включає як матеріальні, так і процесуальні норми права, існує думка, що на перший план висувають норми, які здебільшого регулюють процедурні питання (процесуальні норми – встановлюють порядок, процедуру, «регламент», здійснення прав або виконання обов'язків, передбачених у матеріальних нормах) і дещо меншою мірою – матеріальні норми (лише називають, позначають права, обов'язки, заборони)¹⁹, тим самим обґрунтовується позиція саме на процесуальних аспектах парламентського права, на його процедурній складовій, що, на нашу думку, звужує його предмет до виключно процесуального процесу. Також слід зазначити, що вирішення проблеми забезпечення процесуальних прав парламенту є надзвичайно важливим як у теоретичному, так і практичному аспектах. Це зумовлено значущістю таких прав, оскільки поза ними неможливе також здійснення матеріальних прав органу народного представництва. У такому контексті розглядувана проблема ще не дістала належної наукової розробки, що актуалізує її дослідження²⁰. Отже, не має сумнівів, що за всієї важливості процедурних норм парламентська діяльність усе таки ґрунтується насамперед на матеріальних нормах конституцій і загальних принципів парламентського права.

Водночас слід врахувати й те, що загальновизнані ідеї та ідеали парламентаризму трансформуються в принципи парламентського права, отримують своє закріплення в джерелах парламентського права та стають частиною парламентських взаємовідносин, суб'єктам яких є: народ України, виборці, народні депутати, депутатські фракції та групи, депутатська більшість і меншість (опозиція), парламентські комітети, Уповноважений з прав людини і Рахункова палата, Центральна виборча комісія, суб'єкти законодавчої ініціативи, лобісти.

Таким чином, у системі принципів парламентського права слід виділяти принципи організації і діяльності суб'єктів парламентського права, наприклад, комітети будують свою роботу на принципах: верховенства права; законності; гласності; їх рівноправності; доцільності; функціональності; плановості; наукової обґрунтованості; колегіальності; вільного обговорення і вирішення питань та ін.

Також, у зв'язку з розвитком різноманітних міждержавних і наддержавних представницьких інститутів, зміцненням міжпарламентських зв'язків розвивається й парламентське право в межах міжнародного права²¹. Цілком справедливим слід виділяти принципи національного і наднаціонального (наприклад, європейського) парламентського права.

Виходячи із викладеного вище, вважаємо, що принципи парламентського права – вихідні ідеї та ідеали як світового, так і українського парламентаризму, які формують правосвідомість учасників парламентських правовідносин і визначають їх зміст.

¹ Словська І. Є. Конституційно-правовий статус парламенту – Верховної Ради України : моногр. / І. Є. Словська. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – С. 142.

² Левина М. І. Парламентское право Великобритании XVII – начала XIX в. / М. И. Левина. – М. : Изд-во «Зерцало». 2000. – 170 с. – С. 5.

³ Шаповал В. М. Концепція парламентського права в Україні / В. М. Шаповал, Г. С. Журавльова // Концепція розвитку законодавства України : матеріали наук.-прак. конференції. – К. : Ін-т законодавства Верховної Ради України, 1996. – 508 с. – С. 185.

⁴ Шемшученко Ю. С. Проблеми українського парламентаризму у світлі конституційної реформи в Україні / Ю. С. Шемшученко // Стратегічні пріоритети. – 2008. – № 2. – С. 104.

⁵ Городецький О. В. Парламентське право України: процес становлення / О. В. Городецький // Науковий вісник Чернівецького університету. – 1996. – Вип. 4–5. Правознавство. – С. 138.

⁶ Кислий П. Становлення парламентаризму в Україні : моногр. / П. Кислий, Ч. Вайз. – К., 2000. — С. 4.

⁷ Журавльова Г. С. Конституційні засади становлення і розвитку парламентаризму в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право» / Г. С. Журавльова. – Х., 1999. – 20 с. – С. 7.

⁸ Древаль Ю. Д. Парламентське право: регулює чи декларує? / Ю. Д. Древаль : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : irbis-nbuv.gov.ua/.../cgiirbis_64.exe

⁹ Федоренко В. Л. Система конституційного права України: теоретико-методологічні аспекти : моногр. / В. Л. Федоренко. – Ліра-К, 2009, 580 с. – С. 485.

¹⁰ Древаль Ю. Д. До питання про структуру та сутність парламентського права / Ю. Д. Древаль. Древаль : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : irbis-nbuv.gov.ua/.../cgiirbis_64.exe

¹¹ Федоренко В. Л. Інститути конституційного права України: поняття, ознаки та критерії розмежування / В. Л. Федоренко // Право України. – 2000. – № 5. – С. 21.

¹² Парламентское право России моногр. / А. И. Абрамова, В. А. Витушкин, Н. А. Власенко и др. ; под ред. Т. Я. Хабриевой. – М., 2013. – 400 с. – С. 28.

¹³ Цоклан В. І. Система джерел конституційного права України : моногр. / В. І. Цоклан, В. Л. Федоренко; за ред. В. Л. Федоренка. – К. : Ліра-К, 2009. – С. 270–271.

¹⁴ Олуйко В. М. Парламентське право України: Проблеми теорії та практики / В. М. Олуйко ; Хмельницький ін-т регіонального управління та права. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – 215 с. – С. 11.

¹⁵ Зайчук О. В. Принципи права в контексті розвитку загальної держави і права / О. В. Зайчук // Альманах права. Основні принципи права як його ціннісні виміри. Науково-практичний журнал. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2012. – Вип. 3. – 492 с. – С. 22.

¹⁶ Колодій А. М. Принципи права України : моногр. / А. М. Колодій – К. : Юрінком Інтер, 1998. – 208 с. – С. 27.

¹⁷ Бахновська І. Л. Основні принципи права як інтегруючий елемент правової системи України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень / І. П. Бахновська. – Х., 2011. – 19 с. – С. 9.

¹⁸ Колодій А. М. Принципи права України : моногр. / А. М. Колодій. – К. : Юрінком Інтер, 1998. – 208 с. – С. 24.

¹⁹ Богачова О. В. Законотворчий процес в Україні / О. В. Богачова, О. В. Зайчук, О. Л. Копиленко ; за ред. акад. АПН України В. О. Зайчука. – К. : Реферат, 2006. – С. 39–40.

²⁰ Кривенко Л. Т. Розподіл влад і процесуальні права парламенту / Л. Т. Кривенко // Віче. – 1998. – № 3. – С. 16.

²¹ Парламентське право України : навч. посіб. / за ред. д-ра юрид. наук, проф. О. Н. Ярмиша. – Х. : Вид-во Харк. нац. ун-ту внутр. справ, 2007. – С. 3.

Резюме

Омельченко Н. Л. Поняття, принципи та місце парламентського права України у системі права.

Статтю присвячено аналізу ключових теоретичних проблем парламентського права та пошуку нових підходів до його формування та розвитку в Україні, зокрема питанням сутності парламентського права та його місця у системі національного права. Ключовим питанням дослідження є питання принципів парламентського права. Надано класифікацію парламентських принципів, її критерії та види, та охарактеризована їх особливості.

Ключові слова: парламентське право, принцип, принципи парламентського права, ознаки принципів парламентського права, місце парламентського права.

Резюме

Омельченко Н. Л. Понятие, принципы и место парламентского права Украины в системе права.

Статья посвящена анализу ключевых теоретических проблем парламентского права и поиска новых подходов к его формированию и развитию в Украине, в частности вопросам сущности парламентского права и его места в системе национального права. Ключевым вопросом исследования является вопрос принципов парламентского права. Приведена классификация парламентских принципов, ее критерии и виды, а также охарактеризованы их особенности.

Ключевые слова: парламентское право, принцип, принципы парламентского права, признаки принципов парламентского права, место парламентского права.

Summary

Omelchenko N. The concept, principles and the place of parliamentary law in the legal system of Ukraine.

The article is devoted to the analysis of the key theoretical problems of parliamentary law and new approaches to its formation and development in Ukraine, in particular questions of the essence of parliamentary law and its place in the legal system of Ukraine. The key question of the research is the question of the principles of parliamentary law. The classification of parliamentary principles, its criteria and types and to characterize their features.

Keywords: parliamentary law, the principle of parliamentary law principles, signs principles of parliamentary law, parliamentary right place.

УДК 342.71

М. І. СУРЖИНСЬКИЙ

Максим Ігорович Суржинський, кандидат юридичних наук, молодший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРИПИНЕННЯ ГРОМАДЯНСТВА В ПОСТРАДЯНСЬКИХ ДЕРЖАВАХ (ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ)

Сьогодні в період зближення правових систем держав, активізації міграційних процесів в умовах глобалізації, як ніколи, назріла проблема систематичного й комплексного дослідження законодавства про громадянство різних держав, зокрема в аспекті припинення громадянства. У процесі дослідження цієї проблеми науковий інтерес викликає і досвід пострадянських держав.

Незважаючи на те, що українські та зарубіжні вчені (Л. М. Альбертіні, М. В. Варлен-Бевз, О. В. Журавка, О. О. Кутафін, В. Я. Кікоць, О. С. Лотюк, Е. А. Нечай, Є. С. Смірнова, Ю. М. Тодика, В. М. Шаповал, К. Л. Шкумбатюк та ін.) вже зробили певні кроки у сфері дослідження питань припинення громадянства пострадянських держав, однак в Україні дана проблема ще не була предметом комплексного наукового аналізу. Окрема увага питанням припинення громадянства пострадянських держав приділена в роботі І. А. Толкачової. Пропонована автором стаття органічно доповнює її, а наявність останньої не позбавляє актуальності обраного предмета дослідження.

Сучасне розуміння громадянства як конституційно-правових відносин між державою та громадянином як рівноправними суб'єктами цих зв'язків означає, що громадянство може припинятися за підставами, визначеними конституцією та законами. Втім, на сьогодні в законодавстві про громадянство пострадянських

держав поряд з терміном «припинення громадянства» використовуються також терміни «вихід з громадянства» та «втрата громадянства».

На сьогодні немає чіткого уявлення щодо їх сутнісних та змістових особливостей на конституційному рівні. Спільним для більшості держав, що утворилися на теренах колишнього СРСР, є закріплення на конституційному рівні терміна «втрата громадянства» як узагальнюючого (Білорусь (ст. 10)¹, Естонія (ст. 8)², Литва (ст. 12)³, Молдова (ст. 17)⁴, Узбекистан (ст. 21)⁵. При цьому в багатьох випадках конституційно фіксується не лише втрата громадянства, а й заборона позбавлення громадянства (Білорусь, Естонія, Молдова). Безумовно, застосування того чи іншого терміна в кожній державі зумовлюється її правовими традиціями. Більш поширеним узагальнюючим терміном на конституційному рівні є «втрата громадянства», а в Україні – «припинення громадянства». Він зафіксований в п. 26 ст. 106 Конституції України⁶.

Термін «припинення» згідно з новим тлумачним словником української мови означає «відмінити чинність чого-небудь»⁷. З цього визначення випливає, що припинення громадянства можливе за наявності певних підстав. При цьому припинення громадянства не може бути реалізовано саме по собі. Воно має бути виражено певними видами діяльності, тобто формами. Це насамперед вихід з громадянства, втрата громадянства, позбавлення громадянства та ін. Крім того, форми як способи припинення громадянства одночасно є і його підставами. Доказом цього є те, що більшість національних законів про громадянство держав, які утворилися після розпаду Радянського Союзу, містять розділ з назвою «Припинення громадянства», де закріплені конкретні його форми (Білорусь⁸, Узбекистан⁹, Молдова¹⁰ та ін.). Проте в основних законах цих держав, як зазначалося вище, замість терміна «припинення громадянства» використовується термін «втрата громадянства». Виняток становлять закони про громадянство держав Балтії (Литва¹¹ та Латвія¹²), де термін «втрата громадянства» закріплений як узагальнюючий, що відповідає вимогам їхніх конституцій. Щодо України, то термін «припинення громадянства» є конституційно закріплений, а тому й загальнозастосований.

Згідно з Конституцією України підстави припинення громадянства України визначаються законом (ст. 4). Власне, перелік підстав, за якими може бути припинено громадянство України, та порядок його припинення визначено у чинному Законі України «Про громадянство України»¹³. Відповідно до Закону громадянство України може припинятися згідно з такими підставами:

- 1) внаслідок виходу з громадянства України;
- 2) внаслідок втрати громадянства України;
- 3) за підставами, передбаченими міжнародними договорами України (ст. 18).

Близькі за змістом положення можна знайти в законах про громадянство Вірменії (ст. 23)¹⁴, Киргизстану (ст. 23)¹⁵, Узбекистану (ст. 19)¹⁶ та Туркменістану (ст. 21)¹⁷. При цьому до підстав припинення громадянства в Киргизстані та Узбекистані належать інші підстави, наведені в законі про громадянство відповідної держави. Натомість у Туркменістані підстави, передбачені міжнародними договорами, законодавець пов'язує лише з втратою громадянства. А у Вірменії замість терміна «вихід з громадянства» вживається термін «зміна громадянства». Водночас у законах про громадянство деяких держав, що утворилися на теренах колишнього СРСР (Білорусь та Казахстан), припинення громадянства обмежується лише виходом з громадянства та втратою громадянства. До речі, лише дві підстави припинення громадянства закріплено Федеральним законом «Про громадянство Російської Федерації» від 31 травня 2002 р.¹⁸, а саме: 1) вихід з громадянства; 2) інші підстави, передбачені даним Федеральним законом чи міжнародним договором Російської Федерації (ст. 18). Серед інших підстав припинення громадянства Федеральним законом передбачено вибір іншого громадянства (оптація) при зміні Державного кордону Російської Федерації (ст. 21).

Деякі інші формулювання підстав припинення громадянства містять закони про громадянство Молдови (ст. 21) та Азербайджану (ст. 16)¹⁹. Серед них: 1) вихід з громадянства; 2) позбавлення громадянства. Слід зазначити, що позбавлення громадянства закріплено також у законах держав Балтії, де законодавець замість узагальнюючого терміна «припинення громадянства» використовує термін «втрата громадянства». Крім цих підстав для втрати громадянства тут є й інші, зокрема: 1) відмова від громадянства (Латвія та Литва); 2) набуття громадянства іншої держави (Естонія²⁰ та Литва); 3) за підставами, передбаченими міжнародними договорами (Литва).

Як бачимо, серед підстав припинення громадянства, які містяться в законах про громадянство держав, що утворилися після розпаду СРСР, можна виділити як загальне, так і особливе в регулюванні даного питання. Спільним для більшості цих держав є закріплення на законодавчому рівні положення про вихід з громадянства, що є пріоритетною підставою його припинення.

Підстави, за наявності яких існують обмеження у виході з громадянства, у різних державах викладені по-різному. За змістом їх можна класифікувати на дві групи: 1) підстави недопущення виходу з громадянства; 2) підстави відмови у виході з громадянства.

В Україні підстави недопущення виходу з громадянства в чинному Законі дещо змінені порівняно з попередньою редакцією Закону України «Про громадянство України». Так, чинний Закон більше не обумовлює вихід з громадянства України виконанням зобов'язань перед державою або виконанням майнових зобов'язань, з якими пов'язані інтереси юридичних чи фізичних осіб на території України. Натомість вихід з громадянства України не допускається, якщо особу, яка клопоче про вихід з громадянства України, в Україні притягнуто як обвинувачену у кримінальній справі або стосовно якої в Україні є обвинувальний вирок суду, що набрав чинності і підлягає виконанню (ст. 18). Подібний правовий припис міститься в законодавстві Азербайджану, Білорусі, Казахстану, Литви, Росії, Таджикистану та ін. При цьому в ряді держав

вихід з громадянства обмежується як підставами недопущення виходу з громадянства, так і підставами відмови у виході з громадянства (іноді ці підстави об'єднуються).

Типовою підставою відмови у виході з громадянства в законодавстві деяких держав є обмеження, пов'язані з військовим обов'язком громадянина. Так, в Естонії вихід особи з громадянства обмежується, якщо вона перебуває на діючій службі Сил Оборони. Близьке за змістом положення можна знайти в законах про громадянство Молдови та Таджикистану. Втім, у Таджикистані таке обмеження є не підставою відмови, а підставою недопущення виходу з громадянства (ст. 28 Закону)²¹.

Наступною типовою підставою відмови у виході з громадянства в законодавстві деяких держав є невиконання зобов'язань перед державою або майнових зобов'язань, з якими пов'язані інтереси юридичних і фізичних осіб. Нагадаємо, що така підстава була закріплена в попередній редакції Закону України «Про громадянство України» зі змінами від 16 квітня 1997 р. (ч. 2 ст. 19)²².

Такий правовий припис існував в українському законодавстві про громадянство для охорони інтересів третіх осіб. Але на його підставі не могли бути виключені зловживання з боку зазначених третіх осіб, які мали місце на практиці. Нині така підстава передбачена в законах про громадянство Азербайджану (ст. 17), Вірменії (ст. 24), Киргизстану (ст. 24), Узбекистану (ст. 19). Втім, у Естонії, Латвії, Російській Федерації перешкодою для подання дозволу на вихід з громадянства є лише невиконання зобов'язань щодо держави. Іноді окремо зазначається, що перешкодою надання дозволу на вихід з громадянства є наявність податкових боргів. Такий правовий припис міститься в законах про громадянство Білорусі (ст. 20), Туркменістану (ст. 22).

Повертаючись до намагання держав заборонити вихід особи з громадянства, якщо вона має не виконані майнові зобов'язання перед фізичними та юридичними особами, слід зазначити, що в юридичній літературі висловлена слушна думка про їхню заміну створенням міжнародного механізму, який давав би державі та конкретним особам змогу вимагати задоволення їхніх майнових вимог. З цією метою пропонується укладати міждержавні договори про правову допомогу²³. Тут варто наголосити, що дана пропозиція вже віддзеркалена в законах про громадянство Молдови (ст. 22) та Таджикистану (ст. 28).

Наступною підставою припинення громадянства України є його втрата. На жаль, Закон України «Про громадянство України» не містить визначення терміна «втрата громадянства», а обмежується лише переліком підстав припинення громадянства України внаслідок його втрати.

Відповідно до ст. 19 Закону України «Про громадянство України» підставами для втрати громадянства України є:

- 1) добровільне набуття громадянином України громадянства іншої держави, якщо на момент такого набуття він досяг повноліття;
- 2) набуття особою громадянства України внаслідок прийняття шляхом обману, свідомого подання неправдивих відомостей або фальшивих документів;
- 3) добровільний вступ на військову службу іншої держави, яка відповідно до законодавства цієї держави не є військовим обов'язком чи альтернативною (невійськовою) службою.

Таким чином, зміст підстав, за якими припиняється громадянство особи, є вагомим критерієм для встановлення межі між безпідставним позбавленням громадянства та втратою громадянства. Інакше кажучи, припинення громадянства за чітко визначеними в законі підставами, які не суперечать загально визначеним нормам міжнародного права, може бути закріплено в національному законодавстві і як втрата громадянства, і як позбавлення громадянства. Втім, термін «позбавлення громадянства» в державах, де в минулому існувало свавільне позбавлення громадянства, і нині оцінюється як негативне явище. Негативізм полягає в тому, що позбавлення громадянства розглядається як обмеження права на громадянство. До того ж лексичний зміст слова «позбавлення» має негативне забарвлення, і йому притаманний аспект примусовості (покарання).

Відповідно до ч. 1 ст. 36 Конституції України заборона позбавлення громадянства має абсолютне вираження: «...громадянин України не може бути позбавлений громадянства...». У абсолютному вигляді заборона позбавлення громадянства передбачена також в конституціях Білорусі (ст. 10), Російської Федерації (ст. 6). Заслужують на увагу і конституції тих держав (Болгарія, Естонія, Молдова), де заборона позбавлення громадянства має обмежений характер. Так, у конституції Молдови (ст. 17) закріплюється, що ніхто не може бути свавільно позбавлений громадянства. Конституція Естонії (ст. 8) поширює заборону позбавлення громадянства тільки на громадян, які набули громадянства за народженням. При цьому додається, що ніхто не може бути позбавлений громадянства через свої переконання. Найчастіше заборона позбавлення громадянства, яка має абсолютне вираження, міститься у конституціях тих держав, де в минулому існувало свавільне позбавлення громадянства. У більшості ж держав, як зазначалося, конституційно фіксується термін «втрата громадянства» або обмежений характер позбавлення громадянства.

Слід зазначити, що із запровадженням конституційної заборони позбавлення громадянства український законодавець не мав на увазі запобігання кожному випадку припинення громадянства особи не з її ініціативи, а лише намагався унеможливити повторення помилок радянського минулого. На цій підставі вважаємо переконаливою думку українських правознавців, які під заборону позбавлення громадянства, закріпленого в ч. 1 ст. 25 Конституції України, розуміють заборону безпідставного (довільного) позбавлення громадянства, яке є несумісним з уявленням про демократичну правову державу, правами людини та громадянина, не відповідає духові Загальної декларації прав людини²⁴. Природним буде переосмислення українським законодавцем поняття «позбавлення громадянства» у контексті міжнародних стандартів та внесення відповідних змін до ч. 1 ст. 25 Конституції України, яку було б доцільно викласти в такій редакції: «Громадянин України

не може бути безпідставно позбавлений громадянства і права змінити громадянство». Таке саме положення закріплено в ч. 2 ст. 15 Загальної декларації прав людини²⁵ та п. с) ст. 4 Європейської конвенції про громадянство²⁶. Слід також уточнити п. 3 ст. 2 Закону України «Про громадянство України», передбачивши, що законодавство України про громадянство ґрунтується на «неможливості безпідставного позбавлення громадянина України громадянства України».

Наступною типовою підставою втрати громадянства є вступ особи на військову службу, службу безпеки, у поліцію, органи юстиції або в інші органи державної влади та управління в іноземній державі без відома або згоди на те своєї держави. Наявність такої підстави значною мірою впливає з розуміння громадянства як присягання на вірність державі, а вступ особи на службу до іноземної держави – як порушення цієї вірності²⁷. Ця підстава міститься в законах про громадянство Білорусі (ст. 19), Казахстану (ст. 21), Таджикистану (ст. 29), Туркменістану (ст. 23). Аналогічний підхід спостерігався в Законі України «Про громадянство України» в редакції 1991 р. із змінами 1997 року.

Набуття громадянства шляхом обману, подання свідомо неправдивих відомостей або фальшивих документів як підставу для втрати громадянства передбачено в законодавстві більшості держав. Слід, однак, зауважити, що в разі набуття громадянства за цією підставою держава може приймати рішення про втрату громадянства або вважати, що особа взагалі не набула її громадянства. Чинний Закон України «Про громадянство України» передбачає обидва альтернативних варіанти: 1) коли особа прийнята до громадянства України зазначеною підставою, має місце втрата громадянства (ст. 19); 2) у випадку, коли особі оформлено набуття громадянства України за територіальним походженням або внаслідок поновлення в громадянстві України за наведеною підставою – вважається, що особа не набула громадянства України і відповідне рішення скасовується (ст. 21). При цьому крайній термін виявлення таких обставин в Законі не встановлений. Це означає, що незалежно від того, скільки часу пройшло з дати прийняття до громадянства України, вона може втратити громадянство України в разі виявлення зазначених обставин. Проте в деяких державах можливість втрати (позбавлення) громадянства за цією підставою обмежується в часі з моменту його набуття. Зокрема, у Латвії – це п'ять років. Таке обмеження в юридичній літературі розглядається як забезпечення правової стабільності особи, яка протягом досить тривалого часу вже здійснює громадянські права та обов'язки і в більшості випадків виконує умови закону для набуття громадянства²⁸. Натомість, в Європейській конвенції про громадянство ця підстава втрати громадянства може становити єдиний випадок припинення громадянства, в результаті якого особа стає особою без громадянства (ч. 3 ст. 7).

Національне законодавство допускає можливість втрати громадянства й за іншими підставами, зокрема: якщо особа, яка постійно проживає за кордоном, не стає без поважних причин на консульський облік. Ця підстава втрати громадянства міститься в законах про громадянство Казахстану (ст. 21), Киргизстану (ст. 25), Узбекистану (ст. 21). Слід зазначити, що вона була закріплена і в Законі України «Про громадянство України» попередньої редакції зі змінами 1997 року. Поважними причинами вважалися: відсутність дипломатичних представництв або консульських установ України в державі постійного проживання, тривала хвороба, військові дії та інші ситуації надзвичайного характеру (п. 4 ст. 20). Проте згадана підстава не застосовувалася на практиці. Крім того, існував ряд чинників, які, безумовно, не можна було не брати до уваги. Це такі з них: 1) правовий припис про консульський облік виявився неефективним; 2) відсутність дефініції «особа, яка перебуває за межами України»; 3) у працівників консульських установ не завжди була інформація щодо осіб, які, не стаючи на консульський облік, тривалий час проживали у даній державі; 4) правовий припис про консульський облік суперечив ч. 2 ст. 7 цього ж Закону, де зазначалося: «Проживання або тимчасове перебування громадянина України за межами держави не припиняє його громадянства України»²⁹. Тому вилучення із чинного Закону України «Про громадянство України» правового припису щодо нестання на консульський облік є обґрунтованим.

Отже, із зазначених вище позицій правове регулювання припинення громадянства в пострадянських державах є багатоваріантним, і навіть спільним моментам властиві свої особливості, що відображають, головним чином, політико-правові позиції законодавця конкретної держави.

¹ Конституції нових держав Європи та Азії / [упоряд. С. Головатий]. – К. : Українська Правнича Фундація, Вид-во «Право», 1996. – 544 с. – С. 90.

² Там само. – С. 3.

³ Там само. – С. 52.

⁴ Там само. – С. 196.

⁵ Там само. – С. 346.

⁶ Конституція України. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – С. 141.

⁷ Новий тлумачний словник української мови 4200 слів : у 4 т. / [уклад. В. Яременко, О. Сліпушко] – К. : Вид-во «АКО-НІТ», 1999–1999. – Т. 3: ОБЕ–РОБ. – 1999. – 927 с. – С. 717–718.

⁸ О гражданстве Республики Беларусь: Закон Республики Беларусь от 1 августа 2002 г. // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 2002. – № 88. – 2/885.

⁹ О гражданстве Республики Узбекистан : Закон Республики Узбекистан от 2 июля 1992 г. / Ведомости Верховного Совета Узбекистан. – 1992. – № 9. – Ст. 338.

¹⁰ О гражданстве Республики Молдова : Закон Республики Молдова от 5 июня 1991 г. // Советская Молдова. – 1991. – Июль.

¹¹ О гражданстве : Закон Литовской Республики от 1 января 2003 г. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.legislationline.org/ru/legislation.php?tid=11&lid=6430&less=false>

¹² О гражданстве : Закон Латвийской Республики от 22 июля 1994 г. // Государственные акты Латвийской Республики. – 1994. – № 8. – Ст. 146.

¹³ Про громадянство України : Закон України від 18 січня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 3. – С. 65.

¹⁴ О гражданстве Республики Армения : Закон Республики Армения от 20 марта 2002 г. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.legislationline.org/ru/documents/action/popup/id/14147>

¹⁵ О гражданстве Кыргызской Республики : Закон Кыргызской Республики от 18 декабря 1993 г. // Ведомости Жогорку Кенеша Кыргызской Республики. – 1994. – № 1. – Ст. 1.

¹⁶ О гражданстве Республики Узбекистан : Закон Республики Узбекистан от 2 июля 1992 г. // Ведомости Верховного Совета Узбекистан. – 1992. – № 9. – Ст. 338.

¹⁷ О гражданстве Туркменистана : Закон Туркменистана от 30 сентября 1992 г. // Ведомости Меджлиса Туркменистана. – 1992. – № 9. – Ст. 7.

¹⁸ Комментарий к Федеральному закону «О гражданстве Российской Федерации» / [под ред. В. И. Шкатулка]. – М. : ЗАО Юстицинформ, 2004. – 192 с. – С. 51–57.

¹⁹ О гражданстве Азербайджанской Республики : Закон Азербайджанской Республики от 30 сентября 1998 г. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.legislationline.org/ru/documents/action/popup/id/14144>

²⁰ О гражданстве : Закон Эстонской Республики от 19 января 1995 г. // Правовые акты Эстонии. – 1995. – № 13. – Ст. 122.

²¹ О гражданстве Республики Таджикистан : Закон Республики Таджикистан от 4 ноября 1995 г. // Ведомости Маджлиси Оли Республики Таджикистан. – 1995. – № 21. – Ст. 243.

²² Про внесення змін до Закону України «Про громадянство України» : Закон України від 16 квітня 1997 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – №23. – С. 169.

²³ *Бедрий П. Б.* Конституційно-правові основи громадянства України : моногр. / П. Б. Бедрий. – Л. : Львівський держ. ун-т внутрішніх справ, 2006. – 164 с. – С. 85.

²⁴ *Бедрий П. Б.* Громадянство України: конституційно-правова основа : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право» / П. Б. Бедрий. – К., 2005. – 16 с. – С. 5.

²⁵ Всеобщая декларация прав человека от 10 декабря 1948 г. // Права человека : сб. междунар. документов. – Нью-Йорк и Женева : ООН, Центр по правам человека, 1994–1994. – Т. 1 (первая часть): Универсальные договоры, 1994. – 492 с.

²⁶ Про ратифікацію Європейської конвенції про громадянство : Закон України від 20 вересня 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 45. – Ст. 437.

²⁷ Groot G.-R. de Staatsangehörigkeitsrecht im Wandel: eine rechtsvergleichende Studie über Erwerbs und Verlustgründe der Staatsangehörigkeit Groot G.-R. de. – Berlin, Köln u. a. : Heymann, 1989. – 440 s. – S. 298.

²⁸ Захист прав людини. Правові аспекти громадянства в Україні : метод. рекомендації / [авт. кол.: О. Т. Колб, В. А. Ходирев, І. Я. Бондар, М.А. Бандура, О. В. Юрченко, Н. І. Прорешна]. – Луцьк : Ред.-вид. відділ «Вежа» Волинського державного університету імені Лесі Українки, 2000. – 105 с. – С. 66.

²⁹ *Бедрий П. Б.* Конституційно-правові основи громадянства України : моногр. / П. Б. Бедрий. – Л. : Львівський держ. ун-т внутрішніх справ, 2006. – 164 с. – С. 100–101.

Резюме

Суржинський М. І. Правове регулювання припинення громадянства в пострадянських державах (порівняльний аналіз).

Досліджується законодавство про громадянство пострадянських держав щодо припинення громадянства. Здійснюється порівняльно-правовий аналіз основних підстав припинення громадянства, виявлено та розкрито їх особливості, переваги й недоліки, а також шляхи удосконалення.

Ключові слова: громадянство, закон про громадянство, підстави припинення громадянства.

Резюме

Суржинский М. И. Правовое регулирование прекращения гражданства в постсоветских государствах (сравнительный анализ).

Исследуется законодательство о гражданстве постсоветских государств относительно прекращения гражданства. Осуществляется сравнительно-правовой анализ основных оснований прекращения гражданства, выявлено и раскрыто их особенности, преимущества и недостатки, а также пути совершенствования.

Ключевые слова: гражданство, закон о гражданстве, основания прекращения гражданства.

Summary

Surzhynskiy M. Legal regulation of the termination of citizenship in the post-Soviet countries (comparative analysis).

The legislation on citizenship in post-Soviet countries in relation to the termination of citizenship is studied. Carried out a comparative legal analysis of the main reasons of the termination of citizenship, discovered and disclosed their features, advantages and disadvantages, as well as ways to improve the current state of matters.

Key words: citizenship, law on citizenship, basis for termination of citizenship.

А. Г. ЄМЕЛЬЯНОВА

Анна Геннадіївна Ємельянова, аспірантка Інституту законодавства Верховної Ради України, асистент кафедри Донецького національного університету економіки і торгівлі імені Михайла Туган-Барановського

**КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО НА УЧАСТЬ В УПРАВЛІННІ ДЕРЖАВНИМИ СПРАВАМИ:
АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ**

Розвиток громадянського суспільства, розбудова демократії в Україні, незупинний процес глобалізації, інтеграції різних сфер суспільних відносин, а також розвиток інформаційних технологій та широке їх використання багатьма членами суспільства зумовлюють розширення діапазону технологій реалізації (користування) конституційних прав людини. Неабиякий вплив зазначені фактори здійснюють на політичні права й свободи. Механізм реалізації останніх чутливий до будь-яких соціальних перетворень, змін політичної активності суспільства. Одним із таких прав є право на участь в управлінні державними справами, яке віднесено до категорії громадянських і політичних прав та передбачено ст. 38 Конституції України¹. Необхідність переосмислення та доктринального обґрунтування розширення права громадянина на участь в управлінні державними справами зумовлюється, зокрема, прийняттям Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про звернення громадян» щодо електронного звернення та електронної петиції» від 2 липня 2015 р. № 577-VIII². Актуальність наукових досліджень у цій сфері також обумовлена проведенням конституційної реформи, розвитком інституту громадського контролю.

Питаннями змісту й реалізації права громадянина на участь в управлінні державними справами займалися такі науковці, як Д. В. Войтенко, А. В. Грабильніков, І. І. Дахова, С. В. Злобін, С. О. Майданевич, Н. В. Окша, О. О. Чуб, Л. П. Юзьков, І. В. Гриценко, М. Гирика, Ю. Каплан, Г. М. Котляревська, В. В. Логачова. Однак питання механізму реалізації права громадянина на участь в управлінні державними справами, в зв'язку із розширення його змісту, зокрема за допомогою електронної петиції, потребує більш детального розгляду, а також системного підходу з точки зору матеріальних і процесуальних аспектів та продовження наукових досліджень на цю тематику.

Метою статті є теоретико-правовий аналіз актуальних проблем реалізації конституційного права на участь громадянина в управлінні державними справами з точки зору можливості розширення його змісту, визначення ключових аспектів його реалізації, законодавчого регулювання, створення пропозицій щодо оптимізації подальшого нормативного забезпечення права на участь в управлінні державними справами.

У контексті висвітлення питань реалізації розглядуваного конституційного права ключове значення мають процедурні аспекти реалізації права на участь в управлінні державними справами, які чітко прописані у ст. 38 Конституції України. Закріплено право на участь громадян в управлінні державними справами, а саме: «Громадяни мають право брати участь в управлінні державними справами, у всеукраїнському та місцевих референдумах, вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Громадяни користуються рівним правом доступу до державної служби, а також до служби в органах місцевого самоврядування»³. Із положень наведеної статті випливає, що право на участь в управлінні державними справами полягає: 1) у праві на участь у всеукраїнському та місцевому референдумах; 2) у праві вільно обирати і бути обраним до органів державної влади та органів місцевого самоврядування. 3) у рівному праві доступу до державної служби та служби в органах місцевого самоврядування.

Багато вчених, досліджуючи цю тему, зазначають, що зміст даного права дещо розширився у зв'язку із розвитком суспільства, внесеними змінами до законодавства та новими викликами часу. Наприклад, І. В. Гриценко⁴ додає до вищезазначених прав також право на участь у здійсненні правосуддя, Ю. Каплан⁵ – участь недержавних аналітичних центрів. Науковці Д. В. Войтенко, С. В. Злобін, С. О. Майданевич, Н. В. Окша⁶ також включають участь у діяльності політичних партій та громадських організацій, участь у прийнятті рішень органами місцевого самоврядування та органами виконавчої влади, участь у проведенні регуляторної політики держави, звернення до органів влади, доступ до інформації про діяльність влади, оскарження рішень органів влади до механізму реалізації права на управління державними справами.

Підхід до розуміння сутності та визначення механізмів реалізації права громадянина на участь в управлінні державними справами, який визначено науковцями Д. В. Войтенко, С. В. Злобіним, С. О. Майданевичем, Н. В. Окшею, імпонує автору. Кожен із вищезазначених інструментів фактично дозволяє громадянину коригувати діяльність того чи іншого органу, впливати на прийняття владних рішень та звертати увагу органів державної влади і місцевого самоврядування на нагальні проблеми, які необхідно вирішувати.

Враховуючи вищезазначене можна зробити висновок, що існує суттєвий розрив між фактичною та юридичною конституціями. Фактично, ми маємо більш широкі можливості для реалізації права на управління

державними справами, а юридично – значно «скорочену версію», яка включає в себе лише три елементи. Гармонізація фактичної і юридичної конституції є концептуальною основою, що повинна передувати будь-якому процесу конституційних змін, особливо в Україні. Наукові дослідження у цій сфері почали проводити такі вчені-конституціоналісти: М. О. Баймуратов, Т. Я. Хабрієва, В. Є. Чиркін, Х. В. Приходько.

З точки зору оптимізації механізму реалізації права громадянина на участь в управлінні державними справами не може не привертати увагу використання ІТ-технологій. Адже суспільство розвивається у багатьох напрямках, у тому числі у напрямі розвитку ІТ-технологій та впровадження їх у повсякденне життя. Таким чином, вищезазначені технології просто не можуть залишатися осторонь і стають однією з форм участі громадян в управлінні державними справами. Он-лайн технології, доступ до мережі Інтернет, фактично з будь-якої точки Землі, призводить до того, що люди гуртуються у соціальних мережах, стежать за важливими подіями, залишаються у курсі новин, наукових тенденцій і можуть впливати на певні процеси просто за допомогою телефону чи планшета. Кожен із нас за допомогою соціальної мережі може згуртувати людей навколо реальної проблеми (незаконна забудова, аварійний стан школи); проаналізувати кошториси та звіти з виконання кошторисів різними бюджетними установами; подати звернення до органу державної влади чи місцевого самоврядування, що також є способом громадського впливу і механізмом управління державними справами. Таким чином, звернення до виконавчого комітету міської, районної або районної у місті ради є прикладом використання новітніх технологій у сфері управління громадянами державними справами. Залежно від районного поділу міста, чисельності його жителів он-лайн ресурс за зверненнями громадян може функціонувати у міському виконкомі ради або в районних радах. На думку автора, державні адміністрації міст обласного значення повинні насамперед забезпечити можливість розгляду електронних звернень за допомогою он-лайн форми на офіційному сайті. Проаналізувавши сайти усіх міст обласного значення (окрім міст, на території яких тимчасово не діє українська влада: Донецьк, Луганськ, Севастополь, Сімферополь) ми бачимо, що лише міста Київ⁷ та Дніпропетровськ⁸ мають портали електронних звернень, а не лише форми зворотного зв'язку. Київський портал електронних звернень працює давно та показує дуже серйозні результати. Дніпропетровський портал більш молодий, на його рахунок усього 267 звернень.

Деякі виконавчі комітети рад реалізують концепцію електронного врядування по-своєму і не завжди якісно. Наприклад, Полтавська міська адміністрація вирішила впровадити у тестовому режимі можливість звернення з електронною петицією, для розгляду якої необхідно зібрати 250 голосів⁹. Зареєстрованими є лише дві тестові петиції, одна з яких набрала необхідну кількість голосів, а інша – один голос. Розгляду електронних індивідуальних звернень не передбачено. Оскільки жителі Полтавської області не виявили інтересу до даного інструменту, робимо висновок, що він неефективний або не популяризований у цій місцевості. У будь-якому випадку, даний варіант звернення до органів державної влади та місцевого самоврядування не передбачений законодавством, хоча і є, безумовно, одним із інструментів. Херсонська обласна державна адміністрація не створила взагалі такої можливості для користувачів¹⁰. Усі звернення подаються письмово.

Деякі виконкоми створили он-лайн форму зворотного зв'язку на сайті, де можна залишити звернення (наприклад, Луцька міська рада¹¹, Хмельницька міська рада¹², Черкаська міська рада¹³), інші встановили камери для запису сесій міської ради, не запропонувавши містянам залишити он-лайн звернення (наприклад у Бердянській міській раді¹⁴, Харківській міській раді¹⁵), або дали можливість записатися у чергу он-лайн (наприклад Вінницька міська рада¹⁶).

На рівні із Дніпропетровськом та Києвом портал електронних звернень існує також у Кривому Розі, що має назву Криворізький ресурсний центр¹⁷. Наразі зареєстровано 7615 звернень за весь час існування. Портал електронних звернень у такому вигляді, як пропонують міста Київ, Дніпропетровські Кривий Ріг, – є найбільш прогресивним інструментом забезпечення участі громадян в управлінні державними справами.

На даних ресурсах звернення розподіляються за напрямками, наприклад: благоустрій (це і прибирання сміття, прикриття люків, ремонт ліній електропередач, опалення, освітлення тощо); дорожні служби (щодо встановлення дорожніх знаків там, де вони відсутні); питання ліцензування та дозвільних процедур, господарювання; соціальні питання (призначення субсидій, пільг) та інше. Таким чином, кожен громадянин може звернути увагу на проблему питання та вимагати їх вирішення від місцевої влади. За кожним із запитів можна перевірити стан їх виконання, а результати розгляду (у тому числі направлення запитів різних державних органів) надсилаються на електронну адресу заявника. Місцева влада стає більш відкритою до містян та дозволяє спрямовувати свою діяльність на вирішення тих питань, які турбують жителів міста. Таким чином, відбувається реальна реалізація конституційного права громадянина на участь в управлінні державними справами.

Окрім звернення до місцевих виконавчих комітетів із метою вирішення повсякденних питань, доцільним також вважається надання можливості громадськості пропонувати питання для порядку денного слухань на сесії депутатів міських та районних рад. Даний механізм допоможе привернути увагу місцевих обранців до нагальних проблем, які хвилюють містян у довгостроковій перспективі, якими можуть бути: питання очищення повітря й води; залучення міжнародних інвестицій для будівництва сміттєпереробного заводу; виділення коштів на певні соціальні програми; будівництва велодоріжок. Такий механізм забезпечить можливість громадянам самим координувати розподіл коштів місцевого бюджету та зробить діяльність рад більш відкритою.

Ще один інструмент участі в управлінні державними справами, який виник в Україні нещодавно, – подача електронної петиції на сайті Президента України. І якщо у попередньому інструменті таке звернення

було лише індивідуальним або від певної кількості осіб і подано однією особою-представником, то електронна петиція передбачає можливість підписувати її великій кількості осіб. Важливою умовою надсилання звернення у паперовому вигляді – підписання його суб'єктом звернення. До електронної петиції така вимога, у тому числі, використання електронного цифрового підпису, не ставиться. На думку автора, це значно спростить процедуру подачі та підписання електронної петиції для усіх заявників і забезпечить можливість звернутися із важливою проблемою кожному. У разі якщо питання є глобальним та хвилює більше ніж 25 тис. осіб, які також є підписантами петиції – адміністрація Президента або інший орган, якому вона адресована, зобов'язується розглянути питання, що висвітлюється в петиції.

Частиною 12 ст. 23¹ Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про звернення громадян» щодо електронного звернення та електронної петиції» передбачено, що «електронна петиція, збір підписів на підтримку якої здійснювався через веб-сайт громадського об'єднання і яка протягом установленого строку набрала необхідну кількість підписів (25 тис. голосів) на її підтримку, не пізніше наступного дня після набрання необхідної кількості підписів надсилається громадським об'єднанням органу, якому адресована петиція»¹⁸. Такий механізм надаватиме можливість забезпечити розгляд петиції у короткі строки. Можливість подання електронної петиції через веб-сайти уряду, президента чи парламенту існує також у Сполучених Штатах Америки¹⁹, у Сполученому Королівстві²⁰, в Австрії²¹ та багатьох інших країнах. Кожен громадянин країни-члена Європейського Союзу також може подати петицію до Європейського Парламенту²². Україна, певною мірою, запозичила досвід США щодо подачі електронних петицій – американці також подають петиції на розгляд до Президента країни, а для їх розгляду потрібно зібрати 100 тис. підписів, щоправда, за 30 днів. В Україні збір підписів триває 90 днів.

Практика подачі електронних петицій зарекомендувала себе з позитивного боку та відкриває можливість спрямовувати прийняття важливих для громадян рішень, координувати діяльність щодо приєднання держави до різних союзів, підтримки іноземних держав тощо. Показовим є те, що першою електронною петицією, яка набрала кількість голосів, необхідних для розгляду відповідальними особами, а саме 25 тис. голосів, стала петиція щодо законодавчого закріплення права на вільне володіння вогнепальною зброєю²³. Це означає, що громадяни не почувають себе у безпеці та вважають, що необхідно дозволити використання засобів необхідного захисту. Отже, з імплементацією механізму подачі електронної петиції відбулося і розширення можливості громадян впливати на усі види відносин та спрямовувати українські органи державної влади й Україну у цілому на вирішення різноманітних питань за різними напрямками.

Враховуючи результати проведеного автором дослідження сайтів міських виконкомів різних міст України, розширення змісту права громадянина на участь в управлінні державними справами є певним процесом, розвиток якого відбувається постійно. Незважаючи на те, що Конституцією України не передбачені вищезазначені механізми управління державними справами, вони впроваджені і діють. Реалізація можливості використання електронної петиції як способу управління державними справами передбачає відкритість влади, розгляд нею питань, важливих для українців. Процес оцінки прийнятих рішень, відповідно до поданих заяв, також потребує детального дослідження. Оскільки обов'язковий розгляд важливих питань, поставлених громадянами, є безумовним кроком вперед до відкритості держави, прозорості державних процедур та прийняття рішень органами державної влади, але і якість прийнятих рішень з точки зору задоволеності інтересів осіб, що підписали петицію, є надзвичайно важливим фактором для того, щоб зрозуміти, чи насправді влада буде спрямовувати свої зусилля на вирішення питань, що хвилюють українців і чи насправді право громадянина на участь в управлінні державними справами буде забезпечуватися і реалізовуватися за допомогою інструменту електронних звернень.

Проблема розширення змісту конституційного права громадянина на участь в управлінні державними справами потребує детального розгляду, аналізу та дослідження. Конституційна норма повинна бути викладена таким чином, щоб забезпечити дане право і на майбутнє, враховуючи тенденції до подальшого розширення змісту права, адже нормативне закріплення даного права є важливим постулатом його захищеності. На думку автора, доцільніше було б викласти ст. 38 Конституції України у наступній редакції: «Громадяни України мають право брати участь в управлінні державними справами одним із наступних, декількома чи усіма одночасно способами, що не суперечать чинному законодавству: брати участь в українському та місцевому референдумах; вільно обирати і бути обраними до органів державної влади і місцевого самоврядування; мати право рівного доступу до державної служби, а також до служби в органах місцевого самоврядування; здійснювати повноваження народних засідателів; іншим чином координувати діяльність державних органів, а також органів місцевого самоврядування за допомогою звернень, а також інших механізмів вираження громадської думки, незаборонених законом». Таке формулювання забезпечить можливість використання усіх законних дій, які є формами управління державними справами або формами вияву громадської думки щодо тих чи інших процесів, що протікають у державі. У тому числі, вищевикладене формулювання передбачає можливість застосовувати інші форми, як-то звернення, а також розширює інструментарій управління державними справами, із похибкою на майбутні суспільно-політичні трансформації. З-поміж іншого, такі зміни можуть стати важливим кроком у напрямі гармонізації фактичної та юридичної конституції між собою.

Окрім безпосереднього розширення змісту конституційного права на управління державними справами автор вважає, що і безпосередньо суб'єктом даного права може бути не лише громадянин країни. Наприклад, підписантом і заявником петиції та друкованого чи електронного звернення може бути не лише громадянин

України, а й іноземець чи особа без громадянства, які проживають на території міста (у випадку звернення до органів місцевого самоврядування) або України (у випадку подачі звернення до Міністерств, наприклад).

Дане питання потребує подальшого дослідження, вивчення міжнародного досвіду та, можливо, коригування звичної класифікації прав людини.

¹ Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

² Про внесення змін до Закону України «Про звернення громадян» щодо електронного звернення та електронної петиції : Закон України від 2 липня 2015 р. № 577-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/577-19>

³ Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

⁴ Гриценко І. В. Конституційне право громадян України брати участь в управлінні державними справами: питання теорії та практики / І. В. Гриценко // Від громадянського суспільства – до правової держави : тези VII Міжнародної наукової Internet-конференції студентів та молодих вчених (м. Харків, 27 квітня 2012 р.). – Х. : ХНУ імені В. Н. Каразіна, 2012. – С. 581.

⁵ Каплан Ю. Участь громадськості в державному управлінні: роль недержавних аналітичних центрів / Ю. Каплан // Аналітична записка : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.niss.gov.ua/articles/260/#_ftnref2

⁶ Злобін С. В. Наші права: участь громадян в управлінні державними справами / С. В. Злобін, С. О. Майданевич, Н. В. Окша, Д. В. Войтенко ; заг. ред. Н. К. Дніпроенко. – Вінниця : ТОВ «Консоль», 2006. – 5 с.

⁷ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://kievcity.gov.ua/>

⁸ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://e-contact.dp.gov.ua/>

⁹ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.rada-poltava.gov.ua/petition/2/>

¹⁰ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.khoda.gov.ua/ua/zvernennya-gromadyan/gromadyanam-ukrajini-algoritm>

¹¹ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.lutskrada.gov.ua/department/viddil-zvernenn-gromadyan>

¹² [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.khmelnytsky.com/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=63&Itemid=88

¹³ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.rada.cherkasy.ua/ua/text.php?s=4&s1=34>

¹⁴ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://bmr.gov.ua/index.php?id=471>

¹⁵ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.city.kharkov.ua/uk/publicchnaya-informacziya.html>

¹⁶ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://transparent.vmr.gov.ua/Lists/TransparentOffice/ShowContent.aspx?ID=24>

¹⁷ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://krogerc.info/ua/index.html>

¹⁸ Про внесення змін до Закону України «Про звернення громадян» щодо електронного звернення та електронної петиції : Закон України від 2 липня 2015 р. № 577-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/577-19>

¹⁹ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://petitions.whitehouse.gov>

²⁰ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://submissions.epetitions.direct.gov.uk/petitions/new>

²¹ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.activism.com/de_AT/petitiononline.at

²² [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.petiport.europarl.europa.eu/>

²³ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://petition.president.gov.ua/petition/40>

Резюме

Емельянова А. Г. Конституційне право на участь в управлінні державними справами: актуальні проблеми реалізації.

У статті охарактеризовано актуальні проблеми механізму реалізації конституційного права громадянина на участь в управлінні державними справами, обґрунтовано розширення змісту вищезазначеного конституційного права та необхідність удосконалення його нормативного закріплення.

Ключові слова: електронна петиція, конституційне право, участь в управлінні державними справами, електронне звернення, органи державної влади, розширення конституційних прав, проблеми реалізації конституційних прав громадян.

Резюме

Емельянова А. Г. Конституционное право на участие в управлении государственными делами: актуальные проблемы реализации.

В статье охарактеризованы актуальные проблемы механизма реализации конституционного права гражданина на участие в управлении государственными делами, обосновано расширение сути вышеупомянутого конституционного права и необходимость усовершенствования его нормативного закрепления.

Ключевые слова: электронная петиция, конституционное право, участие в управлении государственными делами, электронное обращение, органы государственной власти, расширение конституционных прав, проблемы реализации конституционных прав граждан.

Summary

Iemelianova A. Constitutional right to participate in managing state affairs: actual problems of realization.

This article describes actual problems of the mechanism of realization of the constitutional right of citizens to participate in managing state affairs, justified the expansion of the essence of the aforementioned constitutional right and need to improve its normative regulation.

Key words: e-petition, the constitutional right, participation in managing public affairs, e-applications, public authorities, the expansion of constitutional rights, the problems of realization of constitutional rights of citizens.

В. В. ЗАЛІЗНЮК

Віктор Валентинович Залізнюк, ад'юнкт Національної академії внутрішніх справ

**ДЕЯКІ АСПЕКТИ ДЕФІНІЦІЇ ПОНЯТТЯ «ПОЛІТИЧНА ПАРТІЯ»
В НАУКОВИХ ПРАЦЯХ ТА НАЦІОНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ
ЯК ВІДОБРАЖЕННЯ ЇЇ ФУНКЦІЙ ТА РОЛІ В СУСПІЛЬСТВІ**

Формування чіткої дефініції поняття «політична партія», виходячи з її суспільно-політичних функцій, має особливе значення в державах з демократією, що розвивається. Проблема адекватного сприйняття політичної партії як суб'єкта виборчого процесу, а також її значимість у формуванні та здійсненні державної влади набуває особливої актуальності в пострадянських державах. Розмежування політичної партії від інших об'єднань громадян допоможе більш широко сприймати політичну партію і як інститут, і як засіб реалізації конституційно зафіксованих прав громадян на участь в політичному житті країни шляхом формування органів державної влади.

З цією метою в статті аналізуються походження, значення і трансформація самого поняття «політична партія».

Актуальність теми дослідження підтверджується ступенем нерозкритості теми. У даний час практично немає жодної фундаментальної роботи з дослідження політичної партії не тільки як інституту, але і як суб'єкта виборчого процесу.

Науковий аналіз проблем правового статусу політичної партії здійснювався багатьма вітчизняними і зарубіжними вченими. Серед них слід назвати В. Л. Федоренка, В. П. Пугачова, І. Тезінга, Ю. Шведу, М. Ф. Юрія, А. Г. Химченка, наукові праці яких слугують фундаментальною базою для подальших досліджень розглянутих питань.

Метою і завданням статті є дослідження деяких аспектів дефініції поняття «політична партія» в наукових працях і національному законодавстві України як відображення її функцій і ролі в суспільстві.

Зазвичай, головні риси та функції суспільних інституцій знаходять стисле відображення у дефініціях, що визначають їх як поняття. Поняття «політична партія» є предметом багатьох наукових досліджень та прикладних наук, оскільки виконує суспільно важливі та державотворчі функції у будь-якому демократичному суспільстві. В окремих випадках вчені та законотворці послуговуються поняттями «партія», «політична сила», однак, на нашу думку, найбільш повним є поняття «політична партія». Адже використовуючи поняття «політична партія» ми відмежуємося від інших об'єднань громадян, що хоч і уособлюють інтереси своїх членів чи певної соціальної групи, але не містять політичної складової, а, відтак, і можливостей здійснення реальної державної влади.

Як відомо, термін «партія» означає «частина», «група», він спочатку використовувався для позначення груп громадян, що представляють інтереси визначеної частини населення і прагнуть впливати на державну владу. Від інших політичних інститутів партії відрізняються специфічними функціями та характерними способами їх здійснення, визначеною внутрішньою організацією і структурою, наявністю політичного програм, ідеологічною системою орієнтацій, а також іншими ознаками. Будучи організаційно упорядкованою групою, що поєднує найбільш активних прихильників тих або інших цілей (ідеологій, лідерів), основною своєю метою партія ставить боротьбу за завоювання і використання політичної влади¹.

Відтак, якщо в основу визначення політичної партії покласти її сприйняття, як групу, то визначень політичних партій можна було б дати досить багато, однак вони зміщували б акцент залежно від характеристики не стільки тієї чи іншої групи, як від її інтересів. При цьому, працюючи над юридичною дефініцією політичної партії саме як учасника виборчого процесу, слід передусім змістити акцент на прагненні політичної партії отримати владу. По суті, це відрізняє політичну партію від інших об'єднань «за інтересами».

Чіткого визначення поняття «партія» немає, стверджує Й. Тейзінг. Той факт, що в цьому контексті йдеться про виборчі об'єднання, спілки, рухи, політичні об'єднання, товариства, акції чи блоки, пояснює проблематику визначення поняття. Про саму політичну партію можна говорити лише у тому випадку, якщо йдеться про організації, які поставили собі за мету справляти постійний вплив на формування політичної волі й тому потребують стабільних організаційних структур та програмних висловлювань. Характерною рисою політичної партії є участь у виборах для утримання в своїх руках безпосередньої влади та впливу. Показовою ознакою політичної діяльності та існування політичної партії є участь у формуванні політичної волі, яка здійснюється через людей та структури шляхом ідейного впливу та здійснення влади у різних сферах. Мета партії не може бути самостійно реалізована в межах своєї власної організації. Члени партії повинні обіймати керівні позиції у політичній системі, аби вплив, який партія прагне мати, набув реального характеру².

Цілком логічно, що без представництва політичної партії, а точніше її представників, у державній владі неможливо реалізувати ні лозунги, ні програмні цілі, ні мету партії. Будь-яке прагнення та дії, що будуть зводитися до спроби довести свою правоту в колі партійного спілкування та побудувати «ідеальну державу» в

межах однієї політичної сили, мають ризик трансформуватися, у кращому випадку, у діяльність громадської організації чи філософської течії, а в гіршому – скотитися до популістських лозунгів.

З нашої точки зору, у цьому й полягає основна складність чіткого визначення дефініції «політична партія», оскільки, з одного боку, цей інститут передбачає об'єднання громадян, що сповідують ті чи інші цінності, принципи, моделі розвитку держави тощо, а з іншого, – повноцінність цього інституту залежить від його здатності реалізовувати реальну владу. Реалізація ж державної влади представниками політичної партії можлива через її участь у відповідних виборчих процесах: набуття нею статусу суб'єкта виборчого процесу.

Ця думка знаходить своє підтвердження в навчальному посібнику за редакцією Ю. Шведа: «Однозначного визначення поняття «політична партія» в політичній теорії немає. Той факт, що в цьому контексті йдеться про виборчі об'єднання, спілки, рухи, політичні об'єднання, товариства, акції чи блоки, свідчить про складність визначення цього поняття. Про саму політичну партію можна говорити лише у тому випадку, коли йдеться про організації, які поставили собі за мету здійснювати постійний вплив на формування політичної волі й тому потребують стабільних організаційних структур та політичних програм. Характерною ознакою політичної партії є участь у виборах для утримання в своїх руках безпосередньої влади та впливу. Показовою ознакою політичної діяльності та існування політичної партії є участь у формуванні політичної волі, яка здійснюється через людей та структури шляхом ідейного впливу та реалізації влади у різних сферах. Своєї мети партія не може досягти у власних організаційних межах. Члени партії повинні обіймати керівні позиції у політичній системі, щоб вплив, який партія прагне мати, набув реального характеру. Особливо треба наголосити на історичному досвіді, на підставі якого діють політичні партії. Сучасні партії виникли лише на тлі парламентської системи. Це важливо знати, бо сьогодні у багатьох країнах (наприклад, у Латинській Америці) зменшується роль партій у політичних системах за рахунок міцної президентської структури. Партії, які служать тільки для того, щоб посадити кандидатів на посади, не мають можливості виконати свою репрезентативну функцію. Вони не можуть обійтися без постійної парламентської діяльності, незалежно від того, чи вони підтримують уряд, чи перебувають в опозиції. Вони повинні в будь-який спосіб постійно та впливово брати участь у процесі формування політичної волі. Придатним полем діяльності для цього є парламент. Через це в будь-якому разі треба у межах модернізації та демократизації вимагати проведення реформи політичних систем для того, щоб створити бодай рівновагу між президентською владою та парламентським контролем або ж навіть забезпечити невелику перевагу парламенту. Участь у формуванні політичної волі – це головне завдання партій. Що розуміється під ним? Формування політичної волі здійснюється у межах демократичного ладу. Змагання між ідеями призводить до плюралістичного обміну думками. Політика має вирішувати головні принципові питання співіснування та конфлікту. Розв'язання конфліктів відбувається відповідно до правил прийняття рішень більшістю. Крім того, існують правила досягнення домовленості та взаєморозуміння. Здатність і бажання укласти компроміси це суттєві елементи культури демократії. Тому, норми та способи утворення компромісів набувають великої значущості. Ті, хто прагне досягти впливу на формування політичної волі, повинні мати, що запропонувати. Саме тому важливими є політичні програми партій. Вони повинні містити концепції та механізми, за допомогою яких партії хочуть поширити на практиці свій політичний вплив. Ті, хто здійснюють політичну владу, потребують орієнтирів для того, щоб через владу перетворити їх на соціальну та політичну дійсність»³.

Саме по собі слово «партія» бере своє походження від латинського *pars (partis)* – частка, частина. Відтак, маємо усвідомлювати, що будь-яка політична партія представляє інтереси лише частини суспільства, є його (суспільства) своєрідним зрізом та уособленням і це також є значимою характеристикою загального поняття «політичної партії». Зазначеним пояснюється існування у демократичних суспільствах багатопартійної системи на протигагу тоталітарним режимам з однопартійною системою, де політична партія є нічим іншим, як «ширмою» для провадження диктаторської політики правлячого класу.

Невипадково М. Ф. Юрій визначає політичну партію саме як організовану групу громадян, що виражає інтереси тих чи інших соціальних верств і прагне до реалізації своєї мети шляхом боротьби за державну владу і її використання⁴. Схоже визначення можемо знайти і у праці К. Фрідріха «Constitutional Government and Democracy», де він визначає політичну партію як «групу людей, організованих для того, щоб гарантувати своїм лідерам доступ до уряду і контролю над ним і надалі забезпечити членам партії (завдяки такому контролю) матеріальні блага і переваги»⁵.

Щоправда, визначення політичної партії К. Фрідріха, будучи спорідненим за змістом з визначенням М. Юрія, розкриває політичну партію як учасника виборчого процесу більш прагматично, без претензії на ідеалістичну теорію. Адже досліджуючи політичну партію як суб'єкт виборчого процесу, так чи інакше необхідно пам'ятати і про мотиви об'єднання людей навколо політичної партії, серед яких матеріальні блага посідають важливе місце. Однак, якщо матеріальна мотивація нівелює ідеологічну складову, можна стверджувати про спотворення політичної партії і як інституту, і як суб'єкта виборчого процесу.

Відомий політолог О. Ренней стверджував, що «політика в сутності – це суперництво між групами людей за вплив на політичну діяльність уряду. Політична партія – це автономна організована група, що бореться на виборах, сподіваючись знайти можливість контролю над урядом і його політикою»⁶.

З метою різностороннього підходу до визначення поняття політичної партії і, як похідного поняття, політичної партії як суб'єкта виборчого процесу, варто навести окремі думки низки інших науковців, що зробили свій вагомий внесок у визначення конституційно-правового статусу політичної партії.

Так, французький політолог Ф. Гегель вважав, що партія – це «угруповання людей, об'єднаних для участі в політичному житті, які мають на меті завоювати повністю чи частково державну владу, щоб у такий спосіб

забезпечити панівне становище ідеям та інтересам членів угруповання». Інший відомий представник французької політичної науки Ж. Бюрдо під партією розуміє «будь-яке угруповання людей, які сповідують однакові політичні погляди і докладають усіх зусиль, щоб зробити їх панівними в даному суспільстві, водночас об'єднуючи якомога більшу кількість громадян, і намагаються захопити владу чи хоча б впливати на її рішення». О. Ренней і У. Кенделл вважають партіями «автономні групи, які висувують кандидатів і ведуть виборчу кампанію з надією на встановлення у майбутньому контролю над складом і політикою уряду». Подібне визначення політичним партіям дає американський учений Е. Даунс, який вважає, що партія – це «коаліція людей, яка бажає законними способами здійснювати контроль за апаратом влади». Під коаліцією він розуміє групу людей, які мають певні спільні цілі, під апаратом влади – фізичні, нормативні та інституційні засоби, якими володіє уряд для здійснення своєї специфічної функції – поділу суспільних ресурсів, а під легальними способами – проведені належним чином вибори. Особливо поширення в науковій літературі набуло визначення німецького соціолога М. Вебера. Під партією він розуміє «добровільне об'єднання громадян, метою яких є здобуття влади в рамках організації, а активних членів – реалізація матеріальної чи особистої користі, або і першого і другого». М. Дюверже визначає партію «як об'єднання з певною внутрішньою будовою»⁷.

Як бачимо, у більшості визначень поняття «політична партія» присутня характеристика, що вказує на прагнення політичної партії мати безпосереднє відношення до влади в державі – формувати владу, впливати на владу, творити законодавче поле країни тощо.

Подібне можна спостерігати і досліджуючи історичні моменти виникнення та становлення політичних партій як суспільно-політичного явища. Навіть саме виникнення політичних партій у розумінні, що схоже на сучасне сприйняття, припадає на період ранніх буржуазних революцій. У той час політичні партії відігравали роль самоорганізованих об'єднань громадян, діяльність яких спрямовувалася на боротьбу з феодалізмом (жирондисти, якобісти та конституціоналісти часів Великої французької революції). При цьому організаційно політичні партії почали формуватися саме як суб'єкти виборчого процесу, орієнтуючись на активну участь у виборчих процесах та, відповідно, прагнучи займатися парламентською формою діяльності.

Деяка інша тенденція спостерігається у чинному законодавстві України. Так, нормативно-правова дефініція поняття «політична партія» розкривається у ст. 2 Закону України «Про політичні партії в Україні», відповідно до якої політична партія – це зареєстроване відповідно до закону добровільне об'єднання громадян – прихильників певної загальнонаціональної програми суспільного розвитку, що має своєю метою сприяння формуванню і вираженню політичної волі громадян, бере участь у виборах та інших політичних заходах.

Саме Законом України «Про політичні партії в Україні» на законодавчому рівні визначається порядок створення та діяльності політичних партій в Україні. Це узгоджується зі ст. 92 Конституції України, згідно з якою засади утворення і діяльності політичних партій, інших об'єднань громадян, засобів масової інформації визначаються виключно законами України. Таким чином, можемо дійти висновку, що Закон України «Про політичні партії в Україні» є базовим законодавчим актом для політичних партій в Україні і має регламентувати чи, принаймні, обумовлювати, визначати засади, усі види передбаченої законами діяльності політичної партії, у тому числі вимальовувати політичну партію як суб'єкта виборчого процесу. Однак у зазначеному Законі слово «вибори» (у всіх відмінках) зустрічається сім разів, з яких лише у двох випадках воно стосується політичної партії як суб'єкта виборчого процесу. Зокрема, у ст. 2 Закону України «Про політичні партії в Україні» (наведена вище) та ст. 12 передбачено право політичної партії брати участь у виборах Президента України, до Верховної Ради України, до інших органів державної влади, органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб у порядку, встановленому відповідними законами України. Крім цього, ст. 24 визначено однією із підстав анулювання реєстраційного свідоцтва політичної партії – невисування політичною партією своїх кандидатів на виборах Президента України та виборах народних депутатів України протягом десяти років.

При цьому, для вироблення ґрунтовного науково поняття політичної партії як суб'єкта виборчого процесу, необхідно спочатку ретельно дослідити поняття самих виборів та виборчих процесів. На наше переконання, саме поєднання наукових визначень понять «політична партія» та «виборчий процес» дасть змогу запропонувати обґрунтоване комплексне поняття «політичної партії, як суб'єкта виборчого процесу». Адже, як зазначалося вище, за своєю суттю політична партія – це група людей, що бореться за владу шляхом участі у виборчому процесі.

Такий висновок знаходить своє підтвердження і в праці О. Реннея «Government of Men», у якій він, зокрема, стверджує, що «політика в сутності – це суперництво між групами людей за вплив на політичну діяльність уряду. Політична партія – це автономна організована група, що бореться на виборах у надії знайти можливість контролю над урядом і його політикою»⁸.

Можливо, саме тому активність політичних партій значно зростає напередодні виборчого процесу, що в черговий раз підтверджує мету та суть цього громадського формування, власне, як і суть самого інституту політичної партії.

Політичне життя переважного числа політичних партій поновлюється тільки в період виборчих кампаній і після їх завершення автоматично закінчується. Не переконують у боєздатності цих партій і кількісні показники їх партійних рядів. Підтвердженням цього є результати останніх виборів до Верховної Ради. Соціологія також свідчить про невисокий рівень довіри населення до політичних партій, до їх здатності бути рушійною силою прогресивного оновлення суспільства. Ситуація посилюється ще й тим, що спостерігається процес «клонування» партій, які майже не відрізняються одна від одної, а прагнуть зайняти одну і ту ж політичну нішу суспільства. Це ще більше дезорієнтує виборців, основний загал яких ніяк не може зрозуміти тонкощів політичних відтінків («правий» центр, «лівий» центр, «просто» центр та інше)⁹. Характер і

особливості функціонування політичних партій, їх місце і роль у виборчих системах в перехідних, посттоталітарних суспільствах також достатньо проаналізовані у багатьох дослідженнях¹⁰. Їх об'єднує висновок, що в таких суспільствах партії дуже часто не виконують притаманні демократії функції¹¹.

Досліджуючи поняття, сутність, юридичні ознаки політичної партії як суб'єкта виборчого процесу варто зосередити увагу на двох головних предметах (не рахуючи великої кількості супутніх): політична партія, як інститут і вибори, як процес. Саме поєднання зазначених предметів допоможе визначити спільну дефініцію політичної партії як суб'єкта виборчого процесу.

Задля належної наукової результативності недостатньо проаналізувати лише політичну партію та її участь у виборчому процесі, слід особливу увагу приділити і самому виборчому процесу та виборчій кампанії як законодавчо регламентованій процедурі та явищу в цілому.

¹ Пугачев В. П. Введение в политологию : учеб. для студентов высш. учеб. заведений / В. П. Пугачев, А. И. Соловьев. – М. : Аспект Пресс, 1997. – 447 с.

² Тезинг Й. Політичні партії в демократичному суспільстві / Й. Тезинг, В. Гофмайстер. – 2-ге вид. – К., 2001. – 128 с.

³ Шведа Ю. Теорія політичних партій і партійних систем : навч. посіб. / Ю. Шведа. – Л. : Тріада плюс, 2004. – 528 с.

⁴ Юрій М. Ф. Політологія. онлайн підручник / М. Ф. Юрій : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ukrlibrary.com.ua/books/26/1/index.html>

⁵ Рудич Ф. М. Політичні структури та процеси в сучасній Україні: політологічний аналіз / Ф. М. Рудич. – К., 1995.

⁶ Penney A. Governing of Men. Manchester Univ. Press, 1989.

⁷ Шведа Ю. Теорія політичних партій і партійних систем : навч. посіб. / Ю. Шведа. – Л. : Тріада плюс, 2004. – 528 с.

⁸ Там само.

⁹ Хімченко О. Г. Політичні партії і виборчий процес в умовах розбудови демократичного суспільства : навч. посіб. / О. Г. Хімченко // Південнослов'янський ін-т Київського славистичного ун-ту. – К. : ВД «Професіонал», 2006. – 208 с.

¹⁰ Назаренко Б. О. Сучасні політичні партії України і деякі проблеми та перспективи розвитку / Б. О. Назаренко // Нова політика. – 1996. – № 4.

¹¹ Хімченко О. Г. Політичні партії і пропорційна виборча система / О. Г. Хімченко // Актуальні проблеми внутрішньої політики. – К., 2005. – № 1. – С. 71–76.

Резюме

Залізник В. В. Деякі аспекти дефініції поняття «політична партія» в наукових працях та національному законодавстві України як відображення її функцій та ролі в суспільстві.

У статті наводиться теоретичне дослідження деяких аспектів дефініції поняття «політична партія» в наукових працях і національному законодавстві України як відображення її функцій і ролі в суспільстві. Аналіз поняття «політична партія» здійснюється на основі наукової та юридичної літератури, а також окремих нормативно-правових актів.

Коротко розкривається походження поняття «політична партія», а також аналізується її основне призначення як інституту в нерозривному зв'язку з політичною партією як суб'єктом виборчого процесу.

Продемонстрована основна відмінність між політичною партією та іншими об'єднаннями громадян.

У статті чітко означено спосіб реалізації політичною партією своїх цілей, ідей і принципів у сфері реальної влади.

Обґрунтованим є те, що єдиним демократичним шляхом руху політичних партій та їх представників у владу є той чи інший виборчий процес.

Ключові слова: партія, політична партія, вибори, об'єднання громадян.

Резюме

Zalizniuk V. V. Некоторые аспекты дефиниции понятия «политическая партия» в научных трудах и национальном законодательстве Украины как отражение ее функций и роли в обществе.

В статье проводится теоретическое исследование некоторых аспектов дефиниции понятия «политическая партия» в научных трудах и национальном законодательстве Украины, как отражение ее функций и роли в обществе. Осуществляется анализ научной и юридической литературы по исследованию понятия «политическая партия», а также отдельные нормативно-правовые акты. Кратко раскрывается происхождение понятия «политическая партия», анализируется ее основное предназначение как института в неразрывной связи с политической партией, как субъектом избирательно процесса.

Продемонстрировано основное различие между политической партией и вторыми объединениями граждан.

В статье четко обозначен способ реализации политической партией своих целей, идей и принципов в сфере реальной власти.

Обосновано, что единственным демократическим путем движения политических партий и ее представителей во власть является тот или иной избирательный процесс.

Ключевые слова: партия, политическая партия, выборы, объединение людей.

Summary

Zalizniuk V. Some aspects of the concept definition of “political party” in scientific works and in the national legislation of Ukraine as a reflection of its functions and role in society.

This article sets forth the definition of the concept of «political party» as a reflection of its functions and role in society stated in scientific studies and the national legislation of Ukraine.

Analysis carried out on the study of the concept of «political party» was held using scientific and legal literature, as well as national legislation.

The origin of the concept of «political party», its main purpose as an institution is briefly revealed in close connection with a political party as the subject of the election process.

It demonstrates the fundamental difference between a political party and other types of association of citizens.

The article clearly marks the way of the implementation by political party its main goals, ideas and principles in the sphere of governmental power. It is concluded that the only democratic way for political parties to gain political power is electoral process.

Key words: a party, a political party, elections, associations of citizens.

УДК 342.727

О. Д. ЛІЗУНОВА

Ольга Дмитрівна Лізунова, здобувач Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ІНФОРМАЦІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИБОРІВ ВІД НАЙДАВНІШИХ ЧАСІВ ДО СУЧАСНОСТІ

Для повного розуміння сутності та значення інституту інформаційного забезпечення виборів необхідно, на нашу думку, дослідити історичні етапи розвитку та становлення досліджуваного інституту виборчого права, а також проаналізувати правові надбання минулих років.

Досвід проведення перших виборів на території України сходиться до X–XI століть. Науковці вважають, що зародження інформаційного забезпечення виборів на вітчизняних теренах відбулося за часів Давньої Русі. Історія української державності, на переконання вітчизняних дослідників, починається з Київської Русі¹.

За часів Київської Русі, яка була типовою феодалною монархією на чолі з великим київським князем, продовжували існувати віча, в яких брали участь вільні дорослі жителі міста – купці, ремісники та ін. Але вирішальна роль у них належала міській феодалній верхівці – боярам і «старцям градським». В якості інформування про вічові збори міг бути клич бирючей або бій особливого дзвону. На цьому історичному етапі розрізнялися два основні способи оповіщення населення: публічний та іменний (по дворах). Публічний спосіб був більш розповсюджений, народ могли збирати як спеціально, так і користуватися його скупченням в певний період (наприклад, у торгові дні). Проте деякі науковці зазначають, що владі часто доводилося вживати особливих заходів, щоб забезпечити явку жителів на голосування². Можемо зробити висновок, що на описаному вище історичному етапі становлення української державності почали зароджуватися елементи виборності, а разом з тим – і елементи інституту інформаційного забезпечення виборів. Звичайно, на даному історичному етапі ми не можемо вести мову про вибори як такі, але перші прояви інформування населення все ж мали місце. Будемо вважати, що в давньоруський період, а саме часи Київської Русі, все ж були закладені перші основи інформаційного забезпечення виборів, хоч і носили дуже спрощений вигляд (наприклад, клич бирючей).

Після занепаду Київської Русі, окупації Польщею західноукраїнських земель і приєднання всіх інших українських земель до литовських, за панування у польсько-литовський період засад давнього звичаєвого права та писаного українського права українці уперше набувають досвіду участі у виборах через обрання шляхтою на повітових сеймиках своїх представників до Вального Сейму і обрання у містах з Магдебурзьким правом їх жителями міських рад на народних сходах відкритим голосуванням.

Взагалі, державний устрій Литовсько-Руського князівства пройшов тривалий еволюційний шлях. Головним чинником, що ототожнював державну владу в період утворення держави, був великий князь. У XIV ст. його влада обмежувалася Віленським Уділом, з якими була зв'язана влада над удільними князями³. В останні роки XIV ст. уся влада зосереджувалася в руках великого князя із панами – Радою він радився лише зі своєї волі. Проте з часом за привілеями 1492 р. та 1506 р. було легалізоване правне становище панів – Ради, вона поділила з великим князем права участі в управлінні державними справами, позбавивши його права самостійно вести дипломатичні зносини, видавати закони, призначати уряд.

Після Люблінської унії 1596 р. усі права переносяться на загальношляхетський литовсько-польський «Сейм Вальний», що триває до занепаду Литовсько-Польської держави.

Із утворенням Речі Посполитої її король у вирішенні державних справ і підготовці нових законів спирався на Сенат, оскільки він об'єднував усіх вищих посадовців – воєвод, каштелянів (комендантів фортець), канцлера та інших найвищих державних достойників, католицьких єпископів Польщі й Литви⁴.

Правовий статус осіб, які мали право голосу, характеризується тут вже чітко вираженим становим характером виборчого права, оскільки шляхта обирає своїх представників на власних сеймиках, а не народних зібраннях. Як бачимо, на період Литовсько-Руської держави на території нашої країни формується певна система вищих представницьких органів влади та запроваджується більш чіткий порядок їхнього формування, а саме виборів. Аналізуючи вищезазначені дані, можна вказати на ту особливість, що дійсно на території тогочасних українських земель відбулося становлення парламентаризму, однак привілейованого, тобто не для всіх. А тому і інформаційне забезпечення виборчого процесу того часу також не мало загального (демократичного) характеру.

Слід приділити увагу такому періоду української історії, як Гетьманщина. У 1552–1556 рр. канівський і черкаський староста Дмитро Іванович Вишневецький (Байда) об'єднує козаків, створюючи за порогами Дніпра на – острові Мала Хортиця козацький центр – Запорозьку Січ. Запорозька Січ стала зародком нової

української (козацької) державності. У той час, коли майже в усіх країнах Європи панували монархи, у запорожців існувала республіканська форма правління. У Січі панівною була виборча система органів управління, контроль за діяльністю яких здійснювала козацька рада, що була вищим органом влади. На січовій раді вирішувалися всі найважливіші питання внутрішнього життя Січі, питання війни і миру, дипломатичних відносин, обрання козацької старшини, розподілу земель між куренями тощо.

Рада й вибори старшини проходили за складною процедурою, яка формувалася століттями. У стислому викладі вона виглядала таким чином. У визначений день після служби у церкві та обіду запорожці виходили з усіх куренів на майдан. У цей час лунав постріл з гармати, а довиш, що стояв на майдані, починав бити в литаври. Генеральна старшина, а також курінні отамани з клейнодами – символами влади, але без шапок виходили на майдан за простими козаками. Після складних церемоній відбувалися вибори або перевибори старшини, причому вони нерідко супроводжувалися суперечками та сутичками. Першим обирали кошового отамана, а потім – всю іншу старшину. За звичаєм обраний кошовий отаман мусив двічі відмовлятися від булави і лише за третім разом взяти її до рук⁵.

На наше переконання, таку церемонію виборів, зокрема процедуру інформування козаків про вибори шляхом застосування пострілу гармати, також можна вважати елементом зародження інституту інформаційного забезпечення виборчого процесу, хоч і в дуже простій формі прояву, що відповідає умовам того часу.

У квітні 1775 р. російська імператриця Катерина II прийняла рішення про ліквідацію Запорозької Січі. Російська імперія забрала під свій контроль більшу частину українських земель, що в свою чергу призвело до втрати Україною автономних прав і перетворенням її на звичайну губернію Росії⁶.

На тривалий час відходить у минуле багато демократичних інститутів; разом з іншими – й інститут виборів власних вищих представницьких органів державної влади. Щоправда, українцям було надано можливість ще до остаточного зруйнування самостійності України в 1767 р. обрати своїх представників до російської Законодатної комісії як своєрідного парламенту із законодавчими функціями.

Порядок виборів депутатів Законодатної комісії 1767 р. детально регламентували Маніфест Катерини II від 14 грудня 1766 року. Елементи виборного представництва в період правління Катерини II та її Указ «Про запровадження у Москві комісії для створення проекту нового Уложения і про вибори до неї депутатів»⁷ стали першою спробою регламентувати засади виборчого процесу, які заклали основи виборчого права Нового часу.

Згодом порядок, встановлений маніфестом 1766 р., був поширений на усі види виборів, що проводяться на території Російської імперії, до територіального відання якої в той час входили й українські землі.

Відповідно до цього нормативного акта, губернаторам пропонувалося опублікувати рішення про вибори і розіслати його в усі населені пункти губернії, а отже, і на територію українських земель, що були у складі Російської імперії. Такі дії передбачалися додатком до Маніфесту, а саме в п. 1. «Указу» губернаторам усіх губерній імперії було вказано, що після отримання маніфесту і обрядів про вибори депутатів у Комісію, текст проекту нового положення губернатори повинні його не тільки публікувати в першу неділю в їхньому місті, а й розіслати в усі міста і повіти губернії, щоб після отримання його в кожному місці міг бути прочитаний в першу неділю, і в дві наступні неділі⁸. Таким чином, губернська влада повинна була розіслати Маніфест і Обряди про вибори депутатів територіальній владі нижчого рівня – повітів, міст і провінцій. Крім того, губернатори зобов'язані були інформувати жителів про час і місце голосування. Повідомлення для дворян про вибори, час, місце голосування здійснювалося особисто.

У нормативному акті губернатора, окрім дати виборів, повинно бути вказано й місце голосування, яке вибиралося на його розсуд. Для сповіщення населення органи місцевого управління видавали спеціальні акти з вказівкою часу і місця проведення виборів. Зокрема, в них вказувалося, що в перший день усі виборці повинні зібратися о 9 годині ранку в конкретному будинку, призначеному для голосування, потім вказувалася церква, де повинні відбуватися літургія і принесення присяги. Ці акти детально регламентували також, в який день і на які посади здійснювалися вибори.

За інструкцією, розробленою царицею, всі верстви населення, за винятком селян-кріпаків, брали участь у виборчому процесі. Як бачимо, в період Російської імперії на території сучасної України пройшли, на нашу думку, перші повномасштабні вибори, із законодавчо прописаними процедурами їх проведення. Однак інформаційне забезпечення виборчого процесу залишилося поза полем правового регулювання, хоча окремі аспекти цього питання Маніфест регулював. Зазначимо також, що все ж залишилася та частина населення, яка не змогла брати участь у виборах за станомою приналежністю, це кріпаки.

Перші, подібні до парламентських, вибори в Росії відбулись у 1906 р. до Державної Думи. Із формуванням цього органу продовжила свій розвиток важлива категорія виборчого права – інформаційне забезпечення виборців. При цьому визначальну роль відіграло усне інформування, яке проводилося переважно у формі зборів.

За період з 1905 р. по 1917 р. у Росії змінилося чотири Положення про вибори до Державної Думи⁹.

Інформування про вибори в Державну Думу усіх скликань відбувалося в три етапи. Перший етап І. В. Міннікес пов'язує з ухваленням самих виборчих законів, які широко публікувалися і доводилися до відома населення. На другому етапі законодавець, пішовши уже відомим шляхом, зобов'язав губернаторів публікувати списки виборців і усі зміни до них. На третьому етапі відбувалося оповіщення виборців безпосередньо про дату голосування. Вибори членів Державної Думи в губернських виборчих зборах робилися в дні, що призначаються найвищими указами, які міністр внутрішніх справ узгоджував через Раду міністрів і представляв Правлячому Сенату для публікації¹⁰.

Перші демократичні вибори в Україні планувалися за часів Української народної республіки. Дійти такого висновку дає правовий аналіз Закону «Про вибори до Установчих зборів Української Народної Республіки» та «Інструкції для користування розділом першим до Закону про вибори до Установчих зборів Української Народної Республіки» від 11–16 листопада 1917 року.

Вищевказаний Закон про вибори значно відрізнявся від Положень про вибори в Державну Думу. Цей документ став значним кроком вперед на шляху розвитку демократичного виборчого права в цілому та інституту інформаційного забезпечення виборів зокрема.

Правові можливості громадян брати участь у виборах в силу революційного характеру даного періоду були обмеженими. Вибори до Установчих зборів мали цілий ряд особливостей: були встановлені єдині дні голосування, було передбачено особисте сповіщення виборців – виготовлялися іменні посвідчення для явки на вибори, які доставляли додому кожному виборцю разом з кандидатським списком не пізніше ніж за сім днів до дати виборів.

Відомо, звичайно, що Установчі збори 9 січня 1918 р. не відбулися. Центральна рада призначила скликання зборів на 2 лютого 1918 р. перед захопленням Києва більшовиками. Однак історія розпорядилася так, що Українські установчі збори не зібралися ніколи.

Таким чином, логічно переходимо до розгляду радянського періоду української історії. Встановлення радянської влади на території України вплинуло на характер та форми здійснення народовладдя, механізми реалізації виборчих прав громадян. Процес становлення і розвитку української радянської держави супроводжувався закріпленням його у конституціях. За радянських часів було прийнято чотири конституції (у 1919 р., 1929 р., 1937 р., 1978 р.).

Більшовикам необхідна була юридична форма легітиматії своєї влади, якою стала Конституція (Основний Закон) РРФСР, прийнята 10 липня 1918 р., що повністю змінила попередній державно-правовий досвід розвитку Російської імперії¹¹. Сталася принципова зміна в регулюванні прав і свобод громадян. Демократичні принципи, закріплені в Конституції РРФСР 1918 р., носили специфічний характер. Разом з тим Конституція УРСР 1919 р., яка дублювала вищевказаний документ¹², запроваджувала в життя такий порядок виборів, що ґрунтувався на принципах незагального, непрямого, нерівного виборчого права при відкритому голосуванні. За Конституцією УСРР 1919 р. (ст. 21) були закріплені положення, в яких перелічувались категорії осіб, позбавлених активного і пасивного виборчого права (так звані «позбавленці»)¹³.

До 1924 р. законодавство про вибори не було систематизоване, не було єдиної регламентації виборчих прав громадян, порядку складання списків виборців, роботи виборчих комісій. Затверджене 10 вересня 1924 р. постановою ВУЦВК і РНК «Положення про виборчі права громадян і про порядок проведення виборів» було зведеним нормативним актом, що підсумував до того чинний масив нормативних актів. Положенням 1924 р. було дещо уточнено норми виборчого законодавства в частині формування виборчого корпусу, порядку проведення виборів і процедури оскарження дій органів, відповідальних за проведення виборів.

Наступний етап розвитку виборчого права України пов'язується з прийняттям у 1937 р. нової Конституції УРСР, яка, відтворюючи, звичайно, положення загальносоюзної Конституції 1936 р., вперше запроваджувала поняття «виборчої системи», що об'єднувало в собі норми з врегулювання виборчого процесу до рад усіх рівнів. Для виконання конституційних норм була затверджена ціла низка спеціальних правових актів, зокрема «Положення про вибори до Верховної Ради УРСР» від 21 лютого 1938 року¹⁴. Цей документ декларував вибори як загальні, рівні, прямі при таємному голосуванні, знімав виборчі цензи, що існували раніше, чітко розмежував повноваження органів, відповідальних за організацію та проведення виборів, забезпечував висування кандидатів не тільки Комуністичною партією, а й громадськими організаціями та товариствами трудящих. Регулювало згадане положення і механізм обліку виборців. Повноваження зі складання та уточнення виборчих списків покладалася на виконавчі комітети місцевих рад.

Хоча норм, що стосуються інформування, Положення про вибори у Верховну Раду СРСР 1938 р. не містило, поширенню інформації приділялася значна увага. Важливим каналом інформування про окремі етапи виборчої кампанії була преса, на яку покладалася ряд завдань: 1) доведення до виборців інформації про день виборів, про виборчі округи і ділянки, склад виборчих комісій, відомостей про реєстрацію кандидатів, про підсумки виборів; 2) висвітлення ходу виборчої кампанії, недоліків у роботі виборчих комісій¹⁴; 3) обмін досвідом агітаційної роботи, допомога агітаторам теоретичними статтями, довідковими матеріалами.

У 1978 р. на позачерговій сьомій сесії Верховної Ради Української РСР була прийнята нова Конституція Української Радянської Соціалістичної Республіки. У Конституції закріплено принцип демократичного централізму, що базувався на «виборності всіх органів державної влади знизу доверху, підзвітності їх народів, обов'язковості рішень вищестоящих органів для нижчестоящих. Демократичний централізм поєднує єдине керівництво з ініціативою і творчою активністю на місцях, з відповідальністю кожного державного органу і службової особи за доручену справу¹⁵.

Новим етапом у розвитку виборчого законодавства стало прийняття Закону Української Радянської Соціалістичної Республіки «Про вибори народних депутатів Української РСР» у 1989 році. Так само як і в попередніх виборчих законах радянського періоду, у Законі декларувалось, що вибори проводяться по одномандатних виборчих округах на основі загального, рівного і прямого виборчого права при таємному голосуванні. Суспільно – політичні настрої тієї доби вимагали наголосити у ст. 8 Закону про гласність. Згідно із Законом, гласність передбачала відкритість виборчих перегонів для висвітлення у ЗМІ, безперешкодний доступ ЗМІ на всі збори та засідання виборчих комісій, а також до інформації, пов'язаної з підготовкою і проведенням виборів¹⁶.

Упродовж досить тривалого періоду еволюції виборча система стала ефективнішою з точки зору встановлення демократичних принципів виборчого права, рівності виборчих округів, скасування різних норм представництва для окремих соціальних груп, підвищення якості організації виборчого процесу та створення Центральної виборчої комісії. Важливим також є те, що інформаційне забезпечення виборів нині регламентовано на законодавчому рівні, що суттєво підвищує гарантії виборців на доступ до об'єктивної інформації про виборчий процес. Позитивні та негативні здобутки різних історичних етапів з формування виборчих органів державної влади на території України є основою для можливості створення ефективної виборчої системи сучасної України, вдосконалення законодавчого регулювання виборчого права, а також інституту інформаційного забезпечення виборів.

¹ Лисовский С. Ф. Избирательные технологии: история, теория, практика / С. Ф. Лисовский, В. А. Евстафьев. – М. : РАУ Университет, 2000. – 319 с.

² Минникес И. В. Информирование населения о выборах: Историко-правовой опыт / И. В. Минникес // Правовая политика и правовая жизнь. – 2007. – № 2. – С. 54.

³ Єрмолаєв В. М. Вищі представницькі органи влади в Україні (історико-правове дослідження) / В. М. Єрмолаєв. – Х., 2005. – С. 66–72.

⁴ Бардах Ю. История государства и права Польши / Ю. Бардах, Б. Леснодорский, М. Пиетрчак. – М., 1980. – С. 209.

⁵ Український парламентаризм: минуле і сучасне : моногр. / за ред. Ю. С. Шемшученка. – К., 1999. – С. 32–33.

⁶ Скальковский А. История Новой-Сечи или последнего Коша Запорожского / А. Скальковский : в 3-х ч. – 3-е изд. – Одесса : Тип. А. Шульце, 1885–1886. – 1060 с.

⁷ Об учреждении в Москве комиссии для сочинения проекта нового Уложения и о выборе в оную депутатов : Указ, данный Сенату, от 14.12.1766 г. // Полн. собр. законов Российской империи. – СПб., 1830. – Т. XVII. – Ст. 12801.

⁸ Поленов Д. Исторические сведения о Екатерининской комиссии для сочинения проекта нового Уложения / Д. Поленов. – Санкт-Петербург : Типография Императорской академии наук, 1869–1875. – Ч. 1. – С. 8.

⁹ Искандаров У. С. Избирательный процесс в Российской империи (вторая половина XVIII – начало XX вв.) : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / У. С. Искандаров. – Краснодар, 2007. – 26 с. – С. 15, 26.

¹⁰ Минникес И. В. Информирование населения о выборах: Историко- правовой опыт / И. В. Минникес // Правовая политика и правовая жизнь. – 2007. – № 2. – С. 53.

¹¹ Конституции и конституционные акты РСФСР (1918–1937) : сб. документов / под ред. А. Я. Вышинского. – М., 1940. – С. 22.

¹² Комуністична партія України в резолюціях і рішеннях з'їздів, конференцій і пленумів ЦК : в 2 т. / гол. ред. кол. В. І. Юрчук. – К., 1976. – Т. 1: 1918–1941. – С. 43.

¹³ Конституція Української Соціалістичної Радянської Республіки : 10–14 березня 1919 р. // Історія української Конституції / упоряд. А. Г. Слюсаренко, М. В. Томенко. – К. : Право, 1997. – С. 175–181.

¹⁴ Положення про вибори до Верховної Ради УРСР / ред. В. Ткаченко. – Одеса : Партвидав ЦК КП(б)У, 1938. – 29 с.

¹⁵ Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки : 20 квітня 1978 р. // Історія української Конституції / упоряд. А. Г. Слюсаренко, М. В. Томенко. – К. : Право, 1997. – С. 236–278. – Ст. 238.

¹⁶ Про вибори народних депутатів Української РСР : Закон УРСР [Закон прийнято на десятій сесії Верховної Ради УРСР одинадцятого скликання, 27 жовтня 1989 р.] – К. : Політвидав України, 1989. – 43 с. – Ст. 6.

Резюме

Лізунова О. Д. Порівняльно-правові аспекти інформаційного забезпечення виборів від найдавніших часів до сучасності.

Розглянуто особливості інституту інформаційного забезпечення виборів різних періодів української історії. Проаналізовано становлення вказаного інституту виборчого права від найдавніших часів до сучасності. Зроблено висновок про те, що до затвердження незалежної Української держави інститут інформаційного забезпечення виборів не був оформлений і значно відставав від темпів розвитку виборчого права.

Ключові слова: історія, інформаційне забезпечення виборів, вибори, еволюція.

Резюме

Лізунова О. Д. Сравнительно-правовые аспекты информационного обеспечения выборов от древнейших времен до современности.

Рассмотрены особенности института информационного обеспечения выборов разных периодов украинской истории. Проанализировано становление указанного института избирательного права от самых давних времен до современности. Сделан вывод о том, что до утверждения независимого Украинского государства институт информационного обеспечения выборов не был оформлен и значительно отставал от темпов развития избирательного права.

Ключевые слова: история, информационное обеспечение выборов, выборы, эволюция.

Summary

Lizunova O. Comparatively legal aspects of the informative providing of elections from the oldest times to contemporaneity.

The especial features inherented of the informative providing of elections of different period were examined in the article. The formation of this institute beginning from before – state society, participation of political parties undertaking of informative providing of elections with introduction parliamentary model of state were analyzed.

Key words: history, informative providing of elections, elections, evolution.

УДК 342.9

О. Ф. АНДРІЙКО, Л. Є. КИСІЛЬ

Ольга Федорівна Андрійко, доктор юридичних наук, професор, завідувач відділу Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

Людмила Євгенівна Кисіль, кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВ І СВОБОД ГРОМАДЯН В УКРАЇНІ

Забезпечувати – означає створювати необхідні умови для здійснення чи гарантування, охорони когось, чого-небудь від загрози або небезпеки; це сукупність методів, засобів і заходів, необхідних для нормального функціонування об'єкта процесу.

Основними чинниками забезпечення прав і свобод громадян є юридичні гарантії та соціальні умови. До системи юридичних гарантій прав і свобод громадян належать нормативно-правові та інституційно-організаційні засоби їх забезпечення.

Нормативні гарантії забезпечення прав, свобод та обов'язків громадянина – це передбачені нормами матеріального і процесуального права юридичні засоби забезпечення реалізації, охорони й захисту прав, свобод та обов'язків. Проте нормативно-правові засоби забезпечення прав, свобод та виконання обов'язків особи самі по собі не можуть створити фактичні умови для використання кожним своїх прав і свобод. Соціальні умови як об'єктивні ознаки суспільної життєдіяльності виступають «матеріальною» основою забезпечення прав, свобод та обов'язків людини і громадянина. Інституційно-організаційні гарантії забезпечення прав, свобод та обов'язків громадян – це передбачені у законодавстві державні інституції, на які покладаються відповідні функції і повноваження з організації та здійснення юридичного забезпечення реалізації, охорони і захисту прав, свобод та належного виконання обов'язків громадянина. За характером суб'єктів здійснення забезпечувальної діяльності дані інституції можуть поділятися на державні й громадські¹.

Права і обов'язки громадян, закріплені Конституцією України, являють собою конституційне підґрунтя прав, визначених в адміністративному праві. Людина, її життя, здоров'я, честь і гідність, безпека визнаються найвищою соціальною цінністю.

Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст та спрямованість діяльності держави. Утвердження й забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

Громадяни України наділені широким колом прав, визначених нормами адміністративного права. Але недосконалість механізму реалізації цих прав, а також не досить чітка їх регламентація заважають громадянам повною мірою використовувати надані їм права та свободи.

Окремі гарантії носять подвійний характер, тому що виступають і як право, і як гарантія. Такими гарантіями в сфері виконавчої влади є право на звернення в органи державної влади та органи місцевого самоврядування, право на відшкодування шкоди, заподіяної незаконним рішенням, діями або бездіяльністю органів виконавчої влади та їх посадових осіб, право на судовий захист. Активна позиція громадян власними діями сприяти реалізації свого адміністративно-правового статусу, свідомо та відповідально ставитися як до використання прав і обов'язків, так і до їх виконання, підвищувати рівень своєї правової культури також слугує гарантією забезпечення прав.

Сприяння утвердженню пріоритету прав і свобод людини і громадянина, ефективній реалізації обумовлених цими правами та свободами правомірних інтересів громадян є найважливішим завданням адміністративно-правового регулювання у сфері виконавчої влади, існуючий стан якого потребує значної уваги в інтересах його дальшого покращення.

© О. Ф. Андрійко, Л. Є. Кисіль, 2015

Прийняття Національної Стратегії у сфері прав людини, затвердженої Указом Президента України 25 серпня 2015 р., було зумовлено необхідністю подальшого вдосконалення діяльності держави щодо утвердження більш дієвих механізмів захисту прав та свобод людини і громадянина, вирішення системних проблем, що виникають при їх забезпеченні.

Метою реалізації Стратегії, як зазначається в цьому документі, є забезпечення пріоритетності прав і свобод людини як визначального чинника під час формування державної політики, прийняття рішень органами державної влади та органами місцевого самоврядування. Результатом такої діяльності держави має стати запровадження системного підходу до розв'язання зазначених завдань та забезпечення узгоджених дій органів публічної влади, створення правових механізмів регулювання відносин між громадянами і суб'єктами державної влади.

Одним із важливих прав громадян, забезпечення реалізації якого покладається на органи виконавчої влади, є право на державну службу. З огляду на це правове регулювання державно-службових відносин набуває все більшої актуальності, адже саме державні службовці є тією рушійною силою та виконавцями масштабних реформ, що відбуваються в Україні. Про необхідність підготовки нового Закону «Про державну службу» уже давно йдеться в концепціях і програмах, прийнятих в різні часи. Однак введення в дію Закону України «Про державну службу» від 17 листопада 2011 р. увесь час відкладається і продовжує діяти Закон України «Про державну службу» від 16 грудня 1993 року. Напрацьовано новий проект Закону України «Про державну службу», який сьогодні розглядається у Верховній Раді України і містить низку прогресивних норм порівняно з двома останніми актами, що допоможе наблизити українську систему державної служби до стандартів професійної, політично нейтральної діяльності в інтересах держави і суспільства.

Зокрема, серед основних позитивів Законопроекту можна відзначити наступні:

- виключно конкурсний добір на державну службу, що має сприяти професіоналізації державної служби;
- виключення з посад державної служби посад патронатних службовців (помічників народних депутатів України, радників і помічників членів Кабінету Міністрів України тощо), що було суттєвим недоліком Закону України «Про державну службу» від 17 листопада 2011 р.;

- встановлення достатньо жорстких обмежень партійно-політичної діяльності державних службовців, що сприятиме більшій політичній нейтральності та неупередженості державної служби;

- достатньо простий і зрозумілий підхід до класифікації посад державної служби. Поділ на три категорії – керівники органів (службою); керівники структурних підрозділів та виконавці – знімає потребу у додатковому віднесенні різних посад до відповідних категорій, принаймні в органах виконавчої влади, та залишає достатньо можливостей для мобільності державних службовців;

- удосконалення інституційної системи управління державною службою, зокрема, утворення Комісії з питань вищого корпусу державної служби як дорадчого органу при спеціально уповноваженому центральному органі з питань державної служби може сприяти більшій захищеності системи державної служби від партійно-політичного та іншого суб'єктивного втручання;

- спроба у законопроекті максимально повно урегулювати усі відносини державної служби, враховуючи специфіку цього інституту порівняно із зайнятістю у приватному секторі за трудовим законодавством;

- достатньо детально розписано процедуру притягнення державних службовців до дисциплінарної відповідальності, в тому числі впроваджуються елементи колегіального розгляду справ у відповідній процедурі, що сприятиме більшій захищеності службовців від свавільного впливу;

- перехід на загальні засади пенсійного забезпечення державних службовців при одночасному піднятті посадових окладів державних службовців та сталої частки у структурі заробітної плати службовця.

Отже, законопроект є очевидним прогресом з точки зору забезпечення рівного доступу громадян до державної служби, розбудови системи державної служби і спрямований на усунення існуючих на сьогодні недоліків у правовому регулюванні державної служби, її інституційної спроможності та системи управління.

Не менш важливим напрямом діяльності публічної адміністрації є забезпечення реалізації права громадян на звернення. Попри існування Закону України «Про звернення», процедурний аспект відносин особи та влади залишається не врегульованим. Ситуація, що склалась, суперечить вимогам ст. 19 Конституції України, де зазначається, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. З таких позицій необхідність законодавчого регулювання порядку діяльності державних органів та інших суб'єктів, що виконують владні (розпорядчі) функції, і, особливо, їх відносин з приватними особами, сьогодні не викликає сумнівів. До того ж, ухвалення країнами-членами Ради Європи актів, які регулюють адміністративні процедури, передбачено прийнятими Комітетом Міністрів Ради Європи, Резолюціями та Рекомендаціями Ради Європи, зокрема Резолюцією (77) 31 про захист особи відносно актів адміністративних органів², Рекомендацією № R(80) 2 стосовно здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами³, Рекомендацією № R (87) 16 щодо адміністративних процедур, які зачіпають велику кількість осіб тощо⁴. У більшості європейських країн ефективно діють кодифіковані акти, які присвячені детальній регламентації діяльності органів публічної адміністрації в частині їх взаємовідносин з фізичними та юридичними особами: наприклад, у ФРН існує Закон про адміністративну процедуру, в Австрійській Республіці – Загальний закон про адміністративну процедуру, у Польщі – Кодекс адміністративного провадження та ін.

На сьогодні напрацьовано проект Закону України «Про адміністративну процедуру». З часу, що минув з початку роботи над проектом, він неодноразово був предметом обговорення науковців, провідних фахівців

та правників, спеціалістів Центру політико-правових реформ, зарубіжних експертів, представників громадськості – як на науково-теоретичних конференціях, семінарах, так і заходах виключно практично-правового характеру (засіданнях робочих груп тощо). До того ж, згаданий проект на різних етапах підготовки був предметом правової експертизи Ради Європи (судді Вищого адміністративного суду Польщі пана Яцека Хлебні, судді апеляційного адміністративного суду міста Версаль пані Мірей Хірсе), провідного німецького науковця в галузі державного управління та адміністративного права професора Отто Люхтергандта (факультет правових наук Університету Гамбургу), фахівцями програми SIGMA, спільної ініціативи ЄС та організації економічної співпраці та розвитку.

З метою вивчення громадської думки та залучення громадянського суспільства до обговорення ще на початку 2006 р. проект було розміщено на офіційному сайті Міністерства юстиції. Однак у результаті його неодноразового «доопрацювання» він, на нашу думку, сьогодні викликає ще достатньо сутнісних і змістовних застережень.

Ще одним важливим напрямом діяльності публічної адміністрації щодо реалізації і захисту прав громадян є надання адміністративних послуг. Ухвалений у 2012 р. Закон України «Про адміністративні послуги» визначив поняття адміністративних послуг, принципи і процедуру їх надання, перелік суб'єктів надання адміністративних послуг, запровадив стандарти якості надання адміністративних послуг тощо. Створення центрів надання адміністративних послуг стало серцевиною реформи адміністративних послуг. Проте дуже багато проблем для громадян та суб'єктів господарювання у сфері адміністративних послуг досі зберігається. Зокрема, це значна кількість адміністративних послуг (за офіційними даними Мінекономрозвитку – понад 1500), складність і надмірна централізація відповідних процедур, неупорядкованість відносин щодо оплати адміністративних послуг, незручність отримання адміністративних послуг в центральних органах виконавчої влади та їх територіальних органах.

Вихід із ситуації, що склалася, вбачається у децентралізації адміністративних послуг, тобто у делегуванні відповідних повноважень з надання адміністративних послуг від органів виконавчої влади органам місцевого самоврядування в межах їх повноважень. При цьому держава повинна мати ефективні інструменти впливу на виконання делегованих повноважень, зокрема: 1) формування відповідної політики/законодавства – як щодо процедур надання адміністративних послуг, так і вимог стосовно їх оплати та інших важливих моментів; 2) право держави бути держателем відповідних реєстрів (баз даних), гарантуючи їх цілісність, правила ведення, доступу до інформації та її використання; 3) обов'язок центрального органу виконавчої влади, відповідального за реалізацію політики, контролювати операції у відповідних реєстрах, відслідковуючи ризиковані та неправомірні дії; 4) повноваження держави в окремих сферах здійснювати допуск посадових осіб місцевого самоврядування до роботи у цих сферах через, наприклад, перевірку кваліфікації кандидатів на посадах⁵.

Питання поглиблення захисту прав людини, забезпечення її безпеки, поряд з інтересами держави, в черговий раз піднімають проблеми адміністративного примусу та адміністративної відповідальності. На сьогодні у наукових колах досить активно обговорюється питання про доцільність існування адміністративної відповідальності у тому вигляді, як цей правовий інститут закріплюється КУпАП – адже мета адміністративної відповідальності не досягається; існує понад 700 складів адміністративних проступків, і їх кількість постійно зростає; понад 50 суб'єктів, уповноважених розглядати справи про адміністративні правопорушення. Єдина функція, яку наразі виконує адміністративна відповідальність – фіскальна, адже надходження від стягнення штрафів тільки з фізичних осіб становить близько 1 % дохідної частини бюджету. Як наслідок, анахронізм КУпАП очевидний, і даний нормативний акт пропонується відмінити, запозичивши зарубіжний досвід правового регулювання адміністративно-деліктних відносин. Однак вирішення питання щодо впровадження зарубіжного досвіду має бути предметом спільного аналізу науковців і практиків.

Насамкінець варто зауважити, що які б закони не приймалися, їх цінність буде мінімальною, якщо вони не будуть виконуватися усіма, якщо не існуватиме реальних механізмів дотримання чинного законодавства.

¹ Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту. – К. : Наукова думка, 2007. – 586 с. – С. 190.

² [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Res\(77\)31&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Res(77)31&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383)

³ <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=601039&SecMode=1&DocId=674666&Usage=2> або : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://pravo.org.ua/files/zarub_zakon/Rec_1991.pdf

⁴ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=608104&SecMode=1&DocId=694390&Usage=2>

⁵ Тимошук В. П. Щодо децентралізації адміністративних послуг / В. П. Тимошук // Актуальні проблеми адміністративного права України : зб. наук. матеріалів «круглого столу» «Актуальні проблеми адміністративно-правового регулювання» 15 травня 2014 р. // К., 2014. – С. 187.

Резюме

Андрійко О. Ф., Кисіль Л. Є. Адміністративно-правове забезпечення реалізації прав і свобод громадян в Україні.

У статті досліджуються основні чинники забезпечення прав, свобод та обов'язків громадян в Україні. Аналізуються юридичні гарантії, визначені нормами адміністративного права, – відповідні нормативно-правові та інституційно-організацій-

ні засоби забезпечення реалізації правового статусу громадян. Доводиться необхідність реформування таких правових інститутів, як державна служба, адміністративна відповідальність та адміністративний примус, адміністративні послуги. Підтверджується актуальність прийняття Законів України «Про адміністративну процедуру» та «Про державну службу». Визначаються основні напрями вдосконалення адміністративно-правового забезпечення реалізації прав і свобод громадян в Україні.

Ключові слова: юридичні гарантії, адміністративно-правове забезпечення, нормативно-правові та організаційні засоби забезпечення прав і свобод громадян.

Резюме

Андрійко О. Ф., Кисель Л. Е. Адміністративно-правове забезпечення реалізації прав і свобод громадян в Україні.

В статье исследуются основные факторы обеспечения прав, свобод и обязанностей граждан в Украине. Анализируются юридические гарантии, определенные нормами административного права – соответствующие нормативно-правовые и институционально-организационные средства обеспечения реализации правового статуса граждан. Доказывается необходимость реформирования таких правовых институтов, как государственная служба, административная ответственность и административное принуждение, административные услуги. Подтверждается актуальность принятия Законов Украины «Об административной процедуре» и «О государственной службе». Определяются основные направления совершенствования административно-правового обеспечения реализации прав и свобод граждан в Украине.

Ключевые слова: юридические гарантии, административно-правовое обеспечение, нормативно-правовые и организационные средства обеспечения прав и свобод граждан.

Summary

Andryuko O., Kysil L. Administrative legal ensuring of implementation of the rights and freedoms of citizens in Ukraine.

The main factors of ensuring of rights, freedoms and liabilities of citizens of Ukraine are examined in this article. Legal guarantees, defined by statutes of administrative law – corresponding normative and institutional measures for providing realization of citizens' legal status – are analyzed. The author proves necessity of reformation of such legal institutes as governmental service, administrative responsibility, administrative enforcement and administrative services. Applicability of passing Law of Ukraine "On governmental service" and "On administrative procedure" is approved. The main directions of modernization of administrative ensuring of realization of the rights and freedoms of Ukrainian citizens are defined.

Key words: legal guarantees, administrative ensuring, normative and institutional measures for providing realization of citizens' rights and freedoms.

УДК:347.1

В. К. АНТОШКІНА

Валерія Костянтинівна Антошкіна, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Університету банківської справи Національного банку України

СПОСОБИ ТЛУМАЧЕННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ ТА ЇХ РОЛЬ В ПРАВОЗАСТОСОВНІЙ ПРАКТИЦІ

Необхідність тлумачення викликана багатьма факторами як об'єктивного так і суб'єктивного характеру. При цьому можна стверджувати, що необхідність тлумачення зумовлена не тільки і не стільки технічною недосконалістю зовнішньої форми частини правових норм (їх незрозумілістю, неоднозначністю), а впливає із суті правореалізації, оскільки в самій природі правової норми закладена необхідність її інтерпретації. Тлумачення не стільки їх розуміння і роз'яснення як таких, скільки інтерпретація з точки зору дихотомії «право–факт», то є потреба юридичної оцінки конкретних фактичних випадків¹.

Загальний характер правової норми, а отже, неможливість вказати в ній абсолютно всі конкретні життєві ситуації, що цілком стосується саме цивільного права, є об'єктивною причиною тлумачення. Відповідно до закону загальної ентропії будь-яка передача інформації пов'язана з втратою її певної частини, тому інформація кодується з певним запасом – її носій є більш об'ємним, ніж обсяг переданої інформації. Законодавець же, навпаки, враховуючи потреби практики, повинен створити максимально стислий нормативний текст, що, у свою чергу, викликає необхідність у роз'ясненні, «розшифровці».

Також тлумачення майже завжди вимагають такі оціночні поняття, які широко застосовують в понятійному апараті юридичних норм: «підстави, що не суперечать моральним засадам суспільства» (ст. 3 Сімейного кодексу (далі – СК), «аморальна поведінка нареченого, нареченої» ст. 31 СК, «важка хвороба або хвороба, небезпечна для другого з подружжя і (або) їхніх нащадків» ст. 41 СК, «додаткові витрати на дитину» ст. 185 СК або слова «та т.д.», «і т. п.», «інші»².

Отже, враховуючи зазначене, можемо стверджувати, що тлумачення – доволі складний процес, резуль-

татом якого може бути правильне розуміння правової норми, але також і помилкове, що викривляє її зміст та породжує помилки.

Дана тема набуває ще більш важливого значення у зв'язку з діяльністю державних органів і посадових осіб щодо застосування норм права до конкретних життєвих обставин. Прикладом може слугувати неоднорідність сучасної правозастосовної практики, насамперед – судової. Причинами такої ситуації нерідко називають недосконалість чинного законодавства. Разом із тим більш глибокий аналіз цієї проблематики свідчить про наявність скоріше істотних проблем в тлумаченні закону, ніж про його пробіли і суперечливості. У свою чергу, виникають питання до правозастосовувачів, що втратили за останнє сторіччя «почуття права», що в кінцевому результаті й призвело до «механізації» судової практики, домінування буквального тлумачення над усіма іншими видами тлумачення. Така ситуація не може бути визнана задовільною і тому необхідним є дослідження всіх способів та методів тлумачення, які можуть бути використані в практиці для приведення її до певної однаковості, що обумовлює актуальність даного дослідження³.

Проблеми тлумачення становили певний інтерес для вчених в усі періоди розвитку цивільно-правової доктрини. Першою масштабною і завершеною роботою в цій сфері по праву вважається монографія Є. В. Васьковського. Серед радянських вчених, що займалися даною проблематикою, можна назвати наступних: Ю. Г. Ткаченко, О. С. Шляпочников, М. М. Вопленко, А. С. Піголкін, О. Ф. Черданцев, Н. Л. Гранат. Особливо в останнє десятиліття долучилися до розробки проблем інтерпретаційної діяльності і такі українські правознавці, як В. Г. Ротань, І. Л. Самсін, А. Г. Ярема, В. В. Кривенко, В. Я. Карабань.

Питання про способи тлумачення права є важливими у вченні про тлумачення, оскільки дають нам уявлення про механізм та інструментарій такої діяльності. Під способом тлумачення в правовій літературі розуміють об'єднані за визначеними підставами і наявністю спільних рис у відносно виділену сукупність конкретні прийоми і правила пізнання, необхідні суб'єкту тлумачення для з'ясування дійсного змісту правової норми.

Джерелом формування принципів, прийомів і правил тлумачення, використовуваних в національному праві, були загальні правила, більшість з яких застосовувалися ще в Стародавньому Римі⁴. Серед таких правил, наприклад, правило розумної норми, яке передбачає, що право продиктовано розумом, а результат тлумачення не повинен бути безглуздим і даремним, оскільки сам закон не говорить про це.

У німецькій теорії права виділяються чотири класичних методи тлумачення права. Критеріями для інтерпретації виступають: текст, історія створення закону, його система та мета. Результат залежить і від історії закону, його контексту, цілей закону та інших факторів, для чого потрібне використання всіх доступних методів і джерел.

Варто зазначити, що серед вчених дотепер не вироблено єдиного, усталеного підходу до визначення конкретних прийомів і правил з'ясування норм права та їх об'єднання в способи тлумачення.

На думку Є. В. Васьковського, найбільш детальна класифікація способів тлумачення належить Е. М. Форстеру, який окрім граматичного розрізняв також цілий ряд способів залежно від того, які знання застосовуються в процесі тлумачення. Автор виділяв такі способи і відповідно види тлумачення, як діалектичне, риторичне, історичне, етико-політичне, поетичне, арифметичне, геометричне, фізико-медичне та інші види⁵. Сам Є. В. Васьковський окремі способи тлумачення (інструментальний підхід) пов'язував з метою. Вченим були сформульовані такі правила тлумачення: кому заборонена дія, тому заборонена і мета, яка веде до цієї мети; кому заборонені дії, тому заборонена і дія, до якої вони ведуть, якщо її не можна досягти іншими діями; хто правомірний до мети, той правомочний і до дії, яка веде до цієї мети, якщо вона не може бути досягнута іншими діями; хто правомірний до відомої дії, той правомочний і до мети, яка досягається цією дією.

Натомість М. М. Вопленко виділяє в якості основних способів тлумачення права: філологічний, систематичний, історико-політичний, логічний і спеціально-юридичний способи тлумачення⁶.

О. Ф. Черданцев пропонує п'ять способів тлумачення: мовний, логічний, систематичний, історичний і функціональний⁷.

С. С. Алексєєв виокремлює: граматичний, логічний, спеціально-юридичний, систематичний та історичний способи тлумачення⁸.

Ю. Л. Власов відстоює точку зору, з якою можемо погодитися, що для остаточного визначення даного питання необхідно виходити із завдань та об'єкта тлумачення і, відповідно, пропонує визначати такі способи, які тією чи іншою мірою містять у собі всі перераховані вище: граматичний, логічний, системний і історичний⁹.

Проаналізуємо окремо основні з них.

Грамматичний спосіб (мовний, словесний, філологічний, буквальний, лексичний – варіанти назви)¹⁰ найбільш розповсюджений. Заснований на знанні мови, використанні правил застосування слів, морфології та синтаксису. Сутність його полягає у з'ясуванні лексичного значення окремих правових термінів і словосполучень, а також синтаксичному аналізі словосполучень та речень. Грамматичне тлумачення відбувається за встановленими правилами, які дають змогу з'ясувати значення окремих слів і термінів, згодом речень, а потім – і правової норми в цілому. Коли суб'єкт тлумачення з'ясує зміст речення, велика увага приділяється розділовим знакам, вступним словами, сполучникам¹¹.

Недостатнє знання правил граматики, неправильна їх інтерпретація призводять до неточного розуміння змісту норми, а, отже, і до її порушення в процесі реалізації. Особлива увага приділяється значенню окремих термінів. Так, у законодавчих актах термінам, які мають загальноприйняте значення, надається особливий

сенса. Якщо законодавець в самому акті не надав роз'яснення терміна або воно не з'ясовано, то використовується його значення, яке він має в науці і практиці. Також певні проблеми можуть виникати при застосуванні спеціальних термінів з різних галузей науки та практики. Так, із застосуванням даного методу може бути витлумачено поняття, закріплене в СК, «особиста приватна власність дружини, чоловіка», яке не знаходить свого відображення ні в Конституції України, ні в Цивільному кодексі (далі – ЦК). Шляхом тлумачення з'ясовуємо, що в даному випадку має місце некоректне застосування термінології, оскільки поняття – особиста власність було характерним для радянського законодавства. У сучасному цивільному праві застосовується термін – приватна власність, а отже, правильніше у зазначеній нормі застосувати термін – роздільна приватна власність і роздільне майно¹².

Як приклад граматичного тлумачення можна привести норму ч. 2 ст. 36 ЦКУ, згідно з якою суд може обмежити цивільну дієздатність фізичної особи, якщо вона зловживає спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами, азартними іграми тощо і тим ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище. Оскільки законодавець у цій нормі використовує при перерахуванні випадків «кому», то для обмеження дієздатності досить одного з трьох перерахованих випадків.

Грамматичне тлумачення застосовне і до ст. 39 ЦКУ, коли йдеться про визнання фізичної особи судом недієздатною, якщо вона внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними. Оскільки законодавець використовує тут розділовий сполучник «або», то для визнання недієздатності досить одного з двох наслідків: або не усвідомлення своїх дій, або нездатності керувати ними.

Логічне тлумачення – це тлумачення правового акта за його змістом з використанням законів логіки. Саме за допомогою зазначеного способу встановлюється весь обсяг змісту норми, усуваються наявні в ній неясності. Якщо при граматичному тлумаченні стоїть завдання з'ясувати буквальний сенс того, що закріплено безпосередньо в тексті, то логічне має на меті за допомогою правил формальної логіки виявити те, що законодавець хотів виразити в тексті закону, але не висловив. За допомогою логічних операцій, які включають аналіз і синтез, побудову силогізму (логічного умовиводу, який складається з двох посилок і висновку), з нормативних приписів, «розкиданих» по тексті законодавчого акта, формулюється норма права, яка підлягає тлумаченню¹³.

Логічний спосіб тлумачення полягає у використанні законів і правил формальної та діалектичної логіки при пізнанні змісту правової норми на базі самої норми без звернення до інших способів тлумачення. Логічні закони, принципи та категорії використовуються самостійно, поряд із засобами лінгвістичного аналізу тексту закону¹⁴.

Як приклад логічного способу можна навести тлумачення норми ст. 1166 ЦКУ, яка встановлює, що 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. При цьому виникає питання: під особою, що заподіяла шкоду, розуміти тільки фізичних осіб, юридичних осіб або ж і інших суб'єктів цивільного права. Для відповіді на це питання слід удатися до логічного тлумачення. Якщо звернутися до ст. 2 ЦКУ, учасниками цивільних відносин є фізичні особи та юридичні особи, а також держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права. Це також можна обґрунтовувати тим, що у другому розділі ЦКУ три підрозділи носять аналогічну назву. За цією ж підставою можна тлумачити і норми ст. 1190 ЦКУ, яка встановлює, що спільними діями або бездіяльністю яких було завдано шкоду, несуть солідарну відповідальність перед потерпілим, – стаття застосовується не лише до юридичних осіб, а й до будь-яких інших суб'єктів цивільного права.

Існування системного тлумачення зумовлюється системністю права. Норми права не існують незалежно одна від одної, а тому для глибокого і повного з'ясування змісту норми недостатньо її внутрішнього аналізу, а потрібно дослідження її змісту, зв'язків з іншими нормами.

Під системним способом тлумачення розуміють діяльність, що здійснюється суб'єктами, яка полягає в зіставленні норм з метою встановлення їх змісту і точного застосування та заснована на використанні ряду прийомів системного способу тлумачення.

Використання даного способу тлумачення характеризується застосуванням таких прийомів: встановлення місця норми права в системі права, встановлення інших норм, які співвідносяться з нормою, що підлягає тлумаченню, на підставі різних взаємозв'язків і залежностей, встановлення ієрархічного становища двох або більше юридичних приписів, залежно від їх приналежності до вищестоящих чи нижчестоящих юридичних актів; зіставлення норм вже після того, як визначено їх підпорядкування та виявлено відносини до близьких за змістом правових інститутів, встановлення особливостей спільного застосування двох і більше правових норм¹⁵.

Завдяки системному способу можна виявити юридичну силу правової норми, сферу її дії. Найчастіше сам текст нормативного акта містить підстави для системного тлумачення. До нього, зокрема, доводиться вдаватися при реалізації бланкетних і відсылних норм.

Так, ст. 65 СК щодо розпорядження спільним майном подружжя сформульована занадто широко і викликає певні складнощі при реалізації, оскільки під розпорядженням майном розуміють не тільки випадки придбання, а й відчуження майна одним із подружжя. Також у ст. 177 ГК зазначається, що об'єктами цивіль-

них прав є речі, у тому числі гроші, які підпадають під поняття «майно». Отже, застосовуючи системне тлумачення, можемо зробити висновок, що взаємна згода подружжя необхідна і при розпорядженні загальними грошовими коштами¹⁶.

Дослідження волі законодавця, правової системи і норм у розрізі їх генетичного розвитку має важливе значення для з'ясування дійсного змісту норми права і обумовлює існування історичного способу тлумачення¹⁷.

З метою правильного розкриття змісту норми доцільно ознайомитися з історією виникнення законодавчого акта. Для цього піддають аналізу тексти нормативно-правових актів, що втратили силу, але регулювали схожі відносини, матеріали підготовки та прийняття актів. Це дає змогу порівняти чинні та скасовані норми, визначити мету, обставини, причини, які зумовили прийняття певного приписа. Наприклад, у ст. 421 ЦК РРФСР 1922 р. вживається термін «предмет розкоші». Зміст цього терміна зазнав серйозних змін в силу збільшення матеріального добробуту людей, і тому тепер він тлумачиться трохи інакше, аніж в 20-ті рр. минулого століття, коли був прийнятий Цивільний кодекс.

Варто зазначити: щодо тлумачення індивідуальних актів в цивільному праві, зокрема договорів, то до них можемо застосовувати вищезазначені способи з урахуванням того, що при використанні системного тлумачення буде враховуватися текст інших розділів договору, окрім норм законодавства, а при використанні історичного – документи сторін, що передували його укладанню.

Отже відповідні компетентні органи, які здійснюють правозастосовну діяльність, не вправі відмовити у вирішенні спору через незрозумілість правової норми, що підлягає застосуванню. З метою уникнення неправильного застосування необхідно передусім встановити зміст норми, для чого слід використовувати всі відомі способи і прийоми тлумачення до повного з'ясування дійсного змісту норми. Немає чітко визначених правил використання зазначених методів. Вони можуть використовуватися суб'єктом тлумачення всі одночасно, або може бути обраний один або кілька на розсуд особи, залежно від можливості досягнення мети тлумачення. При цьому якщо граматичне і логічне тлумачення відштовхуються від самих текстів, то системний та історичний способи спираються на елементи, зовнішні до них.

Відмова правозастосовувача від використання всього арсеналу призводить до односторонності в застосуванні норм закону. Тлумачення ґрунтується на тезі, що система норм права повинна бути вільною від протиріч, і кожна норма має гармоніювати з усією системою. Тому в рамках даної тези слід вибрати той варіант тлумачення, при якому правова норма буде найкраще гармоніювати з іншими нормами, що утворюють систему цивільного права.

¹ Смирнов А. В. Толкование норм права : учеб.-практ. пособ. / А. В. Смирнов, А. Г. Манукян. – М. : Проспект, – 2008. – 177 с. – С. 9.

² Венгеров А. Б. Теория государства и права : учеб. для юрид. вузов / А. Б. Венгеров. – 3-е изд. – М. : Юриспруденция, 2000. – 528 с. – С. 450–451.

³ Личман Л. Толкование норм гражданского законодательства: теория и практика / Л. Личман // *Leges Si Viata*. – 2014. – August. – С. 92–93.

⁴ Перетерский И. С. Толкование международных договоров / И. С. Перетерский. – М. : Госюриздат, 1959. – 172 с. – С. 23.

⁵ Васильковский Е. В. Цивилистическая методология / Е. В. Васильковский. – М. : Центр ЮрИнфоР, 2002. – Ч. 1. Учение о толковании и применении гражданских законов. – 508 с. – С. 95–96.

⁶ Вопленко Н. Н. Толкование права / Н. Н. Вопленко. – Волгоград : Изд-во Волгоградского госуниверситета, 2007. – 126 с. – С. 28.

⁷ Черданцев А. Ф. Толкование советского права / А. Ф. Черданцев. – М., 1979. – 168 с. – С. 35, 117.

⁸ Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия. Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. – М. : Устав, 1999. – 712 с. – С. 131.

⁹ Власов Ю. Л. Проблемы тлумачення норм права : моногр. / Ю. Л. Власов. – К. : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. – 180 с. – С. 35.

¹⁰ Тодика Ю. М. Тлумачення законів і Конституції України: теорія і практика : моногр. / Ю. М. Тодика. – Х. : Факт, 2001. – 328 с. – С. 133.

¹¹ Абдуллаев М. И. Теория государства и права : учеб. для высших учебных заведений / М. И. Абдуллаев. – 3-е изд., доп. и перераб. – М. : ЗАО «Издательство «Экономика», 2006. – 410 с. – С. 452–453.

¹² Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / за ред. Ю. С. Червоного. – К. : Істина, 2003. – 215 с. – С. 93.

¹³ Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підруч. / О. Ф. Скакун ; пер. з рос. – Х. : Консум, 2006. – 688 с. – С. 407.

¹⁴ Чулінда Л. Г. Застосування юридико-лінгвістичного та логічного способів тлумачення нормативно-правових актів // *Законодавство України*. – 2005. – № 2. – С. 3.

¹⁵ Толстик В. А. Системное толкование норм права : научн. изд. / В. А. Толстик, Н. Л. Дворников, К. В. Каргин. – М. : ИД «Юриспруденция», 2010. – 136 с. – С. 58–62.

¹⁶ Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар / за ред. І. В. Жилінкової. – Х. : Ксилон, 2008. – 855 с. – С. 225.

¹⁷ Власов Ю. Л. Вказана праця. – С. 81.

Резюме

Антошкіна В. К. Способи тлумачення в цивільному праві та їх роль в правозастосовній практиці.

Дана стаття присвячена проблемам тлумачення в цивільному праві, зокрема способам тлумачення. Проаналізувавши численні наукові джерела, автор констатує відсутність єдиних підходів до даного питання. Важливість чіткого визначення даної проблематики полягає в тому, що саме способи тлумачення дають нам той алгоритм, інструментарій, який необхідний

для розуміння змісту правового припису. Автор у статті розглядає граматичне, логічне, системне, історичне тлумачення, їх застосування в цивільному праві. У статті вказується на особливості кожного зі способів та порядок їх спільного використання для вирішення проблем правозастосовної практики та забезпечення її єдності.

Ключові слова: тлумачення цивільно-правових норм, граматичний, логічний, системний, історичний спосіб тлумачення цивільно-правових норм.

Резюме

Антошкіна В. К. Способы толкования в гражданском праве и их роль в правоприменительной практике.

Данная статья посвящена проблемам толкования в гражданском праве, в частности способам толкования. Проанализировав многочисленные научные источники, автор констатирует отсутствие единых подходов к данному вопросу. Важность четкого определения данной проблематики заключается в том, что именно способы толкования дают нам тот алгоритм, инструментарий, который необходим для понимания содержания правового предписания. Автор в статье рассматривает грамматическое, логическое, системное, историческое толкование, их применение в гражданском праве. В статье указываются особенности каждого из способов и порядок их общего использования для решения проблем правоприменимой практики и обеспечения ее единства.

Ключевые слова: толкование гражданско-правовых норм, грамматический, логический, системный, исторический способы толкования гражданско-правовых норм.

Summary

Antoshkina V. Methods of interpretation in civil law and their role in enforcement practice.

This article is devoted to problems of interpretation in civil law, including methods of interpretation. After analyzing numerous scientific sources the author finds no common approaches to this issue. The importance of a clear definition of this problem is that it means give us the interpretation algorithm tools necessary for understanding the meaning of the laws. The author of the article considers the grammatical, logical, systematic, historical interpretation and their application in civil law. The article highlights the characteristics of each of the methods and procedures of their share to solving the problems of law enforcement and ensure its unity.

Key words: interpretation of civil law, grammatical, logical, systematic, historical method of interpretation of civil law.

УДК 346.5 : 342.951 (477)

С. І. БЕВЗ

Світлана Іванівна Бевз, кандидат юридичних наук, доцент

ДО ПИТАННЯ ПРО СУТНІСТЬ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Трансформація економічних відносин, що відбувалася останні 25 років у нашій державі, зумовила нове розуміння господарських відносин, господарської діяльності та сфери господарювання в цілому. Розбудова ринкових відносин, активні інтеграційні процеси, в яких бере участь Україна, постійні зміни законодавства ускладнюють процеси функціонування різних суб'єктів господарювання, зайняття ними різними видами господарської діяльності. Проте належна діяльність суб'єктів господарювання різних як організаційно-правових форм, так і форм власності є запорукою розвитку економіки держави в цілому. Водночас належна організація економіки в будь-якій державі є запорукою успішного функціонування держави, задоволення потреб її громадян, забезпечення соціальної спрямованості її розвитку. Як відомо, для ефективної діяльності будь-якої організованої системи необхідним є належне регулювання нею. Важливе місце в регулюванні такої системи, як економіка, відіграє держава. При цьому сутність регулювання державою фактично зводиться до визначення її співвідношення з економікою.

Питання співвідношення держави і економіки актуальні для будь-якої держави і в будь-якому періоді розвитку. Це питання «практично існувало завжди, з тих пір як з'явилася перша держава і буде існувати до тих пір, поки буде існувати держава. Це одне з «вічних» питань, яке кожного разу по-новому стає перед новою державною організацією»¹. Проголошення незалежності України також зумовило необхідність його вирішення. Розуміння сутності цієї діяльності держави має сприяти створенню належного законодавчого забезпечення її здійснення.

Статус економіки нашої держави насамперед відображається на господарській діяльності, оскільки модель співвідношення держави та економіки визначає умови здійснення господарської діяльності в державі. Саме межі втручання держави до сфери господарювання, фактичний стан здійснення державного регулювання господарської діяльності дає змогу говорити про ступінь свободи господарювання та підприємництва як його складової.

У сучасній науковій літературі є багато праць, присвячених питанням державного регулювання господарської діяльності або підприємництва, що стосуються різних аспектів та сфер його здійснення.

Різноманітність проявів, засобів та форм державного регулювання господарської діяльності спричинює різні тлумачення відповідного напрямку діяльності держави. Встановлення сутності державного регулювання господарської діяльності ускладнюється також багатоманітністю видів господарської діяльності, які мають певну специфіку в регулюванні.

У межах даної статті спробуємо визначити узагальнююче розуміння державного регулювання господарської діяльності, яке б відмежовувало цей напрям діяльності держави від інших.

«Регулювати» означає упорядковувати, вносити порядок, систему в якусь діяльність та/або встановлювати правильну взаємодію частин механізму². При цьому, якщо говорити про прив'язку «регулювання» до держави, то це те упорядкування, що здійснюється державою.

Юридична енциклопедія³ визначає державне регулювання як здійснення державою комплексних заходів (організаційних, правових, економічних тощо) у сфері соціальних, економічних, політичних, духовних та інших суспільних процесів з метою їх упорядкування, встановлення загальних правил і норм суспільної поведінки, а також запобігання негативним явищам у суспільстві.

Дещо по-іншому тлумачиться це поняття у словнику адміністративного права⁴: державне регулювання – спосіб державного впливу на стан і поведінку об'єкта управління переважно методами створення нормативно-правових механізмів, що регулюють відносини і поведінку суб'єктів адміністративного права і дозволяють суб'єкту самостійно орієнтуватися в сфері його діяльності.

Ю. О. Тихомиров⁵ взагалі зазначає, що державне регулювання «прив'язується» лише до економіки і виступає одним із проявів або функцією державного управління в широкому розумінні. Воно характеризується як встановлення і забезпечення державою загальних правил поведінки (діяльності) суб'єктів суспільних відносин і корегування їх залежно від умов, що змінюються.

Таку ж характеристику державного регулювання дає О. П. Альохін⁶, розуміючи його в широкому сенсі. Крім того, він вказує, що розуміння державного регулювання як функції державного управління є розумінням у вузькому сенсі, яке полягає в такому: «Державне регулювання спрямоване на створення сприятливих економічних, правових і організаційних умов діяльності комерційних і некомерційних організацій, підприємства. Воно не припускає втручання державних органів у їх виробничу і господарсько-фінансову діяльність, крім випадків, коли його можливість прямо передбачена правовими актами... Таке регулювання полягає переважно у встановленні і коректуванні загального правового режиму їхньої діяльності, охоплює насамперед економічні і соціально-культурні процеси в цілому»⁷.

Питання про співвідношення понять «державне регулювання» та «державне управління» залишається і досі дискусійним.

Одні вчені вважають^{8,9,10}, що поняття державного управління є більш широким, ніж поняття державного регулювання, висловлюючи думку, що державне регулювання є однією з функцій державного управління; інші – навпаки визначають «державне регулювання» як більш широке поняття, ніж «державне управління», оскільки перше охоплює ширшу сферу організаційної діяльності держави¹¹, має більше методів здійснення¹².

Л. П. Коваленко зазначає, що «державним управлінням економікою називають адміністративно-правове регулювання в галузі економічних відносин, яке здійснюється на підставі законодавства шляхом прямого впливу на господарську діяльність суб'єктів економічних відносин, видання управлінських актів (правил, інструкцій, стандартів), яких мають додержуватися всі учасники суспільних економічних відносин, створення і забезпечення ефективного функціонування фінансової і податкової систем, тарифного і позатарифного регулювання товарообігу, обмеження монополізму, – з метою забезпечення стабільного функціонування і послідовного розвитку тієї чи іншої галузі економіки і напрямку розширення промислової могутності, впровадження нових технологій і інформатизації промислового процесу, створення гарантій здійснення соціально-економічних прав громадян (наприклад, збільшення кількості робочих місць і забезпечення належних умов праці)»¹³. Автор таким чином фактично визначає тотожними сутність державного управління та державного регулювання економікою в адміністративно-правовій літературі. На наш погляд, таке розуміння пов'язане насамперед з тим, що «регулювання, дійсно, є найбільш яскравим вираженням того комплексу дій, які здійснюються в процесі управлінської діяльності... А це означає, що регулювання «притягує» до себе інші управлінські функції, займає в їх системі центральне місце. Воно є найбільш загальною функцією державного управління, тобто процесу практичної реалізації виконавчої влади»¹⁴.

У наукових працях представників науки господарського права стверджується, що «протиставляти «управління господарською діяльністю» і «регулювання господарською діяльністю» немає необхідності, оскільки ці поняття дуже близькі за змістом»¹⁵, «між управлінням і регулюванням як формами державного (і недержавного) впливу на економіку, як способами впорядкування, організації і забезпечення економічних процесів, а, відповідно, і між поняттями, що позначають ці вольові суспільно значущі явища, нездоланної різниці немає»¹⁶.

Т. Кравцова вказує¹⁷, що державне регулювання можна розглядати як окрему галузь державного управління, яка являє собою цілеспрямовану організуючу діяльність органів державної влади, що реалізується за допомогою специфічних, притаманних лише їй правових форм і методів, які держава може застосовувати лише у сфері підприємництва. На думку В. П. Нагребельного й М. В. Оніщука, наведену в Юридичній енциклопедії¹⁸: «Державне регулювання ширше, ніж поняття державне управління, оскільки останнє для досягнення своїх цілей застосовує насамперед адміністративні методи». В. П. Нагребельний та М. В. Оніщук вважають¹⁹, що у сфері економіки державне регулювання передбачає встановлення загальних правил і

порядку господарювання, відповідальності за дотримання цих правил, виключає пряме втручання держави та її органів у діяльність економічних структур. На думку О. І. Харитонові²⁰, під державним регулюванням розуміють лише загальне впорядкування суспільних відносин в конкретній сфері економіки, що провадиться відповідно до вимог законодавства шляхом прямого впливу на господарську діяльність суб'єктів економічних відносин. Л. Г. Ходов визначає державне регулювання економікою та підприємницькою діяльністю як комплекс типових заходів законодавчого, виконавчого і контрольного характеру, який реалізується уповноваженими державними органами з метою стабілізації та коригування існуючої соціально-економічної системи до умов, що постійно змінюються²¹. Л. Р. Грицаєнко, погоджуючись з наведеним визначенням, доповнює його: «...та умов, які гарантуються можливістю застосування правових санкцій у випадку їх порушення»²². Н. О. Санахметова визначає державне регулювання економіки як одну із форм державного впливу на неї, що ґрунтується на законодавстві, реалізується шляхом встановлення і застосування державними органами правил, спрямованих на корегування економічної діяльності фізичних та юридичних осіб, і підтримується можливістю застосування правових санкцій при їх порушенні²³.

Відсутня однозначність визначення поняття «державне регулювання господарської діяльності» і в чинному законодавстві України. На жаль, нормативно-правові акти України, які є основою законодавчого забезпечення господарської діяльності в різних сферах господарювання, в тому числі базовий кодифікований закон – Господарський кодекс України, оперують різними термінами, що мають означати одне й те ж явище: «регулювання господарської діяльності», «державне регулювання господарської діяльності», «регулюючий вплив держави на суб'єктів господарювання», «регуляторна діяльність». При цьому на рівні законів, застосовуючи однаковий термін, наприклад «державне регулювання», законодавець вкладає в нього різний зміст.

Відповідно до ч. 1 ст. 12 Господарського кодексу України держава для реалізації економічної політики, виконання цільових економічних та інших програм і програм економічного й соціального розвитку застосовує різноманітні засоби і механізми регулювання господарської діяльності. При цьому законодавець не уточнює, про яке саме регулювання йдеться: державне чи правове. Тоді, як слушно зазначається в літературі²⁴, насправді правове регулювання суспільних відносин не зводиться лише до їх державного регулювання, а державне регулювання не завжди і не в усьому виявляється правовим. Отже, засоби і механізми правового та державного регулювання можуть бути різними. Частина 2 ст. 12 Господарського кодексу України визначає основні засоби регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання, називаючи їх у ч. 3 цієї ж статті вже засобами державного регулювання господарської діяльності. При цьому ст. 12 має назву «Засоби державного регулювання господарської діяльності». Таким чином, законодавець фактично ототожнює засоби регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання та засоби державного регулювання господарської діяльності, тоді як це не є тотожними явищами.

Прийняття у 2003 р. Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» зробило також свій внесок в плутанину понять щодо відповідного напрямку діяльності держави. Закон ввів такі поняття, як: «регуляторна політика у сфері господарської діяльності» та «регуляторна діяльність», надавши відповідні визначення. Проте у зв'язку з відсутністю загальних визначень інших суміжних, співзвучних понять, зокрема «регулювання», «державне регулювання», їх не завжди розмежовують, а то й сприймають як синоніми.

Крім того, доцільно також звернути увагу на те, що існуючі в законодавстві визначення поняття «державне регулювання» стосуються різних суспільних відносин і при цьому втілюють різний підхід законодавця. Так, зокрема, державне регулювання визначається як:

– проведення відповідної державної політики у сфері ... (Закон України «Про зайнятість населення» від 5 липня 2012 р. №5067-VI; Положення про порядок здійснення державного регулювання номерного ресурсу, затверджене рішенням Національної комісії з питань регулювання зв'язку від 5 серпня 2005 р. № 42);

– визначення нормативно-правовими актами певного порядку та контроль за ним, вироблення правових механізмів і встановлення прав і обов'язків органів державної влади, органів місцевого самоврядування, установ і організацій усіх форм власності у відповідній сфері (Закон України «Про захист суспільної моралі» від 20 листопада 2003 р. № 1296-IV);

– здійснення державою комплексу заходів щодо регулювання та нагляду у відповідній сфері (Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 р. № 2664-III) або здійснення державою комплексних заходів щодо упорядкування, контролю, нагляду у відповідній сфері та запобігання зловживанням і порушенням у цій сфері (Закон України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» від 30 жовтня 1996 р. №448/96-ВР). При цьому варто зазначити також те, що чинна нормативно-правова база України містить окремий Закон України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності», в якому дається визначення поняття «державний нагляд (контроль)» як діяльності уповноважених органів.

Таким чином, виходячи з вищезазначеного, в сучасних умовах розвитку держави та економіки можна розуміти державне регулювання господарської діяльності в широкому та вузькому сенсі.

У широкому сенсі державне регулювання господарської діяльності тотожне державному управлінню, тобто являє собою самостійний вид державної діяльності, що має організуючий, виконавчо-розпорядчий, підзаконний характер, особливої групи державних органів (посадових осіб) щодо практичної реалізації функцій та завдань держави, яка має своїми функціями: прогнозування й планування, організацію, керівництво, координацію, контроль та регулювання у вузькому сенсі.

Розуміння державного регулювання господарської діяльності у широкому сенсі зумовлено насамперед історичною перебудовою економіки України, переходом від адміністративно-командної до ринкової економіки, відмовою від прямого державного втручання в господарську діяльність. Враховуючи те, що здійснення державного управління господарською діяльністю в СРСР передбачало насамперед використання адміністративних методів, пряме втручання державних органів в діяльність підприємств (які були лише державними і таке втручання могло бути обґрунтованим), то з переходом до ринкової економіки, появою підприємств інших форм власності почали наголошувати на необхідності відходу від державного управління цієї діяльності. «Юридично владні основи в силу нерозуміння їх об'єктивної необхідності при будь-якій системі управління замість очищення від бюрократичних наростів були оголошені неприйнятними зовсім»²⁵. Проте зміни потребували фактично методи та форми його здійснення. Таким чином, зважаючи на необхідність відходу від державного управління господарської діяльності, при цьому розуміючи необхідність здійснення всіх його функцій у цій сфері, почали говорити, закріплювати в нормативно-правових актах положення про перехід від державного управління до державного регулювання господарською діяльністю, але вкладаючи у зміст цієї діяльності всі функції державного управління.

У вузькому сенсі державне регулювання господарської діяльності можна розуміти як функцію державного управління, що полягає у упорядкуванні, налагодженні взаємозв'язків між елементами керованої системи (господарської діяльності) шляхом встановлення загальних правил, нормативів, які є обов'язковими для всіх учасників господарської діяльності (як суб'єктів господарювання, так і органів державної влади). Державне регулювання господарської діяльності у вузькому розумінні має своїм проявом прийняття певного нормативно-правового акта і фактично зводиться до нормативно-правового регулювання.

Тож, підсумовуючи, варто наголосити, що враховуючи важливість здійснення ефективного державного регулювання господарської діяльності як у широкому, так і вузькому сенсі, доцільно передбачити одноманітність розуміння державного регулювання господарської діяльності в законодавстві України та виходячи з мети здійснення цієї діяльності державою обирати для застосування лише ефективні інструменти.

¹ Общая теория государства и права. Академический курс : в 2 т. [отв. ред. проф. М. Н. Марченко]. – М. : Изд-во «Зерцало», 1998. – Т. 1: Теория государства. – 416 с. – С. 213.

² Словник іншомовних слів. – К., 1974. – С. 575.

³ *Нагребельний В. П.* Державне регулювання // Юридична енциклопедія : в 6 т. / В. П. Нагребельний, М. В. Оніщук ; редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 1998. – Т. 2: Д-Й, 1999. – С. 118.

⁴ Словарь административного права / колл. авт. – М. : Фонд «Правовая культура», 1999. – С. 101.

⁵ Курс административного права и процесса / Ю. А. Тихомиров. – М., 1998. – С. 376.

⁶ *Алехин А. П.* Административное право Российской Федерации : учеб. / А. П. Алехин, А. А. Кармолицкий, Ю. М. Козлов. – М. : ИКД «Зерцало-М», 2002. – С. 392.

⁷ Там само.

⁸ Там само.

⁹ Административное право : учеб. / под ред. Ю. М. Козлова, Л. Л. Попова. – М. : Юристь, 1999. – С. 519, 527.

¹⁰ Курс административного права и процесса / Ю. А. Тихомиров. – М., 1998. – С. 376.

¹¹ Адміністративне право України. Академічний курс : підруч. : у 2 т. / ред. колегія: В. Б. Авер'янов (голова). – К. : Юридична думка, 2004. – Т. 1: Загальна частина. – С. 65.

¹² *Нагребельний В. П.* Вказана праця. – С. 118.

¹³ Адміністративне право : підруч. / Ю. П. Битяк (кер. авт. кол.), В. М. Гарашук, В. В. Богущкий та ін. ; за заг. ред. Ю. П. Битяка, В. М. Гарашука, В. В. Зуй. – 2-ге вид., переробл. та допов. – Х. : Право, 2013. – 656 с. – С. 324.

¹⁴ Административное право : учеб. / под ред. Ю. М. Козлова, Л. Л. Попова. – М. : Юристь, 1999. – 728 с. – С. 519.

¹⁵ Господарське право : підруч. / О. П. Подцерковний, О. О. Квасніцька, А. В. Смітюх та ін. ; за ред. О. П. Подцерковного. – 2-ге вид., доп. і перероб. – Х. : Одіссей, 2012. – 640 с. – С. 68.

¹⁶ *Віхров О. П.* Організаційно-господарські правовідносини : моногр. – К. : Видавничий Дім «Слово», 2008. – 512 с. – С. 57.

¹⁷ *Кравцова Т.* Правова природа державного регулювання підприємницької діяльності / Т. Кравцова // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 8. – С. 4.

¹⁸ *Нагребельний В. П.* Вказана праця. – С. 118.

¹⁹ Там само. – С. 118–119.

²⁰ *Харитонов О. І.* Управління економікою / О. І. Харитонов // Адміністративне право України : підруч. ; за заг. ред. С. В. Ківалова. – Одеса : Юридична література, 2003. – С. 326.

²¹ Україна: чи сприятливі умови для підприємницької діяльності. Опитування підприємств, проведене Українською Маркетинговою групою Міжнародної фінансової корпорації у 2002 році / А. Неміцкас, Б. Сенчук, О. Бабанін. – К., 2002. – 132 с.

²² *Грицаєнко Л.Р.* Адміністративно-правові аспекти підприємницької діяльності в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Л.Р. Грицаєнко ; НАН України; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. – К., 2001. – С. 4.

²³ *Саніахметова Н. О.* Регулювання підприємницької діяльності в Україні (організаційно-правові аспекти) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.07 / Н. О. Саніахметова ; Одеська держ. юридична академія. – Одеса, 1998. – 35 с. – С. 5.

²⁴ *Пьянов Н. А.* Государственное регулирование как самостоятельная научная проблема / Н. А. Пьянов // Журнал российского права. – 2012. – № 5. – С. 60.

²⁵ *Алехин А. П.* Административное право Российской Федерации : учеб. / А. П. Алехин, А. А. Кармолицкий, Ю. М. Козлов. – М. : Зерцало, 1997. – 672 с. – С. 11.

Резюме

Бевз С. І. До питання про сутність державного регулювання господарської діяльності.

Сучасний стан сфери господарювання актуалізує питання взаємодії її з органами державної влади, що відбувається насамперед при державному регулюванні господарської діяльності. Різноманітність проявів, засобів та форм державного регулювання господарської діяльності спричинює різні тлумачення відповідного напрямку діяльності держави. На підставі аналізу наукових поглядів щодо сутності державного регулювання в цілому та економіки, господарської діяльності зокрема, а також окремих положень законодавства України пропонується розуміння сутності державного регулювання господарської діяльності у вузькому та широкому сенсі.

Ключові слова: державне регулювання, державне регулювання економіки, державне управління економікою, регулювання господарської діяльності, державне регулювання господарської діяльності.

Резюме

Бевз С. И. К вопросу о сущности государственного регулирования хозяйственной деятельности.

Текущее состояние сферы хозяйствования актуализирует вопросы взаимодействия этой сферы с органами государственной власти, что происходит, в первую очередь, при государственном регулировании хозяйственной деятельности. Разнообразие проявлений, средств и форм государственного регулирования хозяйственной деятельности обуславливает разные трактования соответствующего направления деятельности государства. На основании анализа научных взглядов относительно сущности государственного регулирования в целом и экономики, хозяйственной деятельности в частности, а также отдельных положений законодательства Украины предлагается понимание сущности государственного регулирования хозяйственной деятельности в узком и широком значении.

Ключевые слова: государственное регулирование, государственное регулирование экономики, государственное управление экономикой, регулирование хозяйственной деятельности, государственное регулирование хозяйственной деятельности.

Summary

Bevz S. To a question on entity of State regulation of business activity.

Current situation in business activity makes actual a question of its interaction with state bodies and, first of all, it arises from state regulation of business activity.

Current situation in business activity makes actual a question of its interaction with state bodies and, first of all, it arises from state regulation of business activity. The variety of demonstrations, means and forms of state regulation of business activity causes a different interpretation of appropriate field of state activity. Basing on the analysis of scientific views on the essence of state regulation in general and the economy, business activity in particular, and certain provisions of the legislation of Ukraine and we suggest an approach to the understanding of State regulation of business activity in a narrow and a broad sense.

Key words: state regulation, state regulation of the economy, state management of the economy, regulation of business activity, state regulation of business activity.

УДК 342

В. А. ДЕРЕЦЬ

Вікторія Анатоліївна Дерещь, кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

**УЧАСТЬ ГРОМАДСЬКОСТІ У ФОРМУВАННІ ТА РЕАЛІЗАЦІЇ
ДЕРЖАВНОЇ ПОЛІТИКИ**

Увагу науковців привертають питання розвитку в Україні громадянського суспільства та ефективного механізму взаємодії його інститутів з органами виконавчої влади. Практика державного управління потребує посилення впливу інститутів громадянського суспільства на прийняття суспільно важливих рішень, проведення регулярних консультацій із громадськістю з важливих питань життя суспільства і держави. Як зазначено в Стратегії державної політики, сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні, аналіз розвитку громадянського суспільства свідчить про наявність комплексу проблем, що є актуальними як для суспільства, так і для держави: зберігаються тенденції до непрозорості, закритості та забюрократизованості в діяльності органів виконавчої влади замість налагодження ефективного діалогу з суспільством; механізми участі громадськості у формуванні та здійсненні державної політики належним чином не реалізуються тощо¹.

До проблематики участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики зверталися, зокрема, Т. Александрова, Т. Андрійчук, М. Віхляєв, А. Волошина, К. Глубоченко, М. Лациба, Н. Окша, С. Стеценко, О. Федорова.

Метою статті є дослідження окремих теоретико-правових засад консультацій з громадськістю та діяльності громадських рад, утворених для сприяння участі громадськості у формуванні й реалізації державної політики.

Громадськість – соціально активна частина суспільства, яка на добровільних засадах бере участь у суспільно-політичному житті країни та діє як безпосередньо, так і через різноманітні об'єднання громадян. Інститут громадянського суспільства – форма організації і засіб здійснення спільної діяльності громадян, спрямованої на захист власних прав та інтересів².

Узагальнення різноманітних моделей взаємодії влади і громадянського суспільства дало підстави дослідникам виділити з них три основні: співробітництво, відсутність співпраці (ігнорування) і конфронтація, серед яких найбільш ефективною для забезпечення суспільного розвитку є перша (в різноманітних її варіаціях)³.

Деякі країни світу встановлюють певні законодавчі рамки взаємодії органів державної влади та інститутів громадянського суспільства (Велика Британія, Угорщина, Данія, Естонія). В інших країнах залучення громадян та інститутів громадянського суспільства до процесу ухвалення державних рішень здійснюється в межах існуючої управлінської практики, а не на підставі законодавства (Нідерланди та Німеччина). Найбільш інституціоналізованим процесом консультацій із громадськістю є на рівні Європейського Союзу⁴. На сьогодні в Україні вже сформовано досить розгалужену нормативну базу, яка загалом відповідає стандартам законодавства країн сталої демократії: закріплено право на участь громадян в управлінні державними справами, а також обов'язок органів державної влади проводити консультації з громадськістю, враховувати пропозиції і зауваження громадян щодо державних рішень та оприлюднювати результати проведення консультацій із громадськістю⁵.

Консультації з громадськістю проводяться з метою залучення громадян до участі в управлінні державними справами, надання можливості для їх вільного доступу до інформації про діяльність органів виконавчої влади, а також забезпечення гласності, відкритості та прозорості діяльності зазначених органів. Проведення консультацій має сприяти налагодженню системного діалогу органів виконавчої влади з громадськістю, підвищенню якості підготовки рішень з важливих питань державного і суспільного життя з урахуванням громадської думки, створенню умов для участі громадян у розробленні проектів таких рішень. Консультації з громадськістю проводяться з питань, що стосуються суспільно-економічного розвитку держави, реалізації та захисту прав і свобод громадян, задоволення їх політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів. Результати проведення консультацій з громадськістю враховуються органом виконавчої влади під час прийняття остаточного рішення або в подальшій його роботі. Консультації з громадськістю проводяться у формі публічного громадського обговорення, електронних консультацій з громадськістю (безпосередні форми) та вивчення громадської думки (опосередкована форма). Консультації з громадськістю у формі публічного громадського обговорення, електронних консультацій з громадськістю та вивчення громадської думки з одних і тих самих питань можуть проводитись одночасно⁶.

У зарубіжних країнах ступінь залучення громадськості до нормотворчого процесу органів управління є відмінним, що зумовлюється як політико-правовими традиціями конкретної країни, так і сучасним рівнем розвитку громадянського суспільства та демократії⁷. Аналіз зарубіжного та національного законодавства, що стосується процесу розробки і прийняття нормативних актів управління, дає підстави вченим для таких висновків:

– оскільки нормативні акти, що приймаються органами публічного управління, є обов'язковими до виконання, демократичні держави повинні гарантувати певний рівень участі представників громадськості у цьому процесі;

– здебільшого законодавством зарубіжних країн не передбачено загального порядку обов'язкового залучення представників громадськості до процесу прийняття нормативних актів управління;

– процедура обов'язкової участі громадськості в зазначеному процесі в різних формах закріплена спеціальними законами зарубіжних країн, що стосуються окремих сфер суспільного життя (певні види підприємницької діяльності, охорона навколишнього природного середовища тощо)⁸.

В аналітичній доповіді про стан розвитку громадянського суспільства в Україні, підготовленій колективом авторів (В. Яблонський, О. Корнієвський, С. Василюк та ін.), вказується, що слід визнати незадовільним виконання вимог законодавства щодо забезпечення консультацій з громадськістю, оскільки спостерігається фрагментарне і вибіркоче їх застосування або навіть ігнорування. Перегляду та коригуванню підлягають ті норми, неефективність чи хибність яких стали очевидними. Разом з тим важливим є збереження довіри до нормативно-правових основ, які вже закладені.

Органи державної влади взаємодію з громадськістю й дотепер більшою мірою зводять до комунікації та популяризації нормативних можливостей, інформаційного висвітлення двосторонніх відносин, меншою мірою – сприяють реальній взаємодії. Посадові особи органів державної влади не налаштовані саме на рівноправний аналіз проблем за участю громадськості. Співпраці фактично відводяться лише окремі «декоративні» питання. Низка ж першочергових проблем традиційно залишається поза контролем громадськості.

Суттєво послаблює довіру до інституту консультацій з громадськістю те, що при остаточному прийнятті рішень переважно не враховуються (або враховуються мінімально) їх результати, а також громадська думка. Серед основних причин цього – вимоги рекомендаційного, а не обов'язкового характеру реалізації рекомендацій, вироблених громадськістю, а також стійке небажання органів державної влади. Відповідно,

звітність органів державної влади щодо проведення консультацій з громадськістю та їх результатів має переважно інформаційно-повідомлювальний характер та не завжди відображає їх реальний стан. Здебільшого такі звіти не містять детальної інформації щодо пропозицій, наданих громадськістю, результатів їх врахування. Оприлюднення звітів здійснюється незначною частиною органів державної влади. Констатується також досить довільне дотримання при взаємодії з громадськістю належних процедур або їх пряме порушення саме стороною державної влади. Разом із тим і громадський сектор не завжди користується наявними механізмами взаємодії⁹.

Інші дослідники називають такі поширені помилки у проведенні консультацій з громадськістю:

- позиціонування як консультацій з громадськістю будь-яких заходів із залученням громадських організацій. Це дискредитує консультації як інструмент участі громадськості у управлінні державними справами та підриває довіру організованої громадськості до органів влади;
- проведення формальних консультацій з громадськістю. Це відбувається у випадку некоректного обрання форми консультацій, неналежного поширення інформаційного повідомлення щодо проведення консультацій або виключення з процесу обговорення груп, на які безпосередньо впливає обговорюване рішення;
- вибіркове виконання Порядку проведення консультацій. Наприклад, наявність оголошення про проведення консультацій, але відсутність звіту за їх результатами, або наявність звіту без зазначення у ньому результатів розгляду (врахування чи неврахування пропозицій). Будь-яке порушення законодавства державними службовцями, навіть дрібне, підриває довіру громадян до органів влади;
- невиконання Порядку проведення консультацій. Вимоги цього нормативно-правового акта є імперативними, а не рекомендаційними для органу виконавчої влади. Відповідно, невинесення на публічне громадське обговорення проектів документів, стосовно яких встановлено вимогу щодо їх обов'язкового публічного громадського обговорення, є порушенням процедури їх ухвалення і може бути підставою для визнання його не чинним¹⁰.

Щоб удосконалити взаємодію органів виконавчої влади та інститутів громадського суспільства й підвищити ефективність участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики потрібно вирішити ряд проблем, що стосуються як нормативно-правового забезпечення процесу взаємодії, так і учасників цих відносин. Зокрема, до проблем, пов'язаних з недосконалістю нормативно-правового забезпечення, дослідники виправдано відносять відсутність комплексного законодавчого акта, що регулював би основні механізми взаємодії на більш високому рівні, ніж урядові рішення. Серед проблем, що стосуються інституційної спроможності органів виконавчої влади, називають:

- неналежне виконання органами виконавчої влади чинних норм з питань взаємодії з інститутами громадянського суспільства. Залишається вкрай низьким рівень проведення консультацій із суспільно важливих проблем, відсутній глибокий їх аналіз, часто формальним є вибір каналів консультацій і поширення відповідної інформації;
- відсутність єдиного підходу контролю та координації під час реалізації органами виконавчої влади політики сприяння розвитку громадянського суспільства та налагодження взаємодії з його інститутами;
- відсутність відповідних стандартів взаємодії органів з інститутами громадянського суспільства, які б ґрунтувалися на загальному визнанні корисності такої взаємодії, позитивних традицій;
- неналежне кадрове та матеріально-технічне забезпечення підрозділів органів виконавчої влади, відповідальних за взаємодію з громадськістю, плінність кадрів, низький рівень наукової та методичної підтримки.

Потребують вирішення і проблеми, що стосуються інституційної спроможності інститутів громадянського суспільства¹¹.

Слушними, з нашої точки зору, є пропозиції: 1) удосконалити чинну нормативно-правову базу, зокрема передбачити правові наслідки за недотримання порядку проведення консультацій з громадськістю. У перспективі доцільною є розробка комплексного закону з цих питань; 2) звернути увагу на європейський досвід в частині принципів і процедур взаємодії держави з громадськими організаціями; 3) консолідувати розпорошену на сьогодні систему навчання та підвищення кваліфікації працівників органу виконавчої влади з питань взаємодії з громадськістю¹².

До переваг консультацій з громадськістю належить те, що вони:

- дозволяють без додаткових витрат залучати громадських експертів до вирішення конкретної проблеми чи розробки рішення;
- підвищують рівень довіри населення до органів влади та готовність до належного виконання публічно-правових рішень;
- підвищують якість публічно-правових рішень з огляду на врахування потреб громадськості;
- дають змогу виявляти та усувати негативні наслідки публічно-правових рішень ще на стадії їх розробки через залучення до обговорення заінтересованих осіб;
- поділяють відповідальність за прийняті рішення та їх наслідки між органами влади і громадськістю (яка брала або не брала участі в консультаціях)¹³.

Світова практика переконає, що консультативно-дорадчі органи при органах публічної влади є значно ефективнішими і результативнішими в управлінні, ніж короткострокові процедури контролю за діяльністю органів влади з боку громадськості, разове залучення громадян до формування управлінських рішень¹⁴. Консультативно-дорадчими органами є громадські ради. Громадська рада при міністерстві, іншому централь-

ному органі виконавчої влади, Раді міністрів Автономної Республіки Крим, обласній, Київській та Севастопольській міській, районній, районній у м. Києві та Севастополі держадміністрації є тимчасовим консультативно-дорадчим органом, утвореним для сприяння участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики. Основними завданнями громадської ради є: сприяння реалізації громадянами конституційного права на участь в управлінні державними справами; здійснення громадського контролю за діяльністю органу; сприяння врахуванню органом громадської думки під час формування та реалізації державної політики¹⁵.

Суттєвими відмінностями громадських рад при органах виконавчої влади від інших консультативно-дорадчих органів (громадських гуманітарних, політично-консультативних, науково-методичних, молодіжних та/або студентських рад тощо) дослідники називають те, що, по-перше, громадські ради не лише виконують консультативно-дорадчу функцію, а й покликані забезпечувати громадський контроль за діяльністю органів виконавчої влади у відповідних сферах; по-друге, громадські ради формуються на виборних засадах; по-третє, до складу громадської ради не можуть бути включені представники органу влади, що забезпечує незалежність думки та самостійність функціонування даних консультативно-дорадчих органів¹⁶.

Громадські ради виконують ряд функцій. Так М. Ю. Віхляєв виділяє представницьку, консультативну, контрольну, нормотворчу, комунікативну, організаційну, захисну функції¹⁷. А. Волошина, поряд з контролюючою і консультативною функціями, виокремлює експертну і комунікативну¹⁸.

У науковій літературі обґрунтовується необхідність прийняття Закону України «Про участь громадськості у правотворчій діяльності», який би визначив загальні засади участі громадських об'єднань у різних видах правотворчості та на її різних рівнях, а також врегулював би різні форми участі громадських об'єднань у правотворчому процесі¹⁹, а також Закону України «Про громадські ради в Україні»²⁰. На нашу думку, ці пропозиції заслуговують на увагу, оскільки питання участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики потребують законодавчого врегулювання. Це сприятиме вдосконаленню взаємодії органів виконавчої влади та громадськості.

¹ Стратегія державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні : Указ Президента України від 24 березня 2012 р. № 212/2012 (зі змінами) // Офіційний вісник України. – 2012. – № 26. – С. 17. – Ст. 966.

² Словник термінів за тематикою «громадянське суспільство» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://civic.kmu.gov.ua/consult_mvc_kmu/news/article/show/11

³ Месюк М. П. Механізми регулювання взаємодії інститутів влади і громадянського суспільства: організаційно-правовий аспект: автореф. дис. ... канд. наук з держ. управ. : спец. 25.00.02. – механізми державного управління / М. П. Месюк. – К. : Національна академія державного управління при Президенті України, 2014. – С. 7.

⁴ Окша Н. Правові засади залучення громадян та інститутів громадянського суспільства до процесу ухвалення державних рішень / Н. Окша // Громадянське суспільство України: сучасний стан і перспективи впровадження європейських стандартів взаємодії з державою: зб. матеріалів міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 12 грудня 2013 р.) / упоряд. В. М. Яблонський, О. А. Корнієвський, П. Ф. Вознюк ; за заг. ред. О. А. Корнієвського. – К. : НІСД, 2014. – С. 49.

⁵ Там само. – С. 51–52.

⁶ Порядок проведення консультацій з громадськістю з питань формування та реалізації державної політики, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 3 листопада 2010 р. № 996 (зі змінами) // Офіційний вісник України. – 2010. – № 48. – С. 36. – Ст. 2945.

⁷ Федорова О. Вплив громадськості на прийняття нормативно-правових актів державними органами управління / О. Федорова // Право України. – 2010. – № 5. – С. 206.

⁸ Там само. – С. 213–214.

⁹ Про стан розвитку громадянського суспільства в Україні: загальні тенденції, регіональні особливості: аналітична доповідь / В. М. Яблонський, О. А. Корнієвський, С. М. Василюк та ін. – К. : НІСД, 2014. – С. 21–24.

¹⁰ Державна політика сприяння розвитку громадянського суспільства. Методичні рекомендації / Укр. незалеж. центр політ. дослідж.: А. О. Красносільська, М. В. Лациба, А. В. Волошина, В. О. Купрій, Н. М. Чермошенцева, О. Л. Ващук. – К. : Агентство «Україна», 2013. – С. 45.

¹¹ Андрійчук Т. С. Взаємодія органів виконавчої влади та інститутів громадянського суспільства: проблеми та шляхи їх вирішення / Т. С. Андрійчук // Історичний досвід становлення інститутів громадянського суспільства в країнах Європи : зб. наук. праць. – К. : Фоліант, 2012. – С. 323–324.

¹² Влада, суспільство, громадянин: проблеми взаємодії в сучасній Україні. Аналітична доповідь / за ред. О. М. Майборода. – К. : ІПІНД ім. І.Ф. Кураса НАН України, 2013. – С. 56.

¹³ Державна політика сприяння розвитку громадянського суспільства. Методичні рекомендації / Укр. незалеж. центр політ. дослідж.: А. О. Красносільська, М. В. Лациба, А. В. Волошина, В. О. Купрій, Н. М. Чермошенцева, О. Л. Ващук. – К. : Агентство «Україна», 2013. – С. 39.

¹⁴ Александрова Т. В. Запровадження в Україні іноземного досвіду взаємодії органів публічної влади з громадськістю / Т. В. Александрова // Вивчення та впровадження в Україні іноземного досвіду удосконалення діяльності органів влади: матеріали VIII міжнародної наук.-практ. конференції, 27 листопада 2013 р. – Полтава : ПолтНТУ, 2013. – Ч. II. – С. 154.

¹⁵ 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 містах Києві та Севастополі державній адміністрації, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 3 листопада 2010 р. № 996 (зі змінами) // Офіційний вісник України. – 2010. – № 48. – С. 36. – Ст. 2945.

¹⁶ Громадські ради при органах виконавчої влади // Енциклопедія державного управління : у 8 т. / редкол. С. М. Серьогін та ін. – ДРІДУ НАДУ, 2011. – Т. 6. – С. 91.

¹⁷ Віхляєв М. Ю. Громадські об'єднання як суб'єкти адміністративного права України : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.07 / М. Ю. Віхляєв. – Ірпінь: Національний університет Державної податкової служби України, 2013. – С. 17.

¹⁸ *Волошина А.* Ефективна організація роботи громадської ради: методичні рекомендації / А. Волошина, М. Лациба : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.gromrady.org.ua/2011/06/posibnyk-efektyvna-orhanizatsiya-robotyhromadskojirady-metodychni-rekomendatsiji

¹⁹ *Віхляев М. Ю.* Участь громадських об'єднань у правотворчій діяльності як суб'єктів адміністративного права, які наділені активною адміністративною правосуб'єктністю / М. Ю. Віхляев // Форум права. – 2013. – № 2. – С. 91.

²⁰ *Віхляев М. Ю.* Громадські об'єднання як суб'єкти адміністративного права України : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.07 / М. Ю. Віхляев. – Ірпінь: Національний університет Державної податкової служби України, 2013. – С. 25.

Резюме

***Дерець В. А.* Участь громадськості у формуванні та реалізації державної політики.**

У статті досліджуються окремі теоретико-правові засади консультацій з громадськістю та діяльності громадських рад, утворених для сприяння участі громадськості у формуванні й реалізації державної політики. Розглядаються проблемні питання проведення консультацій з громадськістю. Приділяється увага завданням і функціям громадських рад при органах виконавчої влади.

Ключові слова: громадянське суспільство, громадськість, інститути громадянського суспільства, органи виконавчої влади, взаємодія, консультації з громадськістю, громадські ради.

Резюме

***Дерец В. А.* Участие общественности в формировании и реализации государственной политики.**

В статье исследуются отдельные теоретико-правовые основы консультаций с общественностью и деятельности общественных советов, созданных для того, чтобы способствовать участию общественности в формировании и реализации государственной политики. Рассматриваются проблемные вопросы проведения консультаций с общественностью. Уделяется внимание задачам и функциям общественных советов при органах исполнительной власти.

Ключевые слова: гражданское общество, общественность, институты гражданского общества, органы исполнительной власти, взаимодействие, консультации с общественностью, общественные советы.

Summary

***Derets V.* Public participation in the formulation and implementation of public policy.**

This article examines some theoretical and legal basis of public consultations and activities of public councils to promote public participation in the formulation and implementation of public policy. We consider problematic issues of public consultations. Attention is paid to the tasks and functions of public councils under the executive branch.

Key words: civil society, the public, civil society institutions, executive agencies, cooperation, consultations with the public, community councils.

УДК 347.73

Н. К. ІСАЄВА

Наталія Карлівна Ісаєва, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України

УДОСКОНАЛЕННЯ ПОДАТКОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ В СУЧАСНИЙ ПЕРІОД

Недосконалість системи оподаткування в Україні та правового регулювання відносин в цій сфері, недостатня розробленість методичних підходів та недостатність чітких наукових і практичних рекомендацій щодо організації порядку справляння податків та зборів створює умови для тіньового сектору економіки і, значною мірою, корупції в державі.

Реформа податкової системи України є нагальною потребою держави в сучасний період. Її необхідність останнім часом навіть не доводиться вченими та практиками, оскільки проблема є очевидною та гострою. Питання полягає лише в тому, яку саме модель податкової реформи прийняти та законодавчо закріпити.

Безперечно, йдеться насамперед про забезпечення соціальної справедливості податків, оскільки при тому, що цей принцип закладений ст. 4 чинного Податкового кодексу України в основні засади податкового законодавства України, реалізувати його належним чином не вдалось. Соціальна справедливість передбачає встановлення податків та зборів відповідно до платоспроможності платників податків¹. Те, що цей принцип буде також одним із основоположних в майбутній новій редакції Податкового кодексу України сумнівів немає, проте головне полягає саме в його реалізації.

Відповідно до проекту податкової реформи, розробленому Міністерством фінансів України, передбачається зниження податкового навантаження на заробітну плату як для працівника, так і для роботодавця, яке

має проводитись в два етапи: I – за рахунок надання податкової соціальної пільги працівникам в розмірі однієї мінімальної заробітної плати, незалежно від рівня доходів, а також за рахунок скасування єдиного соціального внеску, який сплачується працівником. Для роботодавця податковий тягар зменшиться з 41 % до 20 %, при цьому максимальна межа нарахування єдиного соціального внеску становитиме 25 мінімальних заробітних плат; II – запровадження єдиного податку на заробітну плату за ставкою 20 %, який передбачається для сплати працівником з 1 січня 2018 р., при цьому єдиний соціальний внесок буде анульований. Цей етап безпосередньо тісно пов'язаний з пенсійною реформою².

Стосовно такого підходу до податкової соціальної пільги, слід зазначити, що аналогічна норма вже є у чинному Податковому кодексі України і головне питання полягає лише в її виконанні. Заперечень це не викликає, проте не зрозуміло, чи залишиться диференційний підхід при визначенні податкової соціальної пільги для соціально незахищених категорій платників та осіб, які мають заслуги перед державою. Якщо збільшення податкової соціальної пільги для таких категорій громадян не збережеться в новій редакції Податкового кодексу України, розробленому Міністерством фінансів України, то це буде не вдосконалення механізму реалізації принципу соціальної справедливості, а навпаки.

Справедливість та рівність для всіх платників податків у проекті Міністерства фінансів України передбачається забезпечити шляхом відмови від будь-яких податкових пільг та преференцій для всіх галузей економіки. Спрощена система оподаткування повинна залишатися переважно для мікробізнесу, а не можливість для великих платників податків мінімізувати податки³.

Щодо такої відмови від будь-яких податкових пільг, на перший погляд, виправданої, вважаємо, за необхідне зробити детальні розрахунки та аналіз можливих ризиків. Особливістю функціонування різних сфер економіки України є, крім їхньої галузевої специфіки, проблеми недосконалості та застарілої організації їх роботи, тому ймовірні негативні наслідки можуть бути набагато більші, ніж майбутні позитивні у віддаленій перспективі. Зокрема, це стосується сільського господарства країни. А запровадження такого підходу в сфері IT-бізнесу, який фактично тримається за рахунок роботи в Україні зарубіжних фірм, може спричинити згорання цієї сфери та «відтік» висококваліфікованих спеціалістів за кордон, де і умови, і заробітна плата будуть кращими.

У зв'язку з цим варто звернути увагу на особливість податкового закону, визначену М. П. Кучерявенком, яка полягає у тому, що податковий закон являє собою нормативне відображення інтересів держави в сфері оподаткування, узгодження інтересів суб'єктів, які представляють владну та зобов'язану сторони податкового правовідношення⁴.

Це є особливо важливим, оскільки Конституція України закріпила, що Україна є також соціальною та правовою державою.

Не можна не погодитись з думкою експертів, що податкова реформа – це не скорочення податків, а зміна відносин між державою і платниками. Для цього можна змінити принцип збирання, структуру податкового тиску, навіть не змінюючи загальної суми податкових надходжень⁵.

Особливо це є актуальним та важливим, враховуючи критичний стан економіки і фінансів України на сьогоднішній день та дуже віддалені перспективи досягнення економічної стабільності. Крім того, дуже великим навантаженням став для держави вимушений надшвидкий розвиток оборонної сфери.

Від чіткості, наукової обґрунтованості та належного рівня законотворчої техніки також значною мірою залежить успішність та ефективність податкової реформи в Україні. З огляду на це варто звернути увагу на особливості податкового закону. Зокрема, А. Н. Козирін виділяє серед них такі: 1) персоніфікований характер, за якого механізм регулювання спрямований на певну групу платників; 2) строковий характер, що означає дію закону в часі впродовж певного обмеженого періоду, оскільки зміна основних елементів податкового механізму (платника, об'єкта, ставки) може відбуватися досить часто; 3) характер податкових законів, заснований на презумпції винуватості платника. Крім того, громіздкість податкового законодавства, роль податкових органів, які виступають у якості арбітрів у спірних питаннях та ставлять платника у стан залежного⁶.

Погоджуючись, в основному, з наведеною характеристикою податкового закону, необхідно зазначити, що розвиток демократичних засад побудови сучасної держави, де основним пріоритетом є забезпечення реалізації прав і свобод особи і громадянина, вимагає переосмислення та розвитку принципів податкового законодавства саме в цьому напрямі. Презумпція винуватості у цивільних відносинах, умови яких в межах закону визначає для себе сама особа, і презумпція винуватості платника податку, який імперативно «втягується» у відносини з державою у податковій сфері, де передбачені, крім фінансових санкцій, адміністративна відповідальність, а також і кримінальної відповідальності, причому два останні види юридичної відповідальності передбачають для застосування обов'язкову наявність вини, мають абсолютно різну специфіку і в одному розмінні застосовуватись не повинні.

На наш погляд, саме в податкових відносинах презумпція невинуватості платника податків в демократичній країні повинна бути одним із основоположних принципів податкового законодавства.

Як справедливо зазначає І. О. Пасічна, зміст податкових правовідносин становлять права та юридичні обов'язки суб'єктів цих відносин, їх реальна поведінка, детерміновані публічними інтересами і спрямовані на досягнення відповідного результату – формування публічних грошових коштів. Суб'єктивні права та обов'язки як елементи змісту мають такі особливості: 1) вони закріплені в нормативній моделі податкових правовідносин; 2) встановлені волею держави; 3) пов'язані зі сплатою податків і зборів; 4) значно деталізовані; 5) нормативно визначені; 6) характеризуються переважанням обов'язків над правами платників подат-

ків і зборів, забезпеченість прав контролюючих органів обов'язками платників податків і зборів, відповідністю прав контролюючих органів їх обов'язкам⁷.

У зазначеній характеристиці змісту податкових правовідносин слід звернути увагу на таку їх особливість, як переважання обов'язків над правами і саме це, на наш погляд, об'єктивно є притаманним сфері податкових відносин, а не презумпція винуватості платника податків, від якої необхідно відмовитись при побудові сучасної демократичної держави.

Проект податкової реформи Міністерства фінансів України передбачає також зміни в адмініструванні податків та зборів, оскільки чинний Податковий кодекс містить велику кількість неоднозначних норм та колізій, які дозволяють контролюючим органам маніпулювати законодавством, приймаючи рішення не на користь платників податків. У частині адміністрування податків та зборів пропонується заборонити контролюючим органам проводити документальні позапланові перевірки за результатами перевірок інших платників податків⁸.

Безперечно, зазначені зміни в адмініструванні податків є необхідними. При цьому слід більш чітко визначити види перевірок платників податків, умови їх проведення та, зокрема, конкретизувати особливості документальних і фактичних перевірок. Водночас чіткість не повинна переходити в зайву деталізованість, оскільки перелік прав контролюючих органів, закріплений ст. 20 Податкового кодексу України, включає значною мірою і певні особливості здійснення перевірок різних об'єктів перевірки, документації та іншої інформації.

У свою чергу, заслуговують на увагу також положення законопроекту податкової реформи Комітету Верховної Ради України з питань податкової та митної політики. Зокрема, зазначений проект передбачає:

- 1) введення публічного реєстру заяв на бюджетне відшкодування податку на додану вартість;
- 2) встановлення обов'язку контролюючого органу з відшкодування податку на додану вартість виключно в порядку черговості надходження заяв;
- 3) встановлення заборони контролюючому органу перевіряти правильність ведення бухгалтерського обліку, повноти визначення фінансового результату до оподаткування згідно з бухгалтерським обліком та формування показників фінансової звітності;
- 4) перехід до нової системи апеляційних оскаржень платниками рішень контролюючих органів – другий рівень апеляцій переходить до Міністерства фінансів;
- 5) «демільтаризація» податкового контролю – ліквідація податкової міліції та створення нового правоохоронного органу – Служби фінансових розслідувань в складі Міністерства фінансів⁹.

У цілому, чіткість та конкретність вищевикладених положень альтернативного проекту Комітету Верховної Ради з питань податкової та митної політики, їх спрямованість на вирішення найгостріших проблем функціонування податкової системи України заслуговує на підтримку. Водночас пропозиція щодо «демільтаризації» податкових органів цілком ймовірно може стати «мілітаризацією» Міністерства фінансів України, що не є притаманним для цього органу державної виконавчої влади, який має інші завдання та функції, головною з яких є розробка проекту Державного бюджету України та забезпечення його виконання.

Таким чином, податкова реформа, підготовка до якої активно відбувається в Україні, поряд з безумовно позитивними елементами реформування податкової системи та податкового законодавства, може мати також певні ризики для фінансової системи й економіки держави. Тому їх запровадження повинно здійснюватись поетапно та вивірено.

¹ Податковий Кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>

² Левкович О. Минфин vs парламент: 5 преимуществ двух проектов налоговой реформы / Ольга Левкович : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://forbes.net.ua/nation/1405498-minfin-vs-parlament-5-preimushchestv-dvuh-proektov-nalogovoj-reformy>

³ Там само.

⁴ Кучерявенко Н. П. Курс налогового права : в VI т. / Н. П. Кучерявенко. – Х. : Легас, 2004. – Т. II. – С. 563.

⁵ Моисеенко А. Бюджет 2016 vs «либеральная налоговая реформа: кто кого?» / Александр Моисеенко, Ольга Левкович : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://forbes.net.ua/nation/1405300-byudzheth-2016-vs-liberalnaya-nalogovaya-reforma-kto-kogo>

⁶ Козырин А. Н. Налоговое право зарубежных стран: вопросы теории и практики / А. Н. Козырин. – М., 1993. – С. 85.

⁷ Пасічна І. О. Податкові правовідносини в Україні: стан та перспективи розвитку : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / І. О. Пасічна. – Запоріжжя, 2014. – С. 9.

⁸ Левкович О. Вказана праця.

⁹ Там само.

Резюме

Ісаєва Н. К. Удосконалення податкового законодавства України в сучасний період.

У статті розглядаються актуальні проблеми реформування податкової системи України та податкового законодавства. Зокрема, на підставі наукового аналізу особливостей податкових правовідносин та податкового закону зроблено конкретні висновки щодо ключових положень запропонованого Міністерством фінансів України проекту податкової реформи в Україні та аналогічного проекту, підготовленого у Верховній Раді України.

Ключові слова: податкові правовідносини, податкове законодавство, податкова реформа, соціальна справедливість, адміністрування податків.

Резюме

Исаева Н. К. Совершенствование налогового законодательства Украины в современный период.

В статье рассматриваются актуальные проблемы реформирования налоговой системы Украины и налогового законодательства. В частности, на основании научного анализа особенностей налоговых правоотношений и налогового закона сделаны конкретные выводы относительно ключевых положений, предложенных Министерством финансов Украины проекта налоговой реформы в Украине и аналогичного проекта, подготовленного в Верховной Раде Украины.

Ключевые слова: налоговые правоотношения, налоговое законодательство, налоговая реформа, социальная справедливость, администрирование налогов.

Summary

Isaieva N. Improving of ukrainian tax legislation in the modern period.

The paper examines actual issues of reforming the tax system of Ukraine as well as tax legislation. In particular, on the basis of scientific analysis of features of tax legal relationships and tax law concrete conclusions are done in relation to key positions proposed by the Ministry of Finance of Ukraine and offered by the same Ministry draft of tax reform and analogical project that was prepared by the Supreme Council of Ukraine.

Key words: tax legal relationships, tax law, tax reform, social justice, administration of taxes.

УДК 342.951:351.82

І. О. СТЕПАНОВ, П. Є. ЛІВАК

Ігор Олександрович Степанов, аспірант Національного університету державної податкової служби України

Петро Євгенович Лівак, кандидат юридичних наук, доцент юридичного факультету Національного університету державної податкової служби України

ПРАВОВА РОБОТА ЯК ЮРИДИЧНИЙ ЗАСІБ ІНТЕНСИФІКАЦІЇ ЗАСТОСУВАННЯ ТА РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА

В умовах євроінтеграції в Україні мають бути переглянуті всі норми права та суспільні відносини на предмет узгодження з європейськими принципами і стандартами.

Вітчизняні нормотворці, здійснюючи таке співвідношення, повинні не тільки перейняти досвід ЄС, калькуючи зміст відповідних правових норм, а й оцінку прийнятності такого калькування, розробити моделі правового регулювання, які б врахували європейський досвід, адаптували його до українських реалій.

Один з об'єктів такого перегляду – правова робота, що є прикладом рецепції радянського права. Українські вчені навіть зберігають радянську редакцію цього поняття (правова робота в народному господарстві), чим фактично прирівнюють його до правового релікту.

У європейській правовій традиції немає такого відповідника, тому український досвід не сприймається з боку європейських експертів.

Стверджуючи наведене, автори спираються на Звіт про стратегічний аналіз ролі та ключових компетенцій Міністерства юстиції України, підготовлений Гінтерасом Шведасом, професором факультету права Вільнюського університету, колишнім заступником Міністра юстиції Литви в рамках проекту ЄС «Підтримка реформ у сфері юстиції в Україні».

У даному звіті європейський експерт рекомендує Мін'юсту відмовитися від здійснення методичного керівництва правовою роботою (юридичними службами) у міністерствах, інших центральних органах виконавчої влади, місцевих державних адміністраціях, а також на державних підприємствах і установах, та від проведення перевірок якості правової роботи у вищезгаданих установах, надання рекомендацій щодо її вдосконалення, утриматися від надання пропозицій щодо усунення недоліків і притягнення чиновників до відповідальності.

Ці функції, на думку експерта, «застаріли» з точки зору їхньої доцільності, оскільки достатньо встановити чіткі якісні вимоги до кандидатів на ці посади для того, щоб забезпечити якість юридичних служб і їхніх керівників. Крім того, зазначено у звіті, ці функції частково порушують принцип розподілу влади, тому що глава незалежної установи чи підприємства не в змозі прийняти самостійне рішення щодо призначення свого підлеглого на конкретну позицію.

Тому метою цієї статті є дослідити зміст правової роботи та проблеми його правового регулювання в сучасних умовах.

Питанню правової роботи, зокрема її правовому регулюванню, в українській правовій науці приділяється певна увага. Серед найбільш помітних досліджень слід відзначити наукові розвідки Г. Знаменського¹, І. Голованя², В. Пашкова^{3,4}. Окремі питання організації правової роботи вивчалися в працях інших учених.

В одному з перших ґрунтовних наукових узагальнень роботи юридичних служб радянського періоду Л. Шор⁵ не відмежовує правову роботу від діяльності юридичної служби. До основних функцій юридичної служби він відносить забезпечення законності актів, що видаються на підприємстві, участь у розробці та реалізації заходів зі зміцнення договірної та фінансової дисципліни, захист законних інтересів підприємства в суді. Юридична служба, на думку Л. Шора, повинна бути самостійна, адже перевіряє дотримання законності в усіх сферах підприємства.

У подальших роботах В. І. Чуднова, А. Б. Годеса, П. Д. Мединцева, І. Є. Замойського, В. І. Пугінського поняття правової роботи та юридичної служби розглядаються окремо, досліджується їх взаємозв'язок, обґрунтовується особлива роль юридичної служби в організації правової роботи.

Саме ж поняття «правова робота» було впроваджено у правовий обіг постановою ЦК КПРС та Ради Міністрів СРСР від 23 грудня 1970 р. № 1025 «Про покращення правової роботи в народному господарстві», яка проте не містила визначення цього поняття.

Згідно із сучасним українським законодавством правова робота – це діяльність юридичної служби або юрисконсульта відповідної категорії, що виконує функції юридичної служби, щодо забезпечення правильного застосування, неухильного дотримання та запобігання невиконанню вимог чинного законодавства державним підприємством, установою, організацією, його керівниками та працівниками під час виконання покладених на них завдань і функціональних обов'язків⁶. Це визначення – єдине відоме авторам, що міститься у нормативно-правових актах.

Водночас вітчизняні науковці при дослідженні поняття «правова робота» посилаються на роботи радянського періоду, хоча очевидно, що фактичний зміст правових відносин при формальному збереженні юридичного змісту (фактичній рецепції радянського права) на сьогодні змінився.

Положення сучасного вчення про правову роботу в українській правовій науці сформував Г. Знаменський, який розглядає правову роботу як засіб реалізації господарського законодавства та одну з функцій управління виробництвом, вчення про правову роботу, на його думку, необхідно розглядати в загальному контексті понять господарського права.

За Г. Знаменським *зміст правової роботи, її основне завдання* – спеціалізована діяльність, спрямована на безпосередню організацію реалізації законодавства та забезпечення таким чином певного рівня законності в розумінні дотримання інтересів суспільства, принципів народовладдя та справедливості за умови їх належного закріплення в законі.

За таких умов, переконаний Г. Знаменський, юридична служба є центром і організатором правової роботи на підприємстві. Це викликано тим, що працівники юридичної служби є найбільш обізнаними у праві особами, які володіють методами реалізації тих чи інших норм.

Під час правової роботи відбуваються організаційні відносини, а не матеріально-правові, як при правозастосуванні. Функція правової роботи – організація і забезпечення реалізації правових норм. Мета правової роботи – підвищення рівня (інтенсифікації) реалізації норм чинного законодавства (передусім господарського).

Звідси *критерій ефективності правової роботи* (юридичної служби) полягає у прирощенні ефективності (правової та економічної) норм законодавства, що досягається шляхом підвищення (максимізації) рівня реалізації цих норм у період, що настає за прийняттям заходів організаційного характеру.

Г. Знаменський зазначає, що «правова робота пов'язана насамперед з тією ланкою господарсько-правового регулювання, коли вимоги норм «переходять» у конкретну поведінку людей, коли вони реалізуються і таким чином приєднуються до економічного процесу як специфічний компонент»⁷.

Продовження думок Г. Знаменського бачимо в дослідженні І. Голованя: «Правова робота це не звичайні дії працівників з реалізації правових норм. Вона полягає в організації, впорядкуванні процесу реалізації права. Найбільш головне те, що правова робота – діяльність перш за все організаційна»⁸.

За І. Голованем *змістом правової роботи* є спеціалізована діяльність осіб, які мають юридичні знання і організаційні повноваження, що організує реалізацію законодавства і тим самим забезпечує певний рівень законності у діяльності суб'єкта господарювання, а отже, у здійсненні правової роботи можна виділити організаційну та, власне, юридичну складові.

Водночас І. Головань зазначає, що «організаційну складову правової роботи здатне забезпечити фактично будь-яке підприємство. Проблемою є власне юридична складова правової роботи, обумовлена відсутністю у штаті спеціалістів з юридичною освітою»⁹.

Мета правової роботи суб'єкта господарювання у сфері підприємницької діяльності за І. Голованем має сприяти мінімізації втрат та збільшенню прибутків такого суб'єкта за умови дотримання норм чинного законодавства.

У дослідженнях В. Пашкова організація правової роботи на підприємствах, установах, організаціях обґрунтовується як навчальна дисципліна та складова господарсько-правової освіти. На його думку «правова робота – це такий юридичний засіб, який разом з іншими активно впливає на відповідну дію норм права... своєрідність правової роботи як юридичного засобу полягає в тому, що вона приводить «у рух» механізм правового регулювання у сфері народного господарства»¹⁰.

У сучасних вітчизняних навчальних посібниках з правової роботи, які готуються переважно вченими галузі господарського права, розглядається питання організації правової роботи або юридичної служби в народному господарстві, на підприємстві, в установі тощо. Правова робота характеризується як комплекс заходів суб'єктів господарювання і негосподарюючих суб'єктів з дотримання правопорядку у сфері господарювання та використання засобів упорядкування відносин для розв'язання завдань, поставлених перед ними¹¹.

Водночас на сучасному етапі розвитку вчення про правову роботу з'являється поняття «правова служба» – широке коло працівників підприємства, які здійснюють у ньому правову роботу¹².

Таким чином, спочатку правова робота ототожнювалась з роботою юридичної служби, досліджувалися її завдання та функції. У подальшому науковці розмежували поняття правової роботи та юридичної служби, досліджували юридичну службу як виконавця правової роботи, ввели поняття правової служби.

На сьогодні зміст правової роботи, на думку вчених, полягає не у реалізації норм права, а в організації цього процесу. Вводиться поняття інтенсифікації реалізації норм права як показник ефективності правової роботи. Тобто, зміст правової роботи полягає в тому, щоб належним чином організувати реалізацію та застосування права.

Тому автори цієї статті схильні вважати, що **правова робота** – це правовий засіб, який використовується суб'єктами приватних і публічних правовідносин під час задоволення їх інтересів з метою ефективнішого застосування та/або реалізації права.

Значення правової роботи не втратило своєї актуальності в умовах ринкової інфраструктури, комерціалізації юридичного обслуговування та глобалізації адвокатської діяльності та за умови правильного розуміння його змісту може стати практичним засобом реалізації принципу верховенства права.

Зміст правової роботи залежить від інтересу, яким наділений суб'єкт приватних чи публічних правовідносин, а також від множинності факторів, що визначають організаційну форму правової служби (суб'єктивна воля власника, юридична можливість запровадження посади юрисконсульта тощо).

Тому сучасні дослідження повинні бути спрямованими на з'ясування особливостей правової роботи у різних галузях та сферах з метою вироблення дієвих моделей ефективної правореалізації та правозастосування.

Водночас правове регулювання правової роботи здійснюється шляхом встановлення нормативно-правових вимог до організації роботи юридичних служб державних підприємств, установ, організацій у Загальному положенні та наділення Міністерства юстиції спеціальними повноваженнями з методичного керівництва правовою роботою. Правова робота у сфері приватноправових відносин не врегульована нормативно-правовими актами.

Відповідно до Положення про Міністерство юстиції України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 2 липня 2014 р. № 228, Мін'юст організує підвищення кваліфікації працівників юридичних служб, перевіряє стан правової роботи, надає рекомендації щодо її поліпшення, вносить пропозиції про усунення виявлених порушень і недоліків та притягнення до відповідальності посадових осіб, винних у допущених порушеннях, а також видає висновок щодо призначення на посаду керівників юридичних служб міністерств, інших центральних органів виконавчої влади.

На думку авторів, рівень ефективності здійснення Мін'юстом методичного керівництва правовою роботою має бути детально вивчений в окремому дослідженні.

Важливість методичного керівництва правовою роботою саме на державних підприємствах, в установах, організаціях полягає в тому, що держава в особі Мін'юсту може впливати на рівень правозастосування та правореалізації державних органів, а отже, забезпечувати ефективність діяльності державного апарату.

Разом із тим така компетенція не охоплює всієї сфери публічних відносин, а отже, має бути переглянута. Зокрема, потребує вивчення охоплення методичним керівництвом правової роботи органів місцевого самоврядування та утворених ними комунальних закладів.

Очевидно, що в сучасних умовах способи методичного керівництва правовою роботою повинні бути змінені.

У свою чергу, суб'єкти приватноправових відносин на основі диспозитивності можуть самостійно оцінити необхідність ведення правової роботи та наповнювати її відповідним змістом.

Отже, можемо зробити такі висновки.

1. Розвиток вчення про правову роботу свідчить про те, що на першому етапі правова робота ототожнювалась з роботою юридичної служби, досліджувалися її завдання та функції. На другому етапі вже розмежовується правова робота та юридична служба. Поворотним стає третій етап, на якому змінюється розуміння змісту правової роботи, який, на думку вчених, полягає не у реалізації норм права, а в організації цього процесу; вводяться поняття правової служби та інтенсифікації реалізації норм права як показник ефективності правової роботи.

2. Правова робота – це правовий засіб, який використовується суб'єктами приватних і публічних правовідносин під час задоволення їх інтересів з метою ефективнішого застосування та/або реалізації права.

3. Методичне керівництво правовою роботою є засобом впливу на ефективність діяльності державного апарату, а тому зміст та форми реалізації такого керівництва повинні бути детально досліджені з метою вироблення дієвих моделей ефективної правореалізації та правозастосування.

¹ Хозяйственное право : учеб. / В. К. Мамутов [и др.] ; ред. В. К. Мамутов ; Ин-т экон.-прав. исслед. НАН Украины. – К. : Юринком Интер, 2002. – С. 891–893.

² Головань І. В. Правова робота і захист прав підприємців: моногр. / І. В. Головань ; Національна академія наук України. Інститут економіко-правових досліджень. – Донецьк: ТОВ «Юго-Восток, Лтд», 2003. – 168 с.

³ Пашков В. М. Організація правової роботи на підприємствах, установах, організаціях як навчальна дисципліна та складова господарсько-правової освіти / Віталій Михайлович Пашков. // Проблеми господарського права. – 2010. – № 4. – С. 186–194.

⁴ Організація правової роботи на підприємствах, установах, організаціях : навч. посіб. / Р. П. Бойчук, Д. В. Задохайло, В. М. Пашков. – Х. : Вид-во «ФІНІ», 2010. – 384 с.

⁵ Шор Л. М. Организация юридической службы на предприятии и в совнархозе / Л. М. Шор. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. :Юрид. лит., 1964. – 248 с.

⁶ Порядок проведення органами юстиції перевірок стану правової роботи та систематизації законодавства, затверджений наказом Міністерства юстиції України від 18 січня 2012 р. № 91/5, зареєстрований в Міністерстві юстиції України 19 січня 2012 р. за № 75/20388 // ОВУ. – 2012. – № 6. – Ст. 225.

⁷ Хозяйственное право : учеб. / В. К. Мамутов [и др.] ; ред. В. К. Мамутов ; Ин-т экон.-прав. исслед. НАН Украины. – К. : Юринком Интер, 2002. – С. 96.

⁸ Головань І. В. Вказана праця. – С. 12.

⁹ Там само. – С. 14.

¹⁰ Пашков В. М. Організація правової роботи на підприємствах, установах, організаціях як навчальна дисципліна та складова господарсько-правової освіти / Віталій Михайлович Пашков // Проблеми господарського права. – 2010. – № 4. – С. 188.

¹¹ Організація правової роботи на підприємствах, установах, організаціях : навч. посіб. / Р. П. Бойчук, Д. В. Задохайло, В. М. Пашков. – Х. : Вид-во «ФІНІ», 2010. – 384 с.

¹² Предпринимательское (хозяйственное) право : учеб. / Н. Н. Вознесенская и др.; под ред. В. В. Лаптева, С. С. Занковского ; Рос. Акад. наук, Ин-т государства и права, Академ. Правовой ун-т. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 560 с.

Резюме

Степанов І. О., Ливак П. Є. Правова робота як юридичний засіб інтенсифікації застосування та реалізації права.

У статті досліджено розвиток вчення про правову роботу, обґрунтовано її актуальність в сучасних умовах та необхідність вироблення дієвих моделей правореалізації і правозастосування. Також звертається увага на зміст правової роботи та необхідність подальшого дослідження методичного керівництва правовою роботою як засіб впливу на ефективність діяльності державного апарату.

Ключові слова: правова робота, правозастосування, правореалізація, методичне керівництво правовою роботою.

Резюме

Степанов І. О., Ливак П. Е. Правовая работа как юридическое средство интенсификации применения и реализации права.

В статье исследовано развитие учения о правовой работе, обоснованы её актуальность в современных условиях и необходимость наработки действенных моделей правореализации и правоприменения. Также обращено внимание на сущность правовой работы и необходимость последующего исследования методического руководства правовой работой как средства влияния на эффективность деятельности государственного аппарата.

Ключевые слова: правовая работа, правоприменение, правореализация, методическое руководство правовой работой.

Summary

Stepanov I., Livak P. The legal work as a legal means of intensification of the application and implementation of law.

The article studied the development of the doctrine of legal work, its relevance in the present conditions of use and the need for effective models of the application and implementation of law. Also was drawn attention to the nature of the legal work and the need for further research methodical management of legal work as a means of influence on the efficiency of the state apparatus.

Key words: legal work, application of law, implementation of law, methodical management of legal work.

Н. А. ФУКС

Наталія Анатоліївна Фукс, кандидат економічних наук, доцент ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»

ЗАКОН УКРАЇНИ ПРО ДЕРЖАВНИЙ БЮДЖЕТ ЯК ІНСТРУМЕНТ РЕГУЛЮВАННЯ ФІНАНСОВИХ ВІДНОСИН

Державний бюджет відіграє важливу роль в економіці та суспільстві, що зумовлює підвищену увагу до закону, яким він затверджується. Як відомо, ефективно функціонування держави, виконання нею властивих їй функцій нерозривно пов'язано із своєчасним та в повному обсязі фінансуванням, що є можливим завдяки налагодженому процесу формування та використання бюджетних коштів. Цього, на нашу думку, можна досягти за умови своєчасного прийняття Закону про Державний бюджет, забезпечення його високої якості та належного виконання.

Закон про Державний бюджет затверджує основні макроекономічні показники, які містяться в головному фінансовому плані держави на наступний рік, і тому посідає один із перших щаблів в ієрархії нормативно-правових актів у галузі бюджету. Водночас, цей закон є тимчасовим, оскільки приймається Верховною Радою України відповідно до Конституції України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР та Бюджетного кодексу України від 8 липня 2010 р. № 2456-VI щорічно, на період, який, за загальним правилом, складає календарний рік. Це, до певної міри, ускладнює ситуацію, особливо коли державний бюджет насамперед сприймається не як документ, який має фінансовий та юридичний зміст, а як інструмент політичного впливу чи маніпулювання, що фактично тривалий час спостерігається в Україні.

Власне через усталену практику несвоєчасного набуття чинності Законом про Державний бюджет внаслідок недотримання учасниками бюджетного процесу, діяльність яких пов'язана із розробкою проекту Державного бюджету України та його затвердженням (маються на увазі органи законодавчої та виконавчої влади), встановлених законодавством строків і термінів, що не завжди має обґрунтований характер, періодичність як особливість бюджетотворення стає особливо помітною в політично і економічно нестабільній державі, якою є Україна. За таких умов значення Закону про Державний бюджет применшується, що є недопустимим, оскільки у разі його прийняття у поточному році, а не в році, що йому передує, даний документ переважно віддзеркалює ситуацію, яка вже склалася. Беручи до уваги вищезазначене, вважаємо за необхідне повернути увагу до Закону про Державний бюджет як нормативно-правового акту, який забезпечує щоденне функціонування держави, економіки та суспільства.

Питанням правового регулювання складання проекту Державного бюджету та його затвердження шляхом прийняття щорічного Закону про Державний бюджет присвячені наукові праці багатьох відомих вітчизняних вчених-правників, зокрема, Л. К. Воронової, А. Т. Ковальчука, А. А. Нечай, О. П. Орлюк, А. М. Чвалюка, В. Д. Чернадчука та ін. Проте, на наш погляд, потребують більш детального вивчення особливості Закону про Державний бюджет як законодавчого акту та практика його прийняття Верховною Радою України, що має безпосередній вплив на подальший соціально-економічний розвиток держави, характер та динамічність економічних процесів, настрої та очікування суспільства.

Метою дослідження є з'ясування правової природи та особливостей Закону про Державний бюджет, узагальнення практики його прийняття впродовж історії незалежної України та визначення ролі даного закону у сфері регулювання фінансових відносин.

Відповідно до п. 24 ч. 1 ст. 2 Бюджетного кодексу України Закон про Державний бюджет України – це закон, який затверджує Державний бюджет України та містить положення щодо забезпечення його виконання протягом бюджетного періоду. Як зазначає А. Т. Ковальчук, за своїм впливом на параметри соціально-економічного розвитку Закон про Державний бюджет є другим після Конституції України¹, оскільки його норми забезпечують виконання державою усіх її функцій, на відміну від інших законів, кожен з яких забезпечує реалізацію якоїсь однієї з них. Теза про вагомості значення Закону про Державний бюджет для держави, економіки та суспільства підтверджується ч. 2 ст. 92 Конституції України, в якій перелічені види відносин, що регулюються виключно законами, через їх надзвичайну важливість для функціонування держави. Серед них першими у переліку названі майже усі види фінансової діяльності держави, починаючи з державного бюджету.

Необхідно відмітити, що Закон про Державний бюджет, незважаючи на наявність рис, які притаманні будь-якому іншому закону, має також ознаки, які властиві лише йому. Саме останні, як нам видається, необхідно проаналізувати та відповідним чином систематизувати.

1. Закон про Державний бюджет відповідно до Конституції України та Бюджетного кодексу України приймається на визначений строк (бюджетний період) щорічно. Ця особливість бюджетотворення в Україні, як і в багатьох інших країнах світу, є об'єктивною, оскільки мова йде про надання юридичної сили низці макроекономічних показників на наступний рік.

2. Закон про Державний бюджет є актом динамічним, оскільки протягом бюджетного періоду до нього залежно від поточних показників соціально-економічного розвитку, надходжень до бюджету та зміни структури видатків можуть вноситися зміни, а відтак – прогностичним, адже його норми встановлюють показники, які мають ймовірнісний характер.

3. Закон про Державний бюджет повинен бути реальним та обґрунтованим, а це означає, що бюджет як фінансовий план, який затверджується законом, має складатися, виходячи з реалістичних, об'єктивних макропоказників соціально-економічного розвитку держави та розрахунків надходжень і видатків бюджету, що здійснюються відповідно до затверджених методик та правил. Затвердження бюджету шляхом прийняття закону вказує на успішне завершення перевірки його обґрунтованості. Однак зазначені заходи лише мінімізують ймовірнісний характер Закону про Державний бюджет, оскільки бюджет все ж таки складається з прогностичних показників.

4. Закону про Державний бюджет властивий особливий предмет регулювання. Оскільки предмет регулювання Закону про Державний бюджет має конституційну значимість, частково це питання знайшло відображення у ч. 2 ст. 95 Конституції України із вказівкою на те, що виключно Законом про Державний бюджет визначаються будь-які видатки держави на загальносуспільні потреби, розмір і цільове спрямування цих видатків. Таким чином, Конституція України встановлює лише окремі особливості змісту Закону про Державний бюджет, що породжує наукові дискусії з приводу предмету регулювання даного закону, незважаючи на роз'яснення, надані Конституційним Судом України у Рішеннях № 5-рп/2002 від 20 березня 2002 р., № 6-рп/2007 від 9 липня 2007 р., № 10-рп/2008 від 22 травня 2008 р., № 26-рп/2008 від 27 листопада 2008 р. Доволі детально предмет регулювання Закону про Державний бюджет визначено в ч. 1 ст. 40 Бюджетного кодексу України, яка має назву «Предмет регулювання Закону про Державний бюджет України».

5. Закон про Державний бюджет є єдиним законом, процедура розгляду й прийняття якого жорстко (як виявилось на практиці, з формальної точки зору) регламентується Конституцією України, Бюджетним кодексом України та Законом України «Про Регламент Верховної Ради України» від 10 лютого 2010 р. № 1861-VI за строками і термінами, відхилення від яких не лише заважають своєчасно прийняти цей закон, але й дезорганізують бюджетний процес та формують негативні очікування в економіці та суспільстві.

6. Закон про Державний бюджет відрізняється від інших законів обмеженням права законодавчої ініціативи, що визначається в даному контексті як обмежене право бюджетної ініціативи. Реалізувати таке право може лише уряд, що передбачено нормами Конституції України (п. 6 ст. 116), Бюджетного кодексу України (ч. 1 ст. 32), Законів України «Про Регламент Верховної Ради України» (ч. 2 ст. 89) та «Про Кабінет Міністрів України» від 27 лютого 2014 р. № 794-VII (абз. 12 п. 1 ч. 1 ст. 20). Наділення уряду правом законодавчої ініціативи у даному випадку є цілком виправданим, оскільки Кабінет Міністрів України є вищим органом виконавчої влади, на який Конституцією України покладається повноваження щодо проведення фінансової політики в державі. Подібний підхід щодо реалізації права законодавчої ініціативи відповідає парламентсько-президентській республіці, якою є Україна.

7. Закон про Державний бюджет приймається в особливому процесуальному порядку, в межах спеціального законодавчого процесу, визначеного гл. 27 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» відповідно до ч. 1 ст. 39 Бюджетного кодексу України. Виходячи з цього, можна стверджувати, що бюджетний процес – це унікальне явище, єдиний юридичний процес, який обслуговує затвердження й виконання одного закону – Закону про Державний бюджет.

8. Закон про Державний бюджет, будучи кінцевим результатом бюджетної правотворчості, водночас є проміжним результатом бюджетної діяльності, що передбачає його виконання за затвердженими показниками.

9. Закон про Державний бюджет періодизує результати публічної фінансової діяльності держави, надаючи їм форму звітності про бюджет, що робить можливим здійснення бюджетного контролю, оскільки даним законом встановлюються конкретні кількісні показники.

10. Закон про Державний бюджет є нормативно опосередкованим вираженням волі народу України внаслідок досягнення політико-правового компромісу між парламентськими фракціями. Це пояснюється тим, що даний закон не може бути предметом референдуму відповідно до ст. 74 Конституції України.

11. Закон про Державний бюджет є результатом політичного зіткнення й компромісу законодавчої та виконавчої гілок влади, внаслідок чого в ідеалі очікується прийняття політично перспективного та економічно обґрунтованого закону. До речі, у вітчизняній практиці набуло популярності твердження про політичну природу Закону про Державний бюджет. Як показує аналіз, в Україні впродовж тривалого часу прийняття Закону про Державний бюджет є найзаполітизованішою сферою соціальної діяльності.

Незважаючи на вищезазначені характеристики, які вказують на те, що Закон про Державний бюджет посідає виняткове місце в ієрархії фінансових законів, враховуючи його значимість для функціонування держави, розвитку економіки та добробуту суспільства, понад двадцятирічна вітчизняна практика вказує на наявність низки не вирішених проблем, які спотворюють бюджетний процес і применшують роль його результату – Закону про Державний бюджет. Зокрема, це проявляється у несвоєчасному прийнятті Закону про Державний бюджет, а отже, й несвоєчасному набутті ним чинності, що тягне за собою введення в дію Закону про Державний бюджет із зворотною дією у часі (див. таблицю 1).

Таблиця 1

Аналіз практики прийняття Верховною Радою України Закону України «Про Державний бюджет України» у 1991–2014 рр.²

Бюджетний період	Нормативний термін прийняття Закону України «Про Державний бюджет України»	Фактична дата прийняття Закону України «Про Державний бюджет України»	Чинна на відповідний період часу нормативно-правова база
1	2	3	4
1991	—	25 грудня 1990 р.	Закон СРСР «Про бюджетні права Союзу РСР і союзних республік» від 30 жовтня 1959 р.
1992	до 2 грудня 1991 р.	18 червня 1992 р.	Закон України «Про бюджетну систему України» від 5 грудня 1990 р. № 512-XII (втратив чинність на підставі Бюджетного кодексу України від 21 червня 2001 р. № 2542-III)
1993	до 2 грудня 1992 р.	9 квітня 1993 р.	
1994	до 2 грудня 1993 р.	1 лютого 1994 р.	
1995	до 2 грудня 1994 р.	6 квітня 1995 р.	
1996	до 2 грудня 1995 р.	22 березня 1996 р.	
1997	до 2 грудня 1996 р.	27 червня 1997 р.	
1998	до 2 грудня 1997 р.	30 грудня 1997 р.	
1999	до 2 грудня 1998 р.	31 грудня 1998 р.	
2000	до 2 грудня 1999 р.	17 лютого 2000 р.	
2001	до 1 грудня 2000 р.	7 грудня 2000 р.	
2002	до 1 грудня 2001 р.	20 грудня 2001 р.	
2003	до 1 грудня 2002 р.	26 грудня 2002 р.	
2004	до 1 грудня 2003 р.	27 листопада 2003 р.	
2005	до 1 грудня 2004 р.	23 грудня 2004 р.	
2006	до 1 грудня 2005 р.	20 грудня 2005 р.	
2007	до 1 грудня 2006 р.	19 грудня 2006 р.	
2008	до 1 грудня 2007 р.	28 грудня 2007 р.	
2009	до 1 грудня 2008 р.	26 грудня 2008 р.	
2010	до 1 грудня 2009 р.	27 квітня 2010 р.	
2011	до 1 грудня 2010 р.	23 грудня 2010 р.	Бюджетний кодекс України від 8 липня 2010 р. № 2456-VI Закон України «Про Регламент Верховної Ради України» від 10 лютого 2010 р. № 1861-VI
2012	до 1 грудня 2011 р.	22 грудня 2011 р.	
2013	до 1 грудня 2012 р.	6 грудня 2012 р.	
2014	до 1 грудня 2013 р.	16 січня 2014 р.	
2015	до 1 грудня 2014 р.	28 грудня 2014 р.	

Як видно з таблиці 1, починаючи з 1991 р. й до нині, лише один раз (у 2003 р.) Закон України «Про Державний бюджет України на 2004 рік» був прийнятий вчасно – 27 листопада 2003 р. Тобто ситуація, коли країна вступає в новий календарний рік без державного бюджету, є для України швидше правилом, ніж винятком з нього. За окремими роками спостерігаються найбільш серйозні порушення бюджетного законодавства, коли Закон про Державний бюджет приймався посеред поточного бюджетного періоду. Це Закони України «Про Державний бюджет України на 1992 рік» від 18 червня 1992 р. № 2477-XII, «Про Державний бюджет України на 1993 рік» від 9 квітня 1993 р. № 3091-XII, «Про Державний бюджет України на 1995 рік» від 6 квітня 1995 р. № 126/95-ВР, «Про Державний бюджет України на 1996 рік» від 22 березня 1996 р. № 96/96-ВР, «Про Державний бюджет України на 1997 рік» від 27 червня 1997 р. № 404/97-ВР, «Про Державний бюджет України на 2000 рік» від 17 лютого 2000 р. № 1458-III, «Про Державний бюджет України на 2010 рік» від 27 квітня 2010 р. № 2154-VI та «Про Державний бюджет України на 2014 рік» від 16 січня 2014 р. № 719-VII.

Як ми бачимо, склалася парадоксальна ситуація, за якої Верховна Рада України, з одного боку, як єдиний орган законодавчої влади, беручи до уваги важливість та значимість Закону про Державний бюджет, передбачила в Бюджетному кодексі України та Законі України «Про Регламент Верховної Ради України» тривалу за часом, поділену на визначені етапи процедуру розробки та прийняття Закону про Державний бюджет, а з іншого, – сама порушує її. Безпосередньо в Законі України «Про Регламент Верховної Ради України» передбачено три читання під час розгляду проекту Закону про Державний бюджет з метою ґрунтовного його вивчення та доопрацювання. Завдяки проходженню усіх цих етапів кінцевим результатом має стати редакція Закону про Державний бюджет, яка набула правової якості в результаті глибокого юридичного, фінансового

аналізу змісту проекту закону та розгляду й прийняття зауважень до нього. Очевидно, що законодавець встановив таку тривалу процедуру з метою отримання передбачуваного результату – якісного Закону про Державний бюджет. Тому будь-які відхилення від цієї процедури, без сумніву, призведуть до зниження якісних правових характеристик закону, затвердження необґрунтованих макроекономічних показників, що в подальшому потребуватиме постійного доопрацювання та внесення змін, і як наслідок, знижуватиме очікуваний від закону соціальний ефект.

Отже, на підставі аналізу практики прийняття Закону про Державний бюджет можна стверджувати про наявність низки не вирішених питань у сфері правового забезпечення бюджетного процесу. Враховуючи ситуацію, що склалася, вважаємо за необхідне виявити причини, які призводять до порушення бюджетної процедури, та оцінити наслідки такої практики.

Серед основних причин, які з року в рік призводять до стабільно негативного результату в галузі бюджетного процесу – несвоєчасного прийняття Закону про Державний бюджет або несвоєчасного набуття ним чинності слід назвати наступні:

1. Переважне сприйняття державного бюджету як документу, який уособлює зіткнення інтересів різних політичних сил, а не як фінансового плану держави, який потребує надання йому юридичної сили шляхом затвердження. Висловлюючи такі настрої, окремі учасники бюджетного процесу покладаються на механізм формування надходжень бюджету та здійснення з нього видатків, який передбачений у ст. 41 Бюджетного кодексу України на випадок несвоєчасного набрання чинності Законом про Державний бюджет. Як показує світовий досвід, проблему заполітизованості Закону про Державний бюджет та усталену практику представників різних політичних партій і соціальних груп отримати через бюджет певні блага для себе доволі просто подолати. Зокрема, можна скористатися досвідом Канади³, де основна маса статей бюджету планується на чотири роки із щорічним уточненням. При цьому відхилення від показника, що планувався з урахуванням інфляції, не повинно перевищувати 5 %, а програми плануються на весь строк їх дії. Таким чином, політичні пристрасті можуть вирувати лише навколо 5 % від всього обсягу публічних фінансів та щодо нових програм, які впроваджуються. Однак така практика є можливою лише за умови стабільної політичної та економічної ситуації в державі.

2. Недотримання чітко встановленої законодавством процедури розробки, розгляду та прийняття Закону про Державний бюджет Кабінетом Міністрів України та Верховною Радою України, а саме: порушення термінів розробки та ухвалення проекту закону Кабінетом Міністрів України, його подання до Верховної Ради України (останнім часом набуло поширення «приховане» порушення конституційно встановленого терміну внесення проекту Закону про Державний бюджет до парламенту, а саме подання його формально вчасно – до 15 вересня року, що передує плановому, з одночасним відкликанням з Верховної Ради України для доопрацювання); порушення термінів проведення читань проекту та його доопрацювання; проведення усіх трьох читань в один день, що об'єктивно не дає можливості ґрунтовно проаналізувати норми, що містяться в проекті Закону про Державний бюджет, висловлені зауваження та прийняті поправки.

Такі порушення здебільшого зумовлені чинниками, які породжені недоліками в політико-правовому позиціонуванні бюджетних повноважень владних інститутів, частою відсутністю консенсусу в парламенті щодо основних бюджетних пріоритетів, низьким рівнем політичної свідомості, культури та відповідальності основних учасників бюджетного процесу за стан формування бюджету в країні. Маючи перманентний характер, зазначені явища поступово перетворилися у «традицію» вітчизняного бюджетотворення, серйозну проблему бюджетного процесу, яка за своєю природою позбавлена економічного змісту й несе реальну загрозу втрати бюджетом відповідних функцій.

У контексті розгляду проблеми порушення бюджетної процедури слід зазначити, що законодавець спробував у 2010–2011 рр. її формально вирішити, відмовившись від практики встановлення дати, яка б слугувала кінцевим терміном прийняття Закону про Державний бюджет, а саме до 1 грудня року, що передує плановому. У результаті ч. 6 ст. 159 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» в першій редакції викликала особливий інтерес у період з 1 січня по 7 серпня 2011 р., оскільки не містила вказівки щодо терміну затвердження Закону про Державний бюджет, що робило процедуру розгляду відповідного законопроекту на наступний рік у третьому читанні непередбачуваною через відсутність будь-яких формальних часових обмежень. Проте відповідно до нині чинного законодавства Закон про Державний бюджет Верховна Рада України, як і раніше, повинна прийняти до 1 грудня року, що передує плановому, що не виключає можливості направлення проекту Закону про Державний бюджет на повторне третє читання (ч.ч. 5, 6 ст. 159 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» в редакції Закону України «Про внесення змін до Бюджетного кодексу України та деяких інших законодавчих актів України» від 7 липня 2011 р. № 3614-VI).

3. Недосконалість процесу підготовки проекту Закону про Державний бюджет й набуття ним правових якостей. У цьому контексті слід зауважити, що навіть за своєчасного затвердження державного бюджету, його якість настільки низька, що ускладнює підготовку до його виконання (мається на увазі єдиний випадок своєчасного прийняття Закону про Державний бюджет на 2004 р.)⁴.

4. Останнім часом несвоєчасність розгляду проекту Закону про Державний бюджет на наступний рік спричинюється одночасною ініціацією внесення змін до Податкового кодексу України, ігноруючи норми ч. 3 ст. 27 Бюджетного кодексу України та п.п. 4.1.9 п. 4.1 ст. 4 Податкового кодексу України. Як показує практика формування державного бюджету, податкове і бюджетне законодавство в Україні застосовується автономно.

Незважаючи на те, що в ч. 3 ст. 27 Бюджетного кодексу України визначено, що всі законопроекти, які передбачають зменшення надходжень бюджету та/або збільшення витрат бюджету, мають бути прийняті до 15 липня року, що передує плановому, інакше вони будуть введені в дію не раніше початку бюджетного періоду, що настає за плановим, ні уряд, ні народні депутати не сприймають дані приписи відповідально.

Серед наслідків порушення бюджетної процедури, що у випадку України ускладнюються через те, що такі явища для вітчизняної бюджетної системи є системними, а не епізодичними, слід відмітити такі:

1. Набуття бюджетом ознак нереальності, що може спричинити розлад фінансової системи держави.

2. Виникнення значних перешкод при реалізації урядом фінансової політики та порушення стабільного функціонування бюджетної системи держави. У такому випадку Закон про Державний бюджет втрачає роль основного фінансового плану, перетворюючись на юридичне затвердження ситуації, що склалася, тим самим порушуючи основоположні принципи організації бюджетного процесу й державних фінансів загалом. За таких умов бюджетна політика будується на принципах ситуативного реагування, а не стратегічного планування.

3. Зниження правової якості Закону про Державний бюджет, під якою, на думку О. В. Чернадчук, слід розуміти сукупність його матеріально-правових (змістовних), процесуально-правових та техніко-юридичних властивостей, які є визначальними при встановленні його ефективності⁵. Своєю чергою, низька правова якість Закону про Державний бюджет впливає на ефективність реалізації державою покладених на неї функцій та досягнення соціальної мети.

4. Виникнення прямої загрози бюджетній безпеці держави, наслідками якої є: дестабілізація бюджетної системи; дезорганізація соціально-економічної сфери; погіршення інвестиційного клімату, зниження інвестиційної активності в економіці тощо.

Підсумовуючи вищезазначене, можна дійти наступних висновків:

1. Закон про Державний бюджет відіграє особливу роль серед джерел бюджетного законодавства, оскільки він регулює суспільні відносини, які належать до сфери публічних фінансів, містить первинні матеріально-правові норми, приймається в особливому процесуальному порядку на визначений строк – бюджетний період, має ймовірнісний і водночас реалістичний характер, є яскраво вираженим змішаним актом, який одночасно закріплює нормативно-правові та індивідуальні приписи.

2. Аналіз норм Конституції України свідчить про те, що Закон про Державний бюджет може розглядатися як закон з особливою правовою природою. Проте в Конституції України відсутня норма, яка б чітко вказувала на те, що Закон про Державний бюджет встановлює лише показники надходжень та витрат бюджету й інші фінансові показники і не допускає можливості включення до нього норм, які є предметом інших законодавчих актів України. Що стосується ст. 95 Конституції України, то вона не дає цілісного уявлення про предмет регулювання Закону про Державний бюджет, а лише містить вимогу щодо обов'язковості включення всіх видатків на загальносуспільні потреби до Закону про Державний бюджет. У цьому питанні доцільно спиратися на наявний навколо нашої держави позитивний зарубіжний конституційний досвід інших країн, зокрема, Німеччини, Туреччини та ін.⁶

3. З метою підвищення правової якості Закону про Державний бюджет на часі здійснення переходу від щорічного звітування про виконання Державного бюджету до щорічного звітування про ефективність управління бюджетними коштами у розрізі здійснених державою видатків відповідно до ст. 87 Бюджетного кодексу України. Вважаємо, що вирішення проблеми якості Закону про Державний бюджет можна розглядати як одну з передумов забезпечення ефективності його дії.

4. Посилення тенденції недотримання бюджетної процедури є наслідком відсутності в законодавстві реальних механізмів застосування до учасників бюджетного процесу відповідальності за порушення строків підготовки, розгляду та прийняття Закону про Державний бюджет, попри визнання у ст. 116 Бюджетного кодексу України вказаних дій як різновидів порушень бюджетного законодавства.

¹ *Опришко В. Ф.* Бюджетне законодавство України : навч. посіб. / В. Ф. Опришко, А. Т. Ковальчук, Н. А. Фукс; за заг. ред. В. Ф. Опришка; передм. Т. І. Єфименко. – К.: ДННУ «Акад. фін. управління» : КНЕУ, 2012. – С. 34.

² Складено автором за даними офіційного сайту Верховної Ради України.

³ *Фролов С. М.* Дослідження проблем організації і реалізації бюджетного процесу в Україні / С. М. Фролов // Механізми регулювання економіки. – 2010. – № 3. – Т. 2. – С. 33.

⁴ Там само. – С. 32.

⁵ *Чернадчук О. В.* Категорія «правова якість Закону України Про Державний бюджет України» в системі фінансово-правових категорій / О. В. Чернадчук // Правовий вісник Української академії банківської справи. – 2012. – № 2 (7). – С. 49.

⁶ *Худик А. М.* Конституційна природа Закону Про Державний бюджет України / А. М. Худик // Науковий вісник Чернівецького університету. – 2011. – Вип. 597 «Правознавство». – С. 99.

Резюме

Фукс Н. А. Закон України про Державний бюджет як інструмент регулювання фінансових відносин.

У статті розкрито зміст Закону про Державний бюджет України. Особливу увагу приділено визначенню його ознак, які є спільними для усіх нормативно-правових актів – законів або відрізняють Закон про Державний бюджет від інших законів. Проаналізовано практику прийняття Верховною Радою України Закону про Державний бюджет в частині дотримання парламентом законодавчо визначених термінів затвердження Державного бюджету протягом 1991–2014 рр. Обґрунтована роль

Закону про Державний бюджет у регулюванні фінансових відносин і на підставі цього оцінено його вплив на подальший соціально-економічний розвиток держави.

Ключові слова: державний бюджет, Закон про Державний бюджет України, бюджетний період, бюджетний процес, доходи бюджету, видатки бюджету.

Резюме

Фукус Н. А. Закон Украины о государственном бюджете как инструмент регулирования финансовых отношений.

В статье раскрыто содержание Закона о Государственном бюджете Украины. Особое внимание уделено определению его признаков, которые являются общими для всех нормативно-правовых актов – законов или отличают Закон о Государственном бюджете от других законов. Проанализирована практика принятия Верховным Советом Украины Закона о Государственном бюджете в части соблюдения парламентом законодательно установленных сроков утверждения государственного бюджета в течение 1991–2014 гг. Обоснована роль Закона о Государственном бюджете в регулировании финансовых отношений и на основании этого оценено его влияние на дальнейшее социально-экономическое развитие государства.

Ключевые слова: государственный бюджет, Закон о государственном бюджете Украины, бюджетный период, бюджетный процесс, доходы бюджета, расходы бюджета.

Summary

Fuks N. Law on State budget as an instrument of financial relations regulation.

The article describes the content of the Law on State budget of Ukraine. Special attention is devoted to the definition of its particular features which are common for the legal acts of all types and the ones which distinguish the Law on State budget from other laws. The practice of passing State Budget Law in 1991–2014 in the part of abiding by the terms of approving the budget by the Supreme Council has been analysed. The author stresses the role of the Law on State budget in the regulation of financial relations and its influence on the further social and economic development.

Key words: state budget, the Law on State budget of Ukraine, budget period, budget process, budget incomes, budget expenses.

УДК: 347.27:336.763.5:347.731.1 (477)

М. М. БАУРДА

*Марія Михайлівна Баурда, асистент кафедри
Національного університету «Одеська юридична
академія»*

ПРАВОВІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ ІПОТЕЧНИХ СЕРТИФІКАТІВ НА ФОНДОВОМУ РИНКУ УКРАЇНИ

Нині ринок фінансових послуг має різні правові механізми, що дають змогу залучати додаткові ресурси для рефінансування.

Існування іпотечних цінних паперів на фондовому ринку є одним зі способів рефінансування. Законодавць закріплює декілька способів залучення додаткових коштів за допомогою іпотечних цінних паперів, одна з цих схем втілюється завдяки іпотечним сертифікатам. У зв'язку з тим, що в українському законодавстві існує поділ на сертифікати участі та сертифікати з фіксованою доходністю, то і спосіб обігу, мета та функції цих паперів відрізняються.

Метою дослідження є виявлення проблемних аспектів у правовому регулюванні обігу іпотечних сертифікатів в Україні та застосування цього цінного паперу для рефінансування, а також дослідження правових та економічних чинників, які негативно впливають на можливість застосування іпотечних сертифікатів у практиці.

Правовій природі існування іпотечних сертифікатів приділяли увагу В. Л. Яроцький, О. С. Кізлова, О. М. Табала, Р. В. Карпов, О. М. Лукомська, С. Я. Вавженчук, О. І. Виговський, В. В. Посполітак, О. Т. Євтух, С. І. Кручок, Т. І. Афанасьєва та ін.

Метою статті є аналіз теоретичних та практичних питань щодо правової природи іпотечних сертифікатів та виявлення недоліків застосування цих паперів на українському ринку.

Отже, Закон України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» свідчить, що іпотечний сертифікат – це іпотечний цінний папір, забезпечений іпотечними активами або іпотеками. З даного визначення нас цікавлять іпотечний актив та іпотека, оскільки саме ними можуть бути забезпечені ці сертифікати. У цьому ж Законі закріплено, що іпотечні активи – реформовані в консолідований іпотечний борг зобов'язання за договорами про іпотечний кредит здійснювати платежі в рахунок погашення основного зобов'язання протягом строку обігу сертифікатів, в свою чергу консолідований іпотечний борг – зобов'язання за договорами про іпотечний кредит, реформовані кредитодавцем¹. Закон України «Про іпотечні облигації», який регулює порядок обігу іпотечних облигацій, використовує дещо інші терміни щодо однакових за суттю об'єктів. Закон України «Про іпотечні облигації» під іпотечними активами розуміє право вимоги за забезпеченим іпотекою грошовим зобов'язанням боржника².

Відповідно до Закону України «Про іпотеку» іпотека – вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні і користуванні іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника в порядку, встановленому зазначеним Законом³.

С. Я. Вавженчук надає більш розширене розуміння іпотечного сертифікату, під яким він розуміє емісійний конвертований іпотечний цінний папір, забезпечений іпотечним покриттям, що має визначений строк обігу та емітується в дозвільному порядку фінансовою установою⁴.

Відповідно до ст. 21 Закону «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» сертифікати можуть бути випущені в одній із таких форм:

- іменні сертифікати документарної форми випуску (іменні документарні сертифікати);
- іменні сертифікати бездокументарної форми випуску (іменні бездокументарні сертифікати);
- сертифікати на пред'явника документарної форми випуску (документарні сертифікати на пред'явника).

Зазначимо, що документарна форма випуску емісійних цінних паперів в сучасних умовах розвитку національного законодавства є невігідною та ускладнює сам процес випуску й обігу цих паперів, тому на сьогоднішній день було б зручно внести зміни до чинного законодавства з обґрунтованою пропозицією, а документарну форму емісійних цінних паперів взагалі прибрати, адже вона є застарілою та не виправдовує себе.

Окремо назвемо види іпотечних сертифікатів – сертифікати з фіксованою дохідністю та сертифікати участі.

Сертифікати з фіксованою дохідністю – це сертифікати, які забезпечені іпотечними активами та посвідчують такі права власників:

- право на отримання номінальної вартості в передбачені умовами випуску сертифікатів терміни;
- право на отримання процентів за сертифікатами на умовах інформації про випуск сертифікатів;
- право на задоволення вимог – у разі невиконання емітентом прийнятих на себе зобов'язань – з вартості іпотечних активів, що є забезпеченням випуску сертифікатів з фіксованою дохідністю, переважно перед іншими кредиторами емітента.

Р. В. Карпов обґрунтовано порівнює сертифікати з фіксованою дохідністю зі звичайними іпотечними облігаціями та вважає, що вони практично повністю збігаються. Власники іпотечних облігацій також мають і право на отримання номінальної вартості, і право на отримання процентів, і право на задоволення вимог з вартості іпотечних активів у разі невиконання емітентом прийнятих на себе зобов'язань. Також повністю збігається у частині кола осіб, що можуть бути емітентом іпотечних сертифікатів з фіксованою дохідністю або іпотечних облігацій. Емітентом іпотечних сертифікатів може бути фінансова установа, яка випускає їх від свого імені та зобов'язується виконувати обов'язки, що випливають з інформації про їх випуск. Крім цього, емітент сертифікатів з фіксованою дохідністю здійснює випуск таких сертифікатів, забезпечений іпотечними активами, що приймає на себе ризик щодо порушення термінів виконання основних зобов'язань, реформованих в іпотечні активи. Дана норма ідентична із звичайними іпотечними облігаціями в тій частині, хто несе ризик у разі порушення терміну виконання зобов'язання. Слід зазначити, що йдеться не тільки про затримку платежу, а й про дострокове виконання зобов'язання. Тобто, якщо боржник невчасно зробив платіж, емітенту необхідно вишукати власний грошовий ресурс, а якщо боржник заплатив наперед та погасив борг, емітенту необхідно знайти іншого боржника. Ризик дострокового виконання основних зобов'язань, реформованих у консолідований іпотечний борг, приймає на себе емітент сертифікатів з фіксованою дохідністю, про що обов'язково повідомляється в інформації про випуск сертифікатів. Дострокове виконання емітентом зобов'язань за сертифікатами з фіксованою дохідністю може бути здійснено тільки в разі, якщо це передбачено в інформації про випуск сертифікатів⁵.

Зазначений вище аналіз дає підстави стверджувати, що вказані цінні папери тотожні звичайним іпотечним облігаціям у частині прав власників та зобов'язань емітента.

Зовсім з іншими цінними паперами порівнюють сертифікати участі. Сертифікат участі – це сертифікат, який посвідчує частку його власника у платежах за іпотечними активами. Сертифікат участі є іменним цінним папером.

Власник сертифікатів участі має такі права:

- на отримання частки у платежах за іпотечними активами відповідно до договору про придбання сертифікатів;
- на задоволення вимог, у разі невиконання емітентом взятих на себе зобов'язань, – з вартості іпотечних активів, які знаходяться у довірчій власності управителя.

Р. В. Карпов та О. М. Табала вважають, що за своєю правовою природою іпотечні сертифікати є пайовими цінними паперами, що забезпечені нерухомим майном. Відповідно до наданого визначення власник сертифіката має частку, пай у визначеному обсязі платежів за іпотечними активами, що у свою чергу забезпечені іпотеками.

Власник сертифікатів участі приймає на себе ризик дострокового виконання зобов'язань боржниками за договорами про іпотечний кредит, реформованими в іпотечний актив, про що обов'язково зазначається в інформації про випуск сертифікатів. Вказана норма перекладає ризик дострокового виконання на власників сертифікатів участі, а не на емітента на відміну від іпотечних сертифікатів з фіксованою дохідністю.

Зазначимо, що ст. 37 Закону України «Про іпотечне кредитування» розкриває зміст забезпечення виконання зобов'язань за сертифікатами. Забезпеченням виконання зобов'язань за сертифікатами з фіксованою доходністю є іпотечні активи. У свою чергу, забезпеченням виконання зобов'язань за сертифікатами участі є іпотеки, які становлять іпотечний пул та забезпечують виконання зобов'язань, реформованих у консолідований іпотечний борг. Визначення іпотечних активів та іпотеки ми дали вище у своєму дослідженні. Під іпотечним пулом Закон України «Про іпотечне кредитування» розуміє об'єднання іпотек за іпотечними договорами, що забезпечує виконання основних зобов'язань, реформованих у консолідований іпотечний борг. При цьому консолідований іпотечний борг – це зобов'язання за договорами про іпотечний кредит, реформовані фінансовою установою.

Згідно зі ст. 11 Закону України «Про іпотечне кредитування» відбувається реформування іпотечних активів. Під цим розуміється об'єднання зобов'язань за договорами про іпотечний кредит у неподільну цілісність зобов'язань – консолідований іпотечний борг, та одночасне об'єднання відповідних іпотек за іпотечними договорами про іпотечний пул. При цьому основне зобов'язання за договором про іпотечний кредит може бути реформоване тільки в один консолідований іпотечний борг.

Одночасно з таким реформуванням фінансова установа створює відповідні іпотечні пули. До таких іпотечних пулів включаються іпотеки, що забезпечують виконання основних зобов'язань за договорами про іпотечний кредит, реформованими у відповідний консолідований іпотечний борг. Розмір іпотечного пулу має бути більшим, ніж забезпечений ним консолідований іпотечний борг.

Сума реформованих у консолідований іпотечний борг зобов'язань боржників щодо здійснення платежів у рахунок погашення основного зобов'язання протягом строку існування іпотечних активів є вартістю іпотечних активів.

Строк, на який зобов'язання за договором про іпотечний кредит реформовані в консолідований іпотечний борг, є строком існування іпотечних активів.

Консолідований іпотечний борг має об'єднувати зобов'язання не менш як трьох боржників. Фінансова установа може включати тільки зобов'язання, які мають однакові умови договорів про іпотечний кредит, умови іпотечних договорів та інші умови, перелік яких визначає фінансова установа. До консолідованого іпотечного боргу можуть бути включені тільки зобов'язання за договорами про іпотечний кредит на придбання, будівництво або реконструкцію нерухомості, забезпечені іпотекою.

Фінансова установа після реформування у консолідований іпотечний борг зобов'язань з договорами про іпотечний кредит і об'єднання відповідних іпотек в іпотечний пул має право проводити операції з відчуження іпотечних активів.

Висновки Р. В. Карпова дуже обґрунтовано відображають певну схему, за якою здійснюється випуск іпотечних сертифікатів. Фінансова установа штучно формує певну сукупність зобов'язань за договорами та відповідну сукупність іпотек. Далі, залежно від мети фінансової установи, відбувається випуск сертифікатів певного виду. Якщо це сертифікат з фіксованою доходністю, його забезпеченням буде сукупність зобов'язань за договорами, а якщо сертифікат участі – то нерухоме майно та майнові права. При цьому, відповідно до ч. 2 ст. 37 Закону України «Про іпотечне кредитування», при випуску іпотечних сертифікатів з фіксованою доходністю, забезпечених іпотечними активами, іпотеки, що забезпечують виконання основних зобов'язань за договорами про іпотечний кредит, реформованих у відповідний консолідований іпотечний борг, не можуть бути одночасно забезпеченням випуску сертифікатів участі. Отже, іпотечні сертифікати участі не є іпотечним цінним папером, оскільки забезпечені не іпотечним покриттям, а нерухомим майном.

Більш того, О. М. Табала справедливо зазначає, що в Законі України «Про іпотечне кредитування» застосована стандартна для світової практики схема формування забезпечення випуску цінних паперів⁶.

З огляду на проведений теоретичний аналіз обігу, випуску та розміщення іпотечних сертифікатів можемо дійти таких висновків. Чинне законодавство передбачає два види забезпечення іпотечних сертифікатів. Для іпотечних сертифікатів з фіксованою доходністю – це іпотечні активи, а для сертифікатів участі – іпотеки, що об'єднані в іпотечний пул.

Враховуючи зазначену тотожність іпотечних сертифікатів з іншими цінними паперами, можемо обґрунтовано зазначити про доцільність існування цих паперів, що дублюють функції інших цінних паперів. Український фондовий ринок не має досвіду та практики роботи з іпотечними сертифікатами. У свою чергу, фінансові установи мають практику застосування іпотечних облігацій на фондовому ринку України. Враховуючи, що іпотечні сертифікати з фіксованою доходністю схожі зі звичайними іпотечними облігаціями, вони не досить привабливі для емітентів. З урахуванням економіко-правової ситуації в країні за останні роки можна сподіватися на отримання прибутку лише через звичайні іпотечні облігації.

Що стосується іпотечних сертифікатів участі, то на основі проведеного аналізу ми дійшли висновку, що вони тотожні пайовим цінним паперам. Крім того, з моменту прийняття відповідної нормативно-правової бази залишається відкритим питання, чому саме зазначені цінні папери нецікаві та не користуються попитом у суб'єктів інвестування. На нашу думку, головна причина того, що фінансові установи не об'єднують консолідований іпотечний борг в іпотечний пул, оскільки вітчизняний законодавець передбачає інші способи, завдяки яким пересічний громадянин може набути право власності на житло. Йдеться про фонди фінансування будівництва, фонди операцій з нерухомістю, інститути спільного інвестування. Також випуск іпотечних сертифікатів участі зв'язано з незручним механізмом дозвільної системи та обслуговуванням цих паперів.

З урахуванням обставин, які склалися щодо випуску та обігу іпотечних сертифікатів, є сенс провести законодавчі заохочувальні заходи з тим, щоб стимулювати цей сегмент ринку цінних паперів. Наприклад, спростити дозвільну систему, зробити вигідним видачу іпотечних кредитів не тільки фінансовим установам, а й позичальникам. Згідно з проектом Закону України «Про іпотечні цінні папери» іпотечний сертифікат – це пайовий емісійний цінний папір, який засвідчує право спільної часткової власності власника іпотечного сертифікату на іпотечне покриття. Відповідно до ст. 6 проекту Закону України «Про іпотечні цінні папери» іпотечний сертифікат засвідчує зобов'язання емітента сплатити у встановлений строк власнику іпотечного сертифікату частину грошових доходів від іпотечного покриття згідно з умовами, встановленими у проспекті емісії. Із визначення бачимо, що іпотечні сертифікати забезпечені, так як і іпотечні облигації, іпотечним покриттям. Таким чином, законодавець у зазначеному проекті закону спробував узагальнити термінологічну базу та впорядкувати сам процес випуску іпотечних цінних паперів для всіх його видів.

¹ Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати : Закон України від 19 червня 2003 р., № 979-IV // ВВР України. – 2003. – № 1. – Ст. 1.

² Про іпотечні облигації : Закон України від 22 грудня 2005 р. № 3273-IV // ВВР України. – 2005. – № 16. – Ст. 134.

³ Про ипотеку : Закон України від 5 червня 2003 р. № 898-IV // ВВР України. – 2003. – № 38. – Ст. 313.

⁴ Вавженчук С. Я. Юридична природа та види іпотечного сертифіката / Вавженчук С. Я. // Приватне право і підприємництво. – 2014. – Вип. 13. – С. 107–109. – С. 108.

⁵ Карпов Р. В. Заставна в системі іпотечних цінних паперів : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Роман Валерійович Карпов ; Міжнар. гуманіт. ун-т. – Одеса, 2011. – 197 с. – С. 62–63.

⁶ Там само. – С. 67, 73.

⁶ Заставна. Використання заставної після її випуску. Іпотечні цінні папери / О. Табала // МЕН. – 2004. – № 3 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://yurradnik.com.ua/stati/d0-b7-d0-b0-d1-81-d1-82-d0-b0-d0-b2-d0-bd-d0-b0-d0-b2-d0-b8-d0-ba-d0-be-d1-80-d0-b8-d1-81-d1-82-d0-b0-d0-bd-d0-bd-d1-8f-d0-b7-d0-b0-d1-81-d1-82-d0-b0-d0-b2-d0-bd-d0-be-d1-97-d0-bf-d1-96-d1-81/>

Резюме

Баурда М. М. Правові аспекти застосування іпотечних сертифікатів на фондовому ринку України.

У роботі розглянуто загальнотеоретичні аспекти рефінансування завдяки іпотечним сертифікатам. Розкрито сутність іпотечних сертифікатів у системі рефінансування. Проаналізовано недоліки функціонування іпотечних сертифікатів як правового інструменту в системі іпотечного кредитування в Україні.

Ключові слова: іпотечні сертифікати, іпотечний сертифікат участі, іпотечний сертифікат з фіксованою доходністю, рефінансування, іпотечний пул, іпотечний консолідований борг, пайові цінні папери, звичайні іпотечні облигації, кредитування, фінансова установа.

Резюме

Баурда М. М. Правовые аспекты применения ипотечных сертификатов на фондовом рынке Украины.

В работе рассмотрены общетеоретические аспекты рефинансирования благодаря ипотечным сертификатам. Раскрыта сущность ипотечных сертификатов в системе рефинансирования. Проанализированы недостатки функционирования ипотечных сертификатов как правового инструмента в системе ипотечного кредитования в Украине.

Ключевые слова: ипотечные сертификаты, ипотечный сертификат участия, ипотечный сертификат с фиксированной доходностью, рефинансирование, ипотечный пул, ипотечный консолидированный долг, паевые ценные бумаги, обычные ипотечные облигации, кредитование, финансовое учреждение.

Summary

Baurda M. Legal aspects of mortgage certificates on the Ukrainian stock market.

The paper discusses the general theoretical aspects due to the refinancing of mortgage certificates. Disclosure of the mortgage certificates in the refinancing. We analyzed the shortcomings of the functioning of mortgage certificates as the legal instrument in the system of mortgage lending in Ukraine.

Key words: certificates mortgage, mortgage participation certificates, mortgage certificate with fixed income, refinancing, mortgage pool, mortgage consolidated debt, mutual securities conventional mortgage bonds, loans, financial institution.

А. А. ГРІНЬ

Андрій Анатолійович Грінь, аспірант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ПРИНЦИП ПРОПОРЦІЙНОСТІ В РЕАЛІЗАЦІЇ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ОРГАНАМИ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ

Створення стабільно працюючої та ефективної системи органів виконавчої влади будується на певних принципах, покладених в основу її формування і функціонування, та є важливим показником прогресивного правового державотворення. Багатоманітність суспільних відносин у публічній сфері створює стійку тенденцію до розширення ролі органів виконавчої влади – це неминуче тягне за собою великий обсяг правотворчості з одночасним розростанням масиву правових актів, що мають як загальний, так і спеціальний характер застосування. Стирання кордонів між правотворчістю та правозастосуванням у постійно мінливих умовах та змінах самої управлінської системи вимагає зростання ролі принципів права.

На питання, які критерії необхідні для реалізації дискреційних повноважень органів виконавчої влади, мають відповісти принципи адміністративного права, принципи державного управління, «традиційні» загальноправові принципи, які вивчає вітчизняна правова наука. Водночас вони не являють собою достатнього та адекватного інструментарію, здатного допомогти вирішенню проблем дискреції у діяльності органів виконавчої влади. Практичне застосування підстав та критеріїв правомірності реалізації дискреційних повноважень органів виконавчої влади не отримало на даний час належного розвитку й розповсюдження. Це призводить до неправомірного (довільного та надмірного) втручання в діяльність об'єктів управління і, в свою чергу, до негативного ставлення до наділених владними повноваженнями суб'єктів управління, робить неможливою співпрацю між ними та негативно впливає на стан правової культури в суспільстві.

Важливим критерієм встановлення меж дискреційних повноважень органів виконавчої влади є більш відомий в науці європейського права загальноправовий принцип пропорційності, спрямований проти неконтрольованого свавілля як органів виконавчої влади (їх посадових осіб), так і безпосередньо на визначення необхідності втручання і ступеня такого втручання¹. Питання про вимоги, які ставить принцип пропорційності, є актуальними в публічній сфері, оскільки з практичного погляду сприяють правомірності реалізації дискреційних повноважень органами виконавчої влади у правозастосовній та правотворчій діяльності.

Метою даної статті є дослідження принципу пропорційності як інструменту стримування та визначення меж дискреційних повноважень органів виконавчої влади.

Проблема пропорційності, яка завжди була актуальною, тією чи іншою мірою цікавила відомих мислителів, таких як Аристотель, Дж. Локк, Дж. Мілль, Ш.-Л. Монтеск'є, Піфагор, Платон, Ж.-Ж. Руссо, та інших. Принципу пропорційності приділяється увага в Україні та пострадянських країнах, цей принцип широко використовується Європейським судом з прав людини, національними судами низки європейських держав. Різним аспектам принципу пропорційності приділяли та приділяють увагу сучасні вчені: Г. А. Гаджієв, С. П. Головатий, Д. І. Дедов, Ю. О. Євтошук, М. І. Козюбра, С. П. Погребняк, А. А. Пухтецька, П. М. Рабінович, С. В. Шевчук, Т. К. Хартлі, К. А. Екштайн та інші. Різні підходи обумовлюють різноманітність їх поглядів, що пов'язано з теоретичною складністю, багатогранністю даного явища, застосування різної термінології тощо.

В. Б. Авер'янов зазначав, що «у сучасній науці адміністративного права активно формується своєрідний «євроінтеграційний» напрям досліджень, основною метою якого є розробка теоретико-методологічних і наукових засад адаптації як доктринальних положень, так і нормативного масиву вітчизняного адміністративного законодавства до європейських принципів та стандартів»².

Більшість літературних джерел визначають, що принцип пропорційності у сучасному його розумінні походить з положень законів, введених Фрідріхом Великим, які обмежували розсуд органів держави при здійсненні ними поліцейських функцій³. Саме в Німеччині формується самостійна теорія дискреції, в якій одним із основних правових інструментів стає принцип пропорційності (співмірності), який увібрав у себе французьку концепцію мети адміністративного акта і творчо її допрацював⁴. Цей принцип пропорційності був введений в європейське право, зокрема в право Європейського Союзу⁵. І на сьогоднішній день практика (рішення) Європейського суду з прав людини формує зміст правових систем, що функціонують на Європейському континенті. Будучи обов'язковими для виконання в усіх державах – членах Ради Європи, означені рішення фактично виступають одним із джерел права цих держав та поступово сприяють поширенню впливу судового прецеденту на романо-германську правову сім'ю⁶. Принцип пропорційності закріплений у національному праві більшості європейських країн.

Закріплюють його вимоги відповідні положення і українського законодавства та практика Конституційного Суду України, але такий стандарт не знайшов свого відображення в Конституції України.

Дискреційні повноваження органів виконавчої влади наділяють їх певним ступенем свободи у вирішен-

ні конкретної справи і прийнятті відповідного рішення, тобто можливість вибору в межах, встановлених правовими нормами⁷. Органи виконавчої влади можуть реалізовувати їх тільки в рамках відповідної компетенції, і лише з урахуванням поставлених перед ними цілей. Це право є не тільки вираженням верховенства державної влади, а насамперед умовою і гарантією її підпорядкування закону. Дискреція як одна з прерогатив адміністративної влади має цінність не сама по собі, а лише тією мірою, якою дозволяють органу виконавчої влади виконати свої функції. Саме принцип пропорційності прагне дати фізичним і юридичним особам гарантії проти свавілля адміністрації, обмежити визначеними рамками міць держави.

Принцип пропорційності (*співмірності, сумірності, розмірності, адекватності*) походить з принципу верховенства права, є його необхідною складовою та виступає в якості однієї з об'єктивних гарантій його існування. Маючи загальноправовий характер, він спрямований на забезпечення у правовому регулюванні розумного балансу інтересів, відповідно до якого цілі обмежень прав повинні бути істотними, а засоби їх досягнення – обгрунтованими й мінімально обтяжливими для осіб, чий права обмежуються⁸.

Ю. О. Євтушок, аналізуючи принцип пропорційності як необхідної складової верховенства права, визначає подвійний характер його правового розуміння: як гарантії захисту обсягу та змісту фундаментальних прав і свобод особи від надмірного впливу публічної влади та неналежного забезпечення нею цих прав і свобод; і як засобу гармонізації приватних і публічних інтересів у суспільстві, що виражається у сприянні досягненню публічно значущої мети, заради якої такий вплив може здійснюватися⁹.

Деякі науковці ототожнюють принцип пропорційності з концепцією «належної матеріальної правової процедури» як правом, що не можна обмежувати, яким держава повинна забезпечувати кожного громадянина, а також з ідеєю природного права про розумність позитивного права¹⁰. Інші пропонують розуміти його як загальний принцип права, спрямований на забезпечення у правовому регулюванні такого балансу інтересів, відповідно до якого цілі обмеження прав повинні бути істотними, а засоби їх досягнення – обгрунтованими й мінімально обтяжливими для осіб, чий права обмежуються¹¹.

Т. К. Хартлі підкреслює, що принцип пропорційності не надає можливості органам влади покладати на громадян зобов'язання, що перевищують встановлені межі необхідності і впливають з публічного інтересу, для досягнення мети даного заходу. Якщо встановлені зобов'язання не пропорційні цілям, захід буде анульований¹².

З огляду на предмет дослідження сутність принципу пропорційності полягає в забезпеченні розумного балансу, рівноваги між «свободою» органів виконавчої влади, законодавчо закріпленими цілями та охоронюваними законними інтересами (загальним благом). У широкому розумінні принцип пропорційності означає, що всі суб'єкти владних повноважень, які реалізують дискреційні повноваження шляхом адміністративного розсуду, мають застосовувати лише зважені заходи для досягнення легітимної публічної мети. У вузькому розумінні – це заборона перебільшення дискреційних дій органів виконавчої влади, їх посадових осіб, які повинні бути адекватними, відповідними та необхідними для законодавчо визначених загальноправових цінностей, головними з яких є пріоритет прав і свобод людини та громадянина, справедливість, верховенство права.

Згідно з німецькою теорією пропорційності зміст принципу пропорційності розкривається через «субпринципи»: придатності, необхідності, співмірності¹³, які також називають критеріями тесту на пропорційність¹⁴.

У сфері правозастосування принцип пропорційності вимагає визначення законом меж дискреційних повноважень органів виконавчої влади щодо втручання у права, свободи та інтереси об'єктів впливу та співмірної реалізації цих повноважень залежно від конкретних обставин справи, які забезпечили б необхідний баланс між інтересами влади, громади, юридичних осіб та окремих громадян¹⁵.

Оскільки реалізація дискреційних повноважень органів виконавчої влади завжди пов'язана з певними обмеженнями, то останні мають бути об'єктивно виправданими, обгрунтованими, тобто співвідноситись за вищезазначеними трьома критеріями.

Вимога придатності пов'язана з принципом законності та полягає в тому, що орган виконавчої влади, реалізуючи дискреційні повноваження через адміністративний розсуд, має визначити захід, передбачений законом для досягнення лише законних цілей. «Якщо існують менш обтяжливі шляхи для її досягнення, вони мають бути використані»¹⁶. Недотримання принципу законності спричиняє автоматичну непридатність заходу.

Вимога необхідності (потрібності) означає, що орган виконавчої влади, наділений певним ступенем свободи, має вибирати той варіант, встановлений правовими нормами, який найменшою мірою обмежує право фізичної чи юридичної особи. Дискреційні повноваження органів виконавчої влади є не тільки правом щодо реалізації адміністративного розсуду, а також обов'язком їх застосування. Тому орган влади, оцінюючи публічний інтерес, визначає «розмір (обсяг) самого обмеження», який має бути диференційований в нормативному й індивідуальному акті залежно від конкретних обставин¹⁷.

Вимога співмірності (балансу або заборони перебільшення) передбачає зважування всіх обставин справи для того, щоб з'ясувати, чи спричиняє застосування заходу органом виконавчої влади чи посадовою особою негативні наслідки, які стосуються прав та інтересів, або чи не переважають вони позитивних наслідків від досягнення мети. Публічні й приватні інтереси повинні бути збалансовані у відповідній правовій ситуації з урахуванням пріоритету публічного інтересу. Обраний за допомогою адміністративного розсуду варіант рішення або дій не повинен здійснюватись, якщо очікувані негативні наслідки виходять за межі прийнятності порівняно з очікуваним успіхом. Надмірність або недостатність заходів є підставою для визнання їх неправомірними.

Право дискреції не є абсолютним, тому виникає питання визначення рівноваги між різними правами та інтересами (мається на увазі як рівновага між правами окремого суб'єкта та суспільними або державними інтересами, так і баланс між правами окремих осіб, інтереси яких суперечать один одному). На думку

Д. І. Дедова, цілі та інтереси, що захищаються, повинні мати дійсно публічний характер, тобто сприяти досягненню загального блага, а застосовувані правові засоби – необхідними для досягнення мети¹⁸.

Баланс інтересів, говорить С. П. Погребняк, можна вважати оптимальним лише за умови, що обмеження, яке запроваджується, не посягає на саму сутність того чи іншого права й не призводить до втрати його реального змісту¹⁹.

На думку Т. К. Хартлі, принцип пропорційності полягає в розумному співвідношенні між метою та засобами її досягнення²⁰. У даному контексті визначальними видаються слова Голови Верховного суду США Д. Маршала: «Якщо мета є законною, якщо вона лежить у сфері дії Конституції, а всі засоби для досягнення цієї мети допускаються, стосуються її і не заборонені, а відповідають духу та букві Конституції, тоді вони є конституційними»²¹.

Мета встановлення певних правових обмежень повинна бути легітимною й істотною. У зв'язку з цим закон, запроваджуючи певні обмеження, повинен давати змогу визначити їх мету. З точки зору принципу пропорційності мета має досягатись шляхом мінімального обмеження свободи. Неможливість встановлення мети обмежень, зазначає С. П. Погребняк, розглядається Конституційним Судом України як суттєвий недолік закону й у сукупності з іншими обставинами може призвести до визнання неконституційними його положень²².

Принцип пропорційності передбачає наявність цілої низки вимог до дискреційних актів управління – як індивідуальних, так і нормативно-правових. Необхідно дотримуватися гласності у розробці, прийнятті та їх застосуванні. Як справедливо зауважує Л. А. Цвігун, цей принцип передбачає, що правові акти не можуть бути «свавільними, нерозумними, несправедливими, необґрунтованими або зумовленими примхами законодавців. Обрані засоби мають органічно та раціонально співвідноситися з бажаним результатом, досягнення якого реалізується прийняттям державного рішення»²³.

Вимоги принципу пропорційності мають враховуватись як при підготовці правового акта (при визначенні структури і змісту його норм), так і після його прийняття, через критерії тесту на пропорційність (співмірність). До таких вимог належать необхідність (обґрунтованість) прийняття заходів, обов'язкове встановлення цілей правового регулювання в акті, відповідність правових засобів поставленим цілям та інтересам, що захищаються, забезпечення чіткості положень, прагнення до ефективності застосовуваних засобів.

Принцип пропорційності є важливим елементом в концепції правової держави²⁴. Він впливає на обмеження дискреційних повноважень органів виконавчої влади (адміністративний розсуд). З цією метою принцип пропорційності: забезпечує гнучкість застосування правових засобів в публічній сфері; встановлює межі владного втручання в інтереси об'єктів управління; не допускає волюнтаризму і свавілля у діях органів виконавчої влади та їх посадових осіб; сприяє відкритості й прозорості їх діяльності.

Дотримання принципу пропорційності означає концептуально відмінне застосування методів владного примусу та узгодження, які залежать від відносин влади та підпорядкування, а його спрямованість на досягнення балансу інтересів обмежує дискреційні дії органів виконавчої влади інтересами і цілями загального блага (публічними інтересами) і передбачає врахування всіх інтересів, які потребують правового захисту.

У сукупності з іншими принципами пропорційності може відповідати на важливі питання реалізації дискреційних повноважень органів виконавчої влади у сфері правотворчості та правозастосування, оскільки спрямований проти неконтрольованого свавілля органів виконавчої влади та їх посадових осіб, отже, є важливим для забезпечення від надмірного владного впливу.

¹ Дедов Д. И. Реализация принципа соразмерности в правовом регулировании предпринимательской деятельности : автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03 – гражданское право, предпринимательское право, семейное право, международное частное право / Дмитрий Иванович Дедов ; Московский Государственный Университет им. М.В. Ломоносова. – М., 2005. – 45 с. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lawtheses.com/realizatsiya-printsipa-sorazmernosti-v-pravovom-regulirovanii-predprinimatelskoy-deyatelnosti>

² Авер'янов В. Б. Необходимость врахування євроінтеграційних вимог на становлення нової української адміністративно-правової доктрини / В. Б. Авер'янов // Правова держава: Щорічник наукових праць. – 2010. – Вип. 21. – С. 183–191. – С. 186.

³ Currie David P. The Constitution of the Federal Republic of Germany. – Chicago, 1994. – P. 19–20. – 426 p. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://books.google.com.ua/books?id=oWFzvKt8fVoC&pg=PP4&lpg=PP4&dq=Currie+David+P.+The+Constitution+of+the+Federal+Republic+of+Germany&source=bl&ots=hytGLJgeub&sig=MnmrGksDgPu2olQG7EwisC_Q-5s&hl=ru&sa=X&ved=0CDMQ6AEwA2oVChMIpY_x17GQyQIVS5EsCh1sLQFu#v=onepage&q=Currie%20David%20%D0%A0.%20The%20Constitution%20of%20the%20Federal%20Republic%20of%20Germany&f=false

⁴ Давыдов К. В. Судебный контроль за дискреционными административными актами: Европейский опыт / К. В. Давыдов // Современные проблемы административного судопроизводства и административного процесса : материалы I Всероссийской научн.-практ. конференции студентов, аспирантов и молодых ученых. – Новосибирск, 2014. – С. 13, 14. – С. 9–27 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://kizilov-inc.ru/sites/default/files/gm_articles/sudebnyy_kontrol_za_diskreционnymi_administrativnymi_aktami_evropeyskiy_opyt.pdf

⁵ Конституционная экономика / отв. ред. Г. А. Гаджиев. – М. : Юстицинформ, 2010. – 256 с. – С. 57.

⁶ Цвігун Л. А. Принципи тлумачення права Європейським судом з прав людини / Л. А. Цвігун // Актуальні проблеми держави і права. – 2011. – Вип. 62. – С. 529–536. – С. 529.

⁷ Адміністративне право України. Академічний курс: підруч. : у 2 т. / ред. кол.: В. Б. Авер'янов (голова). – К. : Вид-во «Юридична думка», 2004. – Т. 1 : Загальна частина. – 584 с. – С. 265–266.

⁸ Погребняк С. П. Принцип верховенства права: деякі теоретичні проблеми / С. П. Погребняк // Вісник Академії правових наук України. – 2006. – № 1 (44). – С. 27–36. – С. 36.

⁹ Євтошук Ю. О. Принцип пропорційності як складова верховенства права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень / Юлія Олегівна Євтошук ; Університет економіки та права «КРОК». – К., 2015. – 18 с. – С. 4.

¹⁰ Армаш Н. О. Принципи реалізації дискреційних повноважень державними політичними діячами / Н. О. Армаш // Держава та регіони. – 2014. – № 4. – С. 19–25. – С. 21. – (Серія «Право»).

¹¹ Погребняк С. П. Основоположні принципи права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень / Станіслав Петрович Погребняк ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2009. – 37 с. – С. 29.

¹² Хартли Т. К. Основы права Европейского сообщества: Введение в конституционное и административное право европейского сообщества / Т.К. Хартли ; пер. с англ. и ред.: В. Г. Бенда. – М. : ЮНИТИ : Закон и право, 1998. – 647 с. – С. 161.

¹³ Євтошук Ю. І. Принцип пропорційності та його вимоги у сфері законотворчості / Ю. Євтошук // Віче. – 2012. – № 22. – С. 22–24. – С. 22.

¹⁴ Погребняк С. Принцип пропорційності у судовій діяльності / С. Погребняк // Філософія права і загальна теорія права. – 2012. – № 2. – С. 49–55. – С. 51.

¹⁵ Євтошук Ю. О. Принцип пропорційності як складова верховенства права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень / Юлія Олегівна Євтошук ; Університет економіки та права «КРОК», К., 2015. – 214 с. – С. 98.

¹⁶ Погребняк С. П. Основоположні принципи права : автореф. дис. д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень / Станіслав Петрович Погребняк ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2009. – 37 с. – С. 25.

¹⁷ Там само. – С. 25.

¹⁸ Дедов Д. І. Вказана праця.

¹⁹ Погребняк С. П. Вказана праця. – С. 25.

²⁰ Хартли Т. К. Основы права Европейского Сообщества / Т. К. Хартли ; пер. с англ. – М. : Закон и право, ЮНИТИ, 1998. – 703 с. – С. 161.

²¹ Шевчук С. В. Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод: практика застосування та принципи тлумачення у контексті сучасного українського праворозуміння / С. В. Шевчук // Практика Європейського суду з прав людини. Коментарі. – 1999. – № 2. – 240 с. – С. 86.

²² Погребняк С. П. Вказана праця. – С. 24.

²³ Цвігун Л. А. Вказана праця. – С. 530.

²⁴ Конституционная экономика / отв. ред. Г. А. Гаджиев. – М. : Юстицинформ – 2010. – 256 с. – С. 57.

Резюме

Гринь А. А. Принцип пропорційності в реалізації дискреційних повноважень органами виконавчої влади.

Статтю присвячено аналізу розуміння вимог принципу пропорційності як інструменту стримування та визначення меж дискреційних повноважень органів виконавчої влади. З'ясовано, що означений принцип є важливим критерієм встановлення меж дискреційних повноважень органів виконавчої влади. Зазначено, що принцип пропорційності виступає гарантією розумного балансу, рівноваги між «свободою» органів виконавчої влади, законодавчо закріпленими цілями та охоронюваними законними інтересами (загальним благом). Розглянуто основні аспекти реалізації дискреційних повноважень органів виконавчої влади через головні вимоги принципу пропорційності, такі як придатність, необхідність, співмірність.

Ключові слова: принцип пропорційності, дискреційні повноваження, баланс інтересів, органи виконавчої влади.

Резюме

Гринь А. А. Принцип пропорциональности в реализации дискреционных полномочий органами исполнительной власти.

Статья посвящена анализу понимания требований принципа пропорциональности как инструмента сдерживания и определения пределов дискреционных полномочий органов исполнительной власти. Выяснено, что указанный принцип является важным критерием установления пределов дискреционных полномочий органов исполнительной власти. Отмечено, что принцип пропорциональности выступает гарантией разумного баланса, равновесия между «свободой» органов исполнительной власти, законодательно закрепленными целями и охраняемыми законными интересами (общим благом). Рассмотрены основные аспекты реализации дискреционных полномочий органов исполнительной власти через главные требования принципа пропорциональности, такие как пригодность, необходимость, соразмерность.

Ключевые слова: принцип пропорциональности, дискреционные полномочия, баланс интересов, органы исполнительной власти.

Summary

Grin' A. Principle of ratability in executive bodies' discretionary power realization.

The article is devoted to the analysis of understanding of principle of ratability requirements as instrument of inhibition and determination of limits of executive bodies' discretionary powers. It is found out, that the defined principle is the important criterion of establishment of limits of executive bodies' discretionary plenary powers. It is marked that principle of ratability comes forward as a guarantee of clever balance, equilibrium between «freedom» of executive power bodies, legislatively envisaged aims and secured legal interests (common good). The basic aspects of realization of executive bodies' discretionary powers are considered from the basic requirements of principle of ratability, such as suitability, necessity, proportionality.

Key words: principle of ratability, discretionary powers, balance of interests, executive power bodies.

К. О. КРАХМАЛЬОВА

Катерина Олексіївна Крахмальова, здобувач Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, старший викладач Національного університету «Києво-Могилянська академія»

СТАН ДОСЛІДЖЕНЬ СТАТУСУ ВНУТРІШНЬО ПЕРЕМІЩЕНИХ ОСІБ В УКРАЇНІ

Проблема внутрішнього переміщення та належного правового забезпечення статусу внутрішньо переміщених осіб (далі – ВПО) є на сьогодні одним із найбільш гострих питань як національного, так і міжнародного права. Національного – оскільки, на відміну від біженців, ВПО не перетинають кордонів держави свого громадянства чи постійного проживання, тому питання правового забезпечення їхніх прав і свобод, а також створення механізмів їх практичної реалізації знаходиться в площині національного, переважно адміністративного права. Але оскільки явище внутрішнього переміщення спричинюється, як правило, неочікуваними і кризовими факторами і зачіпає значну кількість осіб, держави не завжди мають належну кількість ресурсів для оперативного і адекватного реагування. Тому поширеними є випадки надання як технічної, так і експертної та матеріальної допомоги з боку міжнародних урядових і неурядових організацій, як це зараз має місце в Україні. Другою причиною, чому проблема внутрішнього переміщення має міждержавне і міжнародне значення, є те, що не вирішена належним чином на національному рівні, вона спонукає колишніх ВПО мігрувати до сусідніх держав і навіть континентів, стаючи претендентами на статус біженців, що дуже яскраво ілюструє поточна міграційна криза в Європі. І, зрештою, третьою причиною є те, що історично інститут правового забезпечення статусу ВПО виник у національному праві як відповідь на необхідність імплементації певних міжнародно-правових стандартів прав людини. Практичною ілюстрацією цього твердження є той факт, що українське законодавство щодо ВПО, зокрема профільний Закон України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб»¹, було нещодавно змінено² саме в такий спосіб, щоб якнайбільше віддзеркалювати міжнародні стандарти захисту прав таких осіб, в тому числі закріплені у Керівних принципах з внутрішнього переміщення ООН 1998 року^{3,4}.

Таким чином, правове і практичне вирішення питання забезпечення прав і свобод ВПО є ключовим як у конституційному аспекті позитивної відповідальності держави перед своїми громадянами (і тими, хто постійно законно проживає на її території), так і з точки зору її міжнародно-правових зобов'язань, і в контексті євроінтеграційних прагнень України. Оскільки зрозуміло, що в час, коли Європейський Союз долає власні міграційні труднощі, перспектива глибшої інтеграції до ЄС держави, яка має проблеми з питаннями внутрішнього переміщення, є не дуже оптимістичною⁵. Разом із тим, у разі, якщо українські органи влади зможуть їх вирішити, це може стати вагомим додатковим аргументом на користь України і навіть можливість поділитись українським досвідом відповідного правового регулювання та інтеграції мігрантів.

Зважаючи на важливість теми, ця стаття буде присвячена структурованому огляду джерел з питання правового забезпечення статусу ВПО, зокрема, в науці адміністративного права. Крім того, вона буде містити аналіз ймовірних причин, чому до недавнього часу ця тема була недостатньо дослідженою у юридичній науці. І, нарешті, буде зроблено кілька висновків щодо того, якими є перспективи наукових досліджень з питань адміністративно-правового забезпечення статусу ВПО і які їх аспекти все ще залишаються «білими плямами».

Для того, щоб огляд існуючих джерел та літератури був більш зручним для подальшого використання, ми розподілимо їх за такими категоріями, як:

- 1) спеціальні джерела (монографії, дисертації та наукові статті з цієї теми);
- 2) нормативно-правові акти на різних етапах їх проходження і прийняття, а також ненормативні документи, матеріали судової практики щодо захисту прав та свобод ВПО;
- 3) джерела та література міжнародного характеру;
- 4) допоміжні джерела та література неправового характеру.

Хоча на момент написання цієї статті у науці адміністративного права не існувало комплексних наукових досліджень саме адміністративно-правового забезпечення статусу внутрішньо переміщених осіб в Україні, дослідження означеної теми може бути проведене, застосовуючи методи дедукції та аналогії, виходячи з аналізу подібних правових категорій та явищ, а також визначення характеристик окремих ознак на підставі знань про їх загальні властивості.

Оскільки йдеться про адміністративно-правове забезпечення статусу ВПО, то для того, щоб визначити, чим є такий адміністративно-правовий статус, які він теоретично має компоненти і механізми, в пригоді можуть стати дослідження щодо адміністративно-правового статусу інших категорій осіб, чий правовий статус має подібну структуру (йдеться про те, що правовий статус ВПО дворівневий: є загальні права і обов'язки, які вони мають як громадяни України або особи, що постійно і на законних підставах проживають на її території, а є спеціальні, зумовлені фактом їх внутрішнього переміщення).

Теоретичною основою дослідження адміністративно-правового забезпечення статусу ВПО є праці відомих вчених-адміністративістів – В. Б. Авер'янова, О. Ф. Андрійко, Ю. П. Битяка, І. П. Голосніченка, Р. А. Каложного, В. К. Колпакова, О. В. Кузьменко, Д. М. Лук'янця, Н. Р. Нижник, О. П. Рябченко, Ю. С. Шемшученка та інших.

Оскільки за своєю суттю внутрішнє переміщення є міграцією, то заслуговують на увагу дисертації Н. П. Тиндик «Адміністративно-правовий механізм регулювання міграції в Україні» (2009 р.); В. І. Палько «Адміністративно-правове регулювання видворення за межі України іноземців та осіб без громадянства» (2005 р.); О. І. Савченко «Адміністративні делікти у сфері міграції» (2008 р.); Д. В. Голобородько «Адміністративна діяльність органів внутрішніх справ щодо протидії нелегальній міграції» (2009 р.); О. В. Кузьменко «Адміністративно-правова протидія нелегальній міграції в Україні» (2000 р.) та ін.

Як ми вже згадували на початку статті, правове регулювання внутрішньо переміщених осіб, хоча і не тотожне, але близьке до правового регулювання біженців, тому певною мірою релевантними для нас можуть бути також наукові дослідження О. А. Гончаренко «Статус біженця в міжнародному праві» (2005 р.); Н. М. Грабар «Адміністративно-правове забезпечення статусу біженців в Україні» (2007 р.); М. М. Сірант «Статус біженців у Європейському Союзі», (2008 р.); О. Р. Поєдинок «Права біженців у контексті фрагментації міжнародного права» (2010 р.) та ін.

Для того, щоб аналітичний огляд цієї групи джерел був повним, необхідно також зазначити, що однією з найбільш динамічних форм реагування наукової спільноти на загострення проблеми внутрішнього переміщення стало зростання кількості наукових статей з даної тематики. Зокрема, серед останніх таких статей у галузі саме адміністративного права можна зазначити, наприклад, статтю Є. В. Микитенка «Загальні проблеми реалізації правового статусу внутрішньо переміщених осіб»⁶.

Стосовно нормативно-правових актів, ненормативних документів, рішень судів щодо захисту прав та свобод внутрішньо переміщених осіб, то дана група є дуже об'ємною категорією джерел і предметом окремої статті, тому ми не будемо зупинятися на них дуже детально. Але з огляду на мету нашого дослідження ми вважаємо за доцільне їх класифікувати відповідно до органу держави, що їх видав, або за змістом – відповідно до прав, свобод та обов'язків ВПО, реалізацію яких вони забезпечують. А судові рішення натомість можна класифікувати за судами, що їх ухвалювали.

Серед міжнародних джерел найбільш важливими для нас є вже згадані раніше Керівні принципи з внутрішнього переміщення ООН та Глобальна електронна база даних з Керівних принципів з внутрішнього переміщення, яка містить звіти, резолюції, рекомендації, міжнародні інструменти з питань, що доповнюють або пояснюють їх, а також національне законодавство різних країн⁷.

Процеси, пов'язані як з внутрішньою, так і з зовнішньою міграцією, не є новими для української держави. А тому в цій царині існують рідкісні, проте цікаві історичні джерела та література. Особливо хотілося б відмітити два з них. Перше, це монографія з українського біженства часів Першої світової війни Л. М. Жванко⁸. Незважаючи на те, що монографія формально належить до історичних публікацій, враховуючи авторитет дослідниці саме у сфері досліджень біженців і міграцій, а також величезну базу опрацьованих архівних першоджерел з понад 170 фондів архівів та десяти наукових бібліотек різних країн саме з питань нормативно-правових засад і системи державних органів з надання допомоги та захисту біженцям у зазначених державних утвореннях, ми можемо віднести цю монографію також і до джерел адміністративного права. Друге – історичне дослідження, видане в Канаді «Досвід біженства. Українські переміщені особи після Другої світової війни», що серед історичного матеріалу містить крупинки інформації і про адміністративно-правове регулювання статусу таких осіб⁹.

До інших допоміжних джерел неправового характеру ми можемо також віднести наукові джерела з інших галузей знань (наприклад такі, що аналізують соціально-демографічні аспекти внутрішнього переміщення).

Як видно з вищезазначеного огляду, тема правового забезпечення ВПО не була самостійним предметом наукових досліджень. При цьому пояснення цього факту тим, що внутрішнє переміщення, яке зараз відбувається в Україні, є першою такою подією в нашій історії, є певним науково-популярним міфом. По-перше, є малодосліджені сторінки історії України ще у складі СРСР, коли відбувались примусові переміщення як всередині держави, так і за її межі різних етнічних та виокремлених за іншими ознаками груп українців, яким ще не була надана належна повна правова оцінка. Окрім того, Україна вже стикалась із явищем масового внутрішнього переміщення в контексті аварії на Чорнобильській АЕС та повеней на Закарпатті 2008 року¹⁰. По-друге, аргументація браку нормативно-правової бази для регулювання певного явища тим, що воно раніше не мало місця на практиці, не витримує критики. Адже попереджувальний механізм правового регулювання є набагато ефективнішим за респонсивний, коли розробка відповідного нормативно-правового забезпечення починається вже не як відповідь на кризові явища в державі і суспільстві, а заздалегідь, бо це дає змогу державним органам оперативніше реагувати на них. Так, внутрішнє переміщення в Україні можна умовно вважати таким, що масово розпочалося з часу окупації Кримського півострова і дати фактичної втрати Україною контролю на цій території, законодавчо встановленої як 20 лютого 2014 року¹¹. Але при цьому Закон України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб»¹² було прийнято лише 20 жовтня 2014 р., що протягом восьми місяців не давало змоги органам державної влади та місцевого самоврядування і їх посадовим особам належно надавати допомогу і захист ВПО. Зокрема, і через те, що за ч. 2 ст. 19 Конституції України вони зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Проте, якщо про причини затримки з прийняттям закону про статус ВПО нам говорити складно, бо ми не маємо для цього достатніх даних, ймовірними причинами попереднього невеликої наукової заінтересованості темою адміністративно-правового забезпечення статусу ВПО могла бути вже описана незначна кількість літератури і джерел, на базі яких таке дослідження можна було б провести, а також міждисциплінарний комплексний характер предмета дослідження.

Провівши огляд найрізноманітніших джерел, які можуть стати у пригоді українським науковцям, які досліджують питання адміністративно-правового забезпечення статусу ВПО, слід зазначити, що хоча наукова і джерельна база є наразі не дуже великою, а предмет дослідження – комплексним, можна очікувати збільшення кількості наукових досліджень з цієї теми (що, зрештою, вже відбувається), у зв'язку зі значним суспільним запитом на них. Проте сама по собі наявність навіть найбільш глибоких наукових напрацювань не здатна буде покращити ситуації ВПО, якщо ці напрацювання не будуть застосовуватись законодавчим органом влади, а законодавство, в свою чергу, не буде належно застосовуватись органами виконавчої та судової влади. Саме тому аналіз того, наскільки результати вже існуючих наукових досліджень впроваджуються законодавцем, а також аналіз судової практики щодо застосування законодавства із адміністративно-правового забезпечення прав та свобод ВПО є предметами наступних статей, що готуються нами до публікації.

¹ Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб : Закон України від 20 жовтня 2014 р. № 1706-VII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1706-18>

² Про внесення змін до деяких законів України щодо посилення гарантій дотримання прав і свобод внутрішньо переміщених осіб : проект Закону України від 18 лютого 2015 р. № 2166 [прийнято Верховною Радою України 11 листопада 2015 р. направлено на підпис Президенту] : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54093

³ Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо посилення гарантій дотримання прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» від 13 березня 2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54093

⁴ Guiding Principles on Internal Displacement [Electronic Resource]. – Mode of access : <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/GuidingPrinciplesonInternalDisplacement.htm>

⁵ Жовтко Г. Депутатів закликають підтримати законопроект № 2166 щодо посилення дотримання прав ВПО / Галина Жовтко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.prostir.ua/?focus=deputativ-zaklykayut-pidtrymaty-zakonoprojekt-2166-schodo-posylennya-dotrymannya-prav-vpo>

⁶ Микитенко Є. В. Загальні проблеми реалізації правового статусу внутрішньо переміщених осіб / Є. В. Микитенко // Юридичний науковий електронний журнал. – 2015. – № 4 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://lsej.org.ua/4_2015/47.pdf

⁷ The Global Database on the Guiding principles on Internal Displacement, created as a part of the Brookings-Bern Project on Internal Displacement [Electronic resource]. – Mode of access <http://www.idpguidingprinciples.org/>

⁸ Жванко Л. М. Біженці Першої світової війни: український вимір (1914–1918 pp.) : моногр. / Л. М. Жванко. – Х. : Віровець А. П. «Апостроф», 2012. – 568 с.

⁹ Isajiw W. W. (ed.) The Refugee Experience. Ukrainian Displaced Persons after World War II / W. W. Isajiw, R. Senkus, Y. Boshyk (ed-s.). – Edmonton: Canadian Institute of Ukrainian Studies, Press University of Alberta, 1992. – 517 p.

¹⁰ Козинець І. Г. Про співвідношення понять «біженці» та «особи, переміщені всередині країни» / І. Г. Козинець // Держава і право. – 2009. – Вип. 45. – С. 218, 219 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dspace.nbuv.gov.ua/handle/123456789/11173>

¹¹ Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України : Закон України від 15 квітня 2014 р. № 1207-VII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1207-18>

¹² Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб : Закон України від 20 жовтня 2014 р. № 1706-VII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1706-18>

Резюме

Крахмальова К. О. Стан досліджень статусу внутрішньо переміщених осіб в Україні.

У статті обґрунтовується необхідність адміністративно-правового забезпечення статусу внутрішньо переміщених осіб як в контексті відповідальності держави перед своїми громадянами, так і в контексті євроінтеграційних прагнень України та імплементації її міжнародно-правових зобов'язань у сфері прав людини. Надається структурований аналітичний огляд джерел та літератури з цієї теми (спеціальної наукової літератури, правових першоджерел, а також допоміжних джерел та літератури з інших галузей знань), а також можливі причини, через які до недавнього часу такі наукові дослідження в Україні фактично не проводились. Наводяться висновки щодо перспектив наукових досліджень з питань адміністративно-правового забезпечення статусу внутрішньо переміщених осіб та зазначаються нові напрями таких досліджень.

Ключові слова: внутрішньо переміщені особи, адміністративно-правовий статус, адміністративно-правове забезпечення, наукові дослідження.

Резюме

Крахмальова Е. А. Состояние исследований статуса внутренне перемещённых лиц в Украине.

В статье обосновывается необходимость административно-правового обеспечения статуса внутренне перемещённых лиц как в контексте ответственности государства перед своими гражданами, так и в контексте евроинтеграционных стремлений Украины и имплементации её международно-правовых обязательств в сфере прав человека. Дается структурированный аналитический очерк первоисточников и литературы по этой теме (специальной научной литературы, юридических первоисточников, а также вспомогательных источников и литературы из других сфер знаний), а также возможные причины, почему до

этого времени подобные правовые исследования в Украине фактически не проводились. Делается вывод о перспективах научных исследований на тему административно-правового обеспечения статуса внутренне перемещённых лиц и обозначаются новые направления таких исследований.

Ключевые слова: внутренне перемещённые лица, административно-правовой статус, административно-правовое обеспечение, научные исследования.

Summary

Krakhmalova K. Current state of research on the status of internally displaced persons in Ukraine.

In this article we argue for necessity of the administrative-legal regulation of the status of internally displaced persons in Ukraine both in the context of responsibility of the state before its citizens, and in the context of implementing in national law international human rights standards and state's euro integration aspirations. We provide structured analytical description of the sources and literature on the topic (special scientific literature, legal sources and supplementary sources and literature from other disciplines), and discuss potential reasons why so few researches have been done on this topic previously. It concludes with evaluation of the perspectives of the scientific research on the topic of administrative-legal regulation of the status of internally displaced persons in Ukraine and outlines directions in which such research is going to be conducted further.

Key words: internally displaced persons, administrative-legal status, administrative-legal regulation, scientific research.

УДК 347.724

І. А. ЛАВРІНЕНКО

*Ігор Анатолійович Лавріненко, магістр права,
юрист «Juritex, ЮК»*

ПРАВО ГАРАНТА НА РЕГРЕС ТА ЙОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Виконання гарантом вимоги бенефіціара про виплату гарантійної суми у випадку порушення основного зобов'язання є підставою для виникнення між гарантом і принципалом правовідношення, яке в літературі іменується регресним (ч. 1 ст. 569 Цивільного кодексу України – далі ЦК України).

Як відомо, вітчизняне цивільне законодавство не містить загального поняття «регрес», а тим паче питань, пов'язаних з його забезпеченням. Саме тому метою цієї статті є дослідження питань з приводу регресного права гаранта на відшкодування суми гарантійного платежу та забезпечення цього права у разі його виникнення.

Варто зазначити, що юридичну категорію «регрес» досліджував І. Б. Новицький, який у своїй праці дійшов висновку, що «регресним обов'язательством називається обов'язательство:

а) являющееся следствием платежа одним лицом (кредитором по регрессному обязательству) другому лицу, хотя последовавшего юридически обоснованно, однако вызванного виной третьего лица (должника по регрессному обязательству) без вины со стороны первого;

б) направленное к переложению уплаченной суммы на это третье лицо, по вине которого последовал платеж со стороны первого лица второму»¹.

Право на регрес з боку гаранта підтверджується низкою доктринальних ознак самої гарантії в цілому та статусу гаранта за нею, відповідно до якої:

1) гарант надає забезпечення бенефіціару стосовно виконання принципалом основного зобов'язання, проте це не означає акт дарування бенефіціару або принципалу;

2) залучення гаранта для забезпечення виконання основного зобов'язання слугує метою безперешкодного задоволення інтересів бенефіціара за рахунок оперативного отримання гарантійної суми;

3) відповідно до норм ЦК України гарантія є способом забезпечення виконання зобов'язань і його реалізація означає, що бенефіціар не зможе повторно вимагати виконання основного зобов'язання в тій же частині від боржника (принципала).

Дії гаранта з виплати бенефіціару гарантійної суми без наступного звернення до принципала в порядку регресу є правом гаранта, проте дії принципала, який відмовляє відшкодувати виплачену гарантом гарантійну суму в порядку регресу, має кваліфікуватися як збереження майна без достатньої правової підстави (ст. 1212 ЦК України). Вважаємо, що законодавець не випадково визначив саме так статус гаранта.

Необхідно зазначити, що в деяких іноземних джерелах висловлена думка, відповідно до якої право вимоги гаранта, який виконав гарантійне зобов'язання, є не регресом, а суброгацією, що присутня також і при поруці². Прихильники суброгації не вважають ознаку незалежності гарантійного зобов'язання підставою для віднесення вимоги до гаранта до принципала до числа регресних. Спільні ознаки суброгації та регресу полягають у тому, що третя особа набуває право на відшкодування витрат, понесених у зв'язку з виконанням зобов'язання на користь кредитора, в результаті чого інтерес кредитора задовольняється. Проте відмінності існують саме в складі, елементах правовідношення. Як підкреслював Р. Сават'є, при суброгації «сохраняются тот же должник, те же обеспечения, тот же характер обязательств, те же проценты»³. Отже,

суброгація розглядається як один зі способів заміни сторін у зобов'язанні поряд з цесією та переведенням боргу на іншу особу. При суброгації відбувається заміна первісного кредитора в існуючому зобов'язанні. Саме зобов'язання при цьому не припиняється і суть його не змінюється (змінюється лише особа, що репрезентує право). Оскільки з виплатою гарантом гарантійної суми основне зобов'язання припиняється, то відсутні підстави стверджувати про суброгацію.

Додатковим аргументом на користь концепції регресу свідчить той факт, що зобов'язання гаранта є незалежним щодо основного, а гарант не розглядається як співборжник принципала, тому не може йтися про заміну кредитора в основному зобов'язанні.

Таким чином, термін «суброгація» не може застосовуватися до відносин гаранта та принципала з приводу відшкодування витрат, понесених гарантом при виконанні гарантійного зобов'язання.

Згідно з ч. 6 ст. 261 ЦК України до регресної вимоги гаранта, як і до будь-якого іншого регресного зобов'язання, застосовується загальний строк позовної давності. Перебіг цього строку починається з моменту виконання основного зобов'язання, яке для гаранта є виплатою гарантійної суми.

Таким чином, гарант, який виконав зобов'язання перед бенефіціаром відповідно до умов виданої гарантії, безумовно, має право на відшкодування виплачених сум шляхом пред'явлення регресної вимоги до принципала. Указане правило діє і в сфері міжнародних відносин, зокрема, воно достатньо чітко сформульовано в пункті «с» ст. 14 Уніфікованих правил міжнародної торгової палати для гарантій на першу вимогу від 1992 р., відповідно до якого принципал повинен нести відповідальність за компенсацію витрат гаранта з виконання гарантійного зобов'язання. Аналогічну суть закладено також в положення п. 2 ст. 17 Конвенції ООН про незалежні гарантії та резервні акредитиви від 1995 року.

Важливою умовою для виникнення відповідних прав і обов'язків у гаранта та принципала (регресні правовідносини) відповідно до ч. 2 ст. 569 ЦК України є правомірність виплати суми за гарантією. Відповідно до норми цієї статті гарант не має права на зворотню вимогу (регрес) до боржника у разі, якщо сума, сплачена гарантом кредиторів, не відповідає умовам гарантії, якщо інше не встановлено договором між гарантом і боржником.

Указане правило діє також і у відповідній сфері міжнародних відносин. Зокрема, положення ст. 9 Уніфікованих правил міжнародної торгової палати для гарантій на першу вимогу від 1992 р. передбачають обов'язок гаранта перевірити всі надані документи на предмет відповідності їх вимогам гарантії. Якщо документи не будуть відповідати встановленим вимогам, гарант повинен їх відхилити. Із указанного можна зробити висновок, що при недобросовісному платежі підстава для виникнення регресної вимоги відсутня. Означене кореспондується з приписами п. 2 ст. 17 Конвенції ООН про незалежні гарантії та резервні акредитиви від 1995 року. Разом із тим зазначене правило може бути змінене домовленістю гаранта і принципала. Так, в міжнародних відносинах практикується внесення в договір умови про відмову принципала від оспоровання безпідставності платежу⁴. У цьому разі факт виплати бенефіціару суми не буде ускладнений додатковою умовою про правомірність дій гаранта.

Безумовно, гарант, надаючи гарантію бенефіціарові, заінтересований в тому, що у разі здійснення виплати гарантійної суми він зможе оперативним чином компенсувати понесені витрати. Звідси виникає питання про можливість забезпечення регресного права гаранта.

Звичайно, наявність одних фідучіарних відносин, бездоганної кредитної історії принципала недостатньо гарантує для того, щоб видати гарантію. У такому разі банк, користуючись наявним домінуючим становищем, вправі вимагати забезпечення своїх інтересів. Відповідно до п. 5 Глави 1 Розділу II Постанови Правління НБУ «Про затвердження Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземній валютах» до заяви про надання банком гарантії можуть бути включені умови про забезпечення вимог гаранта шляхом укладеного договору застави, іншого забезпечення. Отже, гарант може обезпечити себе від ризику неплатежу з боку принципала.

Щодо забезпечення гарантійного зобов'язання, то, звичайно, будь-який із традиційних способів забезпечення може використовуватися, але через те, що більшість способів забезпечення не надають гаранту можливості достатньо швидко та повно задовольнити свої вимоги, найнадійнішим способом забезпечення виступає застава.

Як відомо, застава є одним із найбільш перевірених способів забезпечення, оскільки гарант-заставодержатель у випадку невиконання принципалом зобов'язання про виплату сум відповідно до регресної вимоги набуває права отримати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами принципала.

Відповідно до приписів ст. 576 ЦК України предметом застави може бути будь-яке майно (зокрема річ, цінні папери, майнові права), що може бути відчужене заставодавцем і на яке може бути звернене стягнення. Виняток становить майно, яке виключене з цивільного обороту, вимоги, які нерозривно пов'язані з особою кредитора (сплата аліментів, відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю), а також іншого майна у випадках, встановлених законом та ст. 576 ЦК України.

Розглянемо окремі види застави.

Застава нерухомого майна

Відповідно до положень ч. 1 ст. 181 ЦК України до нерухомих речей (нерухоме майно, нерухомість) належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення, тобто об'єкти, переміщення яких неможливе без нанесення

ним матеріальної шкоди (будівлі, споруди тощо). Також режим нерухомої речі може бути поширений законом на повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти, а також інші речі, права на які підлягають державній реєстрації. Права на вищезазначені об'єкти підлягають обов'язковій державній реєстрації. Гроші та цінні папери визнаються рухомим майном.

Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» в ст. 2 дає визначення об'єкта нерухомого майна – земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці (будівля, споруда тощо), переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Згідно з ч.ч. 1, 2 ст. 577 ЦК України договір застави нерухомого майна підлягає нотаріальному посвідченню та державній реєстрації у порядку, встановленому законом. Як зазначено в п. 2 ч. 1 ст. 4 вищевказаного Закону обов'язковій державній реєстрації підлягає іпотека. Державна реєстрація є доказом існування зареєстрованого права. У випадку відсутності реєстрації договір застави нерухомого майна вважається таким, що не вчинений у належній формі (неукладений). Відповідно, виникають несприятливі наслідки, тому реєстрація прав – дуже важлива стадія в укладенні правочину (договору застави). Відповідно до абз. 2. ч. 7 ст. 3 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» державна реєстрація обтяжень речових прав проводиться незалежно від місця розташування об'єкта нерухомого майна.

Незважаючи на те, що застава нерухомого майна є одним із найнадійніших способів забезпечення регресних вимог, гарант далеко не завжди обирає саме такий спосіб забезпечення, предметом якого виступає об'єкт нерухомості.

Застава рухомого майна

Застава рухомого майна – доволі поширений спосіб забезпечення регресних вимог гаранта. Відповідно до положень ст. 2 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» під рухомим майном розуміють окрему рухому річ, сукупність рухомих речей, гроші, валютні цінності, цінні папери, а також майнові права та обов'язки. Згідно зі ст. 4 Закону застава належить до забезпечувальних обтяжень, тобто таке, яке встановлюється для забезпечення виконання зобов'язання боржника або третьої особи перед обтяжувачем. Предметом обтяження може бути рухоме майно, яке стане власністю боржника в майбутньому. Якщо інше не встановлено законом або договором, обтяження поширюється на:

- 1) невід'ємні приналежності рухомої речі, що є предметом обтяження;
- 2) продукцію, плоди та доходи, що виробляються, добуваються, одержуються від використання предмета обтяження;
- 3) будь-яке рухоме майно, що заміщує початковий предмет обтяження і може бути ідентифіковане як таке;
- 4) доходи від відчуження предмета обтяження, якщо вони можуть бути ідентифіковані як такі;
- 5) страхове відшкодування в разі настання страхового випадку щодо предмета обтяження, якщо предмет обтяження відповідно до закону або договору підлягає страхуванню, або будь-яке інше відшкодування, отримане боржником унаслідок вилучення або втрати предмета обтяження.

Згідно зі ст. 22 Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» обтяження може забезпечувати виконання боржником дійсної існуючої вимоги або вимоги, яка може виникнути в майбутньому. Це дуже актуально, тому що вимога гаранта може і не виникнути. Кредитор (гарант) та боржник (принципал) повинні досягти згоди про максимальний розмір вимоги, яка забезпечується обтяженням. За рахунок предмета обтяження гарант має право задовольнити свою вимогу за забезпеченим обтяженням у повному обсязі або в частині, встановленій договором. Розмір забезпеченої обтяженням вимоги визначається на момент її задоволення і включає:

- 1) відшкодування витрат, пов'язаних з пред'явленням вимоги і зверненням стягнення на предмет обтяження;
- 2) сплату процентів і неустойки;
- 3) сплату основної суми боргу;
- 4) відшкодування збитків, завданих порушенням боржником забезпеченого зобов'язання або умов обтяження;
- 5) відшкодування витрат на утримання і збереження предмета обтяження.

Організація застави за допомогою складських свідоцтв

Як відомо, складські свідоцтва є товаророзпорядчими цінними паперами, які посвідчують право власності на переданий до зберігання товар. Враховуючи те, що предметом договору зберігання на товарному складі, як правило, виступають речі, визначені родовими ознаками, то у своєму дослідженні ми будемо послуговуватися положення таких спеціальних законів, як «Про сертифіковані товарні склади та прості і подвійні складські свідоцтва» та «Про зерно та ринок зерна в Україні».

Спочатку розглянемо відносини застави простого складського свідоцтва. З метою забезпечення регресної вимоги шляхом застави простого складського свідоцтва принципал спочатку повинен організувати зберігання майбутнього предмета застави на товарному складі та оформити це зберігання. Товарний склад видає йому просте складське свідоцтво на пред'явника (ч. 2 ст. 965 ЦК України). Необхідно застрахувати товар від ризиків випадкової загибелі або пошкодження (аналогічні положення містяться в ч. 7 ст. 37 Закону України «Про зерно та ринок зерна в Україні»). Договір страхування варто укласти таким чином, щоб права вигодонабувача переходили разом з уступкою прав на просте складське свідоцтво. Відповідно до приписів ч. 2 ст. 21 Закону України «Про сертифіковані товарні склади та прості і подвійні складські свідоцтва» воло-

ділець простого складського свідоцтва може передати його в заставу. При цьому просте складське свідоцтво вилучається у поклажодавця і перебуває у володінні заставодержателя.

Підписання договору про надання гарантії повинно супроводжуватися укладанням договору про заставу простого складського свідоцтва. Зберігання заставленого складського свідоцтва може бути передано або безпосередньо банку-гаранту, або організовано шляхом розміщення на депозиті нотаріуса.

У своїх дослідженнях Е. А. Шикова зазначає, що можна виділити наступні істотні ознаки, які відрізняють заставу простого складського свідоцтва від звичайного договору застави.

1. Питання про фактичне зберігання предмета застави при звичайному договорі зберігання (за загальним правилом предмет застави залишається у заставодавця) є достатньо непевним, оскільки заставодавець може розпорядитися предметом застави всупереч волі заставодержателя (кредитора). У випадку застави простих складських свідоцтв заставодавець позбавлений права розпоряджатися та користуватися предметом застави, оскільки товаророзпорядчого документа у нього немає.

2. По-різному розподіляється відповідальність у випадку пошкодження або знищення предмета застави. При традиційній формі застави відповідальність за знищення чи пошкодження предмета застави буде нести виключно сам заставодавець, у випадку ж застави простого складського свідоцтва ця відповідальність перекладається на товарний склад і страхову компанію.

3. Простота реалізації предмета застави. У випадку невиконання основного зобов'язання, забезпеченого заставою простого складського свідоцтва, стягнення буде звернене на предмет застави, представленого у вигляді вказаного товаророзпорядчого цінного паперу. Технічно на аукціоні набагато простіше продати «пакет» цінних паперів, аніж реальний товар, що виражений у відповідних товарних показниках.

4. Дискретний принцип реалізації предмета застави полягає в наступному. Якщо відповідно до договору про заставу простих складських свідоцтв повернення кредиту передбачено частинами протягом певного часу (часткова оплата за гарантією), то частинами можна також передбачити звільнення від обтяження правами застави і товару, повертаючи позичальникові пропорційну частину «пакету» простих складських свідоцтв. Це створює додаткові переваги для обох сторін договору застави⁵.

Для того, щоб у принципала була можливість заставити подвійне складське свідоцтво, він також повинен, як і у випадку із простим складським свідоцтвом, організувати зберігання предмета застави на товарному складі, а сертифікований склад – здійснити його страхування, якщо інше не зазначено в договорі (ст. 15 Закону). Якщо предметом зберігання на товарному складі є зерно, то договір страхування укладається в обов'язковому порядку, з покладанням витрат зі страхування на поклажодавця.

Принципал, володіючи подвійним складським свідоцтвом та страховкою на товар (що цілком доречно, а інколи й обов'язково), має право здійснити заставу такого цінного паперу.

Згідно з положеннями ч. 1 ст. 4 Закону України «Про сертифіковані товарні склади та прості і подвійні складські свідоцтва» подвійне складське свідоцтво складається з двох частин – складського свідоцтва та заставного свідоцтва (іменується варантом), які можуть бути відокремлені одне від одного. При підписанні договору про надання гарантії, у якому погоджена умова про регресні права, застава товару, прийнятого на зберігання за подвійним складським свідоцтвом, згідно з ч. 3 ст. 14 Закону виникає після відокремлення і передачі заставної частини складського свідоцтва (заставного свідоцтва) від заставодавця заставодержателю з моменту укладення відповідного договору застави.

Положеннями ч. 4 ст. 38 Закону України «Про зерно та ринок зерна в Україні» передбачено, що у разі отримання кредиту за заставним свідоцтвом обидві частини подвійного складського свідоцтва на зерно повинні містити найменування і місцезнаходження юридичної особи, що видала кредит (надання гарантії є кредитною операцією банку. – примітка та курсив мій І.Л.), дату видачі й розмір кредиту, умови, на яких він виданий, і підпис уповноваженого працівника юридичної особи, завірений печаткою юридичної особи або нотаріально. Приписами ж ч. 1 ст. 40 цього Закону передбачено, що складське та заставне свідоцтво можуть передаватися разом або окремо за передавальними написами (індосаментами).

Таким чином, принципал повинен відділити варант від подвійного складського свідоцтва і передає його гаранту, зробивши на варанті перший передавальний надпис (індосамент), а на складських частинах – відмітку про суму отриманої гарантії, обсяг відповідальності згідно з договором про надання гарантії.

З моменту вчинення індосаменту на варанті та його передачі гаранту останній стає держателем заставної частини подвійного складського свідоцтва, набуває право застави на товар, який передано на зберігання. Втім, якщо складські частини подвійного складського свідоцтва залишилися у принципала, то останній в принципі має право розпорядитися предметом застави. Згідно зі ст. 16 Закону України «Про сертифіковані товарні склади та прості і подвійні складські свідоцтва» склад зобов'язаний повернути товар лише у випадку пред'явлення обох частин подвійного складського свідоцтва. Зокрема, володілець складського свідоцтва, відділеного від заставного свідоцтва, вправі розпоряджатися товаром, але не може взяти його зі складу до моменту виконання зобов'язання відповідно до домовленості про регресні права або припинення гарантії за іншими підставами (ч. 1, 3 ст. 22 Закону України «Про сертифіковані товарні склади та прості і подвійні складські свідоцтва»).

Проте відповідно до приписів ч. 2 ст. 44 Закону України «Про зерно та ринок зерна в Україні» володілець складського свідоцтва, який не має заставного свідоцтва, але вніс суму боргу (виконав регресну вимогу гаранта) (примітка та курсив мій – І.Л.) за ним, зерновий склад видає зерно в обмін на складське свідоцтво та за умови надання разом з ним документа, що підтверджує сплату суми боргу за заставним сві-

доцтвом. У цьому разі зерновий склад, що видав зерно володільцеві складського свідоцтва, який не має заставного свідоцтва та не вніс суми боргу за ним, несе відповідальність перед володільцем заставного свідоцтва за платіж усієї суми, забезпеченої за ним (ч. 3 ст. 44 цього ж Закону). Аналогічні приписи також містяться й у ч. 2 ст. 966 ЦК України.

Вважаємо, що з метою убезпечення інтересів гаранта складську частину подвійного складського свідоцтва можна помістити або на депозит нотаріуса, або організувати їх зберігання, наприклад, в індивідуальному банківському сейфі.

Проте в будь-якому випадку відповідальність за збереження предмета застави будуть нести товарний склад і страхова компанія, а не заставодавець, тому що товарний склад не вправі видати товар володільцю складської частини без належного підтвердження оплати боргу перед володільцем заставної частини, оскільки означене суперечитиме чинному законодавству.

Організація застави за допомогою векселя

Відповідно до законодавства вексель належить до групи боргових цінних паперів і може бути предметом застави. Законодавче визначення поняття «вексель» наводиться у постанові НБУ «Про затвердження Положення про порядок здійснення операцій банками з векселями в національній валюті на території України» й визначається як цінний папір, що засвідчує безумовне грошове зобов'язання векседавця сплатити у визначений строк визначену суму грошей власнику векселя (векселедержателю). Як відомо, гарант, видаючи гарантію бенефіціарові, виконує своє зобов'язання відповідно до укладеного договору про надання гарантії. Якщо бенефіціар не звернеться до гаранта з вимогою про виплату гарантійної суми, то, відповідно, не можуть виникнути і регресні відносини. Якщо ж регресні відносини все ж таки виникли, однак право регресу не забезпечене, то виникає питання стосовно правової природи платежу гаранта, в результаті якого припиняється основне зобов'язання. Указаний платіж не можна розглядати інакше як кредит, про що справедливо вказує Н. Ю. Рассказова⁶. Відповідно до ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» банківським кредитом визнається будь-яка гарантія. Тому й не випадково, що банк при виданні гарантії заводить на особу принципала окрему кредитну справу. Звідси й сама гарантія банками розглядається як кредитна операція.

Згідно з положенням ст. 14 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» векселі поділяються на прості та переказні. Простий вексель – це вексель, який містить зобов'язання векседавця сплатити у зазначений строк визначену суму грошей власнику векселя (векселедержателю). Відповідно, переказний вексель – це вексель, який містить письмовий наказ однієї особи (юридичної або фізичної) іншій особі сплатити у зазначений строк визначену суму грошей третій особі.

Згідно із класифікацією, наведеною у ст. 3 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок», векселі належать до ордерних цінних паперів. Перехід прав за останнім здійснюється за допомогою передавального напису – індосаменту, тобто напису на ордерному цінному папері, що посвідчує перехід прав за цінним папером до іншої особи. Відповідно до п. 5.1 Глави 5 Постанови НБУ «Про затвердження положення про порядок здійснення операцій банками з векселями в національній валюті на території України» вексель приймається в заставу тільки за таких умов:

а) на векселі є підписи не менше ніж двох осіб:

- прості векселі – з підписом векседавця та з індосаментом векселедержателя;
- переказні векселі, видані на іншу особу на користь третьої особи, з підписами трасанта (векседавця), акцептанта (на себе зобов'язання здійснити платіж за переказним векселем під час настання строку платежу) та з індосаментом ремітента (векселедержатель переказного векселя) (на таких векселях не може бути менше трьох підписів);
- переказні векселі, видані на іншу особу на користь трасанта, з підписами трасанта, акцептанта та з індосаментом трасанта;
- переказні векселі, видані трасантом на самого себе і на користь третьої особи, з підписами трасанта (акцептанта) та індосаментом ремітента;
- переказні векселі, видані в кількох примірниках за наявності хоча б одного акцептованого примірника і хоча б одного належним чином індосованого примірника. В індосованому примірнику мають бути підписи трасанта та індосамент ремітента (у векселях, виданих трасантом на свою користь, – індосамент трасанта);

б) вексель належним чином індосований (на векселях, частково оплачених до строку, має бути відповідний надпис).

Оскільки видача гарантії є банківською кредитною операцією, то застава векселів здійснюється на загальних принципах банківського кредитування.

Особливістю цього виду кредитування є порядок надання, зберігання та реалізації застави, якою є векселі. Питання про вибір способу забезпечення векселя (шляхом заставного індосаменту або ж заставного індосаменту в комплексі з договором застави відповідно до ЦК України) має не тільки теоретичне, але й доволі значне практичне значення.

Теоретичний аспект цієї проблеми важливий для поглиблення розуміння суті і специфіки застави векселя в різних правових площинах (вексельній та вексельно-цивільній), а практичний повинен відображати існуючі реалії господарського механізму реалізації застави векселя як способу забезпечення регресного права гаранта. З цією метою необхідно провести зіставлення положень чинного ЦК України та вексельного права про заставу.

Відповідно до законодавства застава виникає на підставі договору, закону або рішення суду (ч. 1 ст. 574 ЦК України). Договір застави укладається у письмовій формі. Крім того, відповідно до ч. 1 ст. 584 ЦК України у договорі застави визначаються суть, розмір і строк виконання зобов'язання, забезпеченого заставою, подається опис предмета застави, а також визначаються інші умови, погоджені сторонами договору. Звідси можна зробити певні висновки. По-перше, з погляду цивільного права без укладення договору застави немає і самої застави та, по-друге, – в рамках ЦК України для застави (зокрема і векселя) необхідно й достатньо укладення договору про заставу. Із даних висновків органічно ми доходимо іншого висновку: здійснення заставного індосаменту згідно з вимогами вексельного права не приводить до виникнення права застави з погляду ЦК України і відповідно виключається застосування норм ЦК, що регулюють заставні відносини.

Водночас, керуючись нормами вексельного права, необхідно визнати, що будь-які договори, які знаходяться поза межами регламентованого змісту векселя, не мають юридичної сили для вексельного правовідношення. Фактично це означає, що застава векселя оформлюється з позиції вексельного права заставним індосаментом, а договір про заставу векселя формально буде розглядатися як такий, що не має сили. Це підтверджується і законодавством, зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 53 Закону України «Про заставу», якщо законом чи договором не передбачено інше, застава векселя чи іншого цінного паперу, який може бути переданий шляхом вчинення передавального запису (індосаменту), здійснюється шляхом індосаменту і вручення заставодержателю індосованого цінного паперу. Спеціальні закони, присвячені правому регулюванню векселя («Про обіг векселів в Україні», «Про цінні папери та фондовий ринок»), не передбачають іншого порядку передання прав за векселем. Закон встановлює лише необхідність вчинення заставного індосаменту для виникнення відносин застави, а ЦК України вимагає також укладення договору. Проте норми ЦК України про заставу є загальними щодо норм Закону, які є спеціальними. Звідси, здавалося б, ми повинні керуватися нормами Закону – і все нібито зрозуміло. Проте все-таки варто мати на увазі, що гарантими переважно виступають банки, і вони зобов'язані дотримуватися Постанови «Про затвердження Положення про порядок здійснення операцій банками з векселями в національній валюті на території України», затвердженої Правлінням НБУ. Так, відповідно до приписів п. 7.2 Глави 7 Положення банк приймає векселі в заставу на підставі укладеного з векселедержателем-позичальником договору про заставу, у якому також встановлюється місце зберігання заставлених векселів. При цьому зі змісту 7.4 Положення вбачається, що на векселях пред'явник може виконати заставний, повний або бланковий індосамент, індосамент на пред'явника. Вид індосаменту встановлюється договором про заставу. За заставним індосаментом банку передаються такі права:

- 1) на пред'явлення до платежу та одержання платежу за векселем;
- 2) на здійснення протесту в разі несплати чи часткової оплати векселя;
- 3) на звернення з позовом про стягнення належної суми платежу до зобов'язаних за векселем осіб.

Отже, укладення договору про заставу векселя є обов'язковим для банків, і вони не можуть ігнорувати положення вказаного Положення. На практиці це може спричинити певні труднощі. Звернення ж стягнення на заставлених векселі в разі нена належного виконання зобов'язань за кредитом (саме так позначається гарантія банку) банк здійснює також у порядку, передбаченому договором про заставу та чинним законодавством.

Звернення банком стягнення на заставлених векселі може бути здійснене шляхом:

- 1) пред'явлення векселя до платежу зобов'язаній особі, якщо вексель одержаний за заставним або передатним індосаментом;
- 2) продажу, якщо вексель одержаний за передатним індосаментом.

Комбінований підхід до проблеми векселя з погляду вексельного та цивільного права заслуговує на підтримку, що виключить спори в майбутньому з приводу укладення договору застави. Тому для того, щоб не порушити причинно-наслідковий зв'язок між основним зобов'язанням і забезпечувальним, необхідно укласти все ж таки договір застави відповідно до вимог норм ЦК України.

Застава акцій та часток

Приймаючи в заставу акції та частки, необхідно враховувати вид товариства, правову специфіку та об'єм компетенції заставодавця. Згідно з ч. 1 ст. 576 ЦК предметом застави можуть бути, зокрема, цінні папери. Щодо часток товариства, то жодних законодавчих обмежень немає, тому вони також можуть бути об'єктом заставних відносин. Акція відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 195 ЦК України належить до пайових цінних паперів. Законодавче визначення терміна «акція» надається у ст. 6 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок». Відповідно до цієї норми акція – іменний цінний папір, який посвідчує майнові права його власника (акціонера), що стосуються акціонерного товариства, включаючи право на отримання частини прибутку акціонерного товариства у вигляді дивідендів та право на отримання частини майна акціонерного товариства у разі його ліквідації, право на управління акціонерним товариством.

Варто зазначити, що застава акцій залежить від того, яким є товариство: публічним чи приватним. Згідно з ч. 1 ст. 5 Закону України «Про акціонерні товариства» акціонерні товариства за типом поділяються на публічні акціонерні товариства та приватні акціонерні товариства. Акціонери публічного акціонерного товариства можуть відчужувати належні їм акції без згоди інших акціонерів та товариства, тому будь-яких перешкод, навіть теоретичних, не може виникнути при реалізації прав із застави. Можливо, із приватним акціонерним товариством та іншими господарськими товариствами можуть виникнути труднощі? Оскільки питання із господарськими товариствами досить об'ємне, тому зупинимося на найактуальніших моментах

деяких видів цих товариств (товариство з обмеженою відповідальністю та товариство з додатковою відповідальністю), а також паралельно присвятимо увагу приватному акціонерному товариству.

Як зазначають дослідники, найбільше обмежень у розпорядженні часткою у господарському товаристві мають товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю разом із приватним акціонерним товариством. Дані обмеження також іменуються «обмежувальними мотивами»⁷. Наведемо ж ті обмеження, на які спираються для обґрунтування неможливості застави акцій приватного акціонерного товариства разом з товариствами обмеженою та додатковою відповідальністю, а потім проведемо правову експертизу аргументів. Всі обмеження зводяться до наступного:

1) перше обмеження полягає в тому, що у статуті товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю може бути передбачено неможливість відчуження частки третій особі (ч. 2 ст. 147 ЦК України). У цьому разі можна вимагати виплату грошової суми або виділення майна тільки за умови, що решта учасників товариства відмовляється придбати заставлену частку;

2) друге обмеження полягає в тому, що члени товариства мають право переважної купівлі (абз. 2. ч. 2 ст. 147 ЦК України), а щодо ПрАТ, то це правило також діє (ч. 2 ст. 7 Закону України «Про акціонерні товариства»). Відповідно, доходять висновку, що реалізація предмета застави може бути утруднена та оспорена при недотриманні цього права в судовому порядку;

3) третє обмеження може міститися в статуті товариства та полягати в необхідності отримання згоди членів товариства на перехід права власності на частку;

4) четверте полягає в тому, що виплаті підлягає не зафіксована у статуті, а лише реально сплачена частка (ч. 3 ст. 147 ЦК України);

5) п'яте обмеження передбачає, що у статуті товариства може бути встановлено порядок і строки виплати частки учаснику, який вибув (у статуті може бути зазначено, що вартість частки виплачується лише через деякий час після письмового звернення або закінчення фінансового року і т.д.).

Як відомо, способи набуття права власності поділяються на похідні. Первісні характеризуються тим, що у цьому разі право власності виникає вперше або незалежно від волі попереднього власника. Особливістю первісного способу можна визнати те, що праву власності притаманна «чистота права», тобто право нічим не обтяжене. Наприклад, при конфіскації речі, яка була предметом оренди, орендні відносини припиняються і, відповідно, право на річ стає не обтяженим. Похідним способом набуття права власності притаманні наступні ознаки:

1) право нового власника ґрунтується на праві попереднього власника;

2) новий власник знаходиться в такому ж правовому становищі, що й попередній власник (мається на увазі всі обтяження права). Наприклад, укладаючи договір купівлі-продажу земельної ділянки, новий власник буде обтяжений речовим правом сервітуту, яким був обтяжений попередній власник. Можна зробити висновок, що змінюється лише особа, яка презентує право, але не саме право;

3) перехід права власності за похідними способами, як правило, здійснюється за волею попереднього власника (купівля-продаж, дарування, позика тощо).

Виникає питання стосовно визначення правової природи способу набуття права власності на предмет застави в результаті звернення на нього стягнення. Якщо визнати, що стягнення на предмет застави належать до похідного способу набуття права власності, то тоді перераховані п'ять аргументів («обмежувальні мотиви») цілком будуть відповідати наведеній позиції. Проте чи дійсно це так? Для відповіді на поставлене питання необхідно провести правову експертизу заставних відносин. Припустимо, що предмет застави є також предметом і орендних відносин (класичний приклад). Якщо дотримуватися концепції застави як похідного способу набуття права власності, то необхідно визнати, що у результаті звернення стягнення на предмет застави орендні відносини зберігатимуться, в протилежному випадку варто вести мову про заставу як первісний спосіб. У цьому разі доволі проблематичним буде пояснити положення ч. 3 ст. 528 ЦК України, відповідно до яких інша особа може задовольнити вимогу кредитора без згоди боржника у разі небезпеки втрати право на майно боржника (зокрема право оренди) внаслідок звернення кредитором стягнення на це майно. Звідси, положення чинного ЦК України дають чітку та однозначну відповідь на поставлене питання: в результаті звернення стягнення на предмет застави право власності нового власника є «чистим», тобто вільним від будь-якого обтяження (абсолютне право власності в його ідеальному змісті). Отже, ті висновки, які ґрунтуються на положеннях про стягнення предмета застави як похідного способу набуття права власності, є сумнівними та вимагають додаткового аргументування. Ми зі свого боку надалі будемо спиратися на концепцію стягнення на предмета застави як первісного способу набуття права власності.

Необхідним також видається проаналізувати п'ять «обмежувальний мотивів» та зіставити їх відповідність концепції застави як первісного способу набуття права власності. Перше обмеження стосується неможливості відчуження частки третій особі, якщо це передбачено статутом. Відчуження – це діяння управомоченого суб'єкта, яке завжди здійснюється за волею особи. Звернення ж стягнення предмета застави не вимагає не те відповідних вольових дій зі сторони боржника, тому дане положення не витримує критики на свою адресу. Окрім того, спеціальна норма передбачає можливість звернення стягнення кредиторами на частку майна товариства пропорційну частці боржника (ст. 149 ЦК України). Хоча ця норма і передбачає, що звернення може бути здійснено на майно боржника лише за особистими боргами у разі недостатності у нього іншого майна для задоволення вимог кредиторів. Формально можна вести мову про звернення стягнення на інше майно. Проте необхідно враховувати один із основних принципів заставних правовідносин – незмін-

ність предмета застави (ст. 579 ЦК України, ст. 7 Закону України «Про заставу»). Звідси випливає, що перше обмеження не може застосовуватися у заставних відносинах.

Щодо переважного права купівлі учасника товариства частки; то варто зазначити, що дана норма стосується випадків відчуження частки, а не звернення стягнення на неї. На це прямо вказує закон, помістивши цю норму до частини статті, яка присвячена саме відчуженню (ч. 2 ст. 147 ЦК України). Тому заставодержателеві не потрібно вчиняти будь-яких попередніх дій, що спрямовані на переважне набуття частки учасниками. Це правило на заставні відносини не поширюється. Критика третього обмеження органічно впливає з другого. У результаті звернення стягнення на предмет застави та її реалізації, скажімо, на публічних торгах у особи виникає абсолютне право власності, яке не може залежати від волі третіх осіб. Можливо, мається на увазі ситуація, коли особа стає власником частки, але не стає учасником товариства – це вже інша справа, проте і тут відповідно до абз. 3 п. 31 Постанови Пленуму ВСУ «Про практику розгляду корпоративних спорів» від 24 жовтня 2008 р. за № 13 особа, яка придбала частку в статутному капіталі ТОВ чи ТДВ, здійснює права і виконує обов'язки учасника товариства з моменту набуття права власності на частку в статутному капіталі.

З приводу ж приватного акціонерного товариства, то відповідно до положень ч. 8 ст. 7 Закону України «Про акціонерні товариства» у разі виникнення права звернення стягнення на акції приватного акціонерного товариства у зв'язку з їх заставою відчуження таких акцій здійснюється з дотриманням переважного права акціонерів на придбання цих акцій. Як видається, у цьому разі доцільно керуватися приписами ч. 2. ст. 7 вищенаведеного закону, відповідно до яких статутом приватного акціонерного товариства може бути передбачено переважне право його акціонерів на придбання акцій цього товариства. Тобто, якщо положення статуту ПрАТ (приватного акціонерного товариства) не містять у собі положень стосовно переважних прав акціонерів на придбання акцій, то й застосування приписів ч. 8 ст. 7 Закону видається необґрунтованим.

Решта два обмеження цілком заслуговують на підтримку, оскільки повністю узгоджуються із чинним законодавством та концепцією застави як первісного способу набуття права власності. Варто зазначити, що використовуючи такий предмет застави, як акції та частки, не завадило б спершу ознайомитися зі статутом господарського товариства. Це суттєво зменшить ризик виникнення потенційних проблем як у заставодержателя (гаранта), так і заставодавця (принципала).

Застава права

Як зазначає О. В. Латинцев, з метою класифікації правовідносин при заставі прав всі права, які можуть належати суб'єктам цивільного права, можуть бути поділені на:

1) ті, що вільно відчужуються;

2) обмежено відчужувані (наприклад, коли право належить особі, яка має відповідний дозвіл, але який відсутній в іншій особі);

3) ті, що не відчужуються (права, нерозривно пов'язані з особою кредитора: сплата аліментів, відшкодування шкоди, а також інші права, передання яких заборонено законом (*також договором. – прим. авт.*))⁸.

Зрозуміло, що права, які не можуть передаватися (відчужуватися), не можуть бути і предметом застави. Відчужувані права в свою чергу, можна поділити на:

1) права вимоги, застава яких не вимагає згоди боржника, якщо інше не зазначено в договорі;

2) права на чужу річ, які можуть бути заставлені у випадку, якщо власник речі або особа, якій належить майнове право, передали річ або майнове право з правом їх застави.

Аналогічно здійснюється розподіл стосовно обмежено відчужуваних прав. При цьому необхідно зазначити, що обмежена відчужуваність прав не перешкоджає укладенню договору застави (за умови дотримання вимоги для укладення цього правочину) із заставодержателем, який не має відповідного дозволу (спеціальної правосуб'єктності). Однак здійснити виконання зобов'язання в натурі можна лише щодо особи, яка таку спеціальну правосуб'єктність має.

Здійснюючи заставу прав необхідно враховувати такі особливості:

1) заставодавцем може бути власник речі або особа, якій належить майнове право (ч. 1 ст. 583 ЦК України);

2) відповідно до ч. 1 ст. 49 Закону України «Про заставу» заставодавець може укласти договір застави як належних йому на момент укладення договору прав вимоги по зобов'язаннях, в яких він є кредитором, так і тих, що можуть виникнути в майбутньому;

3) у договорі застави прав повинна бути вказана особа, яка є боржником щодо заставодавця (ст. 49 Закону);

4) заставодавець зобов'язаний повідомити свого боржника про здійснену заставу прав (ст. 49 Закону);

5) заставодержатель має право вступати у справу як третя особа в судовому спорі, в якому розглядається позов про заставлене право (ст. 51 Закону);

6) заставодержатель у разі порушення заставодавцем обов'язків для захисту заставленого права має право самостійно вживати всіх заходів, необхідних для захисту заставленого права проти порушень з боку третіх осіб (ст. 51 Закону).

У випадку невиконання принципалом регресної вимоги гаранта останній має право звернути стягнення за заставлені права. При цьому гарант, як особа, що уповноважена здійснювати відчуження майна, може укласти з набувачем договір купівлі-продажу, оскільки згідно з приписами ч. 2. ст. 656 ЦК України предметом договору купівлі-продажу можуть бути майнові права (до речі, предметом договору купівлі-продажу може виступати і право вимоги, що не виключає застосування цієї договірної конструкції).

Ми розглянули лише окремі види застави, але варто зазначити, що хоча застава і є одним з найнадійніших способів забезпечення регресної вимоги гаранта, оскільки забезпечення полягає в самому майні боржника, яке, як правило, еквівалентне вартості основного зобов'язання, проте нею не обмежується.

Разом із розглянутими видами застави для забезпечення гарантії є також і інші забезпечення, що, наприклад, зазначені в п. 4.2 Глави 4 Постанови НБУ «Про затвердження Положення про порядок формування та використання банками України резервів для відшкодування можливих втрат за активними банківськими операціями». До них, зокрема, належать майнові права на грошові кошти, розміщені на вкладному (депозитному) рахунку в банку, кредитний рейтинг якого не нижчий, ніж клас «А» згідно з міжнародною шкалою, підтверджений у бюлетені агентства (компанії) Standard & Poor's, або аналогічний рейтинг інших провідних світових рейтингових агентств (компаній), за умови, що строк розміщення коштів не менший, ніж строк користування активом; іменні ощадні (депозитні) сертифікати, що випущені банком-кредитором, або майнові права на грошові кошти боржника чи майнового поручителя, що розміщені на вкладному (депозитному) рахунку в банку-кредитора, на строк, не менший, ніж строк користування активом, за умови безперечного контролю та доступу банку-кредитора до цих коштів у разі невиконання боржником зобов'язань за кредитною операцією, що обумовлено договором; банківські метали, що перебувають на зберіганні в банку-кредитора, чи майнові права на банківські метали, які розміщені на вкладному (депозитному) рахунку в банку-кредитора на строк, не менший, ніж строк користування активом, за умови безперешкодного доступу банку-кредитора до зазначеного предмета застави в разі невиконання боржником зобов'язань за кредитною операцією, що обумовлено договором; цінні папери, емітовані центральними органами виконавчої влади України або Національним банком України тощо.

Гаранти в особі банків, як правило, не схильні не забезпечувати свої ризики та укладають з принципалом відповідний договір застави. Разом з тим не виключена ситуація, коли такий договір відсутній. У цьому разі виникає питання компенсації гарантові виплаченої гарантійної суми.

Як свідчить практика, у якості принципалів виступають саме клієнти банків, що мають у ньому рахунок. Не дивно, що банки воліють працювати зі своїми клієнтами, аніж із сторонніми для них особами. Тому при заповненні заяви про надання гарантії принципал часто на вимогу банку та відповідно до приписів п. 5 Глави 1 Розділу II Постанови НБУ «Про затвердження Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземній валютах» додається умова про доручення банку-гаранту списати кошти в національній або іноземних валютах з поточного рахунку принципала для резервування грошового забезпечення (покриття) гарантії. Ця умова обов'язково стане договірною умовою договору про надання гарантії. Якщо така умова присутня в договорі, то у разі звернення бенефіціара з вимогою виплатити гарантійну суму банк просто перерахує кошти із одного рахунку (принципала) на інший рахунок (бенефіціара). Про право регресу тут і говорити не доводиться – дуже зручно для банку.

Разом з тим може виникнути ситуація, за якої гарант жодним чином не забезпечить свої регресні вимоги та не отримає дозволу списати кошти з рахунку принципала. Безперечно, з моменту виплати гарантом бенефіціарові гарантійної суми у нього виникає право регресу до принципала у розмірі фактично сплаченої суми. При цьому принципал має банківський рахунок у банку-гаранті, на якому достатньо коштів для задоволення регресної вимоги. За договором банківського рахунку особа є не власником грошових коштів, що знаходяться на рахунку, вона має право вимагати від банку виплати відповідної суми. Таким чином, це є правом вимоги, а не правом власності. Право регресу – це також право вимоги певної грошової суми. У цьому разі маємо справу із двома протилежними за спрямованістю правами вимог. Тоді чи можна вести мову про взаємозалік цих вимог?

Для застосування інституту взаємозаліку однорідних зустрічних вимог необхідна наявність наступних умов:

- 1) вимоги є однорідними;
- 2) вимоги є зустрічними;
- 3) строк виконання за зобов'язаннями настав.

Вимоги клієнта (принципала) та гаранта є однорідними – обидва мають право на виплату певної грошової суми. Зустрічність вимог теж особливої дискусії не викликає. Щодо настання строку виконання, то відповідно до договору банківського рахунку, банк зобов'язаний видати суму на першу вимогу клієнта – право вимоги виникає у момент вчинення договору, право ж вимоги гаранта виникає з моменту виплати гарантійної суми. Момент виникнення вимог у часі не збігається, але вони можуть одночасно існувати протягом певного періоду і, відповідно, можуть формально застосовуватися норми про взаємозалік.

Якщо визнати за гарантом право на взаємозалік, то варто також визнати і той факт, що залік здійснюватиметься шляхом списання коштів клієнта з банківського рахунку. За умови, що таке списання передбачене договором про надання гарантії, жодних перешкод не повинно виникнути. Проте коли банк здійснює списання коштів з рахунку клієнта (принципала) у порядку взаємозаліку незалежно від волі власника рахунку (іноді навіть всупереч волі), ми маємо справу з примусовим списанням.

Відповідно до п. 1.4 Глави 1 Постанови НБУ «Про затвердження Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті» під примусовим списанням розуміють списання коштів, що здійснюється стягувачем без згоди платника на підставі встановлених законом виконавчих документів у випадках, передбачених законом. Примусове списання коштів з рахунків платників ініціюють стягувачі (орган державної виконавчої служби) на підставі виконавчих документів, установлених законами України (п. 5.3 Глави 5 Інструкції).

Таким чином, примусове списання (стягнення) коштів з рахунків клієнтів дозволяється лише у випадках, установлених законами України. Це положення також передбачено і на рівні ЦК України: грошові кошти можуть бути списані з рахунка клієнта без його розпорядження на підставі рішення суду, а також у випадках, встановлених договором між банком і клієнтом (ч. 2 ст. 1071 ЦК України). У протилежному випадку банк не може розпоряджатися грошовими коштами, що знаходяться на рахунку його клієнта, навіть якщо ним є боржник за регресним зобов'язанням. Отже, норми про взаємозалік не можуть застосовуватися, тому що спеціальні норми його виключають.

У цілому зазначимо, що досліджені питання забезпечення регресної вимоги гаранта до принципала у разі виплати гарантійної суми, безумовно, не слід вважати цілковито вичерпаними, оскільки у практичній діяльності можуть виникнути ситуації «некласичного» характеру, які потребуватимуть окремого правового аналізу.

¹ Новицкий И. Б. Регрессные обязательства между социалистическими хозяйственными организациями. Опыт обобщения арбитражной и судебной практики [Текст] / И. Б. Новицкий. – М. : Госюриздат, 1952. – 183 с. – С. 94.

² Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте [Текст] / Н. Г. Вилкова. – М. : Статут, 2004. – 510 с. – С. 460.

³ Саватье Р. Теория обязательств [Текст] / Р. Саватье. – М. : Прогресс, 1972. – 440 с. – С. 382.

⁴ Овсейко С. Комментарии к Конвенции ООН о независимости гарантий и резервных аккредитивах [Текст] / С. Овсейко // Международное публичное и частное право. – 2001. – № 2. – С. 43–55. – С. 53.

⁵ Шикова Е. А. Правовые проблемы залога ценных бумаг [Текст] / Е. А. Шикова // Актуальные проблемы гражданского права : сб. статей / под ред. проф. М. И. Брагинского. – М. : Изд-во НОРМА, 2002. – Вып. 4. – С. 202–237. – С. 214–215.

⁶ Рассказова Н. Ю. Банковская гарантия по российскому законодательству [Текст] / Н. Ю. Рассказова. – М. : Статут, 2005. – 171 с. – С. 59.

⁷ Сойко Р. П. Способы обеспечения регрессного требования при предоставлении банковской гарантии и порядок прекращения гарантийных обязательств [Текст] / Р. П. Сойко // Банковское право. – 2003. – № 3. – С. 14–20. – С. 18.

⁸ Латынцев А. В. Обеспечение исполнения договорных обязательств [Текст] / А. В. Латынцев. – М. : Лекс-Книга, 2002. – 285 с. – С. 80–83.

Резюме

Лавриненко І. А. Право гаранта на регрес та його забезпечення.

У цій статті автор розглядає проблематику права гаранта на регрес та його забезпечення. Досліджуються способи забезпечення регресного зобов'язання за допомогою застави на різні види майна: рухоме, нерухоме, корпоративні права, складські свідоцтва тощо. Автор також розглядає правову можливість зарахування банком-гарантом депозиту в рахунок погашення регресного зобов'язання.

Ключові слова: гарант, регрес, забезпечення, застава.

Резюме

Лавриненко И. А. Право гаранта на регресс и его обеспечение.

В этой статье автор рассматривает проблематику права гаранта на регресс и его обеспечение. Исследуются способы обеспечения регрессного обязательства с помощью залога на разные виды имущества: движимое, недвижимое, корпоративные права, складские свидетельства и т.д. Автор также рассматривает правовую возможность зачисления банком-гарантом депозита в счёт погашения регрессного требования.

Ключевые слова: гарант, регресс, обеспечение, залог.

Summary

Lavrinenko I. The guarantor's regression right and it's ensuring.

In this article the author considers the issue of right guarantor for the regression and it's ensuring. It was researched the methods of ensuring of regression obligation with the assistance of pledge on different types of property: movables, real estate, corporate rights, warehouse receipts etc. The author also considers legal opportunity of bank clearing by the bank-guarantor of deposit in account of cancellation of regression right.

Key words: guarantor, regression, ensuring, pledge.

О. А. ТЕРЕЩУК

Оксана Анатоліївна Терещук, аспірантка Львівського національного університету імені Івана Франка

**МІСЦЕВІ ОРГАНИ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ:
РЕФОРМУВАННЯ В УКРАЇНІ І ДОСВІД ПОЛЬЩІ**

Місцеві органи публічної адміністрації знаходяться на найближчому до громадян рівні, а тому їх організація та компетенція повинні бути відповідним й достатніми для задоволення публічного інтересу. 31 серпня 2015 р. Верховна Рада України попередньо схвалила проект Закону про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади) (далі – проект). Проект пропонує ряд трансформацій системи органів публічної адміністрації на місцях, зокрема одним із таких напрямів є ліквідація інституту місцевих державних адміністрацій та введення натомість посад префектів в області, районі, містах Києві та Севастополі¹.

Пропозиція створення посади префекта є новою для української правової системи, вона запозичена із зарубіжної практики публічного адміністрування. Із проголошенням незалежності України місцеві органи виконавчої влади зазнавали частого реформування – як реального, так і номінального. Сьогодні, в період оновлення вітчизняної публічної адміністрації, необхідно проаналізувати вже здобутий досвід, виокремити існуючі проблеми, а також визначити шляхи для їх подолання, використовуючи практику функціонування відповідних інститутів в інших правових системах. Для України вважаємо корисним досвід Польщі, яка завдяки ефективній реформі публічної адміністрації, зокрема на місцевому рівні, змогла стати повноправним членом Європейського Союзу, і на сьогодні залучає чималі кошти унійних фондів на розвиток своїх регіонів.

До питання організації та діяльності місцевих органів виконавчої влади зверталися багато вчених, серед яких В. Б. Авер'янов, Ю. П. Битяк, М. М. Потіп, С. Г. Сербогіна та ін. Проте, незважаючи на чималу заінтересованість даною проблематикою, сьогодні відсутні науково-аналітичні дослідження напрямів реформування місцевих органів виконавчої влади з огляду на проектні пропозиції до Конституції України та існуючий досвід зарубіжних держав.

Тому **метою** даної статті є порівняльно-правовий аналіз функціонування місцевих органів виконавчої влади в Україні та Польщі. Мета реалізується через розв'язання наступних завдань:

- виявлення певних етапів нормативно-правового регулювання місцевих органів виконавчої влади в Україні та їх характеристика;
- виокремлення основних недоліків існуючої моделі місцевих органів виконавчої влади;
- компаративне дослідження основ правового статусу воєводи в Республіці Польща та префекта в Україні.

Розв'язання поставлених завдань допоможе виявити прогалини у правовому регулюванні досліджуваного інституту в Україні та сформулювати пропозиції щодо їх усунення, використовуючи позитивний досвід Польщі.

Формування системи місцевих державних адміністрацій як репрезентанта держави на місцевому рівні тісно взаємопов'язане зі становленням та розвитком органів місцевого самоврядування. Фактично про останні до часу проголошення незалежності не йшлося. Так, згідно із Законом УРСР від 7 грудня 1990 р. «Про місцеві Ради народних депутатів та місцеве і регіональне самоврядування» місцеві Ради народних депутатів визнавалися «державними органами місцевого самоврядування», що свідчить про державницький підхід до формування місцевого самоврядування².

Першим кроком на шляху до відмежування цих елементів публічної адміністрації стало прийняття у 1992 р. Закону України «Про Представника Президента України». Відповідно до положень цього закону Представник Президента визнавався найвищою посадовою особою державної виконавчої влади – главою місцевої державної адміністрації в області, містах Києві, Севастополі, районі, районі міста Києва та Севастополя³. Новоутворені місцеві державні адміністрації формувалися на базі виконавчих комітетів відповідних Рад народних депутатів, їх відділів, управлінь та інших структурних підрозділів, у зв'язку з чим діяльність останніх припинялася. Місцева державна адміністрація визнавалася правонаступником цих виконавчих органів щодо прийнятих ними рішень, узятих зобов'язань та покладених на них законодавством обов'язків у тій їх частині, яка не суперечила Закону України «Про Представника Президента України» та Закону України «Про місцеві Ради народних депутатів та місцеве і регіональне самоврядування»⁴.

Законом України «Про формування місцевих органів влади і самоврядування» в редакції від 3 лютого 1994 р. встановлювалося, що обласні, районні, Київська і Севастопольська міські Ради, будучи органами місцевого самоврядування, одночасно виконують функції органів державної влади. Після виборів депутатів, голів сільських, селищних, міських, районних і обласних Рад та формування виконавчих органів Рад Закон України «Про Представника Президента» мав втратити чинність. У редакції Закону від 2 липня 1994 р. зникло формулювання про обласні, районні, Київську і Севастопольську міські Ради як органи державної влади,

проте закріплено, що повноваження обласних, Київської і Севастопольської міських, районних, районних у містах Києві і Севастополі місцевих державних адміністрацій, передбачені цим Законом, повинні передаватися головам і виконавчим комітетам відповідних Рад. Тобто, цим нормативним актом реалізація повноважень держави на місцях передавалася органам самоврядування на регіональному та субрегіональному рівнях, що свідчить про високий рівень децентралізації влади⁵.

Конституційним договором 1995 р. між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України державні адміністрації визнавалися органами державної виконавчої влади в областях, містах Києві та Севастополі і районах. Їх головами Президент призначав осіб, обраних головами відповідних обласних, Київської та Севастопольської міських і районних Рад, які у здійсненні повноважень органів місцевої державної влади підпорядковувалися вищим органам державної виконавчої влади⁶.

Остаточне організаційне розмежування самоврядних і державних структур відбулося із прийняттям Конституції України 1996 року. У ст. 118 Основного Закону закріплено, що виконавчу владу в областях і районах, містах Києві та Севастополі здійснюють місцеві державні адміністрації, які підзвітні і підконтрольні органам виконавчої влади вищого рівня. Голови місцевих державних адміністрацій призначаються на посаду і звільняються з посади Президентом України за поданням Кабінету Міністрів України⁷.

Конкретизація регламентації статусу місцевих державних адміністрацій відбулася у 1999 р. з прийняттям Закону України «Про місцеві державні адміністрації», який визначив порядок їх організації, компетенцію та функціонування⁸.

Закон УРСР «Про місцеві Ради народних депутатів та місцеве і регіональне самоврядування» від 7 грудня 1990 р.	Сільські, селищні, районні, міські, районні в містах, обласні Ради народних депутатів та їх органи визнавалися державними органами місцевого самоврядування
Закон України «Про Представника Президента України» від 5 березня 1992 р.	Представник Президента визнавався найвищою посадовою особою державної виконавчої влади – главою місцевої державної адміністрації відповідно в області, містах Києві, Севастополі, районі, районі міста Києва та Севастополя
Указ Президента України «Про Положення про місцеву державну адміністрацію» від 14 квітня 1992 р.	Місцева державна адміністрація (далі – МДА) визнавалася системою органів державної виконавчої влади , які утворювалися відповідним Представником Президента України або входили до складу адміністрації за принципом подвійного підпорядкування. МДА підпорядковувалися Президентові України, а також Кабінету Міністрів України з питань, що належать до його компетенції. МДА областей, м. Києва і Севастополя, районів, районів м. Києва формувалися на базі виконавчих комітетів відповідних Рад народних депутатів, їх відділів, управлінь та інших структурних підрозділів. Місцева державна адміністрація визнавалася правонаступником цих виконавчих органів. Діяльність останніх припинялася.
Закон України «Про формування місцевих органів влади і самоврядування» від 3 лютого 1994 р.	На обласні, районні, Київську і Севастопольську міські Ради покладалося виконання функцій органів державної влади . Після обрання депутатів, голів цих рад та формування виконавчих комітетів повноваження місцевих державних адміністрацій мали бути передані головам та виконавчим комітетам відповідних рад.
Конституційний договір від 8 червня 1995 р.	МДА визнавалася органом державної виконавчої влади в областях, містах Києві та Севастополі і районах. Їх головами Президент України призначав осіб, обраних головами відповідно обласних, Київської та Севастопольської міських і районних рад.
Конституція України від 28 червня 1996 р.	Виконання повноважень виконавчої влади в областях і районах, містах Києві та Севастополі покладено на МДА . Голови останніх призначаються Президентом України за поданням Кабінету Міністрів України.

Отже, протягом двох десятиріч інститут місцевих органів виконавчої влади зазнав значних трансформацій – як структурних, так і функціональних. Відповідно до чинного законодавства представником виконавчої влади на місцях визнається орган, а не конкретна особа. Голова місцевої адміністрації є державним службовцем, посадовою особою такого органу.

Повертаючись до децентралізації як мети та засади прийняття відповідних змін до Конституції України, важливим є визначення компетенції місцевих органів публічної адміністрації. На думку М. Баймуратова, децентралізація є, по суті, політичною ідеєю, яка означає, що субнаціональні органи влади отримують певну політичну автономію разом із новими функціями й ресурсами, що зумовлює настання відповідної економічної автономії⁹. Власне, за обсягом та сферою повноважень останніх можемо робити висновки про децентралізацію чи деконцентрацію повноважень у системі публічної адміністрації.

Сьогодні компетенцію місцевих державних адміністрацій становлять власні повноваження останніх, як представників державної виконавчої влади, а також повноваження, делеговані відповідними районними та обласними радами. Вказана формула: власні + делеговані повноваження, не є чимось новим, нетиповим чи негативним. Навпаки, делегування може використовуватися як швидкий, ефективний механізм субсидіарного розподілу повноважень між органами публічної адміністрації. Проте в конкретній ситуації виконання місцевими державними адміністраціями делегованих повноважень районних, обласних рад маємо справу із способом централізації влади. Про це свідчить зокрема:

- відсутність у районних та обласних рад власних виконавчих органів;
- імперативне законодавче (а не диспозитивне договірне) закріплення чималого обсягу повноважень відповідних рад за місцевими державними адміністраціями¹⁰;
- відсутність механізмів відкликання таких повноважень у разі їх невиконання чи неналежного виконання.

Як зазначає Ю. Шемшученко, цим радам надано достатньо повноважень, які не можуть бути реалізовані априорі, бо в рад немає виконавчих комітетів, у зв'язку з чим вони делегують ці повноваження відповідним районним та обласним державним адміністраціям. Запровадження принципу такого перехресного делегування повноважень, на думку вченого, не має аналогів у цивілізованому світі, адже в класичних формах місцевого самоврядування згідно із законом отримує повноваження від держави й не може бути зворотного делегування¹¹.

Отже, відповідно до чинних законодавчих норм ради районного та обласного рівнів не мають правових підстав для того, щоб не передавати частину своїх повноважень місцевим органам виконавчої влади. Також у них відсутні будь-які повноправні структури для виконання власної компетенції. Така невиправдано широка компетенція держави на місцях свідчить про централізованість влади та дискредитує місцеве самоврядування як дієвий правовий інститут.

Для реалізації чималого обсягу повноважень необхідний дієздатний апарат. З цією метою у місцевих державних адміністраціях утворюються структурні підрозділи, для яких характерним є подвійна підлеглисть, а саме: підпорядкування голові адміністрації та підзвітність і підконтрольність відповідним міністерствам, іншим центральним органам виконавчої влади. Відповідно, керівники таких підрозділів призначаються на посади головою місцевої адміністрації за погодженням з міністерствами, іншими центральними органами виконавчої влади. У межах своєї компетенції голови місцевих держадміністрацій координують діяльність територіальних органів міністерств та інших центральних органів виконавчої влади (далі – ЦОВВ) і сприяють їм у розв'язанні покладених на ці органи завдань.

На підставі зазначеного можемо стверджувати, що сьогодні організація місцевих органів публічної адміністрації проведена на основі засади деконцентрації, а не децентралізації. На противагу існуючій системі проектом змін до Конституції України утворюються виконавчі комітети районних та обласних рад, а це, в свою чергу, свідчить про зменшення обсягу повноважень в місцевих органах виконавчої влади (хоча про реальну спроможність до ефективного адміністрування цими органами зможемо говорити після детального аналізу компетенційних норм оновленого законодавчого акта про місцеве самоврядування).

Щодо досліджуваного в межах цієї розвідки інституту місцевих органів виконавчої влади, то у проекті змін до Конституції України ст. 118 запропоновано викласти у наступній редакції: «Виконавчу владу в районах і областях, у Києві та Севастополі здійснюють префекти». Проте порядок призначення останніх нічим не відрізняється від процедури призначення голів держадміністрації, а саме Президентом України за поданням Кабінету Міністрів України¹². Норма про відповідальність префекта лише перед Президентом та підзвітність і підконтрольність Кабінетові Міністрів України свідчить про вагомий важелі впливу глави держави на майбутнього представника виконавчої влади на місцях.

Основу компетенції префектів мають становити нагляд за правомірністю функціонування органів місцевого самоврядування та координація діяльності територіальних органів центральних органів виконавчої влади. Таке формулювання основних напрямів роботи вважаємо доволі вдалим, адже представник урядової адміністрації повинен здійснювати саме «нагляд», а не «контроль» над одиницями самоврядування. Також своєю діяльністю він не повинен підміняти функції територіальних органів ЦОВВ, а лише спрямовувати і координувати їх діяльність.

Певну паралель можемо провести щодо воєводи як урядового представника в адміністративно-територіальних одиницях Республіки Польща. Упродовж останніх десятиліть цей інститут зазнав деяких трансформацій. Зокрема, після реформи 1999 р. було укрупнено адміністративно-територіальний поділ держави та сформовано із сорока дев'яти шістнадцять воєводств, які діють і сьогодні. Законом про воєводу та урядову адміністрацію у воєводстві від 23 січня 2009 р. (*Ustawa z dnia 23 stycznia 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie*) визначено основні функції та сфери відання, на підставі яких можна твердити, що воєвода є територіальним органом урядової адміністрації із загальною компетенцією¹³.

Відповідно до польського законодавства воєводу призначає та звільняє голова Ради Міністрів (уряду) за поданням міністра, компетентного у справах публічної адміністрації (сьогодні це – міністр адміністрації і цифризації). Тобто, вже із самого порядку призначення можна говорити про чітку належність цього органу до системи виконавчої влади. Законом від 23 січня 2009 р. за воєводу закріплено статус представника Ради Міністрів у воєводстві; окрім цього, він визнається органом та очільником об'єднаної урядової адміністрації у воєводстві, а також наглядовим органом за законністю діяльності одиниць територіального самоврядування.

Реалізуючи компетенцію представника уряду у воєводстві, воєвода відповідає за виконання політики Ради Міністрів на підвідомчій йому території; забезпечує взаємодію всіх органів публічної адміністрації у випадку надзвичайних ситуацій і може давати доручення у цій сфері; відповідає за протипаводковий захист воєводства; має право вимагати від органів урядової адміністрації, які діють у воєводстві, поточну інформацію та пояснення, а також ознайомлюватися із справами, які вони ведуть; може призупинити адміністративні стягнення; репрезентує Раду Міністрів на державних урочистостях.

Воєвода, як очільник об'єднаної урядової адміністрації, керує нею, координує, контролює її діяльність; забезпечує умови для ефективного функціонування; несе відповідальність за результати такої діяльності. Важливим засобом впливу воєводи вважаємо той факт, що бюджет об'єднаних одиниць є частиною бюджету воєводи.

Діяльність структур необ'єднаної адміністрації будується на принципі централізації. Тому їх співпраця із воєводою полягає лише у погодженні проектів локальних нормативних актів, що ними видаються, а також наданні річних звітів про їх діяльність¹⁴.

Порівняння правового статусу префекта та воєводи

	ПРЕФЕКТ	ВОЄВОДА
Статус	державний службовець	орган
Суб'єкт призна-чення / звільнення	Президент України за поданням Кабінету Міністрів України	голова Ради Міністрів (уряду) за поданням міністра, компетентного у справах публічної адміністрації
Основні функції	1) здійснення нагляду за додержанням Конституції і законів України органами місцевого самоврядування; 2) координація діяльності територіальних органів центральних органів виконавчої влади та здійснення нагляду за додержанням ними Конституції і законів України; 3) забезпечення виконання державних програм; 4) спрямування і організація діяльності територіальних органів центральних органів виконавчої влади та забезпечення їх взаємодії з органами місцевого самоврядування в умовах воєнного або надзвичайного стану, надзвичайної екологічної ситуації; 5) здійснення інших повноважень, визначених Конституцією та законами України.	1) функція представника Ради Міністрів у воєводстві; 2) функція очільника об'єднаної урядової адміністрації у воєводстві; 3) функція органу об'єднаної урядової адміністрації у воєводстві; 4) функція наглядового органу за діяльністю одиниць територіального самоврядування та їх об'єднань на підставі законності; 5) функція органу урядової адміністрації у воєводстві, до компетенції якого належать усі справи з області урядової адміністрації у воєводстві, не віднесені в окремих законах до компетенції інших органів цієї адміністрації; 6) функція представника Державного Казначейства; 7) функція органу вищого рівня в розумінні Адміністративно-процедурного кодексу.
Режими взаємоді-носин із вищестоя-щими органами	відповідальний перед Президентом України, підзвітний та підконтрольний Кабінетові Міністрів України	глава уряду керує та здійснює нагляд за діяльністю воєводи з позиції згідності її з політикою Ради Міністрів; міністр, компетентний у справах публічної адміністрації, наглядає за законністю, якістю та економічністю діяльності воєводи
Територіальні межі компетенції	Область / район / міста Київ та Севастополь	воєводство

Як бачимо, попри єдину мету функціонування – представництво та реалізацію виконавчої влади у відповідному регіоні, правовий статус польського воєводи та українських голови держадміністрації, а також майбутнього префекта різняться між собою. Звісно, сьогодні можемо аналізувати лише конституційні засади формування інституту префекта, які, сподіваємося, будуть детально розкриті в окремому законі. Проте вже із цих проектних пропозицій вбачається раціональний розподіл функцій публічного адміністрування на місцях. Вважаємо обґрунтованим і таким, що відповідає практиці європейських держав, зокрема Польщі, закріплення за префектом координаційних функцій щодо територіальних органів ЦООВ, а також наглядових повноважень щодо органів місцевого самоврядування. Водночас ставимо під сумнів доцільність залучення Президента до процедури призначення та відкликання префекта, адже така компетенція є вагомим важелем впливу на виконавчу владу. Також неспірним є функціонування префектів на рівні району, оскільки це може призвести до подвійного (префектом області та району) підпорядкування територіальних представництв ЦООВ та подвійного нагляду над органами місцевого самоврядування. Проте цієї проблеми можна уникнути шляхом чіткого законодавчого розмежування компетенції префектів різного рівня.

Отже, на підставі проведеної аналізу та порівняння організації й функціонування нині діючих місцевих державних адміністрацій, майбутніх префектів і польських воєвод робимо наступні висновки.

1. Упродовж 24 років українська система місцевих органів публічної адміністрації зазнала частих трансформацій, проте на сьогодні так і не позбулась надмірної централізованості та нечіткого розмежування повноважень, що свідчить про необхідність невідкладного її реформування.

2. Правове регулювання інституту місцевих органів виконавчої влади в Україні можна розподілити на такі етапи: I – централізована модель (1990–1992 рр.); II – часткова децентралізація, розподіл функцій місцевого адміністрування між самоврядними та державними органами (1992–1994 рр.); III – широка децентралізація (1994–1995 рр.); IV – згорання децентралізації (1995–1996 рр.); V – закріплення двовладдя на місцях (місцевих державних адміністрацій із значними повноваженнями та органів місцевого самоврядування) (1996 р. – до сьогодні).

3. Усякі правові перетворення повинні здійснюватися на основі наукових напрацювань та з урахуванням позитивного досвіду розвинених правових систем.

4. Територіальна організація польської публічної адміністрації близька до вітчизняної, а успішний досвід функціонування інституту воєводи може братись за основу при реформуванні відповідних органів в Україні.

5. Запропоновані зміни до Основного Закону, що встановлюють основи правового статусу префекта в цілому, є позитивним способом децентралізації влади, проте не позбавлені недоліків, таких як існування даного інституту не тільки на рівні області, а й району, а також подвійне підпорядкування як президенту, так і уряду.

6. З метою подолання централізації влади та задля встановлення чітких та дієвих механізмів співпраці префекта з територіальними органами ЦОВВ, а також органами місцевого самоврядування, необхідно закріпити конкретний перелік його координаційних і наглядових повноважень та відповідальності у випадку невиконання чи неналежного виконання компетенції.

¹ Проект Закону про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=2217%E0&skl=9

² Про місцеві Ради народних депутатів та місцеве і регіональне самоврядування : Закон УРСР від 7 грудня 1990 р. № 533-XII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/533-12/ed19901207>

³ Про Представника Президента України : Закон України від 5 березня 1992 р. № 2167-XII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2167-12/ed19920305>

⁴ Про Положення про місцеву державну адміністрацію : Указ Президента України від 14 квітня 1992 р. № 252 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/252/92/ed19920414>

⁵ Про формування місцевих органів влади і самоврядування : Закон України від 3 лютого 1994 р. № 3917-XII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3917-12>

⁶ Конституційний договір між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України від 8 червня 1995 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1%D0%BA/95-%D0%B2%D1%80/ed19950608>

⁷ Конституція України від 28 червня 1996 року, зі змінами : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96-%E2%F0>

⁸ Про місцеві державні адміністрації : Закон України від 9 квітня 1999 р. № 586-XIV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/586-14>

⁹ Баймуратов М. Децентралізація та компетенція місцевого самоврядування в Україні / М. Баймуратов // Віче. – 2015. – № 12. – С. 17.

¹⁰ Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21 квітня 1997 р. № 280/97-ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80>

¹¹ Шемшученко Ю. Концептуальні проблеми регіональної політики і децентралізації влади в Україні в контексті євроінтеграційних процесів / Ю. Шемшученко // Віче. – 2015. – № 12. – С. 5.

¹² Проект Закону про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=2217%E0&skl=9

¹³ Jan Zimmermann. Prawo administracyjne [Text] / Jan Zimmermann / Warszawa 2014. 6. wyd., Wolters Kluwer SA 2014 – S. 202.

¹⁴ Ustawa z dnia 23 stycznia 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20090310206>

Резюме

Терещук О. А. Місцеві органи виконавчої влади: реформування в Україні і досвід Польщі.

Статтю присвячено питанню місцевих органів виконавчої влади, а саме дослідженню їх становлення в Україні та компаративного аналізу із суміжним інститутом в Польщі. Досліджено джерела нормативно-правового регулювання та визначено основні етапи розвитку системи місцевих органів виконавчої влади, починаючи від здобуття незалежності й до сьогодні. Виокремлено недоліки діючих місцевих державних адміністрацій. Проаналізовано ключові елементи правового статусу префектів, закріплені у проекті змін до Конституції України. Досліджено засади нормативного регулювання організації та діяльності воєводи у Польщі. Висунуто власні пропозиції щодо формування інституту префекта в Україні.

Ключові слова: децентралізація, воєвода, місцева державна адміністрація, місцеві органи виконавчої влади, префект.

Резюме

Терещук О. А. Местные органы исполнительной власти: реформирование в Украине и опыт Польши.

Статья посвящена вопросу местных органов исполнительной власти, а именно исследованию их становления в Украине и сравнительного анализа с институтом воеводы в Польше. Исследованы источники нормативно-правового регулирования и определены основные этапы развития системы местных органов исполнительной власти, начиная от обретения независимости и до этого времени. Выделены недостатки действующих местных государственных администраций. Проанализированы ключевые элементы правового статуса префектов, закрепленные в проекте изменений к Конституции Украины. Исследованы основы нормативного регулирования организации и деятельности воеводы в Польше. Выдвинуто собственные предложения по формированию института префекта в Украине.

Ключевые слова: децентрализация, воевода, местная государственная администрация, местные органы исполнительной власти, префект.

Summary

Tereshchuk O. Local authorities: reforms in Ukraine and Polish experience.

The article is dedicated to the question regarding the local authorities, mainly the research of their formation in Ukraine and comparative analysis with the similar institution in Poland. Analyzed database of legal regulation and the main stages of development of local authorities starting from independence until today. Highlighted the existing shortcomings of local state administrations. Investigated key elements of regulatory organization and activities of voivode in Poland. The author suggested own proposals for the modelling of the prefect institute in Ukraine.

Key words: decentralization, the voivode, the local state administration, local authorities, the prefect.

УДК 342.9 (477)

Є. В. УСТИМЕНКО

Євген Вікторович Устименко, здобувач Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна

СИСТЕМАТИЗАЦІЯ ЗАХОДІВ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРИПИНЕННЯ

Однією із проблем сучасного адміністративного права, а особливо тієї його частини, що присвячена адміністративно-юрисдикційній діяльності, є систематизація знань про заходи адміністративного примусу. Власне, сама тема адміністративного примусу вважається досить добре дослідженою, що підтверджується величезною кількістю наукових праць. Однак проблеми адміністративно-юрисдикційної діяльності досліджуються переважно в контексті адміністративної відповідальності та провадження у справах про адміністративні правопорушення. Водночас поза увагою дослідників залишається велика кількість заходів адміністративного примусу, які розташовані поза межами Кодексу України про адміністративні правопорушення, і насамперед це стосується заходів адміністративного припинення. Хоча на сьогодні існує кілька десятків законів, які передбачають застосування найрізноманітніших заходів адміністративного припинення.

Сама природа заходів адміністративного припинення досить добре описана у літературі, зокрема у працях Т. О. Коломоєць, В. К. Колпакова, А. Т. Комзюка, Н. В. Хорошак та інших. Практично в кожному підручнику чи навчальному посібнику з адміністративного права можна знайти характеристику відповідних заходів, але без урахування значного масиву актів адміністративного законодавства і особливо тих, що створені в останні роки. До того ж, уявлення про спектр та природу заходів адміністративного припинення є доволі неповними.

Отже, метою даної статті є спроба систематизації заходів адміністративного припинення, що містяться в актах чинного адміністративного законодавства.

Враховуючи беззаперечну адміністративно-примусову природу досліджуваного явища, спочатку звернемося до поглядів на природу та види адміністративного примусу, які склалися у науці адміністративного права.

На думку сучасних дослідників, адміністративний примус – це діяльність уповноважених державних органів (виконавчої влади, судів), а при делегуванні відповідних повноважень – і громадських об'єднань, щодо офіційного застосування стосовно фізичних і юридичних осіб, незалежно від їх волі та бажання, заходів у вигляді моральних, особистих, майнових, організаційних обмежень прав, свобод, законних інтересів задля профілактики, припинення протиправних діянь (адміністративних правопорушень, злочинів), притягнення винних осіб до відповідальності, попередження й ліквідації надзвичайних обставин¹.

Різнноманітність існуючих форм адміністративного примусу обумовлює й різнноманітні підходи до їх класифікації за різними критеріями. Панівною в науці адміністративного права протягом тривалого часу була класифікація, запропонована М. І. Єропкиним, яка у подальшому дістала розвиток у працях багатьох

дослідників. Відповідно до цієї класифікації за цільовим призначенням адміністративно-примусові заходи поділяються на:

- адміністративно-попереджувальні заходи;
- заходи адміністративного припинення;
- заходи адміністративного стягнення².

Як зазначає Т. О. Коломоєць, адміністративно-попереджувальні заходи – це заходи профілактичного (запобіжного) характеру, що спрямовані на попередження правопорушень, забезпечення правопорядку в економічній сфері, боротьбу зі стихійним лихом, епідеміями та епізоотіями, а також на запобігання та ліквідацію негативних наслідків під час інших надзвичайних подій (перевірка документів, різні види огляду, обмеження руху транспорту, пішоходів тощо).

Заходи адміністративного припинення слід розглядати як різновид примусових заходів, які застосовуються уповноваженими на те органами чи особами у передбачених законом випадках і в установленому порядку з метою примусового припинення правопорушень у сфері підприємницької діяльності, усунення їх шкідливих наслідків та забезпечення умов для притягнення до відповідальності правопорушників (доставлення правопорушника, адміністративне затримання особи, тимчасове припинення певних робіт тощо).

Деякі заходи адміністративного примусу в окремих випадках можуть застосовуватися одночасно і як адміністративно-запобіжні, і як заходи адміністративного припинення, тобто можуть мати двояке призначення, проміжний характер (різні види огляду, анулювання дозволів і вилучення зброї в окремих осіб, що зловживають спиртними напоями, примусове лікування, тимчасове відсторонення від роботи тощо). Критерієм розмежування та визначення характеру того чи іншого заходу в окремих випадках має здебільшого бути мета його застосування та факт наявності чи відсутності протиправних дій з боку окремих осіб – суб'єктів підприємницької діяльності.

Адміністративні стягнення – це матеріалізований вияв адміністративної відповідальності, негативний правовий наслідок закінченої неправомірної поведінки особи у сфері підприємницької діяльності у вигляді певних несприятливих заходів морального, матеріального та фізичного впливу³.

Що стосується видів заходів адміністративного припинення, то, як зазначає Н. В. Хорошак, заходи адміністративного припинення поділяють на кілька груп:

- заходи, що застосовуються безпосередньо до правопорушника – вимога припинити протиправне діяння, адміністративне затримання, доставляння в органи внутрішніх справ;
- заходи майнового характеру – вилучення вогнепальної зброї, знесення самовільних будівель тощо;
- заходи технічного характеру – заборона експлуатації несправного транспортного засобу, призупинення роботи підприємства внаслідок порушення правил техніки безпеки, правил пожежної безпеки тощо;
- заходи фінансового характеру;
- заходи медико-санітарного характеру – відсторонення від роботи інфекційних хворих, заборона експлуатації підприємств торгівлі та громадського харчування внаслідок неналежного санітарного стану;
- заходи, пов'язані з дією ліцензійно-дозвільної системи – відмова у видачі ліцензії на той чи інший вид діяльності, який потребує ліцензування, призупинення ліцензії;
- заходи спеціального або виключного призначення – застосування зброї, спеціальних хімічних речовин тощо⁴.

На нашу думку, наведена класифікація не зовсім точна. По-перше, такий захід, як відмова у видачі ліцензії на той чи інший вид діяльності, який потребує ліцензування, навряд чи взагалі є заходом адміністративного припинення, оскільки жодним чином не пов'язаний із вчиненням будь-якого правопорушення. По-друге, не можна вважати заборону експлуатації підприємств торгівлі та громадського харчування внаслідок неналежного санітарного стану заходом адміністративного припинення медико-санітарного характеру, оскільки тут увагу сконцентровано не на характері заходу, а на характері підстав його застосування. По-третє, в даному випадку не простежується єдиний критерій для класифікації заходів адміністративного примусу.

Як вважає А. Т. Комзюк, заходи адміністративного припинення можна поділити за характером сфери застосування на заходи загального і спеціального призначення, а перші, залежності від мети застосування, ще й на самостійні (оперативні) і допоміжні⁵. Ця класифікація також, на нашу думку, є не зовсім інформативною, оскільки не вказує на характерні риси заходів адміністративного припинення.

Уявляється, що до класифікації заходів адміністративного припинення слід підходити з дещо інших позицій. Передусім слід поділити їх на такі, що мають характер санкцій, і такі, що не мають характеру санкцій.

До таких, що не мають характеру санкцій, слід відносити усі заходи, що застосовуються стосовно фізичних осіб, діяльність щодо їх застосування не потребує процесуальної форми та документального оформлення рішення про застосування.

Прикладами заходів адміністративного припинення, що не мають характеру санкцій, є доставлення та адміністративне затримання за КУпАП, застосування зброї та спеціальних засобів тощо. Можна звичайно заперечити, що адміністративне затримання особи відповідно до КУпАП оформляється документально через складання протоколу про адміністративне затримання. Але слід звернути увагу на те, що припинення як дія відбувається при адміністративному затриманні до складання протоколу. Подальше тримання ж особи у статусі адміністративно затриманого в органі внутрішніх справ має характер не припинення, а забезпечення провадження у справі про адміністративне правопорушення відносно такої особи.

Крім того, варто зазначити, що наведені вище приклади заходів адміністративного припинення не є актами правозастосування.

У свою чергу, до тих, що мають характер санкцій, слід віднести такі заходи адміністративного припинення, які мають тривалий у часі характер та здійснюються із дотриманням процесуальної форми і супроводжуються прийняттям уповноваженим органом рішення про їх застосування у документальній формі.

Прикладів таких заходів дуже багато. Одними із яскраво виражених заходів адміністративного припинення є заходи, передбачені Законом України «Про правовий режим воєнного стану»⁶. Специфічний режим відносин, який встановлюється у зв'язку із запровадженням у країні воєнного стану, обумовлює наділення відповідних державних органів повноваженнями щодо підтримання правопорядку в умовах такого стану. Так, наприклад, відповідно до ст. 8 згаданого закону в Україні або в окремих її місцевостях, де введено воєнний стан, військове командування разом із військовими адміністраціями (у разі їх утворення) можуть самостійно або із залученням органів виконавчої влади, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування запроваджувати та здійснювати в межах тимчасових обмежень конституційних прав і свобод людини і громадянина, а також прав і законних інтересів юридичних осіб, передбачених указом Президента України про введення воєнного стану, такі заходи правового режиму воєнного стану, серед яких є право у разі порушення вимог або невиконання заходів правового режиму воєнного стану вилучати у підприємств, установ і організацій усіх форм власності, окремих громадян телекомунікаційне обладнання, телевізійну, відео- і аудіоапаратуру, комп'ютери, а також у разі потреби – інші технічні засоби зв'язку.

У даному випадку йдеться не про конфіскацію зазначеного обладнання, а про тимчасове обмеження у можливості його використання за умови порушення його власниками у разі порушення вимог або невиконання заходів правового режиму воєнного стану. Крім того, у цій статті прямо наголошено на тимчасовості відповідних заходів.

Згідно зі ст. 15 Закону України «Про виключну (морську) економічну зону України»⁷ морські наукові дослідження у виключній (морській) економічній зоні, які проводяться з порушенням вимог ст. ст. 13 і 14 цього Закону, можуть бути тимчасово заборонені (зупинені) спеціально уповноваженими органами України. Рішення про тимчасову заборону (зупинення) може бути скасовано цими органами, а дослідження продовжено, як тільки інша держава, її юридична чи фізична особа або міжнародна організація, що здійснює дослідження, усуне порушення та дасть гарантію стосовно дотримання встановленого цим Законом порядку.

У наведеному прикладі також йдеться про тимчасове обмеження діяльності, яка проводиться із порушеннями вимог даного закону.

Прикладом описаної ситуації є й Закон України «Про державний ринковий нагляд»⁸. Відповідно до ст. 22 цього закону одним із видів заходів ринкового нагляду є обмежувальні (корегувальні) заходи, що включають: а) обмеження надання продукції на ринку; б) заборону надання продукції на ринку; в) вилучення продукції з обігу; г) відкликання продукції. Вже із самих назв наведених заходів випливає, що частина з них можуть бути застосовані як санкції, але для уточнення цього твердження слід звернути увагу на підстави застосування таких заходів.

Відповідно до ст. 30 цього закону, обмеження надання продукції на ринку здійснюються шляхом:

- 1) приведення продукції у відповідність із встановленими вимогами (згідно з частинами першою і третьою статті 29 цього Закону);
- 2) тимчасової заборони надання продукції на ринку.

Приведення продукції у відповідність із встановленими вимогами здійснюється за місцем проживання (місцезнаходженням) споживачів (користувачів) або за місцезнаходженням розповсюджувачів, виробників (імпортерів) чи підприємств, що здійснюють технічне обслуговування та ремонт продукції, а також в інших місцях, у яких можливо здійснити таке приведення. Приведення продукції у відповідність із встановленими вимогами здійснюється за рахунок суб'єкта господарювання, внаслідок дій чи бездіяльності якого продукція стала такою, що не відповідає встановленим вимогам.

На перший погляд складається враження, що приведення продукції у відповідність із встановленими вимогами взагалі не є санкцією, оскільки реалізується самим суб'єктом господарювання, але все стає на свої місця з урахуванням частини п'ятої даної статті, присвяченої тимчасовій забороні надання продукції на ринку.

Відповідно до цієї норми, тимчасова заборона надання продукції на ринку застосовується органами ринкового нагляду у разі прийняття ними рішення про:

- 1) відбір зразків продукції для проведення їх експертизи (випробування) – на строк проведення експертизи (випробування);
- 2) приведення продукції у відповідність із встановленими вимогами – на строк дії відповідного обмеження.

Тимчасова заборона надання продукції на ринку запроваджується одночасно з прийняттям рішень, зазначених у цій частині.

Тобто, фактично тимчасова заборона надання продукції на ринку виступає як санкція разом із приведення продукції у відповідність із встановленими вимогами і діє вона до моменту такого приведення. У свою чергу, невідповідність продукції вимогам і є тим порушенням, на припинення якого спрямована ця санкція. Водночас важливим моментом тут є те, що захід такого самого змісту виступає як захід попередження у разі відбору зразків продукції для проведення їх експертизи (випробування).

У рамках заходів адміністративного припинення, що мають характер санкцій, можна виділити декілька їх видів залежно від характеру впливу, який вони здійснюють. Зокрема, можна виділити санкції, які обмежують діяльність та санкції, що зупиняють її.

Разом із тим можна виділити виключно припинювальні санкції та санкції, які мають подвійне призначення залежно від підстав їх застосування. Якщо підставою застосування відповідних заходів законом визнані тільки правопорушення, такі заходи є виключно припинювальними. Якщо підставою застосування заходу можуть бути і правопорушення, і ризик їх вчинення, такі заходи вважаються припинювальними заходами подвійного призначення.

За змістом заходи адміністративного припинення, що мають характер санкцій, можуть бути заходами майнового характеру чи заходами організаційного характеру. Якщо захід припинення полягає у тимчасовому вилученні у особи певного майна, як це передбачено Законом України «Про правовий режим воєнного стану», це є заходом припинення майнового характеру. Якщо захід припинення спрямований на обмеження чи зупинення діяльності певного виду – організаційного характеру.

З урахуванням викладеного можна стверджувати, що перспективним напрямом подальших наукових пошуків може бути дослідження природи санкцій припинювального характеру, зокрема з точки зору забезпечення їх реалізації, а також процесуальної форми застосування.

¹ Коломоєць Т. О. Адміністративний примус у законодавстві України: деякі недоліки закріплення та можливі шляхи усунення / Т. О. Коломоєць // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 5. – С. 62–66. – С. 65.

² Коломоєць Т. О. Класифікація заходів адміністративно-правового примусу / Т. О. Коломоєць // Право України. – 2003. – № 2. – С. 105–110. – С. 107.

³ Коломоєць Т. О. Адміністративний примус у сфері підприємницької діяльності в Україні: сучасний теоретичний погляд / Т. О. Коломоєць // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 9. – С. 74–77. – С. 76–77.

⁴ Хорошак Н. В. Адміністративні стягнення за законодавством України: моногр. / Н. В. Хорошак. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2004. – 172 с. – С. 30–31.

⁵ Адміністративне право України. Академічний курс: підруч.: у 2-х т. / ред. колегія: В. Б. Авер'янов (голова). – К.: Вид-во «Юрид. думка», 2004. – Т. 1: Загальна частина. – 2004. – 584 с.

⁶ Про правовий режим воєнного стану: Закон України від 12 травня 2015 р. № 389-VIII.

⁷ Про виключну (морську) економічну зону України: Закон України від 16 травня 1995 р. № 162/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 21. – Ст. 152.

⁸ Про державний ринковий нагляд і контроль нехарчової продукції: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2735-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 21. – С. 1112. – Ст. 144.

Резюме

Устименко Є. В. Систематизація заходів адміністративного припинення.

Статтю присвячено аналізу існуючих у чинному законодавстві заходів адміністративного припинення та їх систематизації. Запропоновано поділ заходів адміністративного припинення на такі, що мають характер адміністративних санкцій та такі, що не мають такого характеру. Сформульовано низку характерних ознак обох видів заходів та запропоновано класифікацію заходів адміністративного припинення, що мають характер санкцій.

Ключові слова: адміністративне припинення, адміністративний примус, адміністративні санкції; застосування адміністративних санкцій.

Резюме

Устименко Е. В. Систематизация мер административного пресечения.

Статья посвящена анализу существующих в действующем законодательстве мер административного пресечения и их систематизации. Предложено разделение мер административного пресечения на те, которые имеют характер административных санкций и те, которые не имеют такого характера. Сформулирован ряд характерных признаков обеих видов мер пресечения и предложена классификация мер административного пресечения, которые имеют характер санкций.

Ключевые слова: административное пресечение, административное принуждение, административные санкции, применение административных санкций.

Summary

Ustymenko Y. The Measures Systematization of the Administrative termination.

The article is devoted to the analysis of the effective measures of the administrative termination and their systematization. It was suggested the following differentiation of the measures of the administrative termination: the measures which have the nature of the administrative sanctions and the measures which don't have this nature. It was formulated a number of characteristic features of both types of measures and it was suggested the classification of the measures of the administrative termination, which have the nature of sanctions.

Key words: an administrative termination, an administrative coercion, administrative sanctions, application of administrative sanctions.

М. В. ШАПОЧКІНА

Марія Валеріївна Шапочкіна, аспірантка Національного університету державної податкової служби України

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРИПИНЮВАЛЬНІ САНКЦІЇ У СФЕРІ ЛІЦЕНЗУВАННЯ: ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА

Імплементация норм права Європейського союзу у сферу ліцензування є одним з пріоритетних напрямів діяльності органів виконавчої влади на виконання вимог, покладених Угодою про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, ратифікованою 16 вересня 2014 р. (№ 1678-VII). Так, ст. 104 вищезгаданої угоди передбачає, що «ліцензія видається, як тільки буде встановлено за результатами належної перевірки, що умови для отримання ліцензії були виконані». Очевидно, що невідповідність ліцензіата «ліцензійним умовам» має неминуче привести до припинення дії його ліцензії.

Способи реагування органів публічної адміністрації, що здійснюють функції контролю за дотриманням ліцензіатом ліцензійних правил та умов, різні: окремі заходи передбачають обмеження порушника в його правах, інші не мають правообмежувального характеру, деякі з них спрямовані на запобігання заподіяння шкоди іншим учасникам ринку, інші – на припинення правопорушень¹.

Окремі питання щодо застосування заходів адміністративного примусу суб'єктами владних повноважень, зокрема заходів припинення, висвітлювалися у працях науковців і практиків різних періодів: Д. Андреєва, В. Антонова, Д. Бахраха, Ю. Битяка, Є. Додіна, С. Ківалова, Л. Ковалюк, В. Колпаков, Т. Коломощенко, А. Комзюка, Ю. Козлова, Г. Остапович, Т. Мацелик, Г. Мельничук, Р. Мельника, В. Павліченко, П. Пальчук, Н. Хорошак, Л. Шестак, А. Шеваріхін, та ін. Проте лише в окремих їхніх працях заходи адміністративного припинення стосувалися сфери ліцензування.

Визначення сутнісних характеристик та особливостей санкцій припинення адміністративно-правового режиму ліцензування має не тільки теоретичне, а й практичне значення.

Таким чином, **метою** статті є аналіз важливості таких припинювальних санкцій адміністративно-правового режиму ліцензування, як анулювання ліцензії, зупинення дії ліцензії та визнання ліцензії недійсною.

Якщо характеризувати заходи адміністративного припинення у сфері ліцензування варто нагадати, що сам термін «припинення» означає переривання якої-небудь дії, процесу, стану, що триває, змушення когонебудь перестати робити щось, поводити себе відповідно до встановленого порядку².

Доктринально, застосування заходів адміністративного припинення починається, коли використання запобіжних заходів вже є неефективним, а протиправна ситуація починається або досягла певного розвитку³, вони переривають уже наявні правопорушення чи протиправні діяння, спрямовані на встановлення особи порушника, з'ясування обставин справи і можливості для подальшого застосування до порушника заходів адміністративної відповідальності⁴.

У адміністративно-правовому режимі ліцензування існують такі заходи адміністративного припинення, як зупинення, анулювання ліцензії та визнання ліцензії недійсною.

Очевидно, що анулювання ліцензії, як санкція адміністративно-правової норми ліцензування, забезпечує охорону життя та здоров'я членів суспільства та не тільки сприяє зменшенню кількості порушень ліцензійних умов, а й «ізолює» порушника ліцензійних умов від права отримати ліцензію повторно на один рік (ст. 16 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності» від 2 березня 2015 р. № 222-VIII).

Так, за даними «Результатів діяльності галузі охорони здоров'я України: 2013 рік»⁵ Міністерством охорони здоров'я у 2013 р. було проведено 233 перевірки додержання ліцензіатами «Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з медичної практики», в результаті якої 66 суб'єктам господарювання було анульовано ліцензій та видано розпорядження щодо усунення виявлених порушень 159 суб'єктам господарювання. Таким чином, як ми бачимо, лише 4 % ліцензіатів відповідали вимогам, що ставилися до даного виду ліцензованої діяльності (медична практика).

З січня по серпень 2014 р. фахівцями управління контролю за обігом та оподаткуванням підакцизних товарів ГУ Міндоходів у Волинській області анульовано 142 ліцензії на право роздрібною торгівлі алкогольними напоями та 119 ліцензій на право роздрібною торгівлі тютюновими виробами, 35 ліцензій анульовано через несплату представниками бізнесу щоквартального чергового платежу, а це – 7 % від загальної кількості діючих ліцензій⁶, у Львівській області цей відсоток становить 12 %.

Анулювання ліцензії розглядається вченими як, по-перше, захід адміністративного примусу⁷, зокрема засіб адміністративного припинення⁸, або адміністративно-припинювальний захід⁹, по-друге, як захід квазі-адміністративної відповідальності¹⁰. Г. В. Мельничук відносить анулювання ліцензії до публічно-правових

санкцій, заходів публічно-правової відповідальності¹¹, з чим не погоджується Н. М. Шевченко¹², відстоюючи думку, що будь-яка санкція є публічно-правовою, оскільки застосовується від імені держави.

Анулювання ліцензії (відповідно до ст. 239 Господарського кодексу України від 16 січня 2003 р. № 436-IV) є адміністративно-господарською санкцією та як частина адміністративно-правової норми режиму ліцензування застосовується до порушників ліцензійних правил та умов, що підтверджує відношення цієї санкції до припинювальних заходів адміністративного примусу.

Проте, виходячи з мети застосування заходів адміністративного припинення¹³ (таких як припинення протиправної діяльності, недопущення настання (усунення), шкідливих наслідків протиправної поведінки, забезпечення притягнення винних до відповідальності постає запитання, як дефініювати анулювання ліцензії за заявою ліцензіата, що бажає припинити здійснення господарської діяльності, яка підлягає ліцензуванню.

Законодавство України дає можливість виділити наступні підстави анулювання ліцензії, які можна розподілити на три категорії:

- порушення вимог законодавства щодо діяльності, яка ліцензується;
- добровільне волевиявлення ліцензіата (заява про анулювання ліцензії);
- автоматична втрата чинності ліцензії (припинення діяльності юридичної особи, смерть фізичної особи, несплата за видачу ліцензії).

Таким чином, можна дійти висновку, що до анулювання ліцензії, як заходу адміністративного припинення у сфері ліцензування, належить анулювання ліцензії, що відбулося внаслідок порушення законодавства ліцензіатом.

Анулювання ж ліцензій, що здійснюється в безспірному порядку (заява ліцензіата чи смерть фізичної особи) можна віднести до неюрисдикційних адміністративних проваджень, що виникають у ході виконавчо-розпорядчої діяльності уповноважених органів публічної адміністрації¹⁴ щодо вирішення питання про облік та фіксацію юридичних фактів шляхом закріплення їх у реєстраційних документах¹⁵ за результатами індивідуального акта в межах нормативно врегульованої процедури¹⁶.

Погоджуючись з О. Юшкевич, варто зауважити, що в даному випадку йдеться про надання адміністративних послуг органами виконавчої влади, тобто про задоволення суб'єктивного права особи¹⁷.

Що стосується процедури анулювання ліцензії за порушення вимог законодавства, то варто звернути увагу на таке. Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 1 червня 2000 р. № 1775-III, який діяв до 28 червня 2015 р., у ст. 1 визначав, що «анулювання ліцензії – позбавлення ліцензіата органом ліцензування права на провадження певного виду господарської діяльності». У ст. 16 нині діючого Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності» від 2 березня 2015 р. № 222-VIII дається таке саме визначення, при цьому додається, що це здійснюється «... шляхом прийняття органом ліцензування рішення про анулювання його ліцензії» та додається перелік підстав анулювання ліцензії.

Проте серед підстав анулювання ліцензії, які чітко визначені п. 2 ст. 16 вищезазначеного закону, відсутня норма про обов'язковість наявності рішення суду для прийняття рішення органом ліцензування про анулювання ліцензії.

На практиці ж в окремих випадках застосовується «судовий порядок» анулювання ліцензії. Так, анулювання ліцензії на підставі незаконного використання суб'єктом господарювання марок акцизного податку та фальсифікації суб'єктом господарювання алкогольних напоїв або тютюнових виробів може здійснюватися тільки за наявності рішення суду про встановлення цих фактів¹⁸.

З даного приводу було б доречно запозичити досвід Російської Федерації, яка визначає (у Федеральному законі «Про ліцензування окремих видів господарської діяльності» № 99-ФЗ від 4 травня 2011 р.) порядок з адміністративним порядком анулювання ліцензії судовий порядок за добровільною чи обов'язковою ініціативою органу ліцензування.

Наступним різновидом адміністративно-припинювальних санкцій у сфері ліцензування є «зупинення ліцензії».

Чи існує санкція «зупинення ліцензії» у законодавстві України, якщо така «опція» не передбачена Законом України «Про ліцензування видів господарської діяльності»?

Так, існує. Проте відсутній єдиний підхід до такого заходу припинення, як зупинення ліцензії. Стаття 239 Господарського кодексу України відносить зупинення ліцензії до адміністративно-господарських санкцій. Дана стаття визначає, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування відповідно до своїх повноважень «можуть» застосовувати таку санкцію до суб'єктів господарювання, таким чином переносючи дану санкцію до категорії «право», а не «обов'язок» органу ліцензування.

При цьому у спеціальному законодавстві у сфері ліцензування немає єдиних підходів до підстав зупинення ліцензії. Так, «Порядок зупинення дії та анулювання ліцензії на окремі види професійної діяльності на фондовому ринку» від 14 травня 2013 р. № 816 передбачає п'ять підстав зупинення ліцензії, серед яких, в основному, порушення ліцензійних правил та умов.

Натомість Закон України «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів» від 19 грудня 1995 р. № 481/95-ВР визначає лише одну підставу для призупинення дії ліцензії – несплати чергового платежу за ліцензію. Зупинення ліцензії в даному випадку не виконує своєї превентивної функції. Тобто, зупинена ліцензія прямо не забороняє здійснювати діяльність, що ліцензується, а неоплачена ліцензія тільки через 30 днів анулюється органом ліцензування.

При цьому процедура зупинення ліцензії не завжди регламентована і в спеціальному законодавстві, в якому вона передбачена. Так, наприклад, у деяких випадках незрозуміло, з якого моменту відбувається зупинення ліцензії – з моменту підписання акта про усунення порушень ліцензійних умов в результаті перевірки чи для цього необхідно окреме рішення органу ліцензування*.

У сфері надання освітніх послуг (постанова Кабінету Міністрів України «Про ліцензування діяльності з надання освітніх послуг» від 8 серпня 2007 р. № 1019), туристичних послуг (Порядок здійснення контролю за додержанням Ліцензійних умов провадження туropераторської діяльності, затверджений Наказом Міністерства інфраструктури України 10 липня 2013 р. № 466), у сфері поводження з небезпечними відходами (Порядок контролю за додержанням Ліцензійних умов провадження господарської діяльності із здійснення операцій у сфері поводження з небезпечними відходами, затверджений Наказом Мінприроди України від 4 листопада 2011 р. № 434) тощо, така санкція не передбачена, а уповноваженим органом лише виноситься розпорядження про усунення порушень ліцензійних умов.

Таким чином, санкція «зупинення ліцензії», яка зарекомендувала себе як ефективний засіб впливу на ліцензіата (як в Україні, так і за кордоном) вимагає «офіційного визнання» в Законі України «Про ліцензування видів господарської діяльності». Крім того, необхідно чітко визначити в Законі поняття та процедуру зупинення ліцензії. Факт зупинення ліцензії має «забороняти» здійснювати будь-яку господарську діяльність, яка ліцензується, до усунення порушення, що викликало таке «зупинення» для всіх видів господарської діяльності, що ліцензується.

Щодо «визнання ліцензії недійсною», як припинювального заходу, варто зауважити, що підстави для застосування даної санкції мають одну спільну ознаку – невідповідність даним, що містяться в ліцензії фактичному стану справ. До підстав визнання ліцензій недійсними (відповідно до Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності») належать: а) не переоформлена у встановлений строк ліцензія, б) скасування ліцензування виду господарської діяльності та, як наслідок, втрата органом ліцензування повноважень у зазначеній сфері, а ліцензій – чинності.

До підстав визнання ліцензій недійсними було б доречно включити і такі підстави безспірного характеру (припинення юридичної особи, державну реєстрацію припинення підприємницької діяльності фізичної особи – підприємця та смерть фізичної особи), адже дані підстави анулювання ліцензій мають всі ознаки підстав для визнання ліцензії недійсною.

Дані щодо анулювання ліцензії, визнання ліцензії недійсною (підстава, дата і номер рішення) вносяться до Єдиного ліцензійного реєстру.

Не зайвим буде розглянути досвід застосування вищезазначених заходів адміністративного припинення у зарубіжних країнах. Санкція «зупинення ліцензії» в Сполучених Штатах Америки застосовується у всіх сферах ліцензування автоматично при виявленні порушень законодавства та одночасно з вимогою усунути порушення ліцензійних умов, перед анулюванням ліцензії. При цьому інформацію про призупинення ліцензії можна легко перевірити в реєстрі на сайті Органу ліцензування. Отримання інформації за запитом – миттєва безкоштовна адміністративна послуга¹⁹.

Крім того, у Великобританії у разі прийняття рішення органом ліцензування про видачу ліцензії юридичній особі чи фізичній особі перевіряється ряд обставин, в тому числі – з яких підстав було анульовано чи зупинено ліцензію (якщо ліцензія уже видавалася на такий же самий чи інший вид господарської діяльності)²⁰.

Узагальнюючи вищесказане можна дійти висновку, що науковий підхід до адміністративно-припинювальних санкцій в сфері ліцензування та законодавство України в даній сфері не синхронізуються.

Так, п. 2, ст. 16 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності» доречно доповнити підпунктом: 11) наявність рішення суду.

Разом із тим було б доцільно розмежувати в законі примусове позбавлення ліцензії та скасування дії ліцензії, не пов'язане з протиправною поведінкою ліцензіата.

Оптимізація роботи органів ліцензування з метою ведення Єдиного ліцензійного реєстру шляхом надання органам ліцензування на місцях статусу «реєстратор реєстру»²¹ для введення даних щодо зупинення та анулювання ліцензії допоможе реалізувати положення «Порядку формування, ведення і користування відомостями ліцензійного реєстру та подання їх до Єдиного ліцензійного реєстру» від 8 листопада 2000 р. № 1658 та скоротить витрати бюджету на утримання зайвого штату працівників і виконання подвійної роботи. Запис про дату й номер рішення про анулювання ліцензії має вноситися до ліцензійного реєстру не пізніше наступного робочого дня після набрання чинності рішенням про анулювання ліцензії, а не, як показує практика, аж через півроку^{22,23} після його прийняття.

Такі зміни не дадуть можливості компетентним органам реалізувати свої повноваження з оцінювання на власний розсуд (ст. 104) та допоможуть реалізувати основні завдання й виконати головні вимоги Угоди про асоціацію між Україною та ЄС на шляху до євроінтеграції, зокрема щодо сфери ліцензування.

* На фондовому ринку, наприклад, уповноважена особа одночасно з постановою про накладення санкції у вигляді зупинення дії ліцензії виносить розпорядження про необхідність усунення порушень, які стали підставою для зупинення дії ліцензії.

- ¹ Остапович Г. М. Державний контроль на ринку цінних паперів України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Г. М. Остапович ; Інститут законодавства Верховної Ради України. – К., 2006. – С. 128.
- ² Новий тлумачний словник української мови : у 4 т. / уклад. В. В. Яременко, О. М. Сліпущко. – К. : Аконт, 2000. – Т. 3: О-Р. – 927 с. – С. 717–718.
- ³ Павліченко В. М. Поняття та види заходів адміністративного припинення адміністративних правопорушень / В. М. Павліченко // Право і безпека. – 2012. – № 2 (44). – С. 128.
- ⁴ Комзюк А. Т. Заходи адміністративного примусу в правоохоронній діяльності міліції: поняття, види та організаційно-правові питання реалізації : моногр. / А. Т. Комзюк ; за заг. ред. О. М. Бандурки. – Х. : Нац. ун-т внутр. справ. – 2002. – 336 с. – С. 123.
- ⁵ Результати діяльності галузі охорони здоров'я України: 2013 рік : Державна установа «Український інститут стратегічних досліджень» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.uiph.kiev.ua/>
- ⁶ Офіційний сайт територіальних органів ДФС у Волинській області : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://vl.sfs.gov.ua/>
- ⁷ Бахрах Д. Н. Административное право России : учеб. для вузов / Д. Н. Бахрах. – М., 2000. – С. 640. – С. 390.
- ⁸ Адміністративне право України / за ред. Ю. П. Битяка. – Х. : Право, 2000. – 520 с. – С. 156.
- ⁹ Антонова В. П. Административная ответственность и проблемы административного права (Четвертые «Лазаревские чтения») / В. П. Антонова // Государство и право. – 2000. – № 10. – С. 18.
- ¹⁰ Саниахметова Н. О. Підприємницьке право : навч. посіб. ; 2-ге вид. / Н. О. Саниахметова. – К. : А.С.К., 2002. – 912 с. – С. 154.
- ¹¹ Мельничук Г. В. Лицензирование предпринимательской деятельности / Г. В. Мельничук. – Санкт-Петербург : Информационный центр «Кадис», 2003. – 192 с. – С. 90–91.
- ¹² Шевченко Н. М. Анулювання ліцензії на певний вид господарської діяльності як адміністративно-господарська санкція / Н. М. Шевченко // Університетські наукові записки. – 2005. – № 4. – С. 164–167. – С. 165 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Unzap_2005_4_31.pdf
- ¹³ Адміністративне право України у структурно-логічних схемах (загальна частина) : навч. посіб. / Т. О. Мацелик, М. В. Коваль, В. Р. Біла та ін. ; за заг. ред. к.ю.н., доцента Т. О. Мацелик. – Ірпінь : Вид-во Національного університету ДПС України, 2012. – 242 с. – С. 137.
- ¹⁴ Адміністративне право України. Академічний курс : підруч. : у 2 т. / ред. колегія: В. Б. Авер'янов (голова) та ін. – К. : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. – Т. 1: Загальна частина. – 592 с. – С. 503.
- ¹⁵ Кузьменко О. В. Природа реєстраційного провадження / О. В. Кузьменко // Вісник Академії митної служби України. – 2009. – № 1 (2). – С. 81–87. – С. 86. – (Серія «Право»).
- ¹⁶ Юшкевич О. Г. Проведення в справах про державну реєстрацію фізичних осіб-підприємців : дис. ... канд. юрид. наук / О. Г. Юшкевич. – Х., 2007. – 230 с. – С. 30.
- ¹⁷ Там само. – С. 27.
- ¹⁸ Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1995. – № 46. – Ст. 345.
- ¹⁹ Emily Delbridge. What is the Difference Between a Suspended License and a Revoked License? : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://carinsurance.about.com/od/High-Risk-Insurance/fl/What-is-the-Difference-Between-a-Suspended-License-and-a-Revoked-License.htm>
- ²⁰ Private Security Industry Act (PSIA) 2001 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.sia.homeoffice.gov.uk/Pages/home.aspx>
- ²¹ Феделеш М. М. Держателі реєстрів як суб'єкти реєстраційної діяльності органів Міністерства юстиції України / М. М. Феделеш // Адміністративне право і процес. – 2015. – № 2 (12). – С. 63–69. – С. 64.
- ²² Про результати ліцензування, акредитації та атестації : наказ МОН від 5 грудня 2014 р. № 3090Л : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ak.gov.ua/protokolu-zasidanj>
- ²³ Єдиний ліцензійний реєстр: Офіційний сайт Державного підприємства «Інформаційно-ресурсний центр» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://irc.gov.ua/ua/reestr_elr

Резюме

Шапочкіна М. В. Адміністративно-припинювальні санкції у сфері ліцензування: теорія та практика.

У науковій публікації досліджуються такі санкції адміністративно-правового режиму ліцензування, як анулювання ліцензії, зупинення ліцензії та визнання ліцензії недейсною. Аналізується стан законодавства, що встановлює та регулює їх застосування до ліцензіатів. Акцентується увага на необхідності внесення змін до нормативно-правових актів для усунення колізій та підвищення ефективності застосування адміністративно-припинювальних заходів до ліцензіатів на стадії контролю за дотриманням ліцензійних правил та умов.

Ключові слова: анулювання ліцензії, зупинення ліцензії, адміністративний примус, запобігання, санкція.

Резюме

Шапочкіна М. В. Административно-пресекательные санкции в сфере лицензирования: теория и практика.

В научной публикации исследуются такие санкции административно-правового режима лицензирования, как аннулирование лицензии, приостановление лицензии и признание лицензии недействительной. Анализируется состояние законодательства, что устанавливает и регулирует их применение к лицензиатам. Акцентируется внимание на необходимости внесения изменений к нормативно-правовым актам для устранения коллизий и повышения эффективности применения административно-пресекательных мероприятий к лицензиатам на стадии контроля за соблюдением лицензионных правил и условий.

Ключевые слова: аннулирование лицензии, приостановление лицензии, административное принуждение, предотвращение, санкция.

Summary

Shapochkina M. Administrative-termination sanctions in the field of licensing: theory and practice

In the scientific publication studied sanctions administrative and legal licensing regime as cancellation of license, suspension of license and recognition of license invalid. Scientist analyzes the law that establishes and regulates their application to licensees. Focuses attention on the need to amend the regulations to eliminate conflicts and improve the application of administrative measures at the stage of monitoring compliance with license terms and conditions.

Key words: cancellation of license, suspension of license, administrative enforcement, prevent, sanction.

УДК 342.9

Р. В. ЯРОВА

Руслана Василівна Ярова, старший викладач, заступник декана факультету економіки, менеджменту і права Національного транспортного університету

ВИНА ЯК ОЗНАКА АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРОСТУПКУ СПЕЦІАЛЬНИХ СУБ'ЄКТІВ – ВОДІІВ АВТОТРАНСПОРТНИХ ЗАСОБІВ

Дорожній рух – одна з найбільш характерних і невід'ємних частин сучасної цивілізації. Автомобільний транспорт, транспортні коридори та автодороги, мости, тунелі буквально змінили обличчя землі. Вони втілюють в собі міцний прояв науково-технічного прогресу і значною мірою впливають на темпи економічного і соціального розвитку кожної країни і всього людства. Процеси, які пов'язані з дорожнім рухом, за певних умов можуть нести небезпеку для суспільства!

Безпека дорожнього руху також є важливим інструментом побудови правової держави. Важливе значення для нормальної і безпечної діяльності транспорту має жорстке слідування встановленому тут правопорядку. Порушення даного правопорядку призводить не лише до дезорганізації руху транспортних засобів, а й до людських жертв, заподіяння матеріальної шкоди.

Винними у дорожньо-транспортних пригодах можуть бути різні учасники дорожнього руху – водії, пішоходи, велосипедисти та інші суб'єкти дорожніх відносин, але переважна більшість ДТП виникають саме з вини водіїв (85 %) і найчастіше – через порушення правил дорожнього руху. За такі правопорушення водії можуть нести адміністративну, кримінальну та цивільну відповідальності.

Відповідно, якщо має місце велика кількість дорожньо-транспортних пригод, то виникає й потреба в удосконаленні законодавства, що регулює організацію дорожнього руху в Україні. Одним із найважливіших правових засобів, який має привести до зменшення дорожньо-транспортних пригод, а отже, і до зменшення травматизму на автошляхах України, є інститут адміністративної відповідальності учасників дорожнього руху, зокрема водіїв автотранспортних засобів. Тобто, у боротьбі із правопорушеннями, а саме у сфері безпеки дорожнього руху, важливу роль відіграють заходи адміністративного примусу, а саме адміністративна відповідальність.

Питанню адміністративної відповідальності в науковій літературі було приділено чимало уваги. Даною проблематикою займалися такі науковці, як В. Авер'янов, А. Агапов, О. Андрійко, О. Бандурка, Д. Бахрах, В. Білоус, Ю. Битяк, І. Голосніченко, С. Додін, Г. Забарний, Р. Калюжний, С. Ківалов, Л. Коваль, Т. Коломоєць, В. Колпаков, А. Комзюк, В. Копейчиков, О. Кузьменко, Є. Курінний, Н. Нижник, А. Лунев, Н. Матюхіна, В. Опришко, О. Остапенко, С. Продайко, О. Рябченко, С. Стеценко, М. Тищенко, О. Фрицький, В. Шамрай, В. Шкарупа та інші. Адміністративна відповідальність у сфері дорожнього руху, взагалі, та водіїв автотранспорту має свої особливості і в науковій літературі мало досліджена. Даними питаннями тією чи іншою мірою займалися такі науковці, як В. Авер'янов, О. Альохін, О. Андрійко, І. Голосніченко, Ю. Битяк, В. Безчастний, С. Додін, В. Жулев, А. Дюжаєв, Р. Калюжний, М. Коваль, В. Квашиш, В. Колпаков, В. Лук'янов, В. Новіков, А. Селіванов, О. Собакар, В. Шкарупа, Х. Ярмакі та інші.

Важливою ознакою адміністративного проступку як підстави адміністративної відповідальності є вина суб'єкта, який вчинив протиправне діяння, тобто в нашому випадку – водія автотранспортного засобу.

Відповідно до ст. 9 КУпАП винність діяння є обов'язковою ознакою адміністративного правопорушення (проступку). Без вини не може бути адміністративної відповідальності. Лише винне, протиправне, суспільно шкідливе діяння тягне за собою адміністративну відповідальність.

Незважаючи на те, що законодавець прямо вказує на вину як обов'язкову ознаку адміністративного проступку, більше того, зазначає і форми вини (умисел і необережність), на практиці досить часто така ознака, як вина, недооцінюється.

КУпАП не дає визначення вини. Якщо провести аналогію із виною у кримінальних правовідносинах, то там враховується психологічне ставлення правопорушника не лише до протиправного діяння, а й до його

наслідків. Враховуючи те, що більшість адміністративних проступків, які вчиняються водіями автотранспортних засобом, є із формальним складом, то, можливо, і достатньо для дослідження вини водія лише психологічного ставлення до свого протиправного діяння. Водночас беззаперечним є той факт, що водіями вчиняються і проступки із матеріальним складом, і тут має значення ставлення порушників до наслідків свого протиправного діяння. Можна погодитися із твердженням А. Лунєва, що винність, та у зв'язку із цим адміністративна відповідальність тієї чи іншої особи, має місце тільки там, де доведено причинний зв'язок між протиправною дією (бездіяльністю) та наслідками, що настали².

Підтримує цю позицію і Л. Коваль, який зазначає, що вина полягає у внутрішньому ставленні осудного дієздатного (як повністю, так і обмежено) суб'єкта до вчиненого ним правопорушення і шкідливих наслідків протиправного діяння. Вина створює так званий внутрішній психологічний елемент провини, за який винна особа підлягає відповідальності. Наявністю вини ми констатуємо, що певний проступок – це не тільки фізична дія людини, а й продукт її внутрішнього світу, волі, свідомості, так би мовити, душевного руху³. Підтвердженням цього є і законодавча норма, зокрема, відповідно до ст. 10 КУпАП адміністративне правопорушення визначається вчиненням умисно, коли особа, яка його вчинила, усвідомлювала протиправний характер своєї дії чи бездіяльності, передбачала її шкідливі наслідки та бажала їх чи свідомо допускала настання цих наслідків.

На наш погляд, вина водія полягає саме у його психологічному ставленні до свого протиправного діяння і до його наслідків, адже більшість водіїв, які порушуючи правила дорожнього руху розраховують на те, що вони ніякої шкоди цим не завдають і це до жодних шкідливих наслідків не приведе. І саме психологічним ставленням водія до наслідків свого протиправного діяння й визначається форми вини. Недоврахування наслідків проступку свідчить про безвідповідальне ставлення особи до того, що вона робить.

Як уже зазначалося, законом передбачено дві форми вини – умисел і необережність. Але на практиці при притягненні порушника до адміністративної відповідальності досить часто увага формі вини суб'єктом правозастосування не приділяється.

Теорія адміністративного права, зважаючи на певні відмінності в інтелектуальному та вольовому моменті вини при вчиненні навмисних адміністративних правопорушень, поділяє умисел на прямий і непрямий. Прямий умисел має місце тоді, коли особа усвідомлює шкідливий для суспільства характер проступку, передбачає наслідки цього діяння і бажає, щоб наслідки настали. Непрямий умисел проявляється в тому випадку, коли особа усвідомлює шкідливий для суспільства характер свого діяння, передбачає можливість настання негативних наслідків, але не бажає їх, хоча свідомо припускає їх появу⁴.

Зрозуміло що вина у формі прямого умислу завдає значно більшої шкоди охоронюваним інтересам.

Враховуючи те, що більшість порушень, які вчиняються водіями автотранспортних засобів, із формальним складом, тому вони і вчиняються умисно. Хоча у багатьох випадках водії вчиняють адміністративні проступки не умисно, а саме необережно, тобто вони передбачають настання шкідливих наслідків, але в силу різних причин розраховують на те, що такі наслідки не настануть. Якщо поняття умислу пов'язане із психічним ставленням і до протиправного діяння, і до його наслідків, то при встановленні форми необережності враховується ставлення саме до шкідливих наслідків протиправного діяння. Дійсно, водії, порушуючи правила дорожнього руху, розраховують, що це не призведе до шкідливих наслідків, – «проскакують» на червоний сигнал світлофора, розмовляють по мобільному телефону, перевищують швидкість руху і так далі.

Варто зазначити, що вчинювані із необережності проступки можуть бути як матеріальними, так і формальними.

Ми вважаємо, що важливо також встановити форму необережності при притягненні порушника до адміністративної відповідальності.

Вина у формі необережності буває у двох проявах – самовпевненість та недбалість.

Самовпевненість полягає в тому, що особа передбачає настання протиправного шкідливого наслідку, але легковажно розраховує на його відвернення.

Недбалість полягає в тому, що особа не передбачає можливості настання протиправних наслідків, хоча за даних обставин повинна була б і могла їх передбачити⁵.

Наприклад, при перевищенні швидкості руху водій розраховує, що при його великому досвіді і малій інтенсивності руху він зможе відвернути створення аварійної ситуації, тобто передбачає можливість настання шкідливих наслідків, але водночас легковажно сподівається їх уникнути. Тому, якщо аварійна ситуація все ж виникає, водій повинен нести відповідальність за спричинену шкоду внаслідок самовпевненості.

Якщо при вчиненні проступку правопорушник проявив недбалість, необережна вина проявляється в тому, що порушник просто не задумується над тим, до чого можуть призвести вчинювані ним дії. Однак у будь-якому випадку для з'ясування того, в чому саме проявляється необережна вина правопорушника, необхідно встановити об'єктивні умови, в яких він перебував у момент вчинення правопорушення⁶.

Ще одним дискусійним питанням є те, що в багатьох випадках взагалі неможливо визначити форму вини в окремих складах адміністративних правопорушень. Наприклад, водій автомобіля відволікається і не помічає встановлений дорожній знак чи розмітку, внаслідок чого порушує правила дорожнього руху. У дія водія є ознаки складу адміністративного правопорушення, передбаченого КУпАП, однак очевидним є те, що в момент вчинення порушення правил дорожнього руху він не усвідомлював протиправного характеру свого діяння, оскільки був зайнятий, наприклад, розмовою з пасажиром, тобто про умисел йтися не може. Водночас визначення необережної форми вини вимагає оцінки ставлення порушника до наслідків вчиненого

ним діяння, проте більшістю норм, які встановлюють відповідальність водіїв автотранспортних засобів (наприклад, ч. 2 ст. 122), наслідків в якості ознаки об'єктивної сторони не передбачено, а відтак необережна форма вини не може бути кваліфікована. Таким чином, в подібних ситуаціях вина водія відсутня як у формі умислу, так і у формі необережності⁷.

І хоча ст. 10 КУпАП вказує, що адміністративне правопорушення визнається вчиненим умисно, коли особа, яка його вчинила, усвідомлювала протиправний характер дії чи бездіяльності, передбачала її шкідливі наслідки і бажала або свідомо допускала настання цих наслідків, а в теорії адміністративного права умисел чітко поділяється на два види: прямий і непрямий, в сфері дорожнього руху дані види умислу розподілити в деяких випадках доволі важко.

Виходячи з того, що законодавча конструкція визначень і умисної, і необережної вини належить лише до матеріальних складів адміністративних проступків, треба зазначити, що більшість складів адміністративних проступків, за які водії можуть нести адміністративну відповідальність, є формальними. Тому визнавати вини, на нашу думку, необхідно виходячи з того, що при виконанні формальних складів умисел полягає в усвідомленні протиправності дій у даних обставинах і бажанні їх скоїти, навмисності протиправної поведінки. Як зазначає Д. Бахрах, у таких випадках необережність можна розуміти як відсутність належної обачливості, халатність⁸.

Можна сказати, що більшість складів правопорушень, за які до водіїв можна застосовувати адміністративні стягнення, не передбачає як ознаку будь-якої з форм вини. Тобто, у багатьох випадках достатньо встановити лише вини як таку. Найчастіше вина матиме значення лише для диференціації відповідальності при накладанні адміністративного стягнення. І це дуже важливо саме для особи, яка притягається до відповідальності.

Вина особи, як і будь-який психічний її стан, знаходить своє вираження в реальній поведінці особи. Правозастосовним органом вина з'ясовується через певні об'єктивні обставини, які встановлюються під час адміністративного розслідування⁹.

До таких об'єктивних обставин можна віднести знання особою закону, який може бути порушено. Адже особа може знати закон, але свідомо його порушувати, а може й не знати і, відповідно, порушувати його неспівомовно. Довести, знала особа закон чи не знала фактично неможливо.

Згідно з КУпАП знання закону прямо впливає на встановлення вини. Разом із тим відповідно ст. 68 Конституції України незнання закону не звільняє від відповідальності. Принцип презумпції знання закону фактично суперечить принципу презумпції невинуватості.

Але набуття статусу такого спеціального суб'єкта адміністративного правопорушення, як водій, пов'язано переважно саме зі знанням певних правових норм, тому для визначення вини необхідно користуватись принципом презумпції усвідомлення протиправності діяння. Відповідно до чинного законодавства право керувати транспортним засобом може бути надано особі тільки після успішного проходження усіх дозвільних процедур, після яких особа може бути допущена до управління транспортним засобом і які передбачають знання правил дорожнього руху. Як зазначає Д. Лук'янець, з огляду на наявність презумпції усвідомлення протиправності діяння та формальність більшості складів адміністративних правопорушень, перевагу у визначенні вини суб'єкта законодавець віддає не інтелектуальному, а вольовому моменту. Проте інтелектуальний момент не повинен відкидатися взагалі, оскільки саме його наявність дає можливість відмежувати правопорушення від протиправних діянь, вчинених у стані неосудності¹⁰.

Якщо водій вчинив адміністративний проступок із формальним складом, то для притягнення його до відповідальності достатньо лише протиправного діяння. Шкода в результаті такого протиправного діяння може бути заподіяна, але незалежно від її заподіяння адміністративна відповідальність настає. Якщо водій вчиняє адміністративний проступок із матеріальним складом, то шкода – обов'язкова умова притягнення його до адміністративної відповідальності. Тобто, можна говорити, що адміністративні проступки з формальним складом і матеріальним складом мають різний ступінь суспільної шкідливості, зокрема, другі є більш суспільно шкідливими і саме такими їх робить наявність відповідних суспільно шкідливих наслідків. Невипадково, для багатьох видів адміністративних правопорушень у сфері дорожнього руху існують суміжні склади злочинів, які мають вираз в однакових діях, але відрізняються за наслідками. При цьому значення має або взагалі наявність наслідків, або розмір шкоди, в якій вони проявляються. Так, наприклад, ст. 122 КУпАП встановлена адміністративна відповідальність за перевищення встановлених обмежень швидкості руху, проїзд на заборонний сигнал регулювання дорожнього руху та порушення інших правил дорожнього руху, а ст. 124 КУпАП передбачена відповідальність за порушення правил дорожнього руху, що спричинило пошкодження транспортних засобів, вантажу, автомобільних доріг, вулиць, залізничних переїздів, дорожніх споруд чи іншого майна. За ці ж дії передбачена також і кримінальна відповідальність, зокрема відповідно до ст. 286 КК України – за порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особою, яка керує транспортним засобом, що завдало потерпілому середньої тяжкості тілесне ушкодження або спричинило смерть потерпілого, або заподіяло тяжке тілесне ушкодження, або загибель кількох осіб.

Досліджуючи дійсне бажання суб'єкта, можна зрозуміти його психічне ставлення до своїх дій та їх можливих наслідків, тобто встановити його реальну вини. Проаналізувавши ст. 251 КУпАП, можемо стверджувати, що переважна більшість джерел доказів у справі про адміністративне правопорушення стосується встановлення ознак об'єктивної сторони правопорушення, за винятком пояснень самого правопорушника. Отже, достовірно про зміст суб'єктивної сторони правопорушення може судити тільки сама особа, що вчи-

нила правопорушення. Орган адміністративної юрисдикції робить висновок про наявність вини в тій чи іншій формі переважно через оцінку змісту об'єктивної сторони правопорушення і співвідношення його із так званим стандартним способом мислення.

Мотивація типу досягнення мети, яка є більш цінною для правопорушника, ніж дотримання норм права, має полягати в основі кваліфікації вини у формі умислу або навіть звільнення від відповідальності через крайню необхідність.

Беззаперечним є той факт, що законодавець недооцінює значення форми вини особи при вчиненні адміністративного проступку, але досить часто саме форма вини враховується, чи повинна була б враховуватися, при визначенні виду та розміру адміністративного стягнення, яке застосовується до порушника. Зрозуміло, що до водія, який вчинив адміністративний проступок умисно, має бути застосовано більш суворе покарання. Не можна не погодитися із А. Алехінім, що на транспорті частина адміністративних проступків може вчинятися лише умисно. Це пояснюється тим, що адміністративістами тут визнаються порушення таких правил, більшість яких водії транспортних засобів повинні знати. До числа правопорушень, які можуть бути вчинені водіями лише навмисно, належать, наприклад, керування транспортним засобом в стані алкогольного сп'яніння¹¹.

Отже, вина є визначальною, основоположною характеристикою адміністративного правопорушення. Її важливість зумовлюється тим, що згідно з офіційним визначенням поняття адміністративного правопорушення вина обов'язково включається у склад будь-якого проступку. Відповідно до цього правила особа не може нести відповідальності, якщо її вини у вчиненні протиправного діяння немає. Саме тому не підлягають адміністративній відповідальності неосудні особи, водії, що діяли в стані крайньої необхідності, особи, які не досягли віку адміністративної відповідальності тощо. Законодавець значно недооцінює форми вини суб'єкта відповідальності при вчиненні конкретного адміністративного проступку.

Як зазначає Л. Коваль, відсутність умислу і необережності свідчать про випадок – такий збіг обставин, при якому особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати властивостей скоєного або не передбачала і не могла передбачити шкідливих наслідків діяння. Випадковими можуть бути і дія, і бездіяльність. За наявності випадку вина цілком відсутня¹².

Водій, як учасник дорожнього руху, найчастіше вчиняє адміністративні проступки керуючи транспортним засобом. Транспортний засіб, відповідно до цивільного законодавства, є джерелом підвищеної небезпеки. У результаті вчинення адміністративного проступку може бути заподіяна матеріальна і моральна шкода, порядок відшкодування якої регулюється цивільним законодавством. Згідно з чинним законодавством відповідальність за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, настає незалежно від вини. Але тут йдеться про порушення норм цивільного права, а не адміністративного. Тому необхідно чітко розділити – адміністративна відповідальність водіїв, навіть за участі джерела підвищеної небезпеки – автотранспортного засобу – настає лише, якщо має місце вина порушника (водія); цивільна відповідальність у цьому випадку виникає незалежно від вини порушника. Більше того, необхідно ще раз акцентувати на важливості встановлення форми вини порушника – умислу чи необережності. Реальне з'ясування психічного ставлення порушника до протиправного діяння і до його наслідків, а отже, умислу й необережності протиправного діяння, повинно передувати вирішенню питання про відповідальність.

Форми умислу та необережності мають важливе і теоретичне, і практичне значення. Зокрема, їх ознаки повинні враховуватися в процесі притягнення порушника до адміністративної відповідальності, вибору виду адміністративного стягнення або звільнення від адміністративної відповідальності. Саме тому ми вважаємо за доцільне на законодавчому рівні закріпити наступні форми вини – умисел (прямий умисел і непрямий умисел), необережність (самовпевненість та недбалість).

¹ Каллер Ю. С. Визначення поняття «адміністративна відповідальність за правопорушення у сфері безпеки дорожнього руху» / Ю. С. Каллер // Часопис Академії адвокатури України. – 2010. – № 9. – С. 1–6.

² Лунев А. Е. Административное и правоохранительное значения административной ответственности / А. Е. Лунев. – М. : Знание, 1983. – 40 с.

³ Коваль Л. В. Відповідальність за адміністративні правопорушення / Л. В. Коваль. – К. : Вища школа, 1975. – 160 с.

⁴ Адміністративна відповідальність (загальні положення та правопорушення у сфері обігу наркотиків) : навч. посіб. / за заг. ред. І. П. Голосніченка. – К. : КІВС, 2002. – 141 с.

⁵ Кузьмичова Г. А. Административная ответственность / Г. А. Кузьмичова, Л. А. Калинина. – М. : Юриспруденция, 2000. – 468 с.

⁶ Коваль Л. В. Адміністративне право: курс лекцій для студентів юридичних вузів та факультетів / Л. В. Коваль. – К. : Вентурі, 1998. – 208 с.

⁷ Лук'янець Д. М. Вина як суб'єктивна підстава адміністративної відповідальності та проблеми її визначення / Д. М. Лук'янець // Адвокат: Журнал спілки адвокатів України. – 2004. – № 7. – С. 3–6.

⁸ Бахрах Д. Н. Административная ответственность граждан СССР : учеб. пособ. / Д. Н. Бахрах. – Свердловск : Изд-во Уральского университета, 1985. – С. 28–29.

⁹ Герасименко Є. С. Суб'єкти адміністративного проступку / Є. С. Герасименко // Право України. – 1999. – № 4. – С. 41.

¹⁰ Лук'янець Д. М. Вказана праця.

¹¹ Алехин А. П. Административная ответственность за правонарушения на транспорте / А. П. Алехин. – М. : Юридическая литература, 1967. – 112 с.

¹² Коваль Л. В. Відповідальність за адміністративні правопорушення / Л. В. Коваль. – К. : Вища школа, 1975. – 160 с.

Резюме

Ярова Р. В. Вина як ознака адміністративного проступку спеціальних суб'єктів – водіїв автотранспортних засобів.

В Україні кількість дорожньо-транспортних пригод зростає щоденно з геометричною прогресією. Безпека дорожнього руху є основою національної безпеки держави. Саме тому дослідження такої ознаки адміністративного проступку, як вина спеціального суб'єкта – водія автотранспортного засобу має важливе теоретичне і практичне значення.

Ключові слова: адміністративна відповідальність, адміністративний проступок, водій, вина, умисел, необережність.

Резюме

Яровая Р. В. Вина как признак административного проступка специальных субъектов – водителей автотранспортных средств.

В Украине количество дорожно-транспортных происшествий растет ежедневно с геометрической прогрессией. Безопасность дорожного движения является основой национальной безопасности государства. Именно поэтому исследования такого признака административного проступка, как вина специального субъекта – водителя автотранспортного средства имеет важное теоретическое и практическое значение.

Ключевые слова: административная ответственность, административный проступок, водитель, вина, умысел, неосторожность.

Summary

Yarova R. Wines administrative offense as a sign of special subjects – drivers of vehicles.

In Ukraine, the number of accidents is increasing exponentially every day. Road safety is the foundation of national security. That is why the study of such characteristics as administrative misconduct wine special subject - the driver of the vehicle has important theoretical and practical significance.

Key words: administrative responsibility, administrative offense, driver, wine, intent, negligence.

УДК 347.77.025

С. Й. ЛИТВИН

Степан Йосипович Литвин, кандидат юридичних наук, доцент ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

СУТНІСТЬ РЕЗУЛЬТАТУ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ, ТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЯК ОБ'ЄКТА ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Цивільні правовідносини виникають з приводу конкретних об'єктів (матеріальних та нематеріальних), за допомогою яких суб'єкти правовідносин можуть задовольнити свої потреби. Наявність об'єкта права багато в чому визначає характер відповідних відносин, конкретні акти поведінки, закріплені у вигляді моделі в правах і обов'язках та реально здійснювані в повсякденному житті. Так, характер об'єкта, його властивості дають можливість застосування специфічних форм захисту прав учасників відносин¹. Вказане свідчить, що питання щодо поняття об'єкта цивільних прав є відправним моментом у дослідженні будь-яких правовідносин.

У структурі цивільно-правового категоріального апарату результату інтелектуальної, творчої діяльності позиціонуються в якості одного з різновидів об'єктів цивільних прав. Як і щодо більшості інших об'єктів, перелічених у ст. 177 та ст. 199 ЦК України, легальна дефініція категорії «результати інтелектуальної, творчої діяльності» відсутня, а визначення, що склалися з її приводу в науковій літературі, досить різноманітні.

Дослідженню цих проблем присвячені роботи дореволюційних російських цивілістів Г. Ф. Шершеневича та В. І. Піленка. У радянській цивілістичній науці слід (у хронологічному порядку) назвати роботи В. І. Серебровського, Б. С. Антимонова та К. А. Флейшиць, У. К. Ісханова, пізніше – В. Л. Черткова, В. Г. Камишева, В. О. Рясенцева, І. Е. Маміофи, В. Я. Йонаса, М. М. Богуславського, Е. П. Гаврилова, О. К. Юрченка, В. А. Рассудовського, М. П. Ринга, В. П. Шатрова. Особливо варто відзначити роботи українських дослідників: Ю. Г. Матвеева, Ч. Н. Азімова, О. А. Підопригори, В. І. Жукова, С. Д. Волошка, Н. М. Мироненко, В. Л. Мусіяки, В. І. Дахна, О. О. Підопригори, В. М. Крижної та ін.

Метою статті є аналіз та з'ясування сутності результату інтелектуальної, творчої діяльності як об'єкта цивільного права. У результаті дослідження спробуємо визначити місце результатів інтелектуальної, творчої діяльності серед інших об'єктів цивільних прав відповідно до обраного методологічного розуміння їх правової природи, а також виявити притаманні їм особливості.

Для визначення сутності результату інтелектуальної, творчої діяльності як об'єкта цивільного права насамперед слід визначитися з конкретною теорією об'єктів, якої ми будемо дотримуватися, виявлення її особливостей у контексті договорів у сфері трансферу технологій.

Поняття об'єкта цивільного права є дискусійним у цивілістиці, що може бути доведено великою кількістю різноманітних поглядів, які існують у теорії права². Насамперед це викликано складністю його сутності. У теорії зустрічаються такі поняття, як «об'єкт права», «об'єкт цивільно-правового регулювання», «об'єкти цивільних правовідносин», «об'єкти суб'єктивних цивільних прав». У свій час Р. О. Халфіна вказувала на те, що при застосуванні термінів «об'єкт права» і «об'єкт правовідносин» спостерігається зворотне положення: одне і теж поняття позначається двома термінами. Оскільки суб'єктивне право – завжди елемент правовідносин, поняття «об'єкт права» і поняття «об'єкт правовідносин» фактично збігаються³.

В. І. Сенчищев, зауважив, що при з'ясуванні питання про тотожність понять «об'єкт цивільних правовідносин» і «об'єкт цивільних прав» варто виходити з того, що цивільні правовідносини (як суспільні відносини, врегульовані правом) не можуть мати об'єктом свого впливу явище, що не є «об'єктом цивільних прав». Отже, в істотній своїй частині зміст понять «об'єкт цивільних прав» і «об'єкт цивільних правовідносин», якщо не є тотожним, то, принаймні, не повинен суперечити один одному стосовно аналізу конкретних цивільних правовідносин, оскільки «дещо», що не є об'єктом цивільних прав, не може бути і об'єктом цивільних правовідносин, і навпаки⁴. На нашу думку, слід погодитися із зазначеною точкою зору стосовно того, що поняття «об'єкт цивільних прав» та «об'єкт цивільних правовідносин» є тотожними за змістом правовими категоріями.

Об'єкт правовідносин – це предмет, на який спрямована діяльність суб'єктів правовідносин, здійснювана в процесі реалізації ними своїх юридичних прав і обов'язків⁵. У свою чергу, М. М. Агарков переконаний, що для запобігання плутанини краще було б раціоналізувати термінологію й вважати об'єктом права те, на що спрямована поведінка зобов'язаної особи, насамперед річ; поведінку ж зобов'язаної особи, що характеризується тими чи іншими ознаками (передача речі, сплата грошей, виробництво певної роботи, утримання від видання чужого літературного твору тощо), називати змістом правовідносин⁶.

Згідно з В. М. Хвостовим об'єктом права є «тот предмет, реально существующий или только мысленно представляемый, над которым сосредоточена... власть... заключающаяся в субъективном праве»⁷. Очевидно, що тієї ж точки зору щодо категорії «об'єкт» дотримується й Р. О. Халфіна, яка зазначає, що об'єкт – це реальні предмети матеріального світу, продукти духовної творчості в об'єктивованій формі⁸.

Загалом у науці цивільного права є чимало різних точок зору з приводу того, що є об'єктом правовідносин. Так, згідно з однією науковою позицією, об'єктом правовідносин є дії і речі⁹. Інші вважають, що об'єкт цивільного права та правовідносин – це те, заради чого суб'єкти вступають у правовідносини і на що спрямовані їхні суб'єктивні права та обов'язки з метою здійснення своїх законних прав та інтересів¹⁰. Тобто, об'єктами цивільних правовідносин є: а) речі; б) дії, послуги; в) результати духовної і інтелектуальної творчості; г) особисті немайнові блага. Інакше кажучи, рекомендується застосовувати теорію множинності. Поряд із теорією множинності об'єктів існує теорія єдиного правового об'єкта. Її прихильники вважають, що об'єктом прав є не вся різноманітність підконтрольних особі об'єктивних явищ, а тільки їх певна і єдина група, на яку поширюється дія наданих особі прав¹¹.

Так, одні науковці стверджують, що об'єктом правовідносин є дії суб'єкта, оскільки можливість установлення правових відносин існує тільки між суб'єктами (теорія дії)¹², мотивуючи свою позицію тим, що право може регулювати лише поведінку людей і не впливає безпосередньо на речі та інші матеріальні блага. Суспільний зв'язок між людьми встановлюється в результаті їх взаємодії, цивільні правовідносини можуть впливати лише на поведінку людини. Тому об'єктом цивільних правовідносин є поведінка його суб'єктів, спрямована на різного роду матеріальні й нематеріальні блага¹³.

Інші вважають, що об'єктом правовідносин є те, на що спрямована поведінка управомоченої особи, – матеріальні і нематеріальні блага^{14,15,16}. Так, під об'єктом правових відносин варто розуміти ті матеріальні й духовні блага, наданням і використанням яких задовольняються інтереси правочинної сторони правовідносин¹⁷. Н. С. Суворов, наприклад, визначив об'єкти прав як: предмети, що надають матеріального змісту правовідносинам між управомоченими та зобов'язаними суб'єктами, або, інакше, з приводу яких існують ці правовідносини; усе те, що становить благо та має чи може мати у майбутньому інтерес для управомоченого суб'єкта¹⁸.

Слід зазначити, що саме теорію «об'єкт – благо» обрав вітчизняний законодавець. Проте цивільне законодавство України не дає легального визначення об'єкта в точному розумінні цього слова, а сам термін «благо» є для нього новим. Законодавець у ст. 177 ЦК України тільки розкриває обсяг того, що розуміється під об'єктом, за допомогою перерахування. Цей перелік не є вичерпним, а тому з розвитком суспільства перед правозастосовною практикою виникне проблема можливості віднесення певного явища об'єктивної дійсності, яке за межами наведеного переліку, до об'єктів цивільного права. Як зазначає С. О. Сліпченко, поняття «благо» – це все те, що об'єктивно існує та завдяки своїм корисним властивостям здатне задовольнити потребу, що дозволяє вивести його характерні ознаки¹⁹. По-перше, явища об'єктивної дійсності повинні мати корисні властивості, де користь розуміється як полегшення, допомога, покращення, вигода, благополуччя. По-друге, корисні властивості та здатність задовольнити потреби повинні бути пізнані та усвідомлені людиною (відкриті). По-третє, явища об'єктивної дійсності можуть бути використані для задоволення потреби тільки тоді, коли вони або вже є, або доступні особі, знаходяться в межах її досягнення.

Крім того, поняття «благо» входить у систему, яка поділяється на поняття вищого, середнього та нижчого рівнів. Як вказує Д. А. Керімов, співвідношення між ними має підкорятися діалектиці загального, особливого і окремого²⁰. Таким чином, благо є поняттям вищого рівня (загальне), з позиції українського законодавця – тотожним поняттю «об'єкт цивільного права». Матеріальні та нематеріальні блага – поняття середнього рівня (особливе). А речі, гроші, цінні папери, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної діяльності, інформація, особисті немайнові блага, тощо є поняттями нижчого рівня – окреме.

Не заперечуючи значення легальних дефініцій, положень, закріплених у нормативних актах, як одного з найважливіших та найголовніших засобів аргументації у юридичній науці, разом з тим зазначимо, що закріплення будь-якої теоретичної конструкції у тексті нормативного акта саме по собі ще не може слугувати неспростовним доказом глибокої теоретичної обґрунтованості закріпленого поняття чи свідомством кінцевого вирішення дискусії.

Не погоджуючись із наведеною теорією, можна навести висловлювання Я. М. Магазинера, який стверджував, що коли особа має право, то воно полягає в тому, що вона може вимагати певні дії від іншої особи, тобто, що вона зобов'язана до того, на що перша особа управомочена. Об'єктом права є те ж саме, що є об'єктом зобов'язання²¹. І дійсно, тільки поведінка людини (дія) здатна до реагування на вплив. Речі та результати інтелектуальної, творчої діяльності не здатні до такого реагування і тому не можуть бути, на наш погляд, об'єктами права в науковому розумінні.

Г. Ф. Шершеневич підкреслював, що юридичні відносини можливі лише між особами. Де немає суспільства, там немає й права, а отже, і юридичних відносин²². З цього випливає, що не може бути відносин

між людиною та річчю. Як слушно зазначає В. І. Жуков, що не може бути правовідносин між людиною й річчю, так само як між людиною й продуктом її творчої діяльності. Люди й речі не є елементами правовідносин, як не є елементами електрики ебонітова паличка й шкіра, тертям яких створюється електрика²³.

Таким чином, на думку Я. М. Магазинера, елементами правовідносин є: по-перше, обов'язок однієї особи (зобов'язаної) вчинити або не вчинити певну дію та, по-друге, право іншої особи (управомоченої) на вчинення або вчинення зобов'язаною особою цієї дії. Право на дію й обов'язок до дії і становлять зміст правовідносин. Все це означає єдність (тотожність) об'єкта права та обов'язку в правовідносинах, неподільність і одночасність їхнього існування як двох сторін тієї єдності, якою є правовідносини²⁴.

Отже, об'єктом цивільних правовідносин є те, на що правовідносини спрямовані й що здатне реагувати на вплив правовідносин, тобто поведінка людини. Зазначена концепція одержала назву теорії дії чи теорії поведінки.

Так, в обґрунтуванні цієї теорії О. С. Іоффе писав: коли об'єктом явища є зовнішній предмет, на який це явище, в силу властивого йому характеру й змісту, здатне чинити вплив, то об'єктом цивільних правовідносин є те, на що спрямовані (або, точніше, те, на що впливають) цивільне суб'єктивне право й цивільно-правовий обов'язок як елементи цивільних правовідносин, що утворюють його безпосередній зміст. ... При цьому суб'єктивне цивільне право забезпечує управомоченій особі не її власну поведінку, а поведінку інших, зобов'язаних осіб. Отже, дії зобов'язаної особи і є об'єктом суб'єктивного цивільного права²⁵.

Тільки людська поведінка (дія) здатна до реагування на вплив з боку суб'єктивного права та правового обов'язку. Ані речі, ані результати інтелектуальної, творчої діяльності (відкриття, винаходи, комп'ютерні програми, бази даних тощо) не здатні до такого реагування, й тому в науковому розумінні поняття не можуть бути об'єктами права. Саме поведінка (дії особи) і є об'єктом цивільних правовідносин, тоді як матеріальні та нематеріальні блага, у свою чергу, є об'єктом відповідної поведінки учасників (суб'єктів) правовідносин.

З урахуванням зазначеного варто погодитися з думкою Я. М. Магазинера та О. С. Іоффе щодо розділення об'єкта цивільних правовідносин на матеріальний і юридичний. Під матеріальним об'єктом слід розуміти не тільки матеріальні об'єкти (речі, до яких можна доторкнутись), а й нематеріальні (права на результати інтелектуальної, творчої діяльності)²⁶. Юридичний об'єкт – це дії зобов'язаної особи у відносних правовідносинах або дії всіх зобов'язаних третіх осіб в абсолютних правовідносинах. Якщо об'єктом вважати тільки річ чи нематеріальне благо (честь, гідність чи результат інтелектуальної, творчої діяльності), то тоді у різних прав буде один об'єкт. Так, у разі використання твору він є об'єктом різних прав: права на винагороду, права на доступ тощо. Але ж у вказаних прав є елемент самостійних правовідносин, в яких обов'язково є «власний» юридичний об'єкт. У правовідносинах стосовно виплати винагороди це будуть дії зобов'язаної особи щодо виплатити певної суми винагороди автору винаходу²⁷.

Також це дасть можливість мати на увазі ще одну досить важливу деталь, а саме те, що наука цивільного права безпосередньо результати інтелектуальної, творчої діяльності не вивчає. Норми права тільки враховують ті чи інші його об'єктивні властивості, які встановлюються іншими науками, і пов'язує з ними виникнення, зміну чи припинення певних прав і обов'язків стосовно географічного зазначення.

Отже, з повною впевненістю можна стверджувати, що на результати інтелектуальної, творчої діяльності можливе встановлення права тільки в сенсі права на використання того чи іншого результату. Тобто, об'єктом виключного права є не результат інтелектуальної, творчої діяльності, а вчинення передбачених законодавством дій (використання, розпорядження) щодо результату інтелектуальної, творчої діяльності. Отже, юридичними об'єктами є саме «право на твір», «право на винахід», «право на новий сорт рослини» тощо, а не сам твір, винахід, сорт рослини та ін. «Право на результат інтелектуальної, творчої діяльності» означає, що особа, якій воно належить, має право вимагати від усіх третіх осіб визначених дій, а саме: дозволяти – забороняти (негативне право/виключне право), а щодо самого суб'єкта права – «здійснювати» та «дозволяти».

Стосовно результатів інтелектуальної, творчої діяльності, слід зазначити й наступне. Результатом творчої діяльності є дещо таке, чого ще не існувало, певні нематеріальні результати праці людини творчого характеру²⁸. Цей результат повинен бути новим, оригінальним, він не має бути повторенням уже відомого. Результати можуть з'явитися саме внаслідок інтелектуальної, творчої діяльності. У цьому аспекті специфічною рисою творчості є те, що творча діяльність не може бути повторенням відомого, її результату завжди властива новизна. Суб'єктом творчої діяльності може бути лише людина. Творчість – процес усвідомлений, цілеспрямований і, як правило, передбачуваний. Вона властива людині у будь-якій сфері її доцільної діяльності²⁹. Водночас слід розуміти, що творча діяльність – поняття більш широке, аніж інтелектуальна діяльність.

Результати інтелектуальної діяльності – це також результати творчої діяльності. Але результати інтелектуальної діяльності обов'язково мають відповідати встановленим вимогам закону. Лише за цієї умови результати інтелектуальної діяльності можуть бути об'єктами права інтелектуальної власності. У разі їх невідповідності вимогам закону вони не можуть стати об'єктами правової охорони. Будь-який твір літератури, науки і мистецтва, суміжні права підпадають під охорону права, якщо вони відповідають вимогам закону. Науково-технічним результатам правова охорона надається лише на підставі відповідної кваліфікації спеціальним державним органом управління і видачі правоохоронного документа. Правова охорони результатів інтелектуальної, творчої діяльності обмежується лише територією України. Охорона прав на зазначені об'єкти на території інших держав здійснюється лише на підставі відповідних міжнародних конвенцій і договорів.

Інтелектуальна діяльність і творча діяльність – це розумова діяльність. У цьому аспекті ці два види діяльності збігаються. Але не всяка розумова діяльність є інтелектуальною чи творчою. Людина може розу-

мово працювати, але творчого результату не досягти. Творчість, внаслідок якої з'являється щось нове, власлива далеко не всім³⁰.

З урахуванням зазначеного, слід визнати, що об'єкти цивільних прав і об'єкти цивільних правовідносин за суттю поняття тотожні. Це дає змогу однаково користуватися як тією, так і іншою термінологією.

Вважаємо, що є прийнятною точка зору, відповідно до якої об'єктом правового регулювання є лише поведінка особи (її дії), а не будь-які інші явища об'єктивної дійсності, наприклад речі або результати інтелектуальної, творчої діяльності. Тому видається, що саме поведінка і є об'єктом цивільних правовідносин, тоді як матеріальні і нематеріальні блага, у свою чергу, становлять об'єкт відповідної поведінки суб'єктів правовідносин.

Враховуючи нематеріальну сутність, щодо результатів інтелектуальної, творчої діяльності встановлення права можливе тільки в сенсі права на використання того чи іншого результату. Тобто, об'єктом виключного права є не результат інтелектуальної, творчої діяльності, а вчинення передбачених законодавством дій (використання, розпорядження) щодо результату інтелектуальної, творчої діяльності. Право на результат інтелектуальної, творчої діяльності» означає, що особа, якій воно належить, має право вимагати від усіх третіх осіб визначених дій, а саме: дозволяти – забороняти (негативне право/виключне право), а щодо самого суб'єкта права, то «здійснювати» та «дозволяти».

¹ Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении / Р. О. Халфина. – М. : Юрид. лит., 1974. – 350 с.

² Сенчищев В. И. Объект гражданского правоотношения / В. И. Сенчищев // Актуальные вопросы гражданского права ; под ред. М. И. Брагинского ; Исслед. центр частного права ; Российская школа частного права. – М. : Статут, 1998. – С. 109–160.

³ Халфина Р. О. Вказана праця. – 350 с.

⁴ Сенчищев В. И. Вказана праця. – С. 109–160.

⁵ Дудин А. П. Объект правоотношения (вопросы теории) / А. П. Дудин. – Саратов, 1980. – С. 68.

⁶ Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву / М. М. Агарков. – М., 1940. – 192 с.

⁷ Хвостов В. М. Общая теория права: элементарный очерк. – 2-е изд. / В. М. Хвостов. – М., 1905. – 211 с.

⁸ Халфина Р. О. Вказана праця. – 350 с.

⁹ Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть. Курс лекций / В. А. Тархов. – Чебоксары : Чуваш. кн. изд-во, 1997. – 331 с.

¹⁰ Цивільне право України: [підруч.] : у 2-х кн. / [Дзери О. В., Боброва Д. В., Довгерт А. С. та ін.]; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – 2-ге вид., доп. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Кн. 1. – 736 с.

¹¹ Иоффе О. С. Правоотношение по советскому гражданскому праву / О. С. Иоффе. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1949. – 144 с.

¹² Там само.

¹³ Гражданское право: [учеб.] / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : Проспект, 1998. – Ч. 1. – 632 с.

¹⁴ Синайский В. Н. Русское гражданское право / В. Н. Синайский. – М. : Основа, 2002. – 638 с.

¹⁵ Красавчиков О. А. Советское гражданское право : в 2 т. / О. А. Красавчиков – М. : Высш. шк., 1968. – Т. 1. – 520 с.

¹⁶ Тархов В. А. Вказана праця. – 331 с.

¹⁷ Общая теория права : учеб. / под ред. А. С. Пиголкина. – М., 1996. – 384 с.

¹⁸ Суворов Н. С. Лекции по энциклопедии права / Н. С. Суворов. – М. : Печатня А. И. Снегиревой, 1907. – 129 с.

¹⁹ Сліпченко С. О. Поняття об'єкта цивільного права за ЦК України / С. О. Сліпченко // Право України. – 2007. – № 12. – С. 81–84.

²⁰ Керимов Д. А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права) / Д. А. Керимов – М, 2000. – 560 с.

²¹ Магазинер Я. М. Объект права / Я. М. Магазинер // Очерки по гражданскому праву. – Л. : ЛГУ, 1957. – 292 с.

²² Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. – 7-е изд. / Г. Ф. Шершеневич. – СПб. : Издание братьев Башмаковых, 1909. – 818 с.

²³ Жуков В. И. Правовая охрана объектов научно-технического творчества / В. И. Жуков. – Х. : Юрид. ин-т, 1983. – 96 с.

²⁴ Магазинер Я. М. Вказана праця. – 292 с.

²⁵ Иоффе О. С. Вказана праця.

²⁶ Там само.

²⁷ Там само.

²⁸ Советское гражданское право : учеб. / под ред. В. А. Рясенцева. – М., 1965. – 546 с.

²⁹ Право інтелектуальної власності: Акад. курс : підруч. для студ. вищ. навч. закладів / О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін. / [за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького]. – К. : Ін Юре, 2007. – 696 с.

³⁰ Там само.

Резюме

Литвин С. Й. Сутність результату інтелектуальної, творчої діяльності як об'єкта цивільного права.

У статті досліджено та визначено сутність правової природи результату інтелектуальної, творчої діяльності як об'єкта цивільного права. Визначено місце результатів інтелектуальної, творчої діяльності серед інших об'єктів цивільних прав відповідно до обраного методологічного розуміння їх правової природи. Виявлено притаманні їм особливі ознаки. Зауважено, що об'єктом виключного права є не результат інтелектуальної, творчої діяльності, а вчинення передбачених законодавством дій (використання, розпорядження) щодо результату інтелектуальної, творчої діяльності.

Ключові слова: об'єкт цивільного права, об'єкт цивільних правовідносин, результат інтелектуальної, творчої діяльності, нематеріальне благо.

Резюме

Литвин С. Й. Сущность результата интеллектуальной творческой деятельности как объекта гражданского права.

В статье исследована и определена сущность правовой природы результата интеллектуальной, творческой деятельности как объекта гражданского права. Определено место результатов интеллектуальной, творческой деятельности среди других объектов гражданских прав в соответствии с избранным методологическим пониманием их правовой природы. Выявлены присущие им особые признаки. Отмечено, что объектом исключительного права является не результат интеллектуальной, творческой деятельности, а совершение предусмотренных законодательством действий (использование, распоряжение) относительно результата интеллектуальной, творческой деятельности.

Ключевые слова: объект гражданского права, объект гражданских правоотношений, результат интеллектуальной, творческой деятельности, нематериальное благо.

Резюме

Lytvyn S. The Result of Intellectual and Creative Activity as an Object of Civil Law.

The article explored and defined the essence of the legal nature of the result of intellectual and creative activity as an object of civil rights. The place of intellectual and creative activity among other objects of civil rights in accordance with the chosen methodological understanding of their legal nature. Revealed the inherent special characteristics. It is noted that the object of an exclusive right is not the result of intellectual and creative activity, and the commission of acts provided by the law (the use, disposal) with respect to the results of intellectual and creative activity.

Key words: object of civil law, the object of civil relations, the result of intellectual and creative activity, intangible benefits.

УДК 347. 795. 4

Д. О. МАРИЦ

Дарія Олександрівна Мариц, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут»

ДОГОВІР ПЕРЕВЕЗЕННЯ ПАСАЖИРІВ ТА БАГАЖУ НА ТАКСІ

Транспортні послуги у сучасному світі відіграють важливу роль як у забезпеченні переміщення пасажирів у просторі, так і в здійсненні перевезень вантажів. Послуги у сфері перевезень пасажирів мають бути якісними, швидкими, безпечними та комфортними. Транспортна інфраструктура є досить розгалуженою, а нормативне регулювання – надзвичайно об'ємним. Водночас законодавець повною мірою не врахує ті правовідносини, що потребують врегулювання у сучасних умовах. Так, на сьогодні існує ряд підзаконних нормативних актів, які були прийняті ще за радянських часів і на сьогодні залишаються чинними, хоча деякі положення вже не мають відповідного змістовного наповнення та подекуди суперечать іншим нормативним актам. Водночас проекти нагальних законів до цих пір залишаються не розглянутими та не прийнятими. Наприклад, у жовтні 2012 р. до Верховної Ради України був поданий проект Закону «Про перевезення на таксі та перевезення на замовлення», однак 12 грудня 2012 р. проект було відкликано. Так, на сьогодні жоден інший проект у цьому напрямі не було надано до розгляду.

Одним із найпопулярніших видів перевезень є автомобільні перевезення, що забезпечує таксі. Відповідно, сучасне законодавство не містить спеціального нормативного акта, який би регулював правовідносини, що виникають у цій сфері. **Тому актуальність** питань, які порушено у цій статті, обумовлюється насамперед недосконалістю правового регулювання відносин у сфері перевезень за допомогою таксі, а також відсутністю наукових досліджень договірних відносин, які виникають в організації перевезень за допомогою таксі.

Ступінь наукової розробки теми не визначається особливою увагою з боку правознавців, серед основних досліджень у сфері перевезень на таксі є праці О. Гришка та О. Нечипуренка. Договірним відносинам у сфері автомобільних перевезень присвячені праці А. Волкової, І. Голенко, О. Онищенко. Питанням ефективності лізингу маршрутних таксі приділена увага і економістів, зокрема С. М. Акіньшина. Інші публікації мають публіцистичний характер. Їх авторами є О. Крючков, В. Машкін, Н. Позняк-Хоменко, М. Хімич, В. Чепіжко.

Автомобільний транспорт – це галузь транспорту, яка забезпечує задоволення потреб населення та суспільного виробництва у перевезеннях пасажирів та вантажів автомобільними транспортними засобами. За інформацією, що була надана Головним управлінням статистики у м. Київ, за січень–серпень 2015 р. автомобільним транспортом перевезено 206 млн 772,6 тис. пасажирів, порівняно з січнем–серпнем 2014 р. перевезено 261 млн 901,9 тис. пасажирів. А за даними Кореспондент.net послугами автомобільного транспорту (за урахуванням перевезень фізичними особами-підприємцями) скористалися 1 млрд 715 млн 300 тис. пасажирів, що на 22,2 % менше, ніж за 2014 рік¹. У той же час перевезення пасажирів водним транспортом збільшилося на 1,2 % – до 0,5 млн осіб.

Автомобільні перевезення пасажирів регулює Закон України (далі – ЗУ) «Про автомобільний транспорт»² від 5 квітня 2001 р., постанова Кабінету Міністрів України від 18 лютого 1997 р. «Про затвердження Правил надання послуг пасажирського автомобільного транспорту»³, Закон України «Про захист прав споживачів»⁴.

Відповідно до ст. 1 ЗУ «Про автомобільний транспорт» перевезення пасажирів у режимі маршрутного таксі – це перевезення пасажирів на міському чи приміському автобусному маршруті загального користування за розкладом руху, в якому визначається час відправлення автобусів з початкового та кінцевого пунктів маршруту з висадкою і посадкою пасажирів чи громадян на їхню вимогу на шляху прямування автобуса в місцях, де це не заборонено правилами дорожнього руху. Водночас таке визначення абсолютно не показує порядок перевезення пасажирів таксі. Однак законодавцем у цьому ж нормативному акті наводиться визначення таксі, *за яким це легковий автомобіль, обладнаний розпізнавальним ліхтарем оранжевого кольору, який встановлюється на даху автомобіля, діючим таксометром, сигнальним ліхтарем із зеленим та червоним світлом, розташованим у верхньому правому кутку лобового скла, і який має нанесені композиції з квадратів, розташованих у шаховому порядку на дверцятках автомобіля з лівого та правого боків, призначений для надання послуг з перевезення пасажирів та їхнього багажу в індивідуальному порядку.*

Послуги пасажирського автомобільного транспорту поділяють на послуги з перевезення пасажирів автобусами, *на таксі* та легковими автомобілями за замовленням. Послуги з перевезення на таксі надаються громадянам у порядку черги на стоянках таксі та на шляху прямування, а також на замовлення (*звичайне, термінове, нічне*) *усне, письмове чи за телефоном*. Звичайне замовлення таксі здійснюється на стоянці таксі в порядку черги.

При спеціальному замовленні таксі особи, які мають намір скористатися послугами таксі, зазначають місце і час подачі таксі (для виконання замовлення). Спеціальне замовлення може бути терміновим (якщо передбачає виконання замовлення протягом 30 хвилин) і планове (якщо від прийняття замовлення до його виконання визначено більше 30 хвилин – у межах узгодженого з особою, яка замовляє, часу подачі таксі). Спеціальне замовлення здійснюється через диспетчера, який передає його водію за допомогою пристрою зв'язку. Якщо замовлення послуги перевезення на таксі прийнято не пізніше ніж за 30 хвилин до визначеного часу його виконання і суб'єкт господарювання не має можливості забезпечити виконання замовлення, він зобов'язаний попередити про це замовника послуги не пізніше ніж за 30 хвилин до визначеного часу подачі транспортного засобу, а в разі, коли час від прийняття замовлення до його виконання становить менш як 30 хвилин, – негайно.

Під усним замовленням слід розуміти, в даному випадку, замовлення таксі на стоянці або на маршруті слідування. Під письмовим замовленням вочевидь слід розуміти заповнення он-лайн заявки на відповідному сайті перевізника, за вибором замовника. Однак таке письмове замовлення є водночас замовленням із використанням дистанційних засобів зв'язку, так само як і замовлення за телефоном.

Для здійснення перевезення пасажирів перевізнику необхідно мати відповідний пакет документів. Так, для водія таксі – це посвідчення водія відповідної категорії, свідоцтво про реєстрацію транспортного засобу, інші документи, передбачені законодавством України.

Ліцензування окремих видів транспорту, зокрема таксі, здійснюється з метою забезпечення безпеки і надійності роботи транспорту; обмеження монополізму та розвитку конкуренції; створення рівних умов для розвитку господарської діяльності підприємств транспорту. Так, відповідно до ст. 9 Закону України «Про автомобільний транспорт» ліцензія видається на господарську діяльність з надання послуг щодо перевезення пасажирів і небезпечних вантажів на такі види робіт: надання послуг з внутрішніх перевезень пасажирів на таксі; надання послуг з міжнародних перевезень пасажирів на таксі. Відповідно до чинного законодавства існує класифікація транспортних засобів, залежно від якої здійснюється і державна реєстрація такого засобу.

Таксі належить до транспортних засобів спеціального призначення. І при державній реєстрації легкових автомобілів у реєстраційних документах роблять відмітку щодо їх призначення згідно з документами виробника (легковий, таксі, спеціалізований санітарний автомобіль екстреної медичної допомоги, автомобільні інкасації, броньований, обладнаний спеціальними світловими і звуковими сигнальними пристроями).

Зареєстровані легкові автомобілі, які обладнуються устаткуванням для роботи як на таксі і використовуються згідно з відомостями, поданими ліцензіатом органу ліцензування господарської діяльності з надання послуг з перевезення пасажирів автомобільним транспортом, при провадженні такого виду господарської діяльності, державній перереєстрації не підлягають.

Для укладення договору перевезення пасажирів на таксі необхідно погодити істотні умови. Однак специфікою даного виду перевезень є те, що законодавець передбачає укладення договору та визначає його істотні умови щодо перевезення пасажирів на таксі *лише у разі замовлення такої послуги з використанням дистанційних засобів зв'язку*.

Таким чином, виходячи зі змісту наведеного положення, складається враження, що у разі замовлення такої послуги на стоянці таксі погодження істотних умов не вимагається. У разі звичайного замовлення таксі (на стоянці чи за маршрутом слідування) перевезення пасажирів також здійснюється на договірних засадах, і тому видається логічним погодження істотних умов, що погоджуються у разі замовлення таксі з використанням дистанційних засобів зв'язку. Тому необхідне певне уточнення положень Правил надання послуг пасажирського автомобільного транспорту в частині погодження істотних умов договору.

Так, до істотних умов договору перевезення на таксі належать:

- час і місце (адреса) подачі транспортного засобу;
- кінцевий пункт маршруту (за бажанням замовника послуги);

- час доставки у кінцевий пункт (за бажанням замовника послуги);
- контактний телефон замовника послуги; вартість послуги з перевезення (за бажанням замовника послуги);
- інші основні характеристики обслуговування (за погодженням сторін).

Перед укладенням договору суб'єкт господарювання повинен повідомити замовникові послуг (на його вимогу) про:

- 1) своє найменування та місцезнаходження;
- 2) адресу та номер телефону, за якими приймаються претензії щодо неналежного рівня обслуговування;
- 3) основні характеристики послуги (час подачі транспортного засобу, модель, номерний знак тощо);
- 4) ціну послуги та/або тариф на проїзд, включаючи плату за подачу транспортного засобу, умови оплати послуги;
- 5) порядок розірвання договору.

Сторонами такого договору є суб'єкт господарювання та особа, що замовляє перевезення. Однак визначення сторони лише суб'єктом господарювання є, на наш погляд, не досить правильним, адже таку діяльність може здійснювати і фізична особа – суб'єкт підприємницької діяльності, а такі терміни не є синонімами. Крім того, договір укладається не між перевізником та замовником (пасажиром), а між замовником та особою, яка є представником перевізника. На законодавчому рівні відносини між диспетчерською службою та перевізником (таксі) не врегульовані, тому необхідно з'ясувати, який вид договірних відносин має місце за таких умов. Виходячи із змісту ст. 243 Цивільного кодексу України, комерційним представником є особа, яка постійно виступає представником підприємців при укладенні ними договору у сфері підприємницької діяльності. Повноваження комерційного представника можуть бути підтверджені письмовим договором між ним та особою, яку він представляє, або довіреністю. Тобто, суб'єкт господарювання (який надає інформаційно-диспетчерські послуги) виступає комерційним представником перевізника.

Підбиваючи підсумки, зважаючи на відсутність легального визначення договору перевезення на таксі, пропонуємо наступне визначення.

Договір перевезення на таксі – це публічний договір, який укладається між замовником та суб'єктом підприємницької діяльності (самозайняті перевізники) або господарської діяльності (перевізником на таксі), або за допомогою дистанційних засобів зв'язку, предметом якого є надання послуг із перевезення пасажирів та/або багажу.

На наш погляд, можна визначити такі юридичні ознаки договору перевезення на таксі. Цей договір є: публічним, двостороннім, консенсуальним, оплатним, строковим.

Так, при наданні послуг перевезення на таксі можуть бути укладені такі договори:

- 1) договір перевезення на таксі (який укладається безпосередньо між замовником та перевізником у разі звичайного замовлення на стоянках таксі або на маршруті слідування таксі);
- 2) договір, про надання інформаційно-диспетчерських послуг, який укладається між перевізником та суб'єктом господарювання (інформаційно-диспетчерський пункт);
- 3) договір про використання певної транспортної інфраструктури та користування стоянкою для таксі на цій території;
- 4) договір на замовлення таксі за допомогою дистанційних засобів зв'язку, який укладається між особою, що замовляє перевезення та суб'єктом господарювання.

Суб'єкт господарювання, який надає інформаційно-диспетчерські послуги, уточнює час, необхідний для здійснення перевезення, та час подачі транспортного засобу з урахуванням особливостей дорожньо-транспортної ситуації (погодні умови, період доби, можливі ускладнення під час виконання замовлення). У разі укладення договору про замовлення послуги таксі за допомогою дистанційних засобів зв'язку суб'єкт господарювання відповідає за виконання його умов та надання достовірної і своєчасної інформації про послугу.

У межах даної статті розглядалися договірні відносини, які виникають у сфері перевезень за допомогою таксі. В результаті дослідження даної проблематики автором пропонується: 1) авторське визначення поняття договору перевезення на таксі; 2) визначено юридичні ознаки даного договору; 3) з'ясовано, що передумовою надання послуг із перевезення на таксі є укладення інших договорів (зокрема, договору на замовлення таксі за допомогою дистанційних засобів зв'язку); 4) послуги суб'єкта господарювання (інформаційно-диспетчерські послуги) регламентуються укладенням договору між перевізником та суб'єктом господарювання, де суб'єкт господарювання виступає комерційним представником перевізника; 5) договір про перевезення на таксі може бути укладено в усній формі, за допомогою дистанційних засобів зв'язку, зокрема у письмовій формі, шляхом заповнення он-лайн заявки – замовлення; 6) можлива трансформація суб'єктного складу договору на різних етапах його дії, починаючи від стадії укладення (за допомогою дистанційних засобів зв'язку) де сторонами є замовник та суб'єкт господарської діяльності (інформаційно-диспетчерський пункт), а на стадії виконання цього договору – сторонами є перевізник та пасажир. З огляду на обсяг статті, на жаль, неможливо розглянути всі питання, які виникають при перевезеннях за допомогою таксі, зокрема ті, що стосуються порядку розрахунків, видачі чека або іншого документа, досліджень суміжної договірної конструкції перевезення пасажирів автомобільним транспортом на замовлення, тому окреслені питання, безумовно, стануть предметом подальших наукових розвідок.

¹ Пасажирські перевезення за січень-серпень 2015 року : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kiev.ukrstat.gov.ua/p.php3?c=1016&lang=1> – Назва з екрана.

² Про автомобільний транспорт : Закон України в редакції закону № 3492 - VI // ВВР. – 2006. – № 32. – Ст. 273.

³ Про затвердження Правил надання послуг пасажирського автомобільного транспорту : постанова Кабінету Міністрів України від 18 лютого 1997 р. № 176 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/176-97-%D0%BF> – Назва з екрана.

⁴ Про захист прав споживачів : Закон України від 12 травня 1991 р. // ВВР. – 1991. – № 30. – Ст. 379.

Резюме

Мариц Д. О. Договір перевезення пасажирів та багажу на таксі.

У статті аналізується сучасний стан автомобільних перевезень в Україні, наводяться статистичні дані. Предметом дослідження є договір перевезення пасажирів та багажу на таксі, аналізуються нормативно-правові акти у цій сфері, виявляються прогалини правового регулювання. В результаті дослідження автор доходить певних висновків та надає ряд пропозицій. Зокрема, запропоновано визначення поняття договору перевезення на таксі, визначено юридичні ознаки цього договору, з'ясовано, що передумовою надання послуг із перевезення на таксі можливе укладення інших договорів.

Ключові слова: договір, таксі, пасажир, замовник, перевізник, дистанційні засоби зв'язку.

Резюме

Мариц Д. А. Договор перевозки пассажиров и багажа на такси.

В статье анализируется современное состояние автомобильных перевозок в Украине, приводятся статистические данные. Предметом исследования является договор перевозки пассажиров и багажа на такси, анализируются нормативно-правовые акты в этой сфере, определяются пробелы правового регулирования. В результате исследования автор приходит к определенным выводам и дает ряд предложений. В частности, предложено определение понятия договора перевозки на такси, определены юридические признаки этого договора, выяснено, что предпосылкой предоставления услуг по перевозке на такси возможно заключение других договоров.

Ключевые слова: договор, такси, пассажир, заказчик, перевозчик, дистанционные средства связи.

Summary

Maritz D. The contract for the carriage of passengers and their luggage by taxi.

The article analyzes the current state of road transport in Ukraine, using available statistics. The subject of research is the contract regarding the carriage of passengers and luggage by taxi. The author analyzes the normative and legal acts in this field and identifies the limitations in the current legal regulation. Concerning this subject, the author presents several conclusions and proposals.

Key words: contract, taxi, passenger, customer, carrier, remote means of communication.

УДК 347

В. В. НАДЕН

Викторія Валентиновна Наден, кандидат юридических наук, доцент Національного юридического університету імені Ярослава Мудрого

ОБЯЗАННОСТИ НАСЛЕДНИКОВ, ВОЗНИКАЮЩИЕ В ЗАВЕЩАТЕЛЬНОМ ОТКАЗЕ, «ВОЗЛОЖЕНИИ», ЗАВЕЩАНИИ С УСЛОВИЕМ (СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ)

В соответствии со ст. 1233 ГК завещанием является личное распоряжение физического лица на случай своей смерти. На момент смерти наследодатель перестает быть субъектом каких-либо отношений, то есть утрачивает принадлежавшие ему при жизни субъективные права и обязанности. В свою очередь, наследники лишь с течением определенного времени приобретают наследственные субъективные права и обязанности умершего наследодателя. Римляне отмечали, что *наследование* есть ничем иным, нежели получение в целом права, которым владел умерший¹.

По общему правилу, в состав наследства входят все права и обязанности, принадлежавшие наследодателю на момент открытия наследства (ст. 1218 ГК). Поэтому с принятием наследства к наследникам переходят имущественные права и обязанности наследодателя, которыми он владел при жизни. Нельзя получить в собственность в порядке наследования только права, не выполнив обязанности, возникающие с принятием наследства. Нельзя также переложить выполнение своей обязанности на другое лицо для того, чтобы была возможность реализовать свое наследственное право.

Таким образом, к наследникам переходят не только права завещателя, но и его обязанности (транслятивное правопреемство), даже если они не были указаны в завещании, поскольку вследствие наследования происходит универсальное правопреемство.

При универсальном правопреемстве происходит переход всей совокупности прав и обязанностей предшественника преемнику, кроме тех, которые тесно связаны с личностью правопреемника. При этом все составные этой совокупности, принадлежащие правопреемнику, переходят единым актом². Л. Эннекерус подчеркивал, что не нужны факты, установленные отдельно для приобретения каждого из этих прав и обязанностей³. К. Г. Брунс отмечал, что при универсальном преемстве права и обязанности остаются в составе того же имущества, к которому они принадлежали, переходят совокупно с ним и, как его составляющая, остаются в том же юридическом составе, который они до тех пор имели в этом имуществе. Таким образом, имущество остается таким же самым, только иное лицо выступает его субъектом и владельцем⁴. В данном случае, описана идеальная картина универсального правопреемства.

В литературе встречаются мнения о правопреемстве в объектах этих прав – в имуществе (вещах) предшественника⁵. Под имуществом понимают связь совокупности прав и обязанностей с лицом («имущество – это то, что имеет любое лицо»)⁶. Перестает существовать гражданин, прекращается и понятие имущества личности, остаются лишь отдельные права и обязанности⁷.

Нередко встречается мнение о том, что могут передаваться вещи, а не права, т.к. права и обязанности как категории идеологические не имеют способности перемещаться в пространстве, а потому не могут переходить от одного лица к другому⁸. С такой позицией нельзя согласиться, поскольку с вещью непосредственно связано право на эту вещь, и это право является неотъемлемой ее составляющей. Невозможно передать вещь, не передав права на нее. К тому же, некоторые вещи могут переходить без пространственного перемещения (например, недвижимые). Как верно отмечает Б. Б. Черепашин, в случае правопреемства «понятие перехода субъективного права и правовой обязанности является специальным правовым понятием»⁹, или, иными словами, юридической конструкцией. В. В. Валах указывает, что в порядке правопреемства передача самой вещи может не произойти, но право и/или обязанность на нее в том объеме, который существует у предшественника, переходит к преемнику¹⁰. Следует добавить: если преемник пожелает воспользоваться данным правом, Ю. С. Гамбаров говорил, что «права – не реально существующие вещи, которые могли бы возникнуть, изменяться и разрушаться... Прав как самостоятельных вещей не существует»¹¹. Е. В. Васильковский, в свою очередь, отмечал, что передаваемость прав базируется на фикции, которая приравнивает их к материальным предметам¹².

Следует подчеркнуть, что права и обязанности правопреемника переходят к правопреемнику со всеми обременениями. Тем самым наследственную массу составляют не только актив, но и пассив имущества наследодателя.

Таким образом, объектом завещательного распоряжения может быть все то, что является объектом имущественных прав, предусмотренных ст. 177 ГК, которые могут переходить в порядке наследственного преемства – жилой дом, квартира, земельный участок, деньги, ценные бумаги и др. Также можно завещать право требования по долговой расписке, авторское право (в его имущественной части). **Но нельзя завещать одни обязанности.** Закон предоставляет завещателю право возлагать на наследника по завещанию выполнение тех или иных обязанностей, но это право допускается только при условии получения этим наследником имущества или известной его доли. Завещание, которым завещатель обязал наследника выполнить те или иные обязанности (например, покрыть его долги) без предоставления ему всего или части имущества, может иметь для наследника моральную, а не юридическую силу. Не вправе на основании такого завещания предъявить к наследнику свои требования и соответствующие кредиторы наследодателя.

Завещание не может быть основанием возникновения прав и обязанностей у наследников в пользу завещателя при жизни.

По общему правилу, в завещательных отношениях наследодатель наделяется исключительно правами (выбор наследников (ст. 1235 ГК, раздел своего имущества между будущими наследниками (ст. 1236 ГК), завещательный отказ (ст. 1237 ГК), указать условие, с наступлением которого будущий наследник сможет принять наследство (ст. 1242 ГК) и т.д. Обязанностями наследодатель, как правило, не наделяется, у него их просто нет в завещательных отношениях. Таким образом, завещание – это односторонняя сделка, которая дает возможность наследодателю при жизни реализовать свое право, как правило, имущественного характера, в пользу выбранного им лица, на случай своей смерти.

В свою очередь наследники, которые пожелают принять наследство после смерти наследодателя, наделяются не только правами, например, принять или не принять наследство, какую-то часть наследства, но и соответствующими обязанностями, возникающими автоматически с реализацией этого права (принятия наследства или его части). Если завещатель распределил между наследниками в завещании лишь свои права, к наследникам, которых он назначил, переходит та часть его обязанностей, которая является пропорциональной полученным ими правам.

Обязанность – предусмотренная законом или соглашением сторон мера должного поведения субъекта правоотношения. В данном случае обязанность – это мера должного поведения наследника в наследственных отношениях. Обязанность характеризуется категоричностью. Она является властно предписанным (необходимым) поведением субъекта правоотношения. Под обязанностями, которые переходят к наследнику по завещанию, следует понимать те обязанности наследодателя, которые имеют денежный эквивалент, например, обязанности по надлежащему исполнению договоров, возмещение вреда и т.д. Данная обязанность может быть не только гражданская, но и, например, налоговая, задолженность по выплате заработной платы работникам общества, корпоративные права, которые принадлежали умершему и др. Объем этих обя-

занностей должен быть пропорциональным объему прав, которые принимает в наследство наследник¹³. Обязанность и субъективное право в правоотношении находятся в неразрывной связи друг с другом. Субъективному праву наследодателя соответствует обязанность наследников совершить, сделать что-либо в пользу лица, указанного в завещании, для того чтобы получить наследство. В связи с данным положением возникает вопрос: допустимы ли завещания, содержащие в себе указания, ограничивающие наследников в праве распоряжения завещанным им имуществом на протяжении всей их жизни? В частности, можно ли признать действительным завещание, которым наследник лишается права продать завещанный ему жилой дом? Как отмечал в своих трудах В. И. Серебровский, завещание, ограничивающее полную свободу распоряжения наследника, ставшего собственником завещанного ему имущества, должны, по общему правилу, считаться не имеющими силы¹⁴. Действительно, с данной точкой зрения следует согласиться, поскольку в данном случае пропадает толкование права частной собственности, с полномочиями собственника владения, пользования и распоряжения принятым по завещанию имуществом. Ситуация изменится в том случае, если данное условие будет ограничено временными рамками, например, до наступления совершеннолетия детей указанный наследник не имеет права на отчуждения принятого имущества по наследству.

Как было отмечено ранее, общее правило в наследственных отношениях по отношению к наследнику – первоначально возникает право у наследника принять или не принять наследство. После того как наследник разобрался с данным правом и пожелал принять наследство, автоматически возникают обязанности в отношении принятого права у наследника или, соответственно, наследников, если их несколько.

Рассмотрим данное положение на примере завещательного отказа и завещания с условием.

На основании ст. 1237 ГК завещатель имеет право сделать в завещании завещательный отказ, т.е. возложить на наследников выполнение какого-либо обязательства в пользу другого лица или других лиц (завещательный отказ). Так, завещатель может возложить на наследника по завещанию обязанность выдать из наследства какие-либо вещи (например, предметы домашней обстановки, картины, рукописи и т.д.), пожизненно содержать кого-либо из законных наследников, выплатить известную денежную сумму единоразово или по частям указанному в завещании лицу, приобрести какой-нибудь предмет и передать его в собственность указанному в завещании лицу (например, обязать наследницу-дочь купить автомобиль и подарить его внуку) и т.п.

Во всех перечисленных случаях имеет место завещательное распоряжение, доставляющее определенному лицу **именно имущественную выгоду за счет наследственного имущества**, но не делающего его, однако, наследником.

В силу сделанного завещателем распоряжения правоотношения возникают между: 1) лицом, обязанным к выполнению завещательного отказа (наследник); и 2) отказополучателем (не наследник, но имеющий право на получение определенной имущественной выгоды от наследника). К отказополучателю должны применяться те же общие правила, что и к наследникам, а именно: такими лицами могут быть только лица, находившиеся в живых к моменту смерти наследодателя, а также лица, зачатые при его жизни и родившиеся после его смерти. Установление завещательных отказов в пользу посторонних лиц разрешается лишь в тех случаях, когда наследником по завещанию также назначено постороннее лицо.

Возложение такой обязанности на наследников, не назначенных наследниками по завещанию, не допускается.

Предмет завещательного отказа считается свободным от обременения долгами наследодателя. Отказополучатель не несет прямой ответственности по этим долгам. Если лицо, на которое возложен завещательный отказ, отказывается от наследства в пользу другого лица, то осуществляет завещательный отказ наследник, к которому перешла доля имущества отказавшегося наследника. В случае споров между наследником по завещанию и отказополучателем необходимо иметь в виду, что нуждаемость наследника в пользовании наследством (например, личная нуждаемость в жилье), а также переход права собственности от наследника к другому лицу, независимо от оснований такого перехода, не влияют на права отказополучателя, поскольку объем таких прав устанавливается наследодателем при составлении завещания и не может быть изменен наследником. Права и обязанности отказополучателя прекращаются с его смертью и не могут быть переданы им в наследство, если иное не предусмотрено наследодателем, составившим завещательный отказ.

Однако таким наследником по завещанию может быть так называемый «подназначенный наследник», т.е. подназначение наследника в соответствии со ст. 1244 ГК возможно, если лицо, назначенное наследником, умрет до открытия наследства или если лицо, назначенное наследником, не примет наследство или откажется от его принятия, или будет отстранено от права на наследование. В указанных случаях обязанность по выполнению завещательного отказа должна перейти на «подназначенного наследника».

Возникает вопрос, может ли завещатель возложить такую обязанность на государство, территориальную громаду, которых завещатель вправе назначить своими наследниками, «подназначенными наследниками»? Например, художник завещает свое собрание картин территориальной громаде с обязанностью выплатить определенную денежную сумму, гораздо меньше рыночной стоимости этих картин его дочери? В соответствии с ч. 2 ст. 1222 ГК наследниками по завещанию могут быть юридические лица и другие участники гражданских отношений. На основании ч. 2 ст. 2 ГК участниками гражданских отношений являются: государство Украины, территориальная громада... Таким образом, приведенные нормы гражданского законодательства дают положительный ответ относительно субъектного состава в качестве наследников наследственных отношений. Аналогично разрешается вопрос относительно государства, территориальной громады как

«подназначенного наследника». Данный ответ получаем при анализе ст. 1244 ГК. Таким образом, обязанности наследников в наследственных отношениях могут возникать у любого участника гражданских отношений, предусмотренных ст. 2 ГК.

Нередки случаи, когда наследником по завещанию выступает физическое лицо, которое, в частности, имеет право на обязательную долю в этом наследстве, например, нетрудоспособная жена. Возникает вопрос: может ли завещатель возложить выполнение завещательного отказа на наследника, который имеет право на получение обязательной доли в наследстве?

Закон не воспрещает завещателю возлагать на такого наследника выполнение тех или иных обязанностей в пользу другого наследника или других наследников. Но следуя логике, завещатель не вправе путем установления завещательного отказа уменьшить причитающуюся такому наследнику обязательную долю. Поэтому, если в силу завещания с возложением на наследника какой-либо обязанности в пользу кого-либо из других наследников будет уменьшена причитающаяся ему обязательная доля, она подлежит восстановлению путем соответствующего уменьшения обязательств по завещательному отказу. Но если наследодатель завещал необходимому наследнику имущество в размере, превышающем стоимость обязательной наследственной доли, то часть этого имущества, превышающая стоимость обязательной доли, может быть обременена завещательным отказом¹⁵.

В практике известны случаи, когда завещание содержит завещательный отказ в пользу определенного лица (отказополучателя), а он умирает до принятия наследства наследником. В данном случае наследник освобождается от выполнения обязанности в пользу отказополучателя, если в завещании не указан другой отказополучатель на случай смерти первого. Аналогично решается и ситуация с отказом в принятии выполнения обязанности имущественного характера самим отказополучателем по своим личным соображениям.

Те же последствия должны иметь место в случаях, когда все завещание или часть его, содержащая установление завещательного отказа, будут признаны недействительными, а также в случае отмены завещателем установленного им завещательного отказа.

Еще одной из прямого предписания в завещании конкретной обязанностью является завещание с условием. В соответствии с ч. 1 ст. 1242 ГК завещатель может обусловить возникновение права на наследование у лица, назначенного в завещании, наличием определенного условия... Данное условие, как показано в указанной статье, может носить имущественный или неимущественный характер.

Внешне завещание с условием очень похоже на завещательный отказ. Един в них тот факт, что наследодатель и в первом, и во втором случае ставит определенные требования (обязанности), с выполнением которых лицо становится полноправным наследником в наследственных отношениях. И соответственно, если он не выполняет (или не в полном объеме выполняет) те требования, которые содержит завещание, лицо не приобретает права на наследство.

Отличительная черта этих требований в том, что: 1) требования в завещательном отказе всегда направлены в пользу отказополучателя (третьего лица); в завещании с условием требования могут касаться личности самого наследника (рождение ребенка, получение высшего образования и т.д.); 2) требования в завещательном отказе всегда носят имущественный характер; требования в завещании с условием могут носить как имущественный, так и неимущественный характер. К имущественным обязанностям, например, можно отнести: обязать наследника выплатить долг (за наследодателя или какого-то третьего лица, указанного в завещании наследодателем); содержать до совершеннолетия дочь, сына наследодателя или других лиц, указанных наследодателем и др. К неимущественным обязанностям можно отнести: проживать наследнику в определенном месте; рождение ребенка – только после выполнения данного условия лицо станет полноправным наследником; получение высшего образования и т.д.

Таким образом, главная отличительная характеристика завещательного отказа и завещания с условием – в разделении обязанностей на имущественные и личные неимущественные. В первом случае обязанности носят только имущественный характер, во втором – как имущественный, так и личный неимущественный характер.

Однако в отношении обязанностей неимущественного характера возникает вопрос: не нарушает ли наследодатель возложением обязанностей неимущественного характера правоспособность наследников? В соответствии с ч. 1 ст. 25 ГК под гражданской правоспособностью следует понимать способность физического лица иметь права и обязанности. Правоспособность неотделима от человека, он правоспособен в течение всей жизни независимо от возраста и состояния здоровья. Таким образом, правоспособность означает способность быть субъектом этих прав и обязанностей, возможность иметь любое право или обязанность из предусмотренных или допускаемых законом¹⁶. На основании ч. 2 ст. 26 ГК физическое лицо имеет все личные неимущественные права, установленные Конституцией Украины и ГК. По общему правилу, правоспособность не может быть ограничена никем. В наследственных отношениях наследодатель не имеет право указать в завещании условие неимущественного характера, которое ограничивает правоспособность наследника, а именно: возложить на наследника обязанность проживания в определенном месте (данное условие противоречит ст. 47 КУ, ч. 2 ст. 29 ГК); возложить обязанность выйти замуж за определенного лица, указанного в завещании (нарушение ст. 51 КУ – брак основывается на добровольном согласии женщины и мужчины) и т.д.

Таким образом, можно резюмировать, что завещание может содержать условие неимущественного характера, но только без ограничения правоспособности (неотъемлемых прав и обязанностей) наследника.

От завещательного отказа и завещания с условием надо отличать так называемое «возложение». В соответствии со ст. 1240 ГК завещатель может обязать наследника к совершению определенных действий неимущественного характера, в частности, относительно распоряжения личными бумагами, определения места и формы осуществления ритуала захоронения. Также завещатель может обязать наследника к совершению определенных действий, направленных на достижение общепользу цели.

Как и завещательный отказ, завещание с условием, «возложение» обязывает наследника по завещанию к выполнению определенных обязанностей. Но в то время, как уже было отмечено, завещательный отказ содержит требование имущественного характера, завещание с условием как требование имущественного, так и неимущественного характера, «возложение» на первый взгляд, содержит требование неимущественного характера. Завещательный отказ устанавливается всегда в пользу определенного указанного наследодателем лица (отказополучателя), в завещании с условием требования могут касаться действий, поведения самого наследника, а также и других лиц, указанных в завещании. В «возложении», как правило, требования, указанные в завещании, носят личный характер (последняя воля наследодателя, которая должна реализоваться посмертно); наследник также может быть обязан выполнить определенные действия, направленные на осуществление общепользу цели. Данное положение, к сожалению, ГК не трактует с точки зрения имущественного или неимущественного характера. Поэтому можно сделать вывод, что действия наследника, направленные на общепользу цели, все-таки подразумевают имущественный характер, например, когда наследодатель обязывает наследника передать свою картинную галерею в музей.

Следовательно, в «возложении» требования могут так же, как и в завещании с условием, иметь как имущественный, так и неимущественный характер.

Подводя итог, следует отметить, что обязанности наследника в завещании могут иметь имущественный и личный неимущественный характер. Главное, чтобы данная обязанность не нарушала неотъемлемые права и обязанности наследника, предусмотренные КУ, ГК и другими нормативно-правовыми актами.

¹ Римское частное право [Текст] : учеб. / под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. – М. : Юрист, 2000. – С. 322.

² Рябоконь С. О. Спадкове правовідношення в цивільному праві [Текст] / С. О. Рябоконь. – К. : Віпол, 2002. – С. 61.

³ Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права [Текст] / Л. Эннекцерус. – М. : Иностран. лит., 1950. – Т. 1. – Полупом 1. – С. 93.

⁴ Bruns K. G. Geschichte und Quellen des romischen Rechts [Text] / K. G. Bruns, L. Pernice, O. Lenel // Holtzendorff's "Encyklopadie der Rechtswissenschaft". – 6 Aufl. – 1902–1903. – S. 115–116.

⁵ Серебровский В. И. Очерки советского наследственного права [Текст] / В. И. Серебровский. – М. : АН СССР, – 1953. – С. 41.

⁶ Кассо Л. А. Преемство наследника в обязательствах наследодателя [Текст] / Л. А. Кассо. – Юрьев : Тип. К. Маттисена, 1895. – С. 37.

⁷ Гражданское право [Текст] : учеб. : в 2 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : БЕК, 2000. – Т. 1. – С. 790.

⁸ Грибанов В. П. Правовые последствия перехода имущества по договору купли-продажи в советском гражданском праве / В. П. Грибанов // Советское государство и право. – 1955. – № 8. – С. 66.

⁹ Черепашин Б. Б. Труды по гражданскому праву (Классика российской цивилистики) [Текст] / Б. Б. Черепашин. – М. : Статут, 2001. – С. 312.

¹⁰ Валах В. В. Наследственные отношения в Украине, Российской Федерации, Франции, Германии и США (сравнительно-правовое исследование) [Текст] / В. В. Валах. – Х. : Бурун Книга, 2012. – С. 58.

¹¹ Гамбаров Ю. С. Гражданское право: Общая часть [Текст] / Ю. С. Гамбаров ; под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. – М. : Зерцало, 2003. – С. 643.

¹² Васильковский Е. А. Учебник гражданского права [Текст] / Е. А. Васильковский. – М. : Статут, 2003. – С. 135.

¹³ Цивільний кодекс України : Науково-практичний коментар / за ред. проф. І. В. Спасиво-Фатєєвої. – Х. : Страйд, 2009. – Т. 12: Спадкове право. – С. 184.

¹⁴ Серебровский В. И. Избранные труды [Текст] / В. И. Серебровский. – М. : Статут, 1997. – С. 135. – (Серия «Классика российской цивилистики»).

¹⁵ Там само.

¹⁶ Наден В. В. Правоспособность как отдельный элемент содержания субъективной обязанности / В. В. Наден // Журнал научных публикаций аспирантов и докторантов. – Курск, 2013. – № 10. – С. 132.

Резюме

Наден В. В. Обязанности наследников, возникающие в завещательном отказе, «возложении», завещании с условием (сравнительно-правовой анализ).

В статье проводится сравнительно-правовой анализ обязанностей наследников по завещанию, которые прямо указывает в завещании при жизни наследодатель и которые должны быть в обязательном порядке исполнены наследником, для принятия наследства.

Ключевые слова: право, обязанность, завещание, наследник, наследодатель, завещательный отказ, «возложение», завещание с условием.

Резюме

Надьон В. В. Обов'язки спадкоємців, що виникають у заповідальному відказі, «покладанні», заповіті з умовою (порівняльно-правовий аналіз).

У статті проводиться порівняльно-правовий аналіз обов'язків спадкоємців за заповітом, які прямо вказує в заповіті за життя спадкодавця, що повинні бути в обов'язковому порядку виконані спадкоємцем, для прийняття спадщини.

Ключові слова: право, обов'язок, заповіт, спадкоємець, спадкодавець, заповідальний відказ, «покладання», заповіт з умовою.

Summary

Nadion V. Obligations arising from a testamentary heirs refuse, «laying», testament to the condition (comparative-legal analysis).

The article presents a comparative analysis of the legal responsibilities of the heirs under a will, clearly stating in a will the testator during his lifetime, which should be compulsory executed heir to accept the inheritance.

Key words: right, duty, will, heir, testator, testamentary gift, «laying», testament to the condition.

УДК 346.9

О. К. НАМЯСЕНКО

Ольга Кузьмівна Намясенко, кандидат юридичних наук, доцент ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»

ПІДВІДОМЧІСТЬ І ПІДСУДНІСТЬ ГОСПОДАРСЬКИХ СПОРІВ: ЗАГАЛЬНИЙ ОГЛЯД ТЕОРЕТИЧНИХ ТА ПРАКТИЧНИХ ПРОБЛЕМ

Поняття підвідомчості та підсудності в господарському судочинстві є комплексними, відіграють основоположну, базисну роль для всього господарського процесу. В основі реалізації зазначених категорій лежить необхідність дослідження компетенції судових органів, розмежування судової юрисдикції, обґрунтування принципу спеціалізації судів та формування судової системи України, сутності господарських спорів, аналіз видів підвідомчості та підсудності, визначення нових тенденцій впливу євро інтеграційних процесів в Україні тощо. Представлена наукова стаття є спробою комплексно визначити всі зазначені теоретичні та практичні проблеми з метою подальшого їх детального дослідження.

Проблеми підвідомчості та підсудності справ господарським судам України досліджувались багатьма науковцями та практиками, серед яких: В. Е. Беляневич, О. В. Бринцев, В. В. Рєзнікова, С. Ф. Демченко, Р. О. Ковалишин, Т. О. Коломоєць, А. Й. Осетинський, О. М. Пасенюк, І. Г. Побірченко, В. В. Сердюк, В. І. Татьков, П. М. Тимченко, М. І. Черленяк, Д. М. Шадура, М. Й. Штефан та ін.

Метою даної статті є огляд загальнотеоретичних та практичних проблем визначення та застосування інституту підвідомчості та підсудності господарських спорів, комплексний аналіз суміжних понять та новітніх тенденцій розуміння підвідомчості та підсудності в господарському процесі.

Одна з основних теоретичних проблем полягає у відсутності єдиного підходу до застосування та розуміння категоріального апарату. Так, разом із терміном «підвідомчість» використовуються поняття «юрисдикція» та «судова юрисдикція», «компетенція» та «предметна компетенція» тощо. Дані поняття інколи ототожуються, в інших наукових джерелах наголошується на їх відмінності.

Поняття «компетенція» лат. *competentia* – «відповідність, узгодженість», походить від лат. *competere* – «взаємно прагнути, відповідати, підходити» – сукупність встановлених 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 для виконання рішення, організувати та контролювати їх виконання, вживати у необхідних випадках заходи відповідальності тощо. Своїм змістом і спрямованістю компетенція державних органів та їх посадових осіб розрізняється залежно від гілки державної влади, до якої належить відповідний орган або посадова особа¹.

Ю. К. Осипов, який досліджував питання підвідомчості ще в 1970-х роках, під компетенцією розумів коло встановлених законом владних повноважень органів держави, посадових осіб та інших організацій, які водночас є їх обов'язками².

На думку М. О. Рожкової, поняття компетенції в широкому сенсі охоплює всі повноваження конкретного органу щодо здійснення функцій у визначеній сфері (наприклад, коло повноважень органу судової влади). Водночас поняття «компетенція» достатньо часто використовується у вузькому сенсі – у значенні лише кола головних (профільних) повноважень (вузьке тлумачення відповідає поняттю підвідомчості)³.

Компетенція спеціально уповноважених органів судової влади здійснювати правосуддя в формі визначеного законом виду судочинства та щодо визначеного кола правовідносин є судовою юрисдикцією. В об'єктивному значенні, як сукупність норм, судова юрисдикція – це інститут права, який покликаний розмежувати компетенцію різних ланок судової системи (загальних, господарських і адміністративних судів) і різні види судочинства (цивільне, кримінальне, адміністративно-деліктне, господарське і адміністративне) між собою⁴.

М. Ю. Лебедев визначає компетенцію як складову інституту юрисдикції в якості сукупності повноважень юрисдикційного органу, покладених на нього нормативним актом для реалізації встановлених чинним законодавством специфічних завдань і функцій цього органу і визначають його місце в юрисдикційній системі⁵.

У наукових джерелах звертається увага на те, що в сучасній літературі юрисдикцію розглядають як судочинство, підсудність, підвідомчість справ суду, як сукупність повноважень відповідних державних органів вирішувати правові спори і справи про правопорушення та застосовувати юридичні санкції, як компетенцію судових органів щодо розгляду цивільних, кримінальних та інших справ і коло питань, що належить до ведення держави або державної установи⁶.

Поняття «юрисдикція» у різних галузях права має власну генезу практичного застосування, вживання і теоретичного дослідження.

За загальною теорією права під юрисдикцією розуміється передбачена законом прерогатива державного органу (посадової особи) шляхом вирішення конкретних справ давати оцінку вчинків учасників цих справ і застосовувати заходи державного примусу. Судова юрисдикція характеризується структурно-функціональним характером судової влади і диференційною компетенцією її органів у межах їх діяльності та існуючої судової системи.

О. В. Баулін зазначає, що в цивільному, господарському процесі юрисдикцію переважно пов'язують із підвідомчістю або підсудністю⁷. Однак, на нашу думку, застосування поняття судової юрисдикції більше характерне для цивільного процесу, в той час як у господарському процесі використовується поняття підвідомчості. Так, наприклад, у підручнику «Цивільний процес України» за загальною реакцією М. М. Ясинка зауважується на тому, що використовувати для розв'язання таких питань, як: де є межа компетенції судових органів та чи безмежна вона; як розмежувати компетенцію різних ланок судової системи; як розмежувати різні види судочинства між собою тощо інститут підвідомчості зі своїм вже сталим у науці цивільного процесуального права визначенням та змістом було б некоректним. Більш правильним буде використовувати інший, хоча й доволі схожий за змістом із підвідомчістю термін «юрисдикція», «судова юрисдикція»⁸.

Поняття предметної компетенції і підвідомчості також мають деякі відмінності, що не дозволяють вважати їх рівнозначними. Основна відмінність, як зазначав Ю. К. Осипов, полягає в тому, що компетенція і підвідомчість характеризують зв'язок між правочином і його об'єктом по-різному. Якщо предметна компетенція характеризує її з боку суб'єкта повноважень, то підвідомчість – з боку їх об'єкта. Права органів держави на здійснення своїх функцій стосовно певного кола об'єктів (предметів) представляють собою об'єктивні (предметні) повноваження, а сукупність предметних повноважень – об'єктивну (предметну) компетенцію⁹.

Відсутність чіткого законодавчого визначення понять підвідомчості та підсудності ускладнює зазначену проблему. Роз'яснювальні акти, зокрема Постанова Пленуму ВСУ від 24 жовтня 2011 р. № 10 «Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам», визначають підвідомчість через застосування понять повноважень та компетенції, що є певною тавтологією.

Комплексність понять підвідомчості та підсудності вимагає з'ясування сутності таких пов'язаних категорій, як господарський спір та види господарських спорів. На даний час є окремі наукові роботи, присвячені, наприклад, дослідженню поняття економічного спору (О. В. Бринцев «Правова сутність економічних спорів та способи їх вирішення»), визначення господарського спору міститься в окремих працях науковців (І. Г. Побірченко, Д. М. Притика, В. Е. Беяневич, О. П. Подчерковий та ін.), однак необхідним є детальне дослідження поняття господарського спору, визначення його сутності та ознак, класифікація господарських спорів. Проблема класифікації господарських спорів є актуальною, вимагає уніфікації наукових підходів та судової практики (наприклад, види господарських спорів відповідно до Єдиного державного реєстру судових рішень).

Вирішення зазначених питань дозволить удосконалити зміст ст. 12 ГПК України, яка містить перелік спорів, підвідомчих господарським судам, а також привести у відповідність ст. 12 ГПК України та Постанову Пленуму ВСУ від 24 жовтня 2011 р. № 10 «Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам» щодо переліку спорів, підвідомчих господарським судам. При цьому обов'язковою вимогою вважаємо розгляд підвідомчості та підсудності в контексті загальної та спеціальної компетенції господарських судів як елементів судової гілки влади.

Дослідження зв'язку категорій підвідомчості, підсудності та господарського спору вимагає окремої уваги для аналізу умов або критеріїв визначення підвідомчості господарського спору. Науковці та юристи-практики звертають увагу на проблему відсутності простих і зрозумілих критеріїв визначення підвідомчості справ, що призводить до того, що роз'яснювати їх просять Конституційний суд України. Наголошується, що питання підвідомчості є складним не лише для звичайних громадян, але й для професійних суддів¹⁰.

У науці цивільного процесуального права виділяють наступні критерії розмежування судової юрисдикції, які співпадають з умовами підвідомчості господарських спорів: 1) суб'єктний – суб'єктний склад правовідносин; 2) предметний – характер спірних матеріальних правовідносин; 3) пряма вказівка в законі – вказівка в законі на вид судочинства, в якому розглядається визначена категорія справ.

Основна складність застосування критеріїв розмежування судової юрисдикції полягає в тому, що майже всі норми, які закріплюють положення про юрисдикцію суду, містять застереження типу «якщо інше не передбачено законом». Наслідком наведених законодавчих формулювань є те, що нормативно юрисдикція жодного суду не є абсолютно визначеною, а носить відносно визначений характер. Це означає, що юрисдикція щодо справ одного виду судочинства завжди має визначається відносно справ інших видів судочинства. Наприклад, щоб визначити цивільну юрисдикцію необхідно мати уявлення про юрисдикцію господарських і адміністративних судів, і навпаки. Такий підхід вносить певні складнощі як у процес пізнання, так і застосування відповідного правового інституту, адже визначити юрисдикцію одного типу судів неможливо без знання юрисдикції інших¹¹.

Проблема розмежування юрисдикції господарських, адміністративних та цивільних судів набуває все більшого значення та актуальності. Її дослідженню присвятили свої праці такі науковці, як Н. М. Бессараб, Н. С. Кузнецова, Р. О. Куйбіда, А. Й. Осетинський, О. М. Пасенюк, В. В. Рєзнікова, О. С. Снідевич, П. М. Тимченко, М. І. Черленяк, Д. М. Шадура та багато інших.

Прийнято значну кількість роз'яснювальних актів судової практики: спільний лист ВСУ та ВГСУ від 20 липня 1995 р. № 01-8/518а «Щодо визначення підвідомчості цивільних справ та господарських спорів», Інформаційний лист ВСУ від 26 грудня 2005 р. № 3.2.-2005 «Щодо застосування господарськими судами України положень процесуального законодавства стосовно розмежування компетенції між спеціалізованими адміністративними і господарськими судами», Інформаційний лист ВГСУ від 7 лютого 2006 р. № 01-8/301 «Про деякі питання, пов'язані із розмежуванням компетенції господарських і адміністративних судів», Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 1 березня 2013 р. № 3 «Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ» та багато інших.

Останнім часом все більшої уваги заслуговують запропоновані альтернативні способи вирішення проблем розмежування судової юрисдикції, визначення підвідомчості та підсудності. Так, наприклад, О. С. Снідевич досліджує можливість існування у судочинстві альтернативної юрисдикції¹². У колективній монографії М. О. Рожкової, Н. Г. Єлісеєва та О. Ю. Скворцова «Договірне право» досліджуються зміст угоди про підсудність, угоди про міжнародну підсудність та ін.¹³

Окремої уваги заслуговує детальне дослідження видів підсудності та правил її застосування, передачі справи за підсудністю, недотримання правил визначення підсудності як підстави перегляду тощо. Реалії сьогодення вимагають визначення необхідності запровадження в господарському процесі договірної підсудності або введення угоди про підсудність, що є особливо доречним для спорів з іноземними учасниками. Майже недослідженим у науці господарського процесуального права є питання досвіду зарубіжних країн (наприклад, повноваження суду самостійно встановлювати свою юрисдикцію – «jurisdiction to determine jurisdiction» та ін.).

Аналіз проблем підвідомчості та підсудності як компетенції господарських судів на даний час є особливо актуальним у світлі реформування судової системи, пов'язаної з вирішенням питань спеціалізації судів, повноважень Верховного Суду України, вищих спеціалізованих судів, розмежування судових юрисдикцій тощо. Так, наприклад, у рамках проведення Міжнародного судово-правового форуму 2015 «Судова реформа в Україні: європейський вектор» неодноразово наголошувалось на зазначених проблемах в аспекті європейської інтеграції, у тому числі, постало питання доречності створення спеціального органу з вирішення юрисдикційних конфліктів, який мав би право поставити остаточну крапку в питаннях розмежування судових юрисдикцій¹⁴. Особливого значення ці питання набувають у зв'язку з реалізацією завдань побудови зони вільної торгівлі та в перспективі подальшої євроінтеграції.

Отже, необхідно зазначити, що складність та комплексність категорій підвідомчості та підсудності господарських спорів вимагають подальшого їхнього наукового дослідження.

¹ Юридична енциклопедія: в 6 т. / [Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. – К.: «Укр. енцикл.», Т. 3: К-М. – 2001. – 792 с. – С. 196.

² Осипов Ю. К. Подведомственность юридических дел: учеб. пособие / Ю. К. Осипов. – Свердловск, 1974. – 250 с. – С. 11.

³ Рожкова М. А. К вопросу о содержании понятий «компетентный суд» и «подведомственность дела» / М. А. Рожкова // Журнал российского права. – 2006. – № 1. – С. 19–29. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.lawmix.ru/comm/667>

⁴ Цивільний процес України [Текст]: підручник / Білоусов Ю. В. та ін.; за заг. ред. д-ра юрид. наук, доц. М. М. Ясинка. – К.: Правова єдність; Алерта, 2014. – 743 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pidruchniki.com/1829112257983/pravo/ponyattya_vidi_sudovoyi_yurisdiktsiyi_kriteriyi_rozmezhuвання_sudovoyi_yurisdiktsiyi

⁵ Лебедев М. Ю. Развитие института юрисдикции и его проявление в третейском суде: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / М. Ю. Лебедев. – Саратов, 2005. – 27 с. – С. 12.

⁶ Баулін О. В. Поняття юрисдикції і новий Кримінальний процесуальний кодекс України / О. В. Баулін // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 2. – С. 9–13. – С. 10.

⁷ Баулін О. В. Там само. – С. 11.

⁸ Цивільний процес України [Текст]: підручник / Білоусов Ю. В. та ін.; за заг. ред. д-ра юрид. наук, доц. М. М. Ясинка. – К.: Правова єдність; Алерта, 2014. – 743 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pidruchniki.com/1829112257983/pravo/ponyattya_vidi_sudovoyi_yurisdiktsiyi_kriteriyi_rozmezhuвання_sudovoyi_yurisdiktsiyi

⁹ Осипов Ю. К. Вказана праця. – С. 11.

¹⁰ Проблема підвідомчості: ту ж саму справу повертають з господарського і з адміністративного судів // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ua.racurs.ua/449-problema-pidvidomchosti-tu-j-samu-spravu-povertaut-z-gospodarskogo-i-z-administrativnogo-sudiv>

¹¹ Цивільний процес України [Текст]: підручник / Білоусов Ю. В. та ін.; за заг. ред. д-ра юрид. наук, доц. М. М. Ясинка. – К.: Правова єдність; Алерта, 2014. – 743 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pidruchniki.com/1829112257983/pravo/ponyattya_vidi_sudovoyi_yurisdiktsiyi_kriteriyi_rozmezhuвання_sudovoyi_yurisdiktsiyi

¹² Снідевич О. С. Проблеми розмежування юрисдикцій / О. С. Снідевич // Вісник Вищої ради юстиції. – 2012. – № 2 (10). – С. 41–53.

¹³ Рожкова М. А., Єлісеєв Н. Г., Скворцов О. Ю. Договорное право / М. А. Рожкова і др. – М.: Статут., 2008. – 525 с.

¹⁴ III Міжнародний судово-правовий форум 2015 «Судова реформа в Україні: європейський вектор». – Київ, 19–20 березня 2015 р. – 290 с.

Резюме

Намясенко О. К. Підвідомчість і підсудність господарських спорів: загальний огляд теоретичних та практичних проблем.

Стаття присвячена комплексному огляду та аналізу теоретичних та практичних проблем визначення та реалізації категорій підвідомчості і підсудності господарських спорів. Досліджуються пов'язані поняття компетенції та судової юрисдикції. Визначається вплив судової реформи в Україні на подальший розвиток підвідомчості й підсудності господарських спорів.

Ключові слова: підвідомчість, підсудність, компетенція, судова юрисдикція, розмежування компетенції судів, господарський спір.

Резюме

Намясенко О. К. Подведомственность и подсудность хозяйственных споров: обзор теоретических и практических проблем.

Статья посвящена комплексному обзору и анализу теоретических и практических проблем определения и реализации категорий подведомственности и подсудности хозяйственных споров. Исследуются связанные понятия компетенции и юрисдикции. Определяется влияние судебной реформы в Украине на дальнейшее развитие подведомственности и подсудности хозяйственных споров.

Ключевые слова: подведомственность, подсудность, компетенция, судебная юрисдикция, разграничение компетенции судов, хозяйственный спор.

Summary

Namiasenko O. Jurisdiction of commercial disputes: theoretical and practical problems overview.

The article deals with the comprehensive review and analysis of theoretical and practical problems of determining and implementing jurisdiction of commercial disputes category. It is studied the related concept of competence and jurisdiction. Determine the impact of judicial reform in Ukraine on the further development of jurisdiction of commercial disputes.

Key words: jurisdiction, competence, separation of the courts competence, the commercial dispute.

УДК 349.2

Я. В. СІМУТІНА

Яна Володимирівна Сімутіна, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

**ЩОДО МЕХАНІЗМУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН
У СУЧАСНИХ УМОВАХ**

Не є особливим секретом, що чинне трудове законодавство України являє собою своєрідний «гібрид» з проголошених ринкових засад і старих, «отриманих у спадщину» з радянських часів, але трохи осучаснених, гарантій трудових прав, що призводить до існуючого на сьогодні дисбалансу між закріпленими на папері нормами трудового права та реальними відносинами між працівниками і роботодавцями.

При цьому всі спроби держави посилити відповідальність за порушення норм і гарантій, передбачених для працівників чинним трудовим законодавством, як правило, призводять до зворотного ефекту і відповідної реакції роботодавців – будь-яким чином ухилитися від застосування «незручних» норм, використовуючи наявні прогалини у законодавстві. Тому як ніколи актуальним на сьогодні є проблема реального наділення учасників трудових відносин договірною свободою, що не може не відобразитися на механізмі правового регулювання трудових відносин.

Незважаючи на те, що механізм правового регулювання, як теоретична категорія, розроблявся у правознавстві протягом півстоліття, на сьогодні значна кількість проблем, пов'язаних з цим, залишається дискусійною. Отже, необхідність удосконалення трудового законодавства, підвищення ефективності дії вже існуючих норм права потребує ретельного вивчення як самого поняття механізму правового регулювання трудових відносин, так і його складових елементів, що й зумовлює мету цієї статті.

Сучасна теорія права прагне до того, щоб сформулювати уявлення про право у дії. Найбільший інтерес у цьому зв'язку викликає дослідження таких категорій, як правове регулювання, механізм правового регулювання, його засоби, стадії та складові елементи тощо.

Правове регулювання, як правова категорія, є достатньо дослідженою у теорії права і налічує чимало визначень. Водночас майже усі вони збігаються в тому, що це цілеспрямований вплив на суспільні відносини за допомогою правових засобів. За загальним правилом, правове регулювання розглядається як різновид

юридичного впливу, що здійснюється шляхом закріплених державою загальних правил поведінки і поширюється не тільки на суспільні відносини та зв'язки між людьми, а й охоплює фактичні обставини, а також події, що відбуваються незалежно від волі та свідомості людей.

Зокрема, у Великому енциклопедичному юридичному словнику «правове регулювання» визначене як (від лат. *regulare* – спрямовувати, впорядковувати) один з основних засобів державного впливу на суспільні відносини з метою їх упорядкування в інтересах людини, суспільства і держави. Правове регулювання забезпечується за допомогою спеціально створеного державою механізму. Головними складовими цього механізму є: а) норми права, зафіксовані в законах та інших правових актах, якими визначається модель можливої та необхідної поведінки суб'єктів суспільних відносин (норми права – основа механізму правового регулювання); б) юридичні факти, тобто конкретні життєві обставини, з якими пов'язані виникнення, зміна чи припинення правових відносин; в) власне правові відносини, тобто суспільні відносини, опосередковані нормами права; г) акти реалізації прав та обов'язків суб'єктів суспільних відносин, тобто дії цих суб'єктів у межах приписів відповідних правових норм; д) правові санкції щодо порушників норм права. Правове регулювання в Україні забезпечується системою державних органів законодавчої, виконавчої і судової влади, прокуратурою та іншими контрольними органами. Цей процес також зумовлений рівнем правосвідомості й правової культури громадян¹.

Отже, правове регулювання розуміється як діяльність держави і суспільства з підготовки і прийняття нормативно-правових актів. У цьому процесі головна роль відводиться державі, її законодавчим і виконавчим органам. Саме вони приймають найбільшу кількість діючих у суспільстві норм права. Активну правотворчу діяльність здійснює і суспільство, його організації та об'єднання. Нормативно-правові акти в межах своєї компетенції видають органи місцевого самоврядування, локальні нормативні акти приймають на підприємствах, в установах, організаціях.

Незважаючи на різноманітність фактів і суспільних відносин, правове регулювання охоплює лише певну їх частину, що зумовлено як матеріальними, так й ідеологічними обставинами, а врешті-решт об'єктивними потребами суспільного розвитку. Частина відносин, незважаючи на їхню законодавчу регламентацію, не входить до сфери правового застосування, тому що їх юридичне оформлення сталося через «помилку законодавця» або норми, які законодавець вчасно не відмінив, регулюють відносини, що втратили свою актуальність. Це може статися як через об'єктивні причини (зокрема, швидкий темп економічного, політичного, соціального розвитку суспільства), так і через суб'єктивні причини (зловживання правом з боку органів держави, ігнорування правил юридичної техніки).

Правове регулювання завжди має певну мету. Такою метою, як прийнято вважати, виступає упорядкування відносин відповідно до тих ідеальних моделей, які закладено у норми права.

Отже, правове регулювання трудових відносин потребує наявності певного інструменту, за допомогою якого положення норми трудового права трансформувалися б у реальний стан трудових відносин. Таким чином, нормативне врегулювання трудових відносин відбувається не лише завдяки існуванню самої норми трудового права, а й завдяки функціонуванню певного механізму, який втілює цю норму в життя, запускає її програмну функцію, перетворює зі сфери належного (мета правового регулювання, втілена в нормах) на сферу реального. Такий механізм трансформації нормативних положень у врегульовані суспільні відносини у правовій науці другої половини ХХ – початку ХХІ ст. дістав назву механізму правового регулювання.

Виникнення власне самого поняття «механізм правового регулювання» пов'язують з ім'ям М. Г. Александрова², який вперше використав категорію «механізм правового впливу» і визначив основні складові цього механізму, що в сукупності забезпечують поступове перенесення права на впорядкування суспільних відносин.

Механізм правового регулювання, як окрему категорію дослідження, вперше детально розглянув С. С. Алексєєв, визначення якого стало класичним в радянській юридичній науці. Під механізмом правового регулювання вчений розуміє взяті в єдності систему правових засобів, за допомогою яких забезпечується результативний правовий вплив на суспільні відносини. Отже, категорія «механізм правового регулювання» невідривно пов'язана з категорією «правове регулювання». Останнє, за визначенням С. С. Алексєєва, слід розглядати як результативний нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини за допомогою системи правових засобів (норм права, правовідносин, приписів) з метою їх упорядкування, охорони та розвитку відповідно до потреб суспільства³. Варто зазначити, що при цьому вчений підкреслював, що поняття «механізм правового регулювання» є вужчим за поняття «правове регулювання» за обсягом, оскільки правове регулювання передбачає вплив як за допомогою певної правової норми, так і інші правові засоби та форми впливу на поведінку суб'єктів⁴.

Виходячи зі стадій правового регулювання, С. С. Алексєєв виділяв три, з урахуванням стадії застосування – чотири елементи такого механізму: юридичні норми; індивідуальні приписи застосування права (факультативний елемент), правовідносини, акти реалізації прав і обов'язків. Юридичні факти, на думку вченого, належать до тієї підсистеми механізму правового регулювання, ядром якої є правовідносини⁵.

Великий тлумачний словник сучасної української мови визначає «механізм» як внутрішню будову, систему, сукупність станів і процесів, з яких складається певне явище⁶.

Отже, якщо правове регулювання можна визначити як вплив на поведінку людей та суспільні відносини за допомогою правових засобів, то під механізмом правового регулювання слід розуміти саме сукупність таких правових засобів.

К. В. Шундіков під механізмом правового регулювання розуміє систему логічно взаємопов'язаних правових засобів, що утворюють єдиний внутрішньо узгоджений та несуперечливий ланцюг елементів, призначення яких полягає у створенні певного правового алгоритму⁷.

Як стверджує А. В. Коструба, «механізм правового регулювання суспільних відносин є досить об'ємною системою правових елементів через те, що він дозволяє не лише визначити взаємозв'язки між нормою права, юридичним фактом, правовідносинами та актами правореалізації, а й встановити у прикладній площині особливості впливу норм права на суспільні відносини»⁸.

Крім того, механізм правового регулювання суспільних відносин дає змогу встановити специфічні функції, які виконують ті чи інші юридичні явища правової системи, визначити їх взаємовплив⁹.

У деяких наукових джерелах з трудового права можна зустріти такі терміни, як трудове регулювання та трудовий механізм регулювання соціально-трудова відносин.

Зокрема, Б. О. Горохов визначає трудове регулювання як вплив, що здійснюється в рамках індивідуальних та колективних правовідносин на учасників соціально-трудова відносин за допомогою правових засобів з метою забезпечення умов, найбільш сприятливих для економічної, трудової і пов'язаних з нею видів життєдіяльності людей. У цьому визначенні, наголошує вчений, по-перше, підкреслюється, що трудове регулювання здійснюється за допомогою правових засобів, що утворюють у сукупності трудовий механізм регулювання соціально-трудова відносин; по-друге, стверджується, що трудове регулювання здійснюється в рамках індивідуальних і колективних правових відносин; по-третє, акцентується на тому, що трудове регулювання завжди розраховано на досягнення певних позитивних ефектів у соціальному житті та економічній сфері життя держави й суспільства в цілому або ж їх частини, регіоні, місцевості, у конкретній організації чи колективі працівників, у сторін трудового договору тощо¹⁰.

Погоджуючись із вченим в тому, що правове регулювання трудових відносин, безперечно, має свою специфіку, дискусійною видається пропозиція щодо вживання такого поняття, як трудове регулювання соціально-трудова відносин, що, на наш погляд, призводить до зайвого термінологічного дублювання.

Слід зауважити, що поняття «механізм» на даний час вживається у правознавстві і для позначення інших юридичних явищ та категорій, зокрема, «механізм правотворчості», «механізм забезпечення прав і обов'язків», «механізм правового впливу» тощо.

Водночас слід зауважити, що в сучасній науковій літературі щодо доцільності використання поняття «механізм правового регулювання» існує наукова дискусія. Зокрема, Л. О. Корчевна вказує, що за умови гуманітаризації теоретичних знань про державу і право правомірність цього поняття викликає сумніви, адже ця категорія з'явилася в радянському правознавстві в той період, коли вся радянська наука ототожнювалася з природничою наукою, а тому усталене розуміння механізму правового регулювання зорієнтоване на причинно-механічну картину світу, згідно з якою вважалося, що всі явища викликаються причинами і оцінюються відповідно до законів механіки. Проте онтологічна революція у науці й пов'язана з нею гуманітаризація теоретичних знань, включаючи знання про державу і право, спростовують механістичний підхід у правопізнанні як спрощений, а отже, й недостатній¹¹.

Водночас автори Розділу 2 «Основні напрями розвитку цивілістичної доктрини України» у фундаментальній праці «Правова доктрина України» у 4-х томах не погоджуються з таким категоричним підходом. На їхню думку, категорія механізму правового регулювання не може бути беззастережно відкинута правознавцями, однак вона має посісти своє, належне тільки їй, місце в структурі правових явищ і процесів і не претендувати на заміщення собою інших явищ, що, на жаль, часто має місце в наукових дослідженнях. Це, очевидно, стало підставою для критики концепції механізму правового регулювання та пропозицій відмовитися від неї. Погоджуючись з аргументом Л. О. Корчевої про те, що гуманітарна сутність права не дає підстав для механічного перенесення на його тло природничих категорій, разом з тим дослідники стверджують, що в правознавстві досить широке коло термінів має первісно природниче походження (наприклад, структура, система, регулювання тощо). При цьому такі терміни досить часто мають відносно умовне значення, оскільки означають такі юридичні поняття, що за своїми характеристиками не повністю збігаються з тими природними поняттями, які позначаються цими ж термінами¹². Тому, очевидно, що проблема полягає не стільки у використанні термінів, притаманних іншим наукам, скільки у необхідності сформулювати саме їх юридичне наповнення та визначення.

Як узагальнив Ю. В. Кривицький, проблемами, що суттєво ускладнюють аналіз механізму правового регулювання як важливої юридичної категорії, є: по-перше, складність механізму правового регулювання як масштабної регулятивної системи, свого роду юридичної макроконструкції, що охоплює значний обсяг юридичних явищ; по-друге, наявність різноманітних, досить часто протилежних поглядів дослідників на механізм правового регулювання у правознавстві; по-третє, відсутність чітко визначених методологічних підходів до розуміння механізму правового регулювання; по-четверте, суперечливість поглядів теоретиків права на взаємозв'язок механізму правового регулювання і правового регулювання; по-п'яте, складність відмежування механізму правового регулювання від таких юридичних категорій, як механізм правового впливу, механізм дії права та правова система¹³.

Щодо розмежування поняття механізму правового регулювання та таких категорій, як механізм правового впливу та механізм дії права, слід погодитися з Т. І. Тарахонич, яка дійшла висновку щодо їх спільних та відмінних ознак. Зокрема, спільним є те, що кожний з механізмів – це сукупність правового інструментарію, який обумовлює його дію; це системний комплекс юридичних засобів, що мають структурну єдність та

логічну послідовність; це сукупність засобів, які виконують специфічні завдання і функції, здійснюють вплив на свідомість та поведінку суб'єктів. Водночас дані механізми різняться за своєю природою та функціональним призначенням, а також тими цілями, на досягнення яких вони спрямовані¹⁴.

У науковій літературі можна зустріти різні погляди на співвідношення понять «правова система» і «механізм правового регулювання». Проте більшість вчених схильються до думки, що категорії «механізм правового регулювання» та «правова система» співвідносяться між собою як частина і ціле, оскільки «правова система» – більш широке поняття, що вміщує разом із категорією «механізм правового регулювання» й інші категорії: «право», «юридичну практику», «панівну правову теорію», «ідеологію»¹⁵.

Отже, правова система містить юридичні компоненти (право, законодавство, правовідносини та ін.) у вигляді узгодженого, збалансованого, цілісного утворення. Механізм же правового регулювання розкриває перед нами динаміку цього поняття. Тобто, він характеризує ефективність, дієвість, результативність права й охоплює ті елементи, за посередництвом яких здійснюється нормативний вплив права на суспільні відносини, іншими словами – сам процес правового регулювання.

Цікавою є думка А. О. Абрамової, що сутність категорії «механізм правового регулювання» вбачається у позначенні складного, цілісного у своїх функціональних проявах об'єкта, що перебуває у стані безперервного руху. Поняття «механізм правового регулювання», на її погляд, необхідно розглядати насамперед крізь призму його динаміки, а не статички. Механізм правового регулювання – це нормативно організований, послідовно здійснюваний комплексний процес, спрямований на результативне втілення правових норм у життя за допомогою адекватних правових засобів¹⁶.

Серед основних ознак механізму правового регулювання у теорії права виділяють наступні:

1. Механізм правового регулювання – це складова частина механізму соціального регулювання, специфіка якого є правовою, на відміну від моральної, етичної та інших. Дія механізму правового регулювання пов'язана із впливом інших соціальних факторів – моралі, релігії тощо.

2. Механізм правового регулювання є досить великою за обсягом категорією права, оскільки єднає разом багато явищ правової дійсності: правові засоби, способи, методи, предмет та форми правового регулювання.

3. Механізм правового регулювання – це не загальна сукупність, а система правових засобів, способів, своєрідних форм, кожна з яких знаходиться на своєму місці, виконує специфічні функції та взаємодіє з іншими явищами правової дійсності.

4. Механізм правового регулювання не являє собою правову систему, хоча є досить близькою до неї категорією права, оскільки передбачає цілісність певних правових явищ. Відрізняється він від правової системи не лише за обсягом змісту, який вужчий за зміст поняття «правова система», а й тим, що механізм правового регулювання є динамічною частиною правової системи, від якої залежить результат правового регулювання загалом, задоволення інтересів суб'єктів права та відповідність поведінки учасників суспільних відносин до нормативних приписів¹⁷.

На нашу думку, поняття механізму правового регулювання трудових відносин слід визначати, виходячи з традиційного уявлення про механізм правового регулювання. Слід погодитися з Н. І. Дівеєвою, що у механізмі правового регулювання на рівні окремих галузей (у тому числі трудового права) проявляється лише особливе поєднання правових засобів, яке не є раз і назавжди застиглим, а (будучи тісно пов'язаним із предметом правового регулювання, з активністю суб'єктів права) модифікується відповідно до змін економічного, соціального, політичного і правового характеру. Таким чином, механізм правового регулювання трудових відносин виражає взаємозв'язок різноманітних правових засобів, які надають йому, з одного боку, універсальність і статичку, а з другого боку, гнучкість та динамізм, що допомагає суб'єктам права реалізовувати свої інтереси¹⁸.

Виходячи з викладеного вище, механізм правового регулювання трудових відносин можна визначити як систему правових засобів, способів та форм, за допомогою яких відбувається регламентація суспільних відносин у сфері найманої праці з метою приведення їх у відповідність з визначеними державою моделями поведінки в рамках трудових правовідносин.

Водночас, оскільки серед правових засобів мають місце особливі правові явища, наприклад, колективний та трудовий договори, локальні та правозастосовні акти роботодавця тощо, цей механізм безумовно має свою галузеву специфіку, яка дає змогу називати його механізмом правового регулювання саме трудових відносин, що у сучасних умовах потребує нових підходів і має бути спрямований на диспозитивність, можливість сторін самостійно регламентувати свої відносини, передусім відповідно до індивідуального, а не публічного інтересу, але зі збереженням мінімальних державних гарантій у сфері несамостійної найманої праці.

¹ Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – 2-ге вид., переробл. і доповн. – К. : Вид-во «Юридична думка», 2012. – 1020 с. – С. 715.

² Александров Н. Г. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма [Текст] / Н. Г. Александров. – М. : Госюриздат, 1961. – С. 183–213.

³ Алексеев С. С. Право: азбука-теория-философия: Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. – М. : Статут, 1999. – С. 364. – 712 с.

⁴ Алексеев С. С. Теория права / С. С. Алексеев. – М. : Статут, 2000. – С. 325.

⁵ Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве [Текст] / С. С. Алексеев. – М. : Юрид. лит., 1996. – 186 с.

⁶ Великий тлумачний словник сучасної української мови / укл. і гол. ред. В. Т. Бусел. – К. : Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – С. 523.

⁷ Шундигов К. В. Цели и средства в праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 1999. – С. 17.

⁸ Коструба А. В. Юридичні факти в механізмі правового припинення цивільних відносин : моногр. / А. В. Коструба. – К. : Ін Юре, 2014. – С. 45. – 416 с.

⁹ Бобылев А. И. Механизм правового воздействия на общественные отношения / А. И. Бобылев // Государство и право. – 1999. – № 5. – С. 107. – С. 104–109.

¹⁰ Горохов Б. А. Современное правовое регулирование социально-трудовых отношений в России: средства, механизм, источники и особенности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудовое право; право социального обеспечения» / Б. А. Горохов. – СПб., 2006. – С. 8–9. – 24 с.

¹¹ Корчевна Л. До критики поняття «механізм правового регулювання» / Л. Корчевна // Право України. – 2003. – № 1. – С. 117–119.

¹² Правова доктрина України. – Т. 3. – Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. – 760 с. – С. 302.

¹³ Кривицький Ю. Теоретико-методологічні основи розуміння механізму правового регулювання / Ю. Кривицький // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 10. – С. 24.

¹⁴ Тарахонич Т. І. Механізм дії права, механізм правового регулювання, механізм реалізації права: особливості взаємодії / Т. І. Тарахонич // Держава і право : зб. наук. пр. Юрид. і політ. науки. – 2010. – Вип. 50. – С. 16. – С. 11–17.

¹⁵ Кельман М. С. Загальна теорія держави і права : підруч. / М. С. Кельман, О. Г. Мурашин – К. : Кондор, 2008. – С. 372–373.

¹⁶ Абрамова А. А. Эффективность механизма правового регулирования : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / А. А. Абрамова. – Красноярск, 2006. – С. 6.

¹⁷ Теория государства и права : учеб. / под ред. М. Н. Марченко. – М.: Норма, 2000. – Т. 2. – С. 512.

¹⁸ Дивеева Н. И. Теоретические проблемы индивидуального правового регулирования трудовых отношений : автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук / Н. И. Дивеева – СПб., 2008. – С. 27.

Резюме

Сімутіна Я. В. Щодо механізму правового регулювання трудових відносин у сучасних умовах.

Стаття присвячена дослідженню та визначенню поняття механізму правового регулювання трудових відносин. Розглядаються різні наукові підходи до визначення механізму правового регулювання як загальнотеоретичної категорії. Проаналізовано ознаки механізму правового регулювання, його відмінність від таких понять, як правова система, механізм правового впливу. Підкреслюється, що саме наявність особливих правових засобів, зокрема трудового та колективного договорів, допомагає виділяти галузевий механізм правового регулювання, що має свої особливості. На підставі проведеного дослідження сформульовано визначення поняття механізму правового регулювання трудових відносин, а також окреслено шляхи його удосконалення в сучасних умовах.

Ключові слова: правове регулювання, механізм правового регулювання, трудові відносини, трудовий договір.

Резюме

Сімутіна Я. В. О механизме правового регулирования трудовых отношений в современных условиях.

Статья посвящена исследованию и определению понятия механизма правового регулирования трудовых отношений. Рассматриваются различные научные подходы к определению механизма правового регулирования, его отличие от таких понятий, как правовая система, механизм правового влияния. Подчеркивается, что именно наличие особых правовых средств, в частности трудового и коллективного договоров, позволяет выделять отраслевой механизм правового регулирования, имеющий свои особенности. На основании проведенного исследования сформулировано определение понятия механизма правового регулирования трудовых отношений, а также очерчены пути его совершенствования в современных условиях.

Ключевые слова: правовое регулирование, механизм правового регулирования, трудовые отношения, трудовой договор.

Summary

Simutina Y. About the mechanism of legal regulation of labor relations in the current conditions.

The article is devoted to research and the definition of the mechanism of legal regulation of labor relations. The author examines the different scientific approaches to the determination of the mechanism of legal regulation and its difference from concepts such as the legal system, the mechanism of legal influence. It is emphasized that special legal means, in particular, labor and collective bargaining, allows to distinguish the branch mechanism of legal regulation, which has its own peculiarities. On the base of research, a definition of the mechanism of legal regulation of labor relations has been formulated and ways to improve it in modern conditions have been outlined.

Key words: legal regulation, the mechanism of legal regulation, labor relations, labor contract.

О. С. ТКАЧУК

Олег Степанович Ткачук, кандидат юридичних наук, доцент, вчений секретар Науково-консультативної ради, суддя Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ

АКСІОЛОГІЧНІ КОНСТАНТИ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

Судова влада виконує особливі функції з-поміж інших владних гілок. Мабуть, не варто доводити, що чітко з'ясування й визначення мети і завдань функціонування та розвитку судової влади, її реформування, й цивільного судочинства зокрема, має виразне прикладне значення, а не лише важливе в теоретичному сенсі. При цьому вбачається необхідним акцентувати увагу на пріоритетності мети і завдань у процесі правової реформи, особливо при вдосконаленні процесуального законодавства. Також беззаперечним буде висновок, що за будь-якою зміною напрямів реалізації функцій правосуддя настають зміни в організації самої судової влади. Зважаючи на висловлене, актуальність задекларованого нами наукового пошуку зумовлюється сучасними вимогами та викликами до судової влади в цілому, які визначаються судовою реформою та, відповідно, необхідністю вдосконалення ряду процесуальних аспектів самого цивільного судочинства.

В основу написання даної статті покладено теоретичні розробки І. Енгельмана, О. Захарової, В. Бігуна, С. Прилуцького. Варто зазначити, що дослідження аксіологічних констант цивільного судочинства в національних наукових дискусіях не завершено. Так, серед вчених не має єдності щодо змісту мети, завдань та цілей цивільного судочинства, взаємозв'язку даних категорій із функціями цивільного судочинства, потребує вдосконалення конструкція ст. 1 ЦПК України. Визначені проблемні аспекти і визначають мету даного наукового пошуку.

Судова влада, згідно з Конституцією України, виконує провідну роль – реалізує функцію правосуддя, проте саме існування системи судової влади ще не свідчить про існування її як окремої гілки влади. Тільки в разі наявності в суспільстві дієвого інструментарію захисту прав і свобод громадян можна говорити про справжню, не декларативно проголошену, судову владу.

Завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави (ст. 1 ЦПК України)¹. Визначені ЦПК України завдання цивільного судочинства в наукових дискусіях оцінили по-різному. Зокрема, вітчизняна дослідниця цивільного процесу О. Захарова зазначила, що незважаючи на новаторський підхід у визначенні мети судочинства і загальнодемократичних засобів досягнення цієї мети необхідно визнати, що законодавець невдало застосував у ст. 1 ЦПК для визначення засобів досягнення мети цивільного судочинства слово «завдання», яке не відображає правової сутності цього явища та водночас суперечить мовним, формально логічним правилам про способи позначення понять, категорій².

О. Захарова доводить також, що дослівне тлумачення і аналіз завдання цивільного судочинства, визначеного у ст. 1 ЦПК, дає підстави говорити лише про завдання розглядати і вирішувати справи у певний спосіб або певними засобами. У контексті мети сучасного цивільного судочинства – захисту прав і таке інше – видається, що у цьому випадку законодавець визначив не завдання, а способи дій або засоби, за допомогою яких досягається певна мета³.

Ми вважаємо природним, коли захист прав і свобод особи, як найвища цінність, має пріоритет при здійсненні судочинства. Відповідно даний аксіологічний постулат має бути основою завдань цивільного судочинства. Проте визначені завдання цивільного судочинства в ст. 1 ЦПК України демонструють пріоритет судового розгляду, основних принципів цивільного процесу над захистом прав особи. В інших процесуальних кодексах захист особи, її прав та інтересів чітко визначено пріоритетом. Наприклад, відповідно до ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України завданнями кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного й неупередженого розслідування і судового розгляду⁴. Відповідно до ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства України завданням адміністративного судочинства є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин⁵.

На нашу думку, ст. 1 ЦПК України було б більш доречно викласти наступним чином: завданнями цивільного судочинства є захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави шляхом вирішення індивідуальних спорів та урегулювання конфліктних ситуацій.

В основу такого висновку покладено базові міжнародні засади цивільного судочинства, зокрема визначені Всесвітньою конференцією Міжнародної асоціації процесуального права основні складові мети цивіль-

ного судочинства: 1) вирішення індивідуальних спорів системою державних судів; 2) реалізація соціальних цілей, функцій і стратегії⁶.

Покажемо у контексті нашого дослідження є твердження відомого дослідника цивільного права кінця XIX – початку XXI ст. професора С. Енгельмана, який зазначав, що в обов'язки держави входить турбота про створення процесу, який би рівною мірою забезпечував правовий захист кожній простій людині і високопоставленому чиновнику, більш заможному і менш заможному. Лише за таких умов громадяни будуть сприймати суд як установу, яка сприяє охороні загального блага і, зокрема, цивільних прав⁷.

Повертаючись до змісту понять «мета» й «завдання», зазначимо, що стосовно діяльності взагалі та цивільного судочинства зокрема вони часто вживаються як синоніми. Це зумовлено семантичною близькістю, а в деяких значеннях і тотожністю цих слів: мета – те, до чого прагнуть, чого намагаються досягти; завдання – те, що належить здійснити, виконати. Мета як абстрактне моделювання результату майбутньої діяльності спрямовує її, мотивує і регулює. Водночас розв'язанню завдання завжди (принаймні, так має бути) передє уявне передбачення його результатів, наслідків, а те, що слід зробити, є також тим, до чого прагнуть і що належить здійснити. Крім того, в українській мові допускається паралельне вживання слів «ціль» (звичай у множині – «цілі») та «мета» як абсолютних синонімів. Принагідно варто зауважити, що вживання слова «задача» як синоніма завдання в розглядуваному значенні є, на нашу думку, хибним. Відтак, убачається доцільним запропонувати поняття «цільові настанови» як узагальнення, об'єднання мети і завдань.

Окрім вчені вже висловлювали подібні думки з цього приводу. Зокрема, В. Бігун мету та завдання судочинства називає одним терміном – цілепокладання. В даному розумінні метою правосуддя є досягнення судом певних завдань, окреслених у певних видах судочинства⁸.

Проте складна структура і стадійність процесу судочинства, суворі послідовність регламентованих процесуальних дій вимагають виокремлення загальних та окремих, кінцевих і проміжних цілей. Адже цільова настанова це, по-перше, – передбачуваний підсумок процесуальної діяльності, тобто мета. А по-друге, – закріплений нормативно засіб досягнення цієї загальної мети на певній стадії судочинства, тобто завдання. Стосовно більш загальної мети завдання завжди виступає метою проміжною, частковою, окремою. Це, вважаємо, й зумовлює необхідність застосування саме двох понять: мета і завдання (цілі).

Концептуальними цілями цивільного судочинства, на нашу думку, є:

1. Здійснення правосуддя. Правосуддя – це виключна, основна функція судової влади, яка полягає у забезпеченні прав, свобод і законних інтересів суб'єктів права шляхом розгляду й вирішення судом справ, віднесених до його компетенції. Як бачимо, термін «правосуддя» може означати й мету, тоді його зміст пов'язується з поняттям справедливості, і власне діяльність із досягнення цієї мети. Тобто правосуддя як мети можливо досягти тільки через правосуддя як процес – виключну діяльність суду з розгляду справ у встановленій законом процесуальній формі. Відтак і свої завдання судова влада може виконати лише при здійсненні правосуддя як виключної діяльності судових органів.

2. Забезпечення захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави та врегулювання конфліктних ситуацій. Важливим засобом реалізації та захисту прав та свобод людини є гарантії, а існування ефективної судової системи є пріоритетною гарантією забезпечення прав і свобод особи. Конституція України визначає: «Людина, її життя, честь, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю» (ст. 3)⁹.

Стосовно другого із названих вище завдань – урегулювання конфліктних відносин – зазначимо, що тут ми розуміємо не лише вирішення суперечки про право, а й випадки, коли без втручання суду особа не може скористатися своїми правами. Йдеться про справи окремого провадження. Окреме провадження – це вид позовного цивільного судочинства, в порядку якого розглядаються цивільні справи про підтвердження наявності або відсутності юридичних фактів, що мають значення для охорони прав та інтересів особи або створення умов здійснення нею особистих немайнових або майнових прав чи підтвердження наявності або відсутності неоспорюваних прав (ч. 1 ст. 234 ЦПК України). Від позовного провадження воно відрізняється відсутністю спору про право, а отже – відсутністю сторін з протилежними юридичними інтересами, суб'єктів спору. Варто додати, що окреме провадження, як форма встановлення тих чи інших фактів, документи про які було втрачено, було відомо ще римському праву.

На наш погляд, саме функція, що розглядається, визначає спрямованість цивільного судочинства, сферу й об'єкт судового захисту в межах даного судового процесу, вирізняє його з-поміж інших видів судочинства. Специфіка цивільних процесуальних правовідносин у цій сфері діяльності судів зумовлена потребою судового захисту суб'єктивних прав та законних інтересів громадян, організацій і держави¹⁰.

3. Забезпечення співвідношення повноважень виконавчої, законодавчої та судової влади за гарантії стримування і протидія з одночасним забезпеченням принципу рівності судової влади з іншими гілками влади. У сучасному правовому устрої України функція суду щодо стримування інших гілок влади реалізується через конституційний контроль та судовий контроль виконавчої влади. Утім, деякі правознавці вважають, що ці дві форми судочинства не можна відносити до правосуддя, котре, на їхню думку, полягає виключно у розгляді кримінальних та цивільних справ. Крім того, із цього переліку вони виключають справи щодо судового контролю дій і рішень органів виконавчої влади та відповідних посадовців.

Специфічною формою діяльності органів судової влади є перегляд у встановленому процесуальним законодавством порядку оскаржуваних судових рішень, що належить до компетенції судів апеляційної та касаційної інстанції. У цьому разі результатом здійснення контрольної функції є зміна чи скасування оскар-

женого акта або підтвердження його законності й обґрунтованості. Дана форма чітко передбачена ст. 129 Конституції України, відповідно до якої забезпечується апеляційне та касаційне оскарження рішення суду. Згадана конституційна норма конкретизується і в Законі України «Про судоустрій та статус суддів» (ст. 14)¹¹, і в ЦПК України (ст. 13).

4. Запобігання під час здійснення правосуддя втручанням будь-яких органів чи окремих посадових осіб у дії органів судової влади, у рамках чого реалізується функціональне призначення судової влади – незалежність та неупередженість. У правовій державі суд остаточно вирішує будь-який спір, які б «різноагові» соціальні, політичні, матеріальні та інші статуси не мали учасники конфлікту. Це, власне, один із китів, на яких тримається правова держава – незалежна, самостійна судова гілка влади. Жодним чином не дублюючи або підміняючи законодавчу та виконавчу гілки, судові органи, окрім виконання своїх традиційних функцій правосуддя, є водночас важливою складовою так званого механізму стримувань і противаг, виключно на підставі закону вирішуючи конфлікти і спори в суспільстві. Судові рішення, що набрали чинності, мають силу закону, їм повинні підкорятися усі суб'єкти правовідносин, у тому числі й інші органи державної влади.

Українське суспільство останнім часом на своєму власному гіркому досвіді прийшло до усвідомлення простої істини: якщо вказаний вище величезний потенціал судової влади реалізується слабо, неефективно або навіть у напрямі, прямо протилежному правосуддю, то виникає загроза криміналізації сфери вирішення суспільних конфліктів, законодавчої та виконавчої влади, дискредитації всієї системи судочинства і, врешті-решт, загроза національній безпеці країни.

5. Посилення контролю за судовою владою з боку інститутів громадянського суспільства. С. Прилуцький доводить, що незалежна судова влада – це результат компромісу, який досягається між державою та громадянським суспільством¹². Основними формами такого контролю, закріпленими в законодавстві є:

- відкритість судового розгляду (за винятком чітко передбачених в законодавстві випадків);
- можливість відводу суддів;
- функціонування інституту присяжних;
- включення до складу кваліфікаційних комісій та Вищої ради юстиції представників юридичної громадськості. Наприклад, до складу Вищої кваліфікаційної комісії суддів України призначаються представники юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ, з'їзд адвокатів України теж делегує своїх представників до дисциплінарної і кваліфікаційної палат (ст. 102 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

6. Тлумачення правових норм. Ця функція правосуддя в цивільному процесі полягає в діяльності зі встановлення реального змісту й сенсу нормативно-правових актів з метою їх адекватного розуміння та правильної практичної реалізації. Судове тлумачення правових норм – це інтелектуально-вольова офіційна юридична діяльність судді чи колективного судового органу, спрямована на розкриття реального змісту норм Конституції, чинного міжнародного та вітчизняного законодавства, інших нормативних актів, у результаті якої формується суддівська думка. Надметою такої діяльності є гарантування законних, справедливих, всебічно обґрунтованих судових рішень для якнайповнішого забезпечення конституційних прав людини та інших суб'єктів права¹³.

Кінцевими, незмінними протягом усього процесу є і такі цілі, як охорона суспільних та державних інтересів, зміцнення законності й правопорядку, запобігання правопорушенням, формування поваги до права та суду, виховання правосвідомості. Вони досягаються розв'язанням загальних завдань, котрі у вигляді вимог правильного та своєчасного проведення кожної процесуальної дії теж поширюються на весь перебіг процесу.

Основною та пріоритетною функцією судової влади є правосуддя, яке реалізується у чітко визначеній процесуальній формі. Якщо судова влада – це публічно-правова, конституційна можливість вчинення правосуддя відповідними державними органами, то правосуддя – це власне діяльність суду з утілення судової влади, так би мовити його завершальний та, водночас, невід'ємний аспект. Відтак і за формою, і за сутністю, і за змістом будь-яка судова діяльність щодо розгляду юридичних справ є правосуддям.

¹ Цивільно-процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>

² Захарова О. С. Завдання цивільного судочинства. Деякі теоретичні проблеми / О. С. Захарова // Адвокат. – 2009. – № 11. – С. 10–13.

³ Захарова О. С. До проблеми визначення завдань цивільного судочинства / О. С. Захарова // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2013. – № 6 (15). – С. 61–67.

⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. № 4651 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/anot/4651-17>

⁵ Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. № 2747 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>

⁶ Узелач А. Цели гражданского процесса / Алан Узелач // Гражданский процесс в межкультурном диалоге: Евразийский контекст : Всемирная конференция Международной ассоциации процессуального права, 18–21 сентября 2012 г., Москва, Россия: сб. докладов / под ред. д.ю.н. Д. Я. Малешина; Международная ассоциация процессуального права. – М. : Статут, 2012. – С. 143–144.

⁷ Энгельман И. Е. О давности по русскому гражданскому праву: историко-догматическое исследование / И. О. Энгельман. – СПб. : Судебный вестник, 1868. – VIII, 245 с. 4-е изд.: О давности по русскому гражданскому праву. – М. : Статут, 2003. – 511 с. // Классика российского права : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://civil.consultant.ru/elib/books/2>

⁸ Правосуддя як мета та мета правосуддя (до питання про філософію правосуддя) / В. С. Бігун // *Держава і право*. – 2009. – Вип. 46. – С. 9–13.

⁹ Конституція України : Закон від 28 липня 1996 р. № 254к : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

¹⁰ Цивільний процесуальний кодекс України : наук.-практ. комент. / за ред. В. В. Комарова. – Х. : Одіссей, 2001. – 648 с.

¹¹ Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 липня 2010 р. № 2453 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2453-17>

¹² Прилуцький С. В. Громадянське суспільство в механізмі судової влади та правосуддя: теоретико-правовий аспект / С. В. Прилуцький // *Часопис Київського університету права*. – 2010. – № 1. – С. 236–241.

¹³ Смородинський В. Деякі питання судового тлумачення / В. Смородинський // *Вісн. акад. прав. наук України*. – 2000. – № 4 (23). – С. 244–249.

Резюме

Ткачук О. С. Аксиологічні константи цивільного судочинства.

У статті проаналізовано дискусійні питання визначення завдань та цілей цивільного судочинства в Україні. Виділено концептуальні напрями реалізації функції правосуддя у цивільному судочинстві. Аргументовано, що основною та пріоритетною функцією судової влади є правосуддя, яке реалізується у чітко визначеній процесуальній формі. Мета цивільного судочинства в Україні – забезпечення захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. У рамках зазначеного забезпечується співвідношення повноважень виконавчої, законодавчої та судової влади за гарантії стримування і протитяг, принципу рівності судової влади з іншими гілками влади, посилення контролю за судовою владою з боку інститутів громадянського суспільства. Одним із основних завдань цивільного судочинства є також тлумачення правових норм.

Ключові слова: цивільне судочинство, завдання цивільного процесу, правосуддя, судова влада, реалізація функції правосуддя.

Резюме

Ткачук О. С. Аксиологические константы гражданского судопроизводства.

В статье проанализированы дискуссионные вопросы определения задач и целей гражданского судопроизводства в Украине. Выделены концептуальные направления реализации функции правосудия в гражданском судопроизводстве. Аргументировано, что основной и приоритетной функцией судебной власти выступает правосудие, которое реализуется в четко определенной процессуальной форме. Целью гражданского судопроизводства в Украине является обеспечение защиты нарушенных, непризнанных или оспариваемых прав, свобод или интересов физических лиц, прав и интересов юридических лиц, интересов государства. В рамках указанного обеспечивается соотношение полномочий исполнительной, законодательной и судебной власти, действие принципа равенства судебной власти с другими ветвями власти, усиление контроля за судебной властью со стороны институтов гражданского общества. Одной из основных задач гражданского судопроизводства является также толкование правовых норм.

Ключевые слова: гражданское судопроизводство, задачи гражданского процесса в Украине, правосудие, судебная власть в Украине, реализация функции правосудия.

Summary

Tkachuk O. Axiological constants of civil procedure.

The article deals with the question of the determination of goals and objectives of civil justice in Ukraine. It is specially noted the conceptual directions of implementation, in terms of judicial reform, the judicial functions of proceedings in civil causes in Ukraine. It is argued that the main priority and the function of the judiciary is justice, which is implemented in clearly defined procedural form. It is proved that the conceptual objectives of civil procedure in Ukraine is the administration of justice, ensuring the protection of the violated, unrecognized or disputed rights, freedoms or interests of natural persons, the rights and interests of legal entity, the interests of the state and the settlement of conflicts, prevention the intervention of the any other authorities or individual officials in the action of the judicial authority during the administration of justice. In the framework of the powers provided by the ratio of executive, legislative and judiciary by guarantee checks and balances principle of equality of the judiciary from the other branches of government, strengthening control over the judiciary on the part of civil society. One of the main objectives of civil justice is also a legal interpretation.

Key words: civil proceedings, the problem of civil process in Ukraine, justice, the judiciary in Ukraine, the implementation of judicial functions.

Д. В. ШКРЕБЕЦЬ

Дмитро Васильович Шкробець, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України

ДЕЯКІ НОВІ ПІДХОДИ ДО КЛАСИФІКАЦІЇ УХВАЛ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Ухвали в цивільному процесі, як і рішення суду, мають досить важливе значення для реалізації особами їх конституційного права на судовий захист. Але для того, щоб ухвали суду виконували правозахисну функцію інтересів суб'єктів цивільних процесуальних відносин потрібно насамперед виробити чіткі критерії їх класифікації. Як зазначає Л. А. Терехова, будь-яка класифікація виступає способом пізнання конкретного явища, допомагає розкрити його сутність¹. Так, дійсно, систематизуючи у певні групи ухвали, що хаотично розпорошені на всіх правозастосовних циклах і на всіх стадіях судочинства у вигляді різних не зв'язаних між собою дій, відображається цілісна картина щодо місця і значення ухвал у цивільному судочинстві.

У юридичній літературі такі вчені, як О. В. Дем'янова, С. К. Загайнова, Л. Я. Терехова, М. К. Треушников, С. Я. Фурса, О. М. Шиманович, М. Й. Штефан виокремлюють різні критерії поділу ухвал на види². Поділ ухвал здійснюється, як правило, на підставі звужених критеріїв, у зв'язку з чим будь-яка запропонована класифікація одночасно не опосередковує всі ухвали, постановлення яких передбачено Цивільним процесуальним кодексом України (далі – ЦПК). З огляду на це дуже цікавим здається підхід О. М. Перунової, за яким таке узагальнення ухвал за однією підставою видається можливим. Класифікація ухвал, запропонована О. М. Перуною, дає змогу охарактеризувати конкретну ухвалу відповідно до того, коли виникає необхідність в її появі. На думку дослідниці, кожен із процесуальних документів у цивільному судочинстві має своє функціональне призначення на кожній стадії цивільного процесу, тобто має свої вимоги відносно процесуальної форми та змісту акта-документа. Вона справедливо вважає, що будь-яка стадія цивільного процесу, крім процесуальної мети, характеризується своїм специфічним змістом, колом суб'єктів процесуальної діяльності, особливим процесуально-документальним оформленням. Тобто, функціональне призначення процесуальних актів-документів до конкретної стадії цивільного процесу характеризується притаманній їй специфіці із застосуванням прав і обов'язків осіб, які беруть участь у справі, і які закріплені в законодавстві. Тому процесуальні акти-документи О. М. Перунова³ пропонує поділяти саме за стадіями цивільного процесу на:

- 1) документи у стадії відкриття цивільної справи;
- 2) документи у стадії провадження у справі досудового розгляду;
- 3) документи у стадії судового розгляду і вирішення справи в судовому засіданні;
- 4) документи у стадії апеляційного оскарження і перевірки рішень суду першої інстанції;
- 5) документи у стадії касаційного оскарження і перевірки рішень суду першої та апеляційної інстанції;
- 6) документи в стадії перегляду рішень, ухвал, що набрали законної сили, у зв'язку з винятковими (нині провадження з перегляду судових рішень Верховним судом України.) та нововиявленими обставинами;
- 7) документи у стадії виконання судових актів.

Проте сама класифікація стадій цивільного процесу викликає певні зауваження. Виходячи із законодавчої регламентації цивільного судочинства, деякі науковці виокремлюють такі його стадії:

- 1) подання заяви до суду (ст. 118 ЦПК);
- 2) відкриття провадження у справі (ст. 122 ЦПК);
- 3) підготовка справи до судового розгляду (глава 3 розділу III ЦПК);
- 4) судовий розгляд (глава 4 розділу III ст. ст. 157–196 ЦПК), який закінчується ухваленням судового рішення;
- 5) звернення судового рішення до виконання.

До того ж у запропонованій О. М. Перуною класифікації до стадій цивільного процесу віднесені апеляційне та касаційне оскарження і перегляд рішень, ухвал, що набрали законної сили у зв'язку з винятковими та нововиявленими обставинами. Крім того, слід виходити із понятійного апарату ЦПК та співвідношення проваджень із стадіями. Так, провадження – це специфічний порядок розгляду справ, що в свою чергу складається з окремих стадій, які характеризуються сукупністю процесуальних правовідносин і дій, об'єднаних найближчою метою⁴. Зокрема, у апеляційному провадженні законодавець виділяє певні стадії розгляду справи апеляційним судом, наприклад, ст. 301 ЦПК – підготовка розгляду справи апеляційним судом; ст. 304 ЦПК – порядок розгляду (судового) справи апеляційним судом.

Отже, наведена вище послідовність розгляду справ (стадій) передбачена у суді першої інстанції, а в судах перевірочних інстанцій, як бачимо, вона застосовується з певними особливостями.

Виконання судових актів також не є стадією цивільного судочинства, оскільки здійснюється не в судовому порядку, а державними виконавцями державної виконавчої служби, а тому належить до виконавчого провадження (процесу). Роль суду зводиться лише до видачі виконавчого листа та вирішення ряду інших

процесуальних питань, пов'язаних з виконанням судових рішень у цивільних справах. Безпосередньо виконанням рішень займається Державна виконавча служба. Ця думка додатково підтверджується назвою Розділу VI, де йдеться лише про процесуальні питання, тобто окремі питання, які стосуються відносин: суд – державний виконавець зі спільних питань, які можуть мати місце при виконанні рішень суду, наприклад, визнання судом умов мирової угоди, що має місце на стадії виконавчого провадження⁵.

З урахуванням вищезазначеного вбачаємо за необхідне вдосконалити останню класифікацію. Для цього доцільно проаналізувати ЦПК і згрупувати ухвали залежно від структури ЦПК та процедури судочинства. На нашу думку, найбільш чіткої критерій, за яким можна систематизувати ухвали, є вид провадження, під час якого вони постановлюються. Таким чином, можливо виділити такі ухвали:

- 1) ухвали, що постановлюються судом першої інстанції;
- 2) ухвали суду апеляційної інстанції;
- 3) ухвали суду касаційної інстанції⁶.

Враховуючи те, що відповідно до ч. 3 ст. 15 ЦПК суди в межах першої інстанції розглядають справи в порядку позовного, наказного та окремого провадження, при дослідженні ухвал, що постановлюються судом першої інстанції, доцільно розмежовувати ухвали позовного, наказного та окремого провадження. Наприклад, згідно з ч. 6 ст. 235 ЦПК, якщо під час розгляду справи окремого провадження виникне спір про право, який вирішується у порядку позовного провадження, суддя залишає заяву без розгляду та роз'яснює заінтересованим особам їх право на звернення до суду з позовом. Проте серед підстав залишення позовної заяви без розгляду у ст. 207 ЦПК відсутня підстава, яка має місце при залишенні заяви без розгляду у окремому провадженні. Тому доцільно таку ухвалу з урахуванням, того, що вона має місце в окремому провадженні, назвати: ухвала про залишення заяви без розгляду з підстав виникнення спору про право у окремому провадженні⁷.

Так наприклад, суддя Оболонського районного суду м. Києва В. В. Великохазька 28 травня 2015 р. (справа № 756/6945/15-ц), вирішуючи питання про відкриття провадження у цивільній справі за позовом ОСОБА_1 (далі – Позивач) до ОСОБА_2, ОСОБА_3 (далі – Відповідачі), треті особи, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору (Моторне (транспортне) страхове бюро України, приватне акціонерне товариство «Страхова компанія «Рітейл-Страхування»), про відшкодування матеріальних збитків та моральної шкоди, завданої внаслідок дорожньо-транспортної пригоди, дослідивши матеріали справи, вважає, що позовну заяву слід залишити без руху з наступних підстав.

Згідно з вимогами ч. 5 ст. 119 ЦПК України до позовної заяви додається документ, що підтверджує сплату судового збору. Відповідно до п. 2 ч. 2 ст. 4 Закону України «Про судовий збір» № 3674-VI від 8 липня 2011 р., який набрав чинності з 1 листопада 2011 р., встановлено, що судовий збір за подання до суду позовної заяви немайнового характеру справляється у розмірі 0,2 розміру мінімальної заробітної плати.

З позовної заяви вбачається, що позивач просить суд стягнути з відповідачів на його користь моральну шкоду у розмірі 6000,00 грн, тобто заявляє вимогу немайнового характеру. Позивач хоча і додає до позовної заяви квитанцію про сплату судового збору за подання до суду позовної заяви в частині вимог немайнового характеру у розмірі 60,00 грн, однак, виходячи з вищезазначеного, судовий збір сплачений ним з порушенням вимог Закону України «Про судовий збір» та не в повному обсязі.

Частиною 1 ст. 121 ЦПК України передбачається, що суддя, встановивши, що позовну заяву подано без додержання вимог, передбачених ст. ст. 119, 120 ЦПК України, або не сплачено судовий збір, постановляє ухвалу, в якій зазначаються підстави залишення позовної заяви без руху, про що повідомляє Позивача і надає йому строк для усунення недоліків.

На виконання зазначеної ухвали Позивач повинен подати до суду позовну заяву в новій редакції відповідно до вимог ст. ст. 119, 120 ЦПК України, з урахуванням вимог про усунення недоліків, викладених в цій ухвалі.

Таким чином, зважаючи на вищенаведене, керуючись ч. 1 ст. 121 ЦПК України, суддя виніс ухвалу: позовну заяву ОСОБА_1 до ОСОБА_2, ОСОБА_3, треті особи, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору (Моторне (транспортне) страхове бюро України, приватне акціонерне товариство «Страхова компанія «Рітейл-Страхування»), про відшкодування матеріальних збитків та моральної шкоди, завданої внаслідок дорожньо-транспортної пригоди, залишити без руху та надати позивачеві строк на усунення недоліків у термін до 08.06.2015 року, але не пізніше п'яти днів з дня отримання ним даної ухвали. У випадку, якщо недоліки позовної заяви у визначений строк не будуть виправлені, позовна заява вважатиметься неподаною та буде повернута позивачеві.

Крім того, слід зазначити, що ч. 4 ст. 15 ЦПК передбачено, що справа про скасування рішення третейського суду відповідно до ч. 5 ст. 389-4 ЦПК розглядається судом за правилами, встановленими для розгляду справи судом першої інстанції, сюди ж віднесемо і відповідні ухвали, які постановлюються у цьому провадженні. Це також стосується і провадження про видачу виконавчих листів на примусове виконання рішень третейських судів; про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні. Необхідно зазначити, що від суду касаційної інстанції, зокрема Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних та кримінальних справ, залежить можливість перегляду судових рішень Верховним Судом України, тому ухвали цього виду провадження розглядаються в межах ухвал суду касаційної інстанції. Такий підхід до вивчення ухвал дасть змогу комплексно здійснити їх аналіз.

При цьому варто зауважити, що є ухвали, постановлення яких можливе одночасно в усіх видах проваджень, а є ухвали, постановлення яких є виключною компетенцією суду відповідної інстанції. До того ж кожен

вид провадження має свої особливості, що тією чи іншою мірою обумовлюють специфіку судового акта, в якому закріплюється його результат⁸. Тому встановлення характерних особливостей ухвал суду повинно здійснюватися залежно від стадії конкретного провадження, в якій вони знайшли своє відображення.

Крім того, слід підкреслити, що апеляційна та касаційна інстанції здійснюють перевірку постановлених нижчестоящими судами актів з метою встановлення відсутності чи наявності судових помилок, а також їх усунення у разі необхідності. Так, Є. Г. Тришина визначила судову помилку як похибку в діяльності уповноваженого суб'єкта (суду), що порушує норми процесуального і (або) матеріального права та не досягає цілей цивільного судочинства, в результаті якої акт правосуддя чи окрема процесуальна дія стає неправомірною⁹. Усунення судової помилки – це складова частина судового захисту вважає вона. Така аксіома стала поштовхом для виокремлення ще однієї групи ухвал – ухвали щодо виявлення судових помилок. Це ухвали, які постановлюються виключно в апеляційному та касаційному провадженнях відповідно до ст. ст. 307, 314, 336 та 344 ЦПК. До цих ухвал також можна віднести окремі ухвали, що постановлюються судом апеляційної інстанції, адже ст. 320 ЦПК надає повноваження апеляційному суду постановити окрему ухвалу, в якій зазначити порушення норм права і помилки, допущені судом першої інстанції, що не є підставою для скасування рішення чи ухвали суду першої інстанції, а також окремі ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ на адресу суду першої або апеляційної інстанції, постановлення яких передбачене ст. 350 ЦПК.

Так, 15 липня 2015 р. Колегія суддів судової палати з цивільних справ Апеляційного суду м. Києва в складі: головуєчого В. В. Саліхова та суддів Л. В. Барановської і Н. О. Прокопчук, розглянувши у відкритому судовому засіданні клопотання ОСОБА_1 в інтересах ОСОБА_2 про призначення почеркознавчої експертизи за апеляційною скаргою ОСОБА_3 на рішення Деснянського районного суду м. Києва від 3 лютого 2015 р. у справі за первісним позовом ОСОБА_2 до ОСОБА_3, треті особи: ОСОБА_4, ОСОБА_5, державний нотаріус Жашківської Державної нотаріальної контори Черкаської області Ігор Миколайович Кравчук, про визнання недійсної довіреності, договору купівлі-продажу, визнання права власності та за зустрічним позовом ОСОБА_3 до ОСОБА_2 про витребування майна з чужого незаконного володіння та визнання права власності, встановила таке.

У березні 2014 р. ОСОБА_2 (далі – Позивач) звернувся до суду з позовом до ОСОБА_3 (далі – Відповідач), треті особи: ОСОБА_4, ОСОБА_5 і просив визнати недійсною довіреність, посвідчену 4 вересня 2013 р. державним нотаріусом Жашківської державної нотаріальної контори Черкаської області І. М. Кравчуком, зареєстровану в реєстрі за № 1-640; визнати недійсним договір купівлі-продажу автомобіля марки Mercedes-Benz С 200, 2004 р. випуску, шасі № НОМЕР_1, укладеного між ОСОБА_5 та ОСОБА_3; визнати за позивачем право приватної власності на вказаний автомобіль та стягнути з Відповідача на його користь судові витрати в розмірі 1000 грн.

У серпні 2014 р. Відповідач звернулася до суду із зустрічним позовом до Позивача про витребування з незаконного володіння відповідача автомобіль марки Mercedes-Benz С 200, 2004 р. випуску, шасі № НОМЕР_1 та визнати за нею право власності на вказаний автомобіль.

Рішенням Деснянського районного суду м. Києва від 3 лютого 2015 р. первісний позов задоволено. Визнано недійсною довіреність, посвідчену 4 вересня 2013 р. державним нотаріусом Жашківської державної нотаріальної контори Черкаської області І. М. Кравчуком, визнано недійсним договір купівлі-продажу автомобіля марки Mercedes-Benz С 200, 2004 р. випуску, шасі № НОМЕР_1, стягнуто з Відповідача на користь Позивача судові витрати в розмірі 1000 грн. В задоволенні зустрічного позову Відповідачу відмовлено.

Незадоволений таким рішенням, ОСОБА_3 звернулася з апеляційною скаргою на вказане рішення. В процесі апеляційного розгляду справи ОСОБА_1 в інтересах ОСОБА_2 подав письмове клопотання про призначення у справі судової почеркознавчої експертизи, на вирішення якої просив поставити питання:

Чи було виконано підпис та рукописний напис «ОСОБА_2» в довіреності від 4 вересня 2013 р. посвідченої Державним нотаріусом Жашківської Державної нотаріальної контори Черкаської області І. М. Кравчуком та зареєстрованої в реєстрі за № 1-640 ОСОБА_2?

В обгрунтування вимог про визнання рукописного напису на довіреності недійсним Позивач посилався на те, що її не підписував та повноважень на зняття та продажу автомобіля марки Mercedes-Benz С 200 2004 р. випуску, шасі № НОМЕР_1, державний номерний знак НОМЕР_2 не надавав, а отже, договір купівлі-продажу автомобіля був укладений за відсутності його волевиявлення.

Враховуючи наведене, а також виходячи з положень ст. ст. 10, 11 ЦПК України, якими визначені основоположні принципи цивільного судочинства – змагальність та диспозитивність та, що для вирішення питання належності підпису ОСОБА_2 в довіреності на ім'я ОСОБА_4 4 вересня 2013 р. йому самому чи іншій особі (для вирішення справи по суті) необхідні спеціальні знання експертів, колегія суддів вважає необхідним в порядку ч. 2 ст. 303 ЦПК України задовольнити клопотання представника ОСОБА_2 про призначення у справі почеркознавчої експертизи.

Керуючись ст.ст. 143, 144, 304 ЦПК України, колегія суддів ухвалила:

1. Клопотання ОСОБА_1 в інтересах ОСОБА_2 про призначення почеркознавчої експертизи задовольнити.

2. Призначити у справі судову почеркознавчу експертизу.

3. Проведення у справі зупинити на час проведення експертизи.

4. Ухвала може бути оскаржена в частині зупинення провадження у даній справі до Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ.

Хоча є випадки, коли перегляд судового акта може здійснювати не тільки вищестоящий суд, а й той суд, який його постановив, і ЦПК містить декілька таких винятків. Для визначення діяльності суду, яка передбачає контроль за власними діями, що закріплені такою процесуальною формою, як судовий акт, І. М. Зайцев ввів термін «самоконтроль». Вчений розуміє його як сукупність процесуальних дій, об'єднаних спільною метою – усунути в першій інстанції допущені нею ж помилки, прорахунки та недоліки¹⁰. Однак, як справедливо зауважує Л. А. Терехова, контроль за своїми актами входить до повноважень і вищестоящих інстанцій, оскільки вони також наділені правом виправляти в рішенні описки й арифметичні помилки та роз'яснювати рішення. До того ж Л. А. Терехова наголошує, що самоконтроль можливий у випадках, передбачених законом; використовується для усунення очевидних і невинних помилок; помилки виправляються тим судом, який їх допустив. Все ж слід звернути увагу, що такі ухвали, як ухвала про залишення заяви про перегляд заочного рішення без задоволення, ухвала про скасування заочного рішення і призначення справи до розгляду в загальному порядку, ухвала про залишення заяви про скасування судового наказу без задоволення та ухвала про скасування судового наказу є результатом розгляду суду першої інстанції питання щодо скасування чи відмови у скасуванні ним же і прийнятих судових актів. Такими повноваженнями наділені лише суди першої інстанції, всі інші суди можуть скасовувати тільки ухвали та інші судові акти у зв'язку з нововиявленими обставинами. Взагалі контроль судів найнижчої ланки за власними актами по суті є первинним, оскільки акти таких судів піддаються контролю в першочерговому порядку, до того як вони стануть предметом розгляду вищестоящего суду. Первинний контроль означає перевірку судового акта по суті та характеризується тим, що він включає в себе скасування актів суду, відкриваючи дорогу новому судовому розгляду по справі. Так, відповідно до п. 2 ч. 8 ст. 105-1 ЦПК скасовуючи судовий наказ суд роз'яснює, що заявлені стягувачем вимоги можуть бути розглянуті у позовному провадженні з додержанням загальних правил щодо пред'явлення позову. Так само і при скасуванні заочного рішення справа призначається до розгляду в загальному порядку (ст. 231 ЦПК). Спільною для всіх видів первинного перегляду є процесуальна діяльність, на підставі якої має бути вирішене питання про скасування судового акта чи відмову в такому скасуванні. У разі скасування судового акта справа розглядається тим же судом, який здійснив первинний контроль. Отже, новий розгляд справи тим же судом, що скасував попередній судовий акт у цій справі, є характерною особливістю самоконтролю, адже, як зазначає Л. А. Терехова, в усіх інших випадках з новим розглядом справи суди зіштовхуються після скасування судового акта вищестоящим судом, і справа, як правило, передається на розгляд іншому судді. Варто додати, що у цьому разі справа направляється на новий судовий розгляд іншому судді, при чому до іншого суду – суду нижчестоящої інстанції.

Ще однією ознакою самоконтролю Л. А. Терехова називає усунення зовнішніх недоліків судового акта. Головною вимогою при цьому є збереження його сутності в незмінному стані. Така діяльність суду прослідковується при постановленні ухвали про виправлення описок/арифметичних помилок у судовому рішенні (ст. 219 ЦПК) або ухвали про виправлення помилки у виконавчому листі (ст. 369 ЦПК).

Вищезазначене дає можливість розширити класифікацію ухвал, за допомогою яких суд здійснює самоконтроль. До того ж можна їх поділити на такі види:

1) **ухвали щодо самоконтролю суду власних дій**, до яких ми відносимо:

- ухвалу про виправлення описок/арифметичних помилок у судовому рішенні (ст. 219 ЦПК);
- ухвалу про відмову в постановленні додаткового рішення (ст. 220 ЦПК);
- ухвалу про роз'яснення рішення суду (ст. 221 ЦПК);
- ухвалу про задоволення/відмову у задоволенні відводу (ст. 24 ЦПК);
- ухвалу про відхилення/прийняття заперечень на дії головуючого (ч. 3 ст. 160 ЦПК);
- ухвалу про зміну одного способу забезпечення іншим (ст. 154 ЦПК);
- ухвалу про скасування заходів забезпечення позову (ст. 154 ЦПК);
- ухвалу про задоволення/відмову в задоволенні клопотання (ст. 168 ЦПК);
- ухвалу про залишення заяви про перегляд заочного рішення без задоволення (ст. 231 ЦПК);
- ухвалу про скасування заочного рішення і призначення справи до розгляду в загальному порядку (ст. 231 ЦПК);
- ухвалу про залишення заяви про скасування судового наказу без задоволення (ст. 105-1 ЦПК);
- ухвалу про скасування судового наказу (ст. 105-1 ЦПК);
- ухвала про зняття заборони здійснювати будь-які операції з цінним папером на пред'явника або за векселем (ст. 265 ЦПК);
- ухвалу про виправлення помилки у виконавчому листі (ст. 369 ЦПК);
- ухвалу про визнання виконавчого листа таким, що не підлягає виконанню повністю/частково (ст. 369 ЦПК);
- ухвалу про задоволення/відмову в задоволенні заяви про перегляд судового наказу, заочного рішення, рішення або ухвали у зв'язку з нововиявленими обставинами (ст. 365 ЦПК);

2) **ухвала щодо контролю судом дій судового розпорядника**

Можливість контролю судом дій судового розпорядника забезпечується шляхом розгляду судом скарг на дії чи бездіяльність судового розпорядника, що передбачена ч. 3 ст. 49 ЦПК. Трохи детальніше про це йдеться в ч. 5 ст. 160 ЦПК, відповідно до якої головуючий розглядає скарги на дії чи бездіяльність судового розпорядника стосовно покладених на нього обов'язків, про що постановляє ухвалу;

3) **ухвала щодо контролю судом дій секретаря судового засідання**

- Так, згідно зі ст. 48 до повноважень секретаря судового засідання входить:
- забезпечення фіксування судового засідання технічними засобами (ч. 2 ст. 197 ЦПК);
 - ведення журналу судового засідання (ст. 198 ЦПК);
 - складання та оформлення протоколу про окремі процесуальні дії (ст. ст. 140, 200 ЦПК).

На нашу думку, ухвала про відхилення зауважень на протокол огляду доказів за їх місцезнаходженням має підлягати апеляційному оскарженню окремо від рішення суду, оскільки результати такого огляду можуть бути вихідними даними для проведення експертизи;

4) ухвали щодо контролю за діями осіб, які беруть участь у справі, та інших учасників процесу. Такі ухвали суду спрямовані на вжиття заходів, що дисциплінуватимуть суб'єктів нотаріального процесу¹¹.

Крім того, проаналізувавши всі положення ЦПК, можна виокремити ще одну групу ухвал, спільним для яких є те, що їх оскарження окремо від рішення суду ЦПК не передбачається, проте вони мають досить істотне значення для реалізації особами конституційного права на справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ. До таких ухвал слід віднести:

- ухвалу суду про відмову у задоволенні відводу (ст. 25 ЦПК);
- ухвалу про залишення заяви без руху (ч. 1 ст. 121 ЦПК);
- ухвалу про відмову та забезпечення доказів;
- ухвалу про відмову забезпечення позову;
- ухвалу про об'єднання та роз'єднання первісного та зустрічного позовів;
- ухвалу про об'єднання в одне провадження заяви третьої особи з самостійними вимогами щодо предмету спору між сторонами або їх роз'єднання¹².

Вичерпний перелік ухвал, передбачених ст. 293 ЦПК, являє собою штучні перешкоди для звернення громадян до суду. У процесі розгляду справи можуть виникати ситуації, які потребують негайного вирішення та зволікання з якими може призвести до невідворотних наслідків, коли сенсу апеляційного оскарження рішення суду не буде у зв'язку із втратою, знищенням доказу, який поновити буде неможливо. Наприклад, помре єдиний свідок, знищений буде єдиний письмовий доказ, без яких позивач не зможе довести свої вимоги у суді. Неправильно вибраний або не співмірний спосіб забезпечення позову чи відмова у його забезпеченні може зумовити негативні наслідки, наприклад, продажу відповідачем майна, зняття з особового рахунку коштів та їх витрату, що призведе до неможливості виконання рішення суду у майбутньому тощо.

У зв'язку з цим вважаємо, що у ст. 293 ЦПК слід не перераховувати ухвали суду першої інстанції, які підлягають апеляційному оскарженню окремо від рішення суду із вказівкою на їх вичерпний перелік, а виробити критерії для об'єднання таких ухвал у певні групи і залишити такий перелік з відкритим. Наприклад, у ньому слід зазначити перетинальні ухвали, тобто ті, що перешкоджають особам, які беруть участь у справі, в реалізації їх законних прав на справедливий своєчасний та об'єктивний розгляд справи чи унеможливають подальший розгляд справи за існуючих умов, наприклад, відмова у задоволенні відводу судді.

¹ Терехова Л. А. Система пересмотра судебных актов в механизме судебной защиты / Л. А. Терехова. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – С. 34, 107, 111, 113–115, 194.

² Лисенко Л. С. Ухвали суду: деякі теоретичні та практичні аспекти / Л. С. Лисенко // Юриспруденція: теорія і практика. – 2010. – № 7 (69). – С. 27.

³ Перунова О. М. Процесуальні акти-документи з цивільних справ : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. М. Перунова. – Х., 2007. – С. 38, 119.

⁴ Фурса С. Я. Цивільний процес України: академічний курс : [підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / С. Я. Фурса, С. І. Фурса, С. В. Щербак та ін. ; за ред. С. Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С. Я. ; КНТ, 2009. – С. 56, 57.

⁵ Гражданский процесс / под ред. М. К. Треушникова. – М. : Городец, 2000.

⁶ Дем'янова О. В. Оскарження ухвал в цивільному судочинстві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. В. Дем'янова. – К., 2008. – С. 192.

⁷ Шиманович О. М. Судові постанови в цивільному процесі України (на матеріалі рішень і ухвал суду першої інстанції) : дис. ... канд. юрид. наук 12.00.03 / О. М. Шиманович ; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2005.

⁸ Фазикош Г. В. Судове рішення в цивільному судочинстві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Г. В. Фазикош ; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Х., 2008. – С. 42.

⁹ Тришина Е. Г. Проблема судебного контроля в гражданском судопроизводстве : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Е. Г. Тришина. – Саратов, 2000. – 193 с.

¹⁰ Зайцев И. М. Самоконтроль суда первой инстанции в гражданском процессе / И. М. Зайцев // Рос. юстиция. – 1998. – № 12. – С. 18–19.

¹¹ Штефан М. Й. Цивільний процес : підруч. / М. Й. Штефан. – К. : Ін Юре, 2005. – С. 608.

¹² Загайнова С. К. Судебные акты в гражданском и арбитражном процессе: теоретические и прикладные проблемы : автореф. дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.15 / С. К. Загайнова. – Екатеринбург, 2008. – С. 50.

Резюме

Шкребець Д. В. Деякі нові підходи до класифікації ухвал в цивільному процесі.

Стаття присвячена дослідженню деяких нових підходів до класифікації ухвал в цивільному процесі. Ухвали в цивільному процесі, як і рішення суду, мають досить важливе значення для реалізації особами їх конституційного права на судовий захист. Але для того, щоб ухвали суду виконували правозахисну функцію інтересів суб'єктів цивільних процесуальних відносин потрібно насамперед виробити чіткі критерії їх класифікації.

Ключові слова: судові ухвали, види, групи, класифікація.

Резюме

Шкребец Д. В. Некоторые новые подходы к классификации постановлений в гражданском процессе.

Статья посвящена исследованию некоторых новых подходов к классификации постановлений в гражданском процессе. Постановления в гражданском процессе, как и решения суда, имеют достаточно важное значение для реализации лицами их конституционного права на судебную защиту. Но для того, чтобы постановления суда выполняли правозащитную функцию интересов субъектов гражданских процессуальных отношений нужно, в первую очередь, произвести четкие критерии их классификации.

Ключевые слова: судебные определения, виды, группы, классификация.

Summary

Shkrebets D. Some new going near classification of decisions in civil procedure.

The article is sanctified to research of some new going near classification of decisions in civil procedure. Decisions are in civil procedure, as well as court decisions, have an important enough value for realization persons them constitutional right of judicial defence. But in order that the court ruling performed a right of defence duty of interests of subjects of civil judicial relations it is needed, first of all, to produce the clear criteria of their classification.

Key words: court orders, species, groups, classification.

УДК 346.12

Р. Л. ГОРДІЄНКО

Роман Леонідович Гордієнко, аспірант Київського університету права НАН України

**МЕДІАЦІЯ ТА ЇЇ РОЛЬ У КОНСАЛТИНГОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ
В СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я**

Протягом останніх десятиліть на тлі зневіри у об'єктивність та не корумпованість судової системи все більшої популярності у громадян набуває медіація (відновлююче правосуддя, примирення), зокрема в сфері охорони здоров'я.

Термін «медіація» походить від латинського *mediatio* – посередництво; аналогічне значення мають слова *mediation* (англ.), *médiation* (фр.). У соціальній психології вчені розглядають медіацію як специфічну форму регулювання спірних питань, конфліктів, узгодження інтересів. Х. Бесемер визначив медіацію як технологію вирішення конфлікту за участю нейтральної третьої сторони. Більшість визначають медіацію як певний підхід до вирішення конфлікту, у якому нейтральна третя сторона забезпечує структурований процес для того, щоб допомогти конфлікуючим сторонам прийти до взаємно прийняттого вирішення спірних питань¹.

Якщо аналізувати медіацію як інструмент вирішення спору, то ми визнаємо його новизну для вітчизняної правової системи, якщо ж розглядати медіацію як засіб вирішення міжособистісних конфліктів чи спорів, то сягнемо сивої давнини із інститутом старост, вїтїв та толоки. Відтак, нам треба чітко розмежовувати сучасну медіацію від традиційних форм вирішення суперечок та інших форм врегулювання спорів – таких як, мирові судді. За Тоні Маршаллом відновлююче правосуддя – це процес, за допомогою якого сторони, втягнуті у злочин, спільно вирішують, як поводитись з його наслідками і які висновки зробити на майбутнє².

Із досвіду інших країн можемо дійти висновку, що медіація виникла як результат усвідомленої суспільством необхідності, а не за ініціативою суддів чи осіб, які бажають заробляти на посередництві. Відсутність спеціального законодавства про медіацію не є перепорою для її розвитку. Таке законодавство почало з'являтися пізніше, як результат узагальнення реального і насамперед свого, а не чужого досвіду. На сьогодні, наприклад, до фінансових судів Німеччини доходить лише 5 % конфліктних ситуацій, а у Франції – 2 %³.

Практика медіативних процедур показує важкий, непростий шлях розвитку альтернативних способів врегулювання суперечок в нашій країні. Однією з найскладніших сфер застосування процедур медіації є сфера охорони здоров'я. Це зумовлено низкою специфічних чинників, у тому числі й правового характеру.

Медична діяльність є складною правовою категорією, оскільки включає різноманітну професійну діяльність з надання медичної допомоги, проведення медичних експертиз, медичних оглядів і медичних оглядів, санітарно-протиепідемічних (профілактичних) заходів і професійну діяльність, пов'язану з трансплантацією (пересадкою) органів і (чи) тканин, забір донорської крові і (чи) її компонентів у медичних цілях. Різноманітність видів діяльності в медичній сфері ускладнює визначення їх якості. Спори між лікарем і пацієнтом передусім лежать в площині якості медичної допомоги. Безумовно, законодавче встановлення порядків і стандартів медичної допомоги багато в чому допомагає врегулювати й вирішити конфлікт. Проте проблеми залишаються. На них накладаються і обмежені можливості медицини, і індивідуальні особливості організму пацієнта.

Як зазначає О. В. Клименко, під конфліктом, пов'язаним з наданням медичної послуги, варто розуміти усвідомлене або неусвідомлене порушення стороною (сторонами), внаслідок дії або бездіяльності, соціальних й/або економічних прав та інтересів суб'єктів правовідносин, передбачених й охоронюваних відповідним законодавством, пов'язаних з наданням медичних послуг⁴.

Юридичний конфлікт, пов'язаний з наданням медичних послуг, у сфері цивільно-правових відносин виникає у випадку, коли у процесі надання медичної послуги відбувається усвідомлене або неусвідомлене порушення стороною або сторонами майнових та особистих немайнових прав пацієнта. Відтак, під юридичним конфліктом варто розуміти конфліктне відношення (розбіжності або суперечки), пов'язані з наданням медичної послуги та виражені в юридично значимих діях, у бездіяльності і їхніх наслідках й/або станах⁵.

Відновлююче правосуддя віднайшло своє закріплення на міжнародному рівні. Так, 24 липня 2002 р. Економічна і соціальна Рада ООН ухвалила резолюцію «Про основні принципи програм відновлюючого правосуддя у кримінальних справах», яка рекомендує всім країнам розвивати та впроваджувати програми відновлюючого правосуддя, і найпоширенішою його формою є програми примирення жертв та правопорушників.

Відповідно до Рамкового рішення Ради Європейського Союзу «Про положення жертв у кримінальному судочинстві» від 15 березня 2001 р. медіація в кримінальних справах – це процес пошуку до або під час кримінального процесу взаємоприйняттого рішення між потерпілим та правопорушником за посередництва компетентної особи – медіатора. На підставі цього рішення всі країни Європейського Союзу зобов'язані поширювати посередництво в кримінальних справах та забезпечувати прийняття до розгляду будь-якої угоди між жертвою та правопорушником, досягнутої в процесі посередництва. Рекомендація № R (99)19, прийнята Комітетом міністрів Ради Європи 15 вересня 1999 р., закликала держави – члени Ради Європи (у тому числі й Україну) сприяти розвитку й проведенню програм посередництва між потерпілим і правопорушником як загальнодоступної послуги.

У правовій літературі вченими виділяються різні принципи медіації. Так, О. Белінська зазначає, що ми розуміємо під цим поняттям добровільний та конфіденційний спосіб вирішення конфліктної ситуації, де медіатор у ході структурованої процедури допомагає учасникам конфлікту вступити у прямі перемовини з метою вироблення спільного рішення щодо проблеми⁶. Таким чином, головними принципами медіації є:

- добровільність;
- конфіденційність;
- наявність структурованої процедури проведення;
- часткове втручання третьої сторони (медіатора): а) допомога у налагодженні спілкування; б) сприяння проходженню справи⁷.

Вважаємо, що коло принципів медіації є значно ширшим, а відтак формує засади процесу медіації.

Щодо принципу добровільності, то слід зазначити, що сторони беруть участь у медіації лише добровільно на всіх її стадіях: під час прийняття рішення про медіацію, в процесі її проведення, досягнення домовленостей і виконання рішень. Принцип добровільності зумовлює принцип самовизначення. Зазначимо, що принцип самовизначення є фундаментальним принципом медіації. Він вимагає, щоб процес медіації спирався на здатність сторін досягти добровільного, взаємоприйняттого рішення.

Гарантією дотримання особистих немайнових прав учасників процесу медіації є принцип конфіденційності. Ми прекрасно усвідомлюємо, що усе, що відбувається під час медіації, має конфіденційний характер. Будь-яка інформація, записи, звіти або інші документи, надані медіатору під час підготовки до процесу або вироблені під час процесу медіації, є конфіденційними. Медіатор не має права розкривати іншій стороні або іншій особі інформацію, отриману від сторони в ході приватної зустрічі, без згоди на те сторони, яка надала таку інформацію. Конфіденційність є обов'язковою умовою угоди про проведення медіації, яку підписують усі учасники медіації.

Принцип незалежності медіатора забезпечується погодженням сторонами його особи. Кожній зі сторін надається право самостійно обрати медіатора з реєстру незалежних медіаторів. Медіатор, який обирається сторонами, зобов'язаний поінформувати останні щодо будь-якої особистої чи фінансової заінтересованості у результаті медіації або про наявність будь-яких інших обставин, що можуть призвести до конфлікту інтересів у медіації.

Принцип неупередженості медіатора є запорукою об'єктивності. Думка кожної зі сторін є однаково важливою для медіатора. Медіатор не має право висловлювати власну думку щодо сутності конфлікту. Концепція безсторонності медіатора – центральна у процесі медіації. Безсторонність означає свободу від фаворитизму та неупередженість. Медіатор не приймає подарунки, послуги або інші блага, отримання яких може викликати сумніви у тому, що медіатор неупереджений.

Принцип правомочності сторін полягає у тому, що медіація може бути перервана або припинена у будь-який час, на будь-якій стадії за ініціативи будь-кого з учасників процесу. Кожна сторона самостійно визначає склад учасників (юристи, родичі, повноважні представники та інші). Зрештою, сторони самі вирішують, за яких умов вони будуть укладати угоду чи припиняти медіацію.

І, нарешті, принцип гнучкості процедури медіації полягає у тому, що сторони спору мають погодитися з усіма домовленостями, досягнутими в результаті медіації, вони зберігають контроль за процесом. Рішення приймається сторонами добровільно, без тиску з боку медіатора. Сторони мають право відмовитися від будь-яких запропонованих рішень та звернутися до інших способів вирішення спору.

Для успішного проведення процесу медіації важливим є визначення причин конфліктів у відповідній сфері. Для вивчення ситуацій протистояння в медицині за матеріалами судово-медичних експертиз доцільно використати рекомендації, які вже давно існують для аналізу і вирішення найрізноманітніших конфліктів.

Очевидно, що для пацієнта процес надання медичної допомоги належить до категорії «важких ситуацій», за визначенням психологів. На це вказують такі особливі ознаки:

– усвідомлення пацієнтом загрози здоров'ю, труднощів, пов'язаних з обмеженням режиму, перешкод до реалізації особистих цілей;

– виникнення у хворого стану психічної напруженості як реакції на труднощі;

– істотна зміна у пацієнта звичних параметрів діяльності і спілкування.

Зазначене вище дає змогу вважати, що передумов для поглиблення таких важких ситуацій в медицині багато, і якщо їх не попереджати, то вони реалізуються в конфлікти.

Як впливає з матеріалів справ, у випадках незадоволення медичною допомогою мають місце труднощі взаємодії між лікарем і хворим, які описані психологами у спеціальній літературі з медичної психології і які необхідно враховувати на усіх етапах оцінки якості медичної допомоги. Труднощі взаємодії знаходять своє вираження у спотворенні сприйняття ситуації, розумінні й оцінці інформації, зрештою, у конкуруючій взаємодії лікаря і хворого, аж до конфронтації.

Найбільше проблема спотворення сприйняття інформації помітна на двох етапах спілкування лікаря з хворим: при вступі і встановленні клінічного діагнозу і при ознайомленні з посмертним діагнозом та оформленні свідоцтва про смерть.

При вступі і встановленні клінічного діагнозу небезпеку неправильного сприйняття мали оптимістичні прогнози лікаря, наприклад, наступні: «через тиждень ви вже будете бігати», «професор завірила мене, що операція дріб'язкова, але... вона виявилася хворобливою і шкідливі наслідки зберігалися більше 1,5 місяця».

У таких випадках спотворене сприйняття слів лікаря про надію на кращий результат у зіставленні з реальним, цілком сприятливим результатом породжує обурення «некваліфікованими діями».

При ознайомленні з посмертним діагнозом і оформленні свідоцтва про смерть приводом для скарг і недовіри слугували виправлення діагнозів, додавання ознак ятрогенної патології, видача дублікатів зі зміненим діагнозом, встановлення прозектором декількох передбачуваних діагнозів відразу після автопсії. Усе це наводило родичів померлого на думку про підробку медичної документації і приховання істини.

У конфліктології виділяється низка чинників, що впливають на спотворення сприйняття інформації при наявності конфлікту. З них для сфери медицини характерними є такі:

– стан стресу;

– дефіцит інформації про опонента, який заповнюється домислами, що носять зазвичай негативний характер;

– рівень мотивів конфлікту – чим він вищий (збереження здоров'я), тим вища міра спотворення інформації при спілкуванні;

– обмеженість професійної орієнтації;

– стан алкогольного або наркотичного сп'яніння.

До умов, які зумовлюють спотворене сприйняття, розуміння та оцінку інформації, належать обмежений словниковий запас опонентів і дефіцити часу для спілкування, що не є рідкістю при комунікації в сфері медицини.

Ознаки конфлікту в сфері медицини, за нашими спостереженнями, мають специфічну форму вираження, зокрема:

– спроби обмеження дій опонента;

– зростаючий негативізм хворого стикається з ігноруванням його думки лікарем;

– нанесення моральної шкоди лікарем (грубе поводження) посилюється пошуками завданої шкоди з боку пацієнта, що нерідко є абсолютно суб'єктивним і зумовлено відповідним психоемоційним станом;

– у спілкуванні переважають негативні емоції з формуванням «образу ворога»;

– усі ресурси мобілізуються для перемоги над опонентом, а не над недугою, тому одним із найважливіших заходів профілактики конфлікту є спілкування у душі співпраці, незважаючи на перешкоди цьому.

Досить часто у матеріалах експертиз, заявах пацієнтів зустрічаються вирази, що вказують на розвиток внутрішньоособової кризи: «не знаю, як жити далі», «не знаю, для чого жити далі». Останнє є ще одним підтвердженням необхідності медико-психологічної оцінки з метою своєчасного вирішення конфлікту у середині закладу охорони здоров'я. Прикладом продуктивної участі психолога і психіатра в судово-медичній експертизі є випадки комісійної оцінки причин незадоволення пацієнтів результатами косметичних операцій. У одному з таких висновків судово-медична експертна комісія була вимушена викласти прогноз, обумовлений особливостями особи пацієнтки, що не враховувалося фахівцями-косметологами. У громадянки Н. виявився дисгармонійний склад особи з надцінною фіксацією на недоліках власної зовнішності, який в умовах ситуації, що спричиняє психотравму для пацієнтки, стає більше вираженим, що призводить до посилення тих, що були у неї раніше, надцінних установок. Ці обставини слід врахувати фахівцям-косметологам, що необгрунтовано перешкоджають прийняттю судом рішення за позовом хворої Н. Така тактика фахівців може справити негативний вплив на психічний стан пацієнтки.

Отже, процес медіації в сфері охорони здоров'я має низку особливостей серед яких, зокрема, знання психологічних особливостей пацієнтів із певними нозологіями, особливості перебігу певних видів захворювання, правила ведення первинної медичної документації та дотримання професійної деонтології.

¹ Матеріали курсу підготовки медіаторів із кола посадовців, які займають керівні посади в органах виконавчої, законодавчої та судової влади. Спільна програма Європейської Комісії та Ради Європи «Прозорість та ефективність судової системи України». – К., 2010.

² *Иво Айртсен*. Деятельность в области восстановительного правосудия в Европе / Иво Айртсен // Вестник восстановительной юстиции. – М., 2000. – Вып. 3 – Ст. 6.

³ Матеріали курсу підготовки медіаторів із кола посадовців, які займають керівні посади в органах виконавчої, законодавчої та судової влади. Спільна програма Європейської Комісії та Ради Європи «Прозорість та ефективність судової системи України». – К., 2010.

⁴ *Клименко О. В.* Механізми розгляду конфліктів в охороні здоров'я / О. В. Клименко // Електронне наукове фахове видання «Державне управління: удосконалення та розвиток» включено до переліку наукових фахових видань України з питань державного управління : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.dy.nauka.com.ua/?op=1&z=680>

⁵ *Михайлова Х. Л.* Международные и национальные стандарты при урегулировании споров в сфере предоставления медицинских услуг : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Х. Л. Михайлова. – М., 2009. – 157 с.

⁶ *Белінська О. В.* Медіація – альтернативне вирішення спорів / О. В. Белінська // Вісник Вищої ради юстиції. – 2011. – № 1 (5). – С. 158–173.

⁷ Там само.

Резюме

Гордієнко Р. Л. Медіація та її роль у консалтинговій діяльності в сфері охорони здоров'я.

У статті розкриваються питання ролі медіації у консалтинговій діяльності в сфері охорони здоров'я. Показано її особливий зміст та функції щодо неюрисдикційної форми захисту прав людини.

Ключові слова: медіація, консалтингова діяльність, охорона здоров'я, медицина.

Резюме

Гордиенко Р. Л. Медиация и ее роль в консалтинговой деятельности в сфере здравоохранения.

В статье раскрываются вопросы роли медиации в консалтинговой деятельности в сфере здравоохранения. Показано ее особенное содержание и функции относительно неюрисдикционной формы защиты прав человека.

Ключевые слова: медиация, консалтинговая деятельность, здравоохранение, медицина.

Summary

Gordienko R. Mediation and its role in consulting activities in healthcare.

In the article the author determine the role of mediation in consulting activities in the field of health care. The author also expands the special content and features on non-judicial forms of protection of human rights.

Key words: mediation, consulting activities, health, medicine.

УДК 347.72

О. В. КУЧМІЄНКО

Ольга Володимирівна Кучмієнко, здобувач Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ У КОРПОРАТИВНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД В УКРАЇНСЬКИХ РЕАЛІЯХ

Досі в науці лишаються неохопленими питання визначення чітких критеріїв розмежування форм та видів зловживання правом в корпоративних правовідносинах, систематизація та аналіз способів протидії зловживанню правом в корпоративних правовідносинах (попередження та захисту); дослідження значення інтересу як критерію кваліфікації зловживання правом; аналіз впливу останніх законодавчих змін на систему проявів та протидії зловживання правом в корпоративних правовідносинах; дослідження правової природи та ефективності запровадження нових інститутів та зарубіжний досвід у цій сфері.

Метою статті є формування єдиного підходу до аналізу форм зловживання правом та способів його протидії шляхом огляду найважливіших аспектів явища зловживання правом в корпоративних правовідносинах.

Серед авторів доробок з дослідження окремих аспектів зловживання правом в корпоративних правовідносинах можна назвати І. Алексєєва, О. Ковалишин, О. Колеснікова, Х. Колінчука, О. Коломійцеву, О. Кузнецова, І. Тимаєву, В. Пашутіну, О. Поротикову, І. Саракун, О. Серьогіна, С. Серьогіна А. Смітюха, Д. Токарева, О. Чернокальцеву та інших.

У попередніх дослідженнях ми вже розглядали поняття зловживання правом, яке серед іншого порушує і принципи верховенства права. У науці та практиці зарубіжних країн для позначення «зловживання правом»

використовується ряд термінів, серед яких *abuse of law* (зловживання об'єктивним правом), *abuse of rights* (зловживання суб'єктивним правом), *evasion* (ухилення, обхід), *circumvention* (обхід), *avoidance* (законний обхід закону), *unfair prejudice* (несправедливе порушення інтересів учасника товариства) та інші. Найбільш універсальним терміном є *abuse of rights*¹. Однак не завжди такі терміни є точним відповідником діянням, які можуть кваліфікуватись як зловживання правом в розумінні ЦК України.

Зловживання правом є системою, яка завжди засновується на бажанні реалізувати інтерес найвигіднішим для себе чином, у тому числі правовими засобами, які для цього не передбачені. Синергетика є методологічним підходом, що досліджує системи з точки зору їх індивідуального формування та функціонування під впливом зовнішніх факторів. Інтерес є системоутворюючим елементом системи – вся система виникає у відповідь на наявний інтерес. Останній дає можливість об'єктивніше оцінити ту чи іншу ситуацію з точки зору зловживання правом: визначає мету реалізації права, допомагає з'ясувати відповідність мети діяльності засобам її реалізації, є універсальним засобом для побудови стратегії захисту відповідних корпоративних прав у межах всіх правових систем, відповідає загальноправовим принципам права: верховенства права, добросовісності, розумності. Відтак, для докорінної зміни системи – боротьби з конкретним проявом зловживання правом – варто впливати на інтерес, який формує таку поведінку.

Свідченням зловживання правом у відносинах між учасником та товариством є **здійснення права без цілі задоволення свого правоохоронюваного інтересу**. Якщо за допомогою права особа реалізує правоохоронюваний інтерес, який не суперечить суті такого права, відсутні інші передбачені механізми для реалізації такого правоохоронюваного інтересу (такий інтерес не є частиною іншого суб'єктивного права), а також така реалізація не може порушити правоохоронювані інтереси інших осіб, то вести мову про зловживання правом немає підстав. Дії особи повинні оцінюватись на предмет їх спрямованості на задоволення інтересу як учасника товариства або відповідно для задоволення загальнокорпоративного інтересу з боку товариства. Також свідченням наявності в діяльності особи зловживання правом є використання права всупереч його меті, яке порушує інтереси інших осіб. Використання такого критерію кваліфікації зловживання правом могло б стати умовою захисту інтересів держави у спорі з ВАТ «Укрнафта» на основі недобросовісної мети її укладення або вимоги розірвати угоду на підставі недобросовісного здійснення своїх прав за умовами Угоди з метою, що не відповідає інтересам товариства та спрямована на задоволення майнових інтересів обмеженого кола осіб.

У зарубіжній науці та практиці, в тому числі на рівні судових установ ЄС, виділяють **такі ознаки зловживання правом, як:** 1) відсутність порушення норми права (формальна правомірність); 2) в більшості випадків – порушення інтересів інших осіб; 3) порушення мети норми права.

Переходячи до дослідження системи проявів зловживання правом зазначимо, що система простих форм зловживання правом не може бути вичерпною з огляду на свою багатогранність, однак у межах роботи нами було окреслено її структуру та охарактеризовано деякі форми.

Видається зручною дворівнева систематизація форм за суб'єктом зловживання та засобом зловживання.

Зловживання з боку учасників товариства відбувається:

1. Правом на отримання прибутку (мажоритарними акціонерами):

1.1. систематична політика «нульового дивіденду»;

1.2. рішення про виплату надмірно завищених дивідендів.

2. Правом на одержання частини вартості майна, пропорційну його частці в статутному капіталі ТОВ при виході.

3. Правом на управління товариством (наприклад, визначення занадто короткого часу для реєстрації учасників):

3.1. неявка на загальні збори;

3.1.1. голосування «проти» певних питань;

3.2. внесення питань до порядку денного загальних зборів (припинення повноважень виконавчого органу, обраного на тих же зборах);

3.2.1. висунення кандидатів в інші органи товариства (пропозиція обрати одного кандидата до наглядової ради і ревізійної комісії);

3.3. призначення максимальної кількості представників з метою перешкоджання у проведенні загальних зборів з огляду на відсутність вільних місць;

3.4. чисельне ініціювання позачергових загальних зборів протягом короткого періоду;

3.5. зловживання правом на оскарження рішень загальних зборів та інших органів товариства;

3.5.1. проведення загальних зборів не в той час, що вказаний у повідомленні, хоч він був попередньо додатково погоджений;

3.5.2. оскарження рішення наглядової ради про призначення виконавчого органу, що було прийнято 12 років тому;

3.6. при поданні заяви про вжиття заходів забезпечення позову про визнання недійсним рішення загальних зборів;

3.6.1. вимоги про накладення арешту на акції або частку в статутному капіталі; 3.6.2. заборона включення конкретних питань до порядку денного.

4. Правом на визнання недійсним правочину:

4.1. щодо вчинення якого є заінтересованість;

4.2. у сфері значного правочину.

5. Правом контролю за діяльністю товариства (наприклад, ініціювання частих аудиторських перевірок).
6. Правом на інформацію (найчастіше міноритарними акціонерами):
 - 6.1.1. отримання інформації про акціонерне товариство як процес, що потребує фінансових затрат від товариства і відволікання його співробітників від безпосередніх трудових функцій, а також такий, що супроводжується іншими негативними наслідками;
 - 6.1.2. отримання інформації про акціонерне товариство з метою повідомлення її невизначеному колу осіб виключно з метою створення негативних наслідків для акціонерного товариства в сфері його ділової репутації, що врешті-решт призводить до негативних майнових наслідків (втрата інвесторів, контрагентів тощо);
 - 6.2. вимога про надання інформації, яка є конфіденційною або становить комерційну таємницю;
 - 6.3. запит у товариства інформації без ідентифікуючих ознак або без зазначення періоду видання;
 - 6.4. запит про надання інформації особою, яка мала можливість ознайомитись з необхідними документами в інший спосіб, ніж це передбачено ст. 116 ЦКУ або запит опублікованої інформації.
7. Правом на вихід учасника зі значною часткою з ТОВ.
8. Оскарженням рішення особою, яка стала акціонером (учасником) товариства після проведення оскаржуваних загальних зборів.

Товариство може зловживати своїми правами в особі його органів:

1. З боку загальних зборів:
 - 1.1. прийняття невідповідних рішень (систематично надавати переваги комусь) для міноритаріїв;
 - 1.2. поширеними є випадки зловживання правом товариством на визначення порядку виплати дивідендів.
2. З боку наглядової ради (наприклад, при призначенні одноособового виконавчого органу, схвалення значного правочину та правочину із заінтересованістю):
 - 2.1. для обходу порядку вчинення правочинів із заінтересованістю – звільнити, а потім знову призначити директора;
 - 2.2. неодноразове скликання позачергових загальних зборів для очікування сприятливого моменту для прийняття рішень;
 - 2.3. систематичне неприйняття рішення про проведення загальних зборів;
 - 2.4. скликання загальних зборів без включення обов'язкових питань порядку денного, щоб рішення неможливо було виконати – без призначення виконавчого органу.
3. Виконавчим органом при підготовці і проведенні загальних зборів, розпорядженні майном:
 - 3.1. способи реалізації фактичної заінтересованості (одна особа підписує правочин як представник двох сторін: довіреність для вчинення правочину з одного боку, як орган товариства – з іншого);
 - 3.2. виведення активів товариства шляхом укладення правочинів до 10 відсотків.
4. Правом приймати рішення про зміну місця реєстрації товариства як фактична зміна місця проведення загальних зборів.
5. Поєднанням учасника товариства і органу товариства в одній особі.
6. Правом товариства на надання інформації в порядку, що не суперечить Закону України «Про акціонерні товариства».

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо захисту прав інвесторів» від 7 квітня 2015 р. № 289-VIII (набрання чинності з травня 2016 р.) було внесено суттєві позитивні зміни до корпоративного законодавства, які серед іншого впливають і на форми зловживання правом та способи протидії їм. Однак деякі положення навпаки можуть бути використані для зловживання правом. Вказаним законом суттєво удосконалено порядок вчинення правочинів, щодо здійснення яких є заінтересованість. Водночас так і не вирішеною лишилась проблема інформування про зміст заінтересованості. У законі використовується поняття «ознаки заінтересованості». У межах нашого дослідження ми дійшли висновку про те, що поняттям, яке дасть змогу точніше встановити суть заінтересованості та уникнути зловживання правом на повідомлення товариства про це є «зміст заінтересованості». Відтак, у Статуті товариства доцільно передбачити норму, яка лумачитиме поняття «ознаки заінтересованості у вчиненні правочину» як «зміст заінтересованості». Також не зайвим було б і додаткове роз'яснення НКЦПФР (Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку України) або вищих судових інстанцій.

Утім, законодавчо невирішеним лишилося ***питання про конкретний орган або особу, якій повинна бути повідомлена інформація від заінтересованої особи в межах обов'язку поінформувати товариство про наявність заінтересованості*** (ч. 4 ст. 71 Закону України «Про акціонерні товариства»), в тому числі у випадку, коли заінтересованою особою є член органів товариства. Пропонуємо врегулювати дане питання в Статуті, передбачивши, що «Заінтересована особа інформує товариство про наявність та зміст заінтересованості, а також надає іншу інформацію, передбачену Законом, виконавчому органу товариства, якщо така особа не входить до складу одноособового виконавчого органу. У такому випадку особа повідомляє відповідну інформацію наглядовій раді, а якщо вона не створена – кожного акціонера особисто». Зміст терміна «істотні умови правочину» в межах ч. 10 ст. 71 Закону України «Про акціонерні товариства» в редакції Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо захисту прав інвесторів» є занадто вузьким для встановлення суті заінтересованості. Відтак, пропонуємо в ч. 10 ст. 71 Закону України «Про акціонерні товариства» слова «істотні умови» замінити на «істотні умови та інші умови, умови та відомості, що мають значення, якщо це передбачено Статутом».

Серед складних форм зловживання правом виділяють *грінмейл та недружні поглинання*, що не виключає існування менш поширених додаткових форм. Необхідно враховувати відмінність у явищах грінмейлу західних та пострадянських традицій. «Пострадянський грінмейл» хоч і не є правопорушенням, однак значно більш наближений до девіантної поведінки, ніж грінмейл західного зразка.

Грінмейл має амбівалентну природу. Серед позитивних наслідків грінмейлу в зарубіжній літературі виділяють: 1) підвищення ринкової ціни акцій товариства внаслідок проявів інтересу до набуття контролю з боку міноритарного акціонера; 2) іноді виступає способом протидії недружнім поглинанням; 3) виявляє такі порушення та зловживання з боку виконавчого органу або наглядової ради, які не були відомі загальним зборам в особі акціонерів; 4) виступає загальним заходом поліпшення підприємницького середовища через усунення неефективних його учасників; 5) якщо грінмейл виступає першою стадією поглинання, відмінного від недружніх, то часто підковите оновлення персонального складу товариства та його органів має соціально позитивний ефект, підвищуючи ефективність товариства².

У межах категорії «недружні поглинання» дії, спрямовані на отримання контролю над об'єктом поглинання, що відбуваються за межами корпоративних правовідносин, або такі, що реалізуються у формі кримінальних, адміністративних чи інших правопорушень, не входять до поняття «зловживання правом в корпоративних правовідносинах». У зарубіжній літературі розрізняють щонайменше два типи недружніх поглинань залежно від кінцевої мети такого поглинання під умовними назвами: а) захоплення; б) знищення. В першому випадку метою є отримання контролю і здійснення підприємницької діяльності; в другому може бути усунення конкурента шляхом банкрутства чи іншого припинення товариства тощо. Такі цілі визначають обрання тактики.

Способи попередження зловживання правом в корпоративних правовідносинах можна класифікувати за спрямованістю заходів – на загальні та спеціальні; за засобом зловживання – способи попередження зловживання окремими правами (на прибуток, управління, інформацію тощо); за обсягом – стратегії та точкові способи, спрямовані на попередження конкретного прояву зловживання.

Загальними способами попередження зловживання правом в корпоративних правовідносинах є: 1) удосконалення судової практики; 2) виконання вимоги чіткості правового регулювання; 3) розвиток нормативного регулювання: скасування отримання печатки суб'єктами господарювання; зменшення кворуму загальних зборів товариств; зміни до Закону України «Про депозитарну систему» щодо укладення договору на обслуговування рахунка дематеріалізованих цінних паперів; заходи, запроваджені Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» № 289-VIII від 7 квітня 2015 р.: інститут незалежних директорів; зміни в порядку виплати дивідендів; внесення інформації, визначеної у пропозиціях щодо членів наглядової ради у бюлетень для кумулятивного голосування (зміни до ст. 38 Закону); зміни у порядку регулювання правочинів, щодо вчинення яких є заінтересованість; 4) використання заходів, передбачених ч. 4 ст. 67 ГПК України; 5) переважне право купівлі частки в статутному капіталі (акцій); 6) реформування організаційно-правових форм товариств; 7) реформування підходів до ревізійної комісії в ТОВ та ТДВ; 8) способи протидії грінмейлу: запровадження високих ставок податків на дохід, отриманий від грінмейлу; внесення осіб до «чорного списку»; заборона виплати платежів за грінмейл; повернення прибутків, отриманих від грінмейлу; 9) встановлення цивільно-правової відповідальності посадових осіб товариства; 10) уніфікація фінансової звітності товариств відповідно до міжнародної практики; 11) створення окремих державних органів та організацій, покликаних сприяти захисту прав господарських товариств та їх учасників; 12) створення спеціальних компенсаційних фондів.

У межах дослідження було розглянуто найбільш поширені та найцікавіші **спеціальні способи попередження зловживання правом у корпоративних правовідносинах:**

1. Забезпечення балансу інтересів учасників корпоративних правовідносин, у тому числі застосування доктрини «зобов'язання вірності спільній меті товариства».

2. Укладення акціонерних угод.

3. Заснування товариства за англо-американським правом.

4. Реалізація повноважень товариств при визначенні підстав для відмови у включенні до порядку денного пропозицій акціонерів – власників менше, ніж 5 відсотків акцій.

5. Вибір адекватної організаційно-правової форми товариства меті учасників та особливостям їх взаємовідносин (врахування критеріїв та способів обрання персонального складу органів товариства (наприклад, наглядової ради в АТ)).

6. Врахування структури власності товариства.

7. Способи попередження зловживання правом на інформацію: надавати лише запитуваний обсяг інформації, не збільшуючи його за власною ініціативою; перевіряти правомочність адресата запиту; у разі недостатності часу для своєчасного надання запитуваної інформації попереджати про це учасника для уникнення звинувачень в ухиленні від її надання; надавати копії документів лише на платній основі; контроль за доступом до інсайдерської інформації; попередження виявів корпоративної розвідки, стороннього впливу на керівництво; використання в свою чергу в службі економічної безпеки способів і методів конкурентної розвідки; ведення журналу адресатів та наданої інформації, що дасть змогу зробити висновки про інтерес осіб, а також фактичну афілійованість або спрямованість на об'єднання зусиль певних учасників.

8. Способи попередження недружніх поглинань: консолідація контрольного пакета акцій або частки при наявності великої кількості міноритаріїв; запровадження серйозного контролю за збереженням доку-

ментів та печатки (у разі наявності) товариства; запровадження системи підбору працівників до органів управління товариством; обрання такої моделі виконавчого органу, за якої передбачено наявність незалежних менеджерів (залучених зовнішніх консультантів, наприклад); високий рівень забезпечення діяльності товариства та своєчасне виправлення помилок; створення позитивного образу керівництва товариством; заходи для підвищення інтересу членів органів управління в добросовісній поведінці; запровадження посади корпоративного секретаря; правильне та досконале складання установчих документів товариства, в тому числі із урахуванням стратегій попередження недружніх поглинань (не всі з них можуть поки що бути застосовані в Україні з огляду на імперативність українського корпоративного законодавства).

9. Способи попередження дублювання органів товариства: створення індивідуальних форм внутрішніх документів; послуга державного реєстратора щодо запиту до товариства перед внесенням найважливіших змін до реєстру.

10. Передання акцій в заставу.

11. Заборона скликання наступних загальних зборів акціонерів до проведення вже скликаних.

12. Моніторинг зміни складу акціонерів: систематичне надання інформації, аналогічної зведеному обліковому реєстру акціонерів; використання розкритої, згідно із Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення кінцевих вигодоодержувачів юридичних осіб та публічних діячів» № 1701-VII від 14 жовтня 2014 р.; встановлення додаткових заходів контролю за розпорядженням майном товариства, особливо щодо товариств, відмінних від акціонерних; інформаційна робота з меншоритарними учасниками.

Потребує уточнення позиція ВГСУ, висловлена в постанові Пленуму ВГСУ від 29 травня 2013 р. № 11 «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними»: «представником не може вважатися орган юридичної особи, в тому числі її керівник, навіть якщо він діяв всупереч інтересам цієї особи: представництво в даному разі визначається за правилами глави 17 ЦК», а саме в частині посилення на главу ЦК щодо представництва. На нашу думку, таке посилення є зайвим.

З метою попередження зловживання правами з боку учасників корпоративних правовідносин доцільно, крім вже розглянутих заходів³:

– в ч. 10 ст. 71 Закону України «Про акціонерні товариства» слова «істотні умови» замінити на «істотні умови та інші умови, умови та відомості, що мають значення, якщо це передбачено Статутом»;

– врегулювати порядок вчинення правочинів, щодо вчинення яких є заінтересованість у товариствах, відмінних від акціонерних;

– ч. 1 ст. 63 Закону України «Про господарські товариства» викласти в такій редакції: «Контроль за діяльністю дирекції (директора) товариства з обмеженою відповідальністю здійснюється ревізійною комісією, що утворюється загальними зборами учасників товариства з їх числа, в кількості, передбаченій установчими документами, але не менше трьох осіб. Члени дирекції (директор) не можуть бути членами ревізійної комісії. У товариствах, де кількість учасників становить менше трьох осіб, допускається утворення ревізійної комісії в складі однієї особи – ревізора. В товаристві, утвореному в складі одного учасника, який призначений директором даного товариства, ревізійна комісія не утворюється до включення до складу учасників товариства інших осіб»;

– встановити заходи захисту інтересів товариства при виході учасника з ТОВ.

Система способів захисту виглядає наступним чином. Судовий порядок захисту може бути здійснений таким шляхом:

1. Пред'явлення позовів про визнання недійсним договорів та інших правочинів (купівлі-продажу акцій або правочинів щодо відчуження часток в статутному капіталі ТОВ; про визнання недійсним рішення загальних зборів товариства про внесення змін до статутних документів; про визнання прав на частку в статутному капіталі; про виключення учасника з ТОВ).

2. Здійснення забезпечувальних засобів як міжгалузевих способів юрисдикційного характеру.

3. Розгляд спору за місцезнаходженням товариства.

4. «Узаконення» результатів приватизації шляхом звернення до суду із залученням відповідного державного органу.

5. Підняття «корпоративної завіси».

6. Колективні позови.

7. Непрямі (похідні) позови як способи захисту від зловживання правом: визначення кола осіб, уповноважених подавати непрямий позов; оприлюднення в окремих категоріях справ інформації щодо розгляду справи; використання в одній справі кількома акціонерами свого права на звернення до суду в інтересах товариства з різними вимогами або відстоювання відмінних позицій; похідний позов як спосіб захисту від зловживання правом з боку товариства або порушення інтересів акціонера.

8. Способи захисту від зловживання правом на непрямий (похідний) позов: обов'язкове пред'явлення претензії товариству з питання, порушеного у похідному позові; впровадження спеціального судового комітету наглядової ради; визначення, чий інтересам похідний позов відповідає, а чий – суперечить; неможливість повернення майна з чужого добросовісного володіння; відшкодування збитків членами виконавчого органу або іншою посадовою особою товариства; можливість продовження представництва у справі іншим акціонером.

Адміністративний порядок захисту носить більше міжгалузевий характер в контексті зловживання правом, оскільки жоден з адміністративних органів наразі не наділений повноваженнями зі встановлення

факту зловживання. Відтак, такий арсенал засобів є вужчим порівняно зі свободою захисних стратегій, застосованих у приватному порядку. Серед них згадують використання міжгалузевих способів захисту: звернення до Антимонопольного комітету України, Фонду державного майна України, Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку України; встановлення факту зловживання правом в корпоративних правовідносинах адміністративними органами (лише на рівні дискусії).

Неюрисдикційні способи захисту від зловживання правом є найбільш поширеними, як в Україні, так і в зарубіжних країнах, об'єднуючи заходи як юридичного, так і фактичного характеру. Така поширеність пояснюється їх особливістю максимально враховувати обставини конкретного прояву зловживання правом – форми, тактики, стратегії. Тому неюрисдикційними способами захисту є (1) виключення учасника з товариства; (2) ініціювання аудиторської або ревізійної перевірки; (3) тактика «не можеш завадити – очолюй»; заочне проведення загальних зборів; (4) примусовий викуп акцій («сквіз-аут») та право вимоги обов'язкового викупу акцій («селл-аут»); (5) самозахист у вигляді переведення активів на іншу юридичну особу та продовження використання майна «мішенню» на праві оренди; (6) узгодженість і координація дій між добросовісними учасниками товариства при грінмейлі та початку недружніх поглинань: визначення ціни продажу акцій; «контркупка» акцій «товариства – мішені»; тактика «акулячої отрути»; прийняття ризику грінмейла в обмін на відмову недобросовісного учасника від подальшого недружнього поглинання: (6.1) *standstill agreements* (договори про гарантії виконання зобов'язань зі сплати грінмейлу), (6.2.) підняття ціни продажу та розподілення прибутку); (7) викуп частки агресора; (8) додаткова емісія; (9) розробка стратегії захисту, особливо у випадку складних форм зловживання правом; (10) оперативне «заплутування слідів»; (11) самопоглинання; (12) «захист Пекмена». (13) перенесення «боротьби на територію агресора».

Суттєві зміни щодо форм та способів протидії зловживання правом в корпоративних правовідносинах передбачені Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про акціонерні товариства» від 19 березня 2015 р. № 272–VIII та Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» від 7 квітня 2015 р. № 289–VIII, який набирає чинності в частині, що стосується корпоративних прав, з травня 2016 року. Зазначені законодавчі зміни є безумовним кроком вперед у контексті протидії зловживанню правом в корпоративних правовідносинах. Водночас дані новації можуть створити нові умови для зловживання правом у цій сфері, протидія яким має здійснюватись як окремими тактичними заходами, так і формуванням практики застосування норм щодо зловживання правом, збільшенням гнучкості корпоративного законодавства та надання можливості врегулювати окремі питання на локальному рівні. Перспективним напрямом розробок у цій сфері видається подальше дослідження зарубіжного досвіду протидії зловживанням, а також перегляд норм, що регулюють діяльність ТОВ у частині підвищення їх диспозитивності та зменшення кворуму.

Запровадження **інституту незалежних директорів** покликано прямо та опосередковано протидіяти таким проявам зловживання правом, як право на контроль за діяльністю товариства (у тому числі при аудиторських перевірках); право на отримання прибутку (винагорода посадовим особам товариства, завищений розмір якої впливає на зменшення; ситуація погіршується, коли учасник товариства є членом такого виконавчого органу); з боку товариства – вчинення правочинів, щодо вчинення яких є заінтересованість та недобросовісні дії з відстороненням директора тощо.

У зарубіжній науці детально досліджується залежність кількості незалежних директорів та ефективності їх діяльності⁴. Для того, щоб максимально «розмити» голоси незалежних директорів при прийнятті наглядовою радою непрофільних для них рішень (аудит, винагорода, призначення), тобто випадків, коли рішення приймається всім складом наглядової ради, може бути створена наглядова рада з великою чисельністю членів. Тому для максимально ефективного використання переваг інституту незалежних директорів, в тому числі як засобу протидії зловживанню правом мажоритарними акціонерами та (або) товариством в особі його органів, є сенс створювати наглядову раду з кількістю членів в три, в крайньому випадку – п'яти осіб. Забезпечення незалежності директора протягом часу здійснення його повноважень, розширення категорій товариств, де такі директори будуть включені до наглядових рад, а також збільшення пропорційної кількості незалежних директорів у складі рад, збільшення витрат на утримання наглядової роботи з огляду на рівень їхньої винагороди, високий рівень якої є гарантією професійності та добросовісності такого директора, є чинниками, що підлягають врахуванню при подальших змінах законодавства та обранні тієї чи іншої моделі корпоративного управління і форми товариства.

Конкретний прояв зловживання правом є системою з синергетичної точки зору, критерієм кваліфікації якої є здійснення права всупереч правоохоронюваному інтересу, на досягнення якого спрямоване певне право за наявності інших засобів його реалізації, що суперечить меті здійснення права. Сформована система способів попередження та захисту зловживання правом у корпоративних правовідносинах дає змогу системно досліджувати останні нововведення у сфері корпоративних правовідносин з точки зору їх впливу на імовірність зловживання правом у корпоративних правовідносинах. Такими нововведеннями є інститути незалежних директорів, похідного позову в Україні; сквіз-ауту та селл-ауту як інститутів, що вже давно відомі в іноземній практиці, але розвиваються в українському цивільному праві.

⁴ Cerioni L. The “abuse of right” in EU company law and EU tax law: A re-reading of the ECJ case-law and the quest for a unitary notion. – 2010. – 28 p. – P. 11, 13 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://bura.brunel.ac.uk/handle/2438/4141>; Faull

Jonathan. Prohibition of abuse of law: a new general principle of EU law // Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law? Rita de la Feria, Stefan Vogenauer // Oregon: Bloomsbury Publishing, 2011. – 662 p. – P. 320; Weatherill Stephen. Fitting Abuse of rights into EU Law Governing the free movement of goods and services // Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law? Rita de la Feria, Stefan Vogenauer // Oregon: Bloomsbury Publishing, 2011. – 662 p. – P. 49–57.

² Macey J. R., McChesney F. S. A Theoretical Analysis of Corporate Greenmail / Jonathan R. Macey, Fred S. McChesney // The Yale Law Journal. – 1985. – № 1 (November) – P. 13–61. – P. 18, 20; Shleifer Andrei, Vishny Robert W. Greenmail, white knights and shareholders' interest // Rand Journal of Economics. – 1986 – Vol. 17 (3) – P. 293–294.

³ Кучмієнко О. Зловживання правом у цивільних корпоративних правовідносинах та механізм протидії: теоретичні проблеми та практичні пропозиції / О. В. Кучмієнко // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2014. – Вип. 2 – Т. 1. – С. 193–200. – С. 197. – (Серія «Юридичні науки»).

⁴ Pilar Giraldez and Jose Mauel Hurtado. Do independent directors protect shareholder value? // Business Ethics. A European Review. – Volume 23. – Number 1. – January 2014. – P. 91–103.

Резюме

Кучмієнко О. В. Зловживання правом у корпоративних правовідносинах: зарубіжний досвід в українських реаліях.

У статті окреслено систему форм, способів попередження й захисту, а також основні проблеми та шляхи їх вирішення у сфері зловживання правом у корпоративних правовідносинах. Розглянуто зарубіжні підходи до відносно нових інститутів українського законодавства: похідного позову, незалежних директорів та сквіз-ауту і селл-ауту. Запропоновано нові підходи до кваліфікації зловживання правом в корпоративних правовідносинах та їх практичне застосування – наприклад, у справі ВАТ «Укрнафта». Проаналізовано зміни, запроваджені Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про акціонерні товариства» від 19 березня 2015 р. та Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів» від 7 квітня 2015 р. на предмет їх впливу на систему форм та способів протидії зловживанню правом.

Ключові слова: зловживання правом, інтерес, систематизація, синергетика, незалежні директори.

Резюме

Кучмієнко О. В. Злоупотребление правом в корпоративных правоотношениях: зарубежный опыт в украинских реалиях.

В статье описана система форм, способов предупреждения и защиты, а также основные проблемы и пути их решения в сфере злоупотребления правом в корпоративных правоотношениях. Рассмотрены зарубежные подходы к относительно новым институтам украинского законодательства: непрямого иска, независимых директоров, селл-аута и сквиз-аута. Предложены новые подходы к квалификации злоупотребления правом в корпоративных правоотношениях и их практического применения – например, в деле ОАО «Укрнафта». Проанализированы изменения Закона Украины «О внесении изменений в Закон Украины «Об акционерных обществах»» от 19 марта 2015 г. и Закона Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно защиты прав инвесторов» от 7 апреля 2015 г. на предмет их влияния на систему форм и способов противодействия злоупотреблению правом.

Ключевые слова: злоупотребление правом, интерес, систематизация, синергетика, независимые директора.

Summary

Kuchmiienko O. Abuse of rights in corporate relations: international experience in Ukrainian reality.

The article is devoted to a comprehensive analysis of abuse of rights system in legal corporate relations as well as the system of measures aimed to prevent and protect from such abuses. Also main problems in the field and ways of their solutions are discussed. Foreign approaches to newish institutions in Ukrainian legislation such as independent directors, indirect claims, squeeze – out and sell-out are addressed. New approaches to qualification of abuse of rights in corporate relations and application in practice thereof are proposed. For instance, in Ukrnafta PJS case. The latest legislative amendments provided by the Law of Ukraine “On amending of the Law of Ukraine “On Joint Stock Companies”” as of 19 March 2015 and the Law of Ukraine “On amending of some legislative acts regarding protection of investors' rights” as of 07 April 2015 were outlined as well as their influence on abuse of rights system and counteraction measures thereof in legal corporate relations.

Key words: abuse of rights, interest, systematization, synergetics, independent directors.

О. С. ПРОСТИБОЖЕНКО

Олег Сергійович Простибоженко, асистент кафедри Київського університету права НАН України

**ЮРИДИЧНА КОНСТРУКЦІЯ «ДОГОВОРУ В ІНТЕРЕСАХ СІМ'Ї»
У МАЙНОВИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ ПОДРУЖЖЯ:
СПРОБА КОНЦЕПТУАЛЬНОГО ОСМИСЛЕННЯ**

Категорія «договір в інтересах сім'ї» не є новою для сімейного законодавства України, оскільки подібне законодавче формулювання («зобов'язання одного з подружжя, видане в інтересах сім'ї») зустрічалося у ст. 31 КпШС УРСР, присвяченій правовому регулюванню звернення стягнення на майно подружжя. Однак зміст даної категорії не розкривався в радянському законодавстві та науці сімейного права, а тому вона набувала ознак оціночного поняття, яке залежало передусім від розсуду суду. У сучасній науці сімейного права також не здійснювалося спроб комплексного осмислення досліджуваної конструкції. Науковці зазвичай обмежуються цитування змісту ст. ст. 61, 65, 73 СК України¹, вказівкою на мету запровадження цих норм² або критикою змісту окремих з них через неможливість дотримання їх на практиці³.

Метою цієї статті є аналіз юридичної конструкції «договору в інтересах сім'ї» і практики її застосування при регулюванні майнових відносин подружжя, виявлення її недоліків і обґрунтування пропозицій щодо їх усунення.

У чинному СК України досліджувана категорія зустрічається в низці статей, що дають змогу окреслити її зміст. Відповідно до ч. 3 ст. 61 СК України, якщо одним із подружжя укладено договір в інтересах сім'ї, то гроші, інше майно, в тому числі гонорар, винагорода, виграти, які були одержані за цим договором, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. Згідно з ч. 2 ст. 73 СК України стягнення може бути накладено на майно, яке є спільною сумісною власністю подружжя, якщо судом встановлено, що договір був укладений одним із подружжя в інтересах сім'ї і те, що було одержане за договором, використано на її потреби. Особливе місце у врегулюванні цих відносин займає ст. 65 СК України, яка передбачає, що дружина, чоловік розпоряджаються майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, за взаємною згодою. При укладенні договорів одним із подружжя вважається, що він діє за згодою другого з подружжя. Дружина або чоловік має право на звернення до суду з позовом про визнання договору недійсним як такого, що укладений другим із подружжя без її/його згоди, якщо цей договір виходить за межі дрібного побутового. Для укладення одним із подружжя договорів, які потребують нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, а також договорів стосовно цінного майна, згода другого з подружжя має бути подана письмово. Згода на укладення договору, який потребує нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації, має бути нотаріально засвідчена. Договір, укладений одним із подружжя в інтересах сім'ї, створює обов'язки для другого з подружжя, якщо майно, одержане за договором, використане в інтересах сім'ї.

Насамперед слід окреслити елементи досліджуваної юридичної конструкції. По-перше, суб'єктом договору в інтересах сім'ї є лише один з подружжя, про що чітко йдеться у ст. ст. 61, 65, 73 СК України.

По-друге, об'єктом такого договору є спільне майно подружжя, що випливає зі змісту ч. 4 ст. 65 СК України. Така позиція обґрунтовується предметом правого регулювання ст. 65 СК України, а саме: право подружжя на розпорядження своїм майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності.

По-третє, враховуючи зазначене вище, договір в інтересах сім'ї укладається одним з подружжя без згоди (волевиявлення) другого з подружжя, але стосовно їх спільного майна. Відтак, на думку автора, надання згоди другим з подружжя на укладення договору автоматично означає наявність інтересу сім'ї, оскільки в даних правовідносинах подружжя є суб'єктами права спільної сумісної власності і саме їх спільне волевиявлення є критерієм для оцінки наявності інтересу сім'ї. А тому використання терміна «договір в інтересах сім'ї» стосовно правочину, укладеного за згодою обох з подружжя, але оформленого на ім'я одного з них, є безпідставним.

Однак у національній судовій практиці наявність волевиявлення другого з подружжя ігнорується. Так, договором в інтересах сім'ї визнається у т.ч. договір, укладений одним з подружжя за згодою іншого, але оформлений на ім'я одного з них⁴, а в інших випадках навпаки – договір укладений за згодою обох з подружжя не визнається договором в інтересах сім'ї⁵. Як вбачається, суди вдаються до дослідження напрямів використання отриманого за таким договором майна (зазвичай грошових коштів) і, виходячи з цього, на власний розсуд визначають наявність або відсутність інтересу сім'ї. Тобто, суди оцінюють не дії подружжя щодо укладення договору, а сам інтерес в цьому сім'ї, підмінюючи таким чином волевиявлення подружжя. Використовуючи такий підхід, придбання додаткової квартири одним з подружжя за згодою іншого можна буде визнати договором не в інтересах сім'ї, мотивуючи це великими витратами на її утримання і наявністю у сім'ї іншого житла. Вочевидь такий підхід судів ґрунтується на тлумаченні словосполучення «використане в інтересах сім'ї» (ч. 4 ст. 65 СК України) чи «використано на її (сім'ї – *авт.*) потреби» (ч. 2 ст. 73 СК

України). На думку автора, наявність такого словосполучення не змінює суті правовідносин договору в інтересах сім'ї. Як вже зазначалося, договір в інтересах сім'ї укладається одним з подружжя без згоди іншого, а тому наявність інтересу сім'ї встановлюється не в момент укладення такого договору (оскільки в цей момент в одного з подружжя проявляється лише намір задовольнити інтерес сім'ї), а саме за напрямом використання коштів (коли можна впевнитися, що такий з подружжя свій намір здійснив). Враховуючи зазначене вище, на думку автора, підхід, який склався у судовій практиці, є абсолютно невиправданим і не ґрунтується на нормах чинного сімейного законодавства України. Оцінюючи постфактум дії обох з подружжя в контексті наявності інтересу сім'ї, суд у разі визнання відсутності такого інтересу фактично «анулює» дію того з подружжя, хто надав свою згоду на укладення договору, і ставить такого з подружжя у вигідніше становище порівняно з тим із подружжя, який безпосередньо уклав такий договір.

Отже, перший підхід щодо застосування юридичної конструкції «договору в інтересах сім'ї» склався в національній судовій практиці і характеризується можливістю оцінки наявності інтересу сім'ї у вже вчиненому за згодою подружжя правочині навіть всупереч волевиявленню такого подружжя, а також відсутністю комплексного тлумачення правових норм, які регламентують досліджувану конструкцію.

Наступний підхід є доволі поширеним серед науковців і часто зустрічається в коментарях до ст. ст. 61, 65, 73 СК України⁶. Його особливістю є те, що тлумачення вказаних статей СК України здійснюється не комплексно в їх системному зв'язку, а кожної з них окремо і без з'ясування сфери їх застосування. Відмінність цього підходу від першого полягає в тому, що в даному випадку не йдеться про можливість перегляду волевиявлення подружжя, а сфера застосування досліджуваної конструкції поширюється лише на договори, укладені одним з подружжя без згоди іншого. У якості прикладу прихильники даного підходу наводять укладений одним з подружжя договір позики, за яким отримані в борг кошти використані в інтересах сім'ї.

Варто зауважити, що спільним для вказаних вище двох підходів є буквально тлумачення формулювання «договір, укладений одним із подружжя в інтересах сім'ї» і, як результат, думка про виникнення спільних зобов'язань подружжя за будь-яким договором, укладеним одним з подружжя, якщо отримане за ним використане в інтересах сім'ї. Такі підходи були підтримані судовою практикою Верховного Суду України, який у постанові від 19 червня 2013 р.⁷ зробив правовий висновок, що кредитний договір, укладений одним із подружжя, створює обов'язки для другого з подружжя в разі, якщо його укладено в інтересах сім'ї, а одержане за цим договором майно фактично використано на задоволення потреб сім'ї.

На думку автора, дані підходи обтяжені уявленнями радянського періоду. Вище вказувалося, що норма про «зобов'язання, видане в інтересах сім'ї» містилася лише у ст. 31 КпПРС УРСР, яка регламентувала стягнення на майно подружжя. Оскільки не існувало інших правових норм, які б регламентували досліджувану юридичну конструкцію, то залишалось широким поле для судового та доктринального тлумачення. Однак, коли змінилися норми національного сімейного законодавства, уявлення попереднього історичного періоду залишилися і справляють свій вплив на судову практику та наукові підходи.

Вдаючись до телеологічного тлумачення, тобто визначення мети запровадження ч. 4 ст. 65 СК України, можна припустити, що формулюючи зміст вказаного положення, законодавець мав на меті поширити режим спільності на зобов'язання, взяті одним із подружжя в інтересах сім'ї. Однак для досягнення цього правову норму ч. 4 ст. 65 СК України слід виділити в окрему статтю, оскільки в такому разі вона не буде обмежуватися сферою застосування ст. 65 СК України. Поки цього не відбулося, видається безпідставним стверджувати, що у разі спрямування кредитних коштів, отриманих одним з подружжя, на задоволення потреб сім'ї, зобов'язання щодо їх повернення виникають і у другого з подружжя. Разом із тим є всі підстави стверджувати, що законодавець свідомо розмістив аналізовану норму в ст. 65 СК України з тією метою, щоб надати набувачу спільного майна подружжя за договором, укладеним одним з подружжя в інтересах сім'ї, додатковий спосіб захисту. Зміст такого способу полягає в тому, що у разі оспорювання другим з подружжя такого договору з посиланням на відсутність його згоди, передусім письмової, набувач може довести в суді, що другий з подружжя схвалив цей договір своїми діями. Враховуючи зазначене, встановити дійсну мету законодавця при формулюванні зазначеної норми видається не так просто.

Слабким місцем обох зазначених вище підходів до розуміння юридичної конструкції «договору в інтересах сім'ї» є її формулювання як універсальної, а відтак, невиправдане розширення сфери її застосування. Глава 8 СК України, в межах якої розміщені вище цитовані норми ст. ст. 61, 65, 73 СК України щодо договору в інтересах сім'ї, має назву «Право спільної сумісної власності подружжя». Найменування ст. 61 СК України – «Об'єкти права спільної сумісної власності», а ст. 65 СК України – «Право подружжя на розпорядження майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя». Тобто, безумовно, сферою застосування юридичної конструкції «договору в інтересах сім'ї» є розпорядження передусім речами як безпосередніми об'єктами права власності. Питання щодо майнових прав як об'єктів права власності на сьогодні є дискусійним у науці цивільного права⁸ та суперечливим у судовій практиці. В одних випадках вищі судові інстанції України визнають майнові права об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, поширюючи в такий спосіб на них режим речі⁹, а в інших – послаються на те, що об'єктом права власності може бути лише річ¹⁰. Враховуючи особливості правового режиму спільності майна подружжя, який відображається насамперед у правозастосовній практиці, та розвиток в науці сімейного права концепції «спільного майна подружжя»¹¹ можна говорити про те, що сфера застосування конструкції «договору в інтересах сім'ї» поширюється і на розпорядження майновими правами.

Системне тлумачення ст. ст. 61, 65 СК України не дає жодних підстав для поширення сфери застосування досліджуваної конструкції на зобов'язання, які виникли в одного з подружжя не в результаті розпорядження спільним майном. Тобто, якщо в одного з подружжя виникає зобов'язання у зв'язку з відчуженням спільного майна подружжя, то за ч. 4 ст. 65 СК України відповідні зобов'язання можуть виникати і в іншого з подружжя за умови, що буде встановлено наявність інтересу сім'ї. Дана думка також підтверджується узагальненнями судової практики. Так, в Узагальненні судової практики розгляду цивільних справ, що виникають з кредитних правовідносин, від 13 грудня 2010 р.¹² та п. 25 постанови пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30 березня 2012 р. № 5 «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин» передбачено, що при оспоруванні кредитного договору слід виходити з того, що положення ст. 65 СК України щодо порядку розпорядження майном, яке є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, регулюють відносини, які стосуються розпорядження майном, що є у спільній сумісній власності подружжя, і не стосуються права одного із подружжя на отримання кредиту, оскільки кредитний договір є правочином щодо отримання у власність грошових коштів¹³.

Таким чином, сфера застосування юридичної конструкції «договору в інтересах сім'ї» обмежується випадками розпорядження спільними речами чи спільними майновими правами подружжя, здійсненого одним із подружжя без згоди іншого. У таких випадках майно, одержане одним з подружжя за договором, та зобов'язання, які виникають у зв'язку з таким договором, будуть спільними для подружжя. Такий висновок ґрунтується на результатах комплексного і логічного аналізу змісту і предмета регулювання ст. ст. 61, 65, 73 СК України.

Враховуючи зазначене, запропонований автором третій підхід до розуміння юридичної конструкції «договору в інтересах сім'ї» ґрунтується на спробі системного тлумачення положень ст. ст. 61, 65, 73 СК України і чіткому визначенні сфери застосування такої конструкції в майнових правовідносинах подружжя між собою та третіми особами. Варто зауважити, що у разі виключення із зазначених статей, передусім ст. 65 СК України, посилання на договір в інтересах сім'ї або зміни найменування якоїсь з них сфера застосування досліджуваної правової конструкції вочевидь зміниться.

Правові наслідки укладення одним з подружжя договору без згоди іншого залежать від подальших дій другого з подружжя та оцінки судом такого договору. Зокрема, існують три можливі варіанти розвитку ситуації: 1) подальшого погодження договору другим з подружжя; 2) відмови від погодження другим з подружжя, але визнання судом договору таким, що укладений в інтересах сім'ї; 3) відмови від погодження другим з подружжя та визнання судом договору таким, що укладений не в інтересах сім'ї.

Безспірною є ситуація, коли погодження іншого з подружжя надається після укладення договору першим з подружжя. Зауважимо, що таке погодження договору може мати місце не лише у письмовій формі, а навпаки – проявлятися у конклюдентних діях, наприклад, користуванні придбаним майном, здійсненні відповідних платежів.

Відмінною є ситуація, коли другий з подружжя не схвалить укладення договору першим з подружжя. За умови, що договір буде визнаний таким, який укладено в інтересах сім'ї, зобов'язання можуть виникнути в іншого з подружжя без його згоди. На думку автора, підхід законодавця, закріплений в ч. 4 ст. 65 СК України, є нетиповим для регулювання цивільних і сімейних правовідносин. Згідно з ч. 2 ст. 509 ЦК України зобов'язання виникають з підстав, встановлених ст. 11 ЦК України. Відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 11 ЦК України підставою виникнення цивільних прав і обов'язків є, зокрема, договори та інші правочини, а згідно з ч. 3 цієї статті цивільні права і обов'язки можуть виникати безпосередньо з актів цивільного законодавства. Відповідно до ч. 1 ст. 202 ЦК України правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. У ст. 203 ЦК України встановлено вимоги, додержання яких є необхідним для чинності правочину, зокрема щодо вільного волевиявлення учасника правочину і його відповідності внутрішній волі. Зрештою, в ч. 1 ст. 626 ЦК України договір визначається як домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків, а в ст. 627 ЦК України закріплено принцип свободи сторін в укладенні договору. При цьому варто пам'ятати, що правочин є вольовим актом, тобто в правочині виявляється воля його учасників¹⁴. Відтак, для того з подружжя, хто безпосередньо укладає договір в інтересах сім'ї, зобов'язання виникають з такого договору, а самі його дії цілком узгоджуються з цитованими законодавчими та науковими положеннями. Однак стосовно другого з подружжя законодавець встановлює правило виникнення в нього зобов'язань з договору, але без волевиявлення такого з подружжя щодо цього договору, в силу положень закону. Якби формулювання ч. 4 ст. 65 СК України було іншим, то можна було б стверджувати про виникнення зобов'язань у другого з подружжя на підставі акта цивільного/сімейного законодавства.

Набагато складнішою є правова кваліфікація ситуації, коли укладений одним з подружжя договір не буде визнаний таким, що укладений в інтересах сім'ї. У такому випадку той з подружжя, хто уклав такий договір, може виконувати взяті на себе зобов'язання за рахунок особистого майна, а відтак, набуте за таким договором не входить до складу спільного майна подружжя. Проте, якщо у такого з подружжя не буде особистого майна для виконання взятих зобов'язань, то можливі два варіанти: 1) перший з подружжя припиняє виконувати взяті на себе зобов'язання, що матиме в цілому для подружжя негативні наслідки у вигляді примусового виконання та стягнення штрафних санкцій і збитків з такого подружжя (що зменшить суму спільних коштів подружжя) і звернення стягнення на його частку в спільному майні, або 2) перший з подружжя

всупереч волі іншого починає виконувати договір за рахунок спільних коштів, наприклад, своєї зарплатні, що також матиме в цілому для подружжя негативні наслідки у вигляді зменшення обсягу спільних коштів.

Отже, при непогодженні другим з подружжя договору, укладеного одним з подружжя, для подружжя в цілому настають негативні наслідки, які підривають його майнову єдність як спільноти. Це, в свою чергу, може стати причиною для розпаду подружжя і сім'ї, в чому держава не заінтересована. Як вказувала свого часу І. В. Жилінкова¹⁵, фактично ст. 65 СК України не застосовується повною мірою, що вочевидь зменшує прояви вказаних негативних наслідків. Відтак, на думку автора, очевидним є невідповідність досліджуваної конструкції в її існуючому оформленні інтересам держави, пов'язаним зі збереженням сім'ї та подружжя.

Насамкінець зауважимо, що чинне сімейне законодавство України встановлює виняток з презумпції спільності майна подружжя в частині зобов'язань подружжя, на які поширюються окремі правила їх регулювання. Якщо речі та майнові права, набуті кожним з подружжя, вважаються спільними, то зобов'язання – ні. Національне сімейне право і особливо судова практика, змінивши свій підхід щодо об'єктів права спільної сумісної власності подружжя і визнавши такими об'єктами майно, стикнувшись з питанням про майнові зобов'язання як різновид майна в розумінні ст. 190 ЦК України. За відсутності відповідних законодавчих положень національні суди почали пристосовувати для цих цілей юридичну конструкцію «договору в інтересах сім'ї». Результати комплексного і логічного аналізу змісту та предмета регулювання ст.ст. 61, 65, 73 СК України дає підстави стверджувати, що сфера застосування юридичної конструкції «договору в інтересах сім'ї» обмежується випадками розпорядження спільними речами чи спільними майновими правами подружжя, здійснене одним із подружжя без згоди іншого. У таких випадках майно, одержане одним з подружжя за договором, та зобов'язання, які виникають у зв'язку з таким договором, будуть спільними для подружжя. При цьому в такий спосіб передусім здійснюється захист прав набувача майна подружжя за договором, укладеним лише одним із них.

¹ Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / С. В. Ківалов, Ю. С. Червоний, Г. С. Волосатий та ін. : пер. з рос. ; за ред. Ю. С. Червоного. – К. : Одеса : Юрінком Інтер, 2008. – 504 с. – С. 116–117, 124; Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / за заг. ред. С. Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2008. – 1248 с. – С. 191–192, 205, 229.

² Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / З. В. Ромовська. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 532 с. – С. 139, 145.

³ Жилінкова І. В. Майнові правовідносини подружжя: проблеми застосування норм нового СК України / І. В. Жилінкова // Наукові засади та практика застосування нового Сімейного кодексу України : матеріали круглого столу (м. Київ, 25 травня 2006 р.). – Х. : Ксилон, 2007. – С. 57–65. – С. 62–63.

⁴ Див. напр.: Рішення Апеляційного суду м. Києва від 17 вересня 2013 р. [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33759343>

⁵ Див. напр.: Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 21 січня 2015 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/42557358>; Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23 липня 2015 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/47705928>

⁶ Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / за ред. Ю. С. Червоного. – С. 134–137; Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / за заг. ред. С. Я. Фурси. – С. 228–229; Ромовська З. В. Вказана праця. – С. 162.

⁷ Постанова Верховного Суду України від 19 червня 2013 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/32056436>

⁸ Детальніше див.: Шимон С. І. Теорія майнових прав як об'єктів цивільних правовідносин : моногр. / С. І. Шимон. – К. : Юрінком Інтер, 2014. – 663 с.; Харьковская цивилистическая школа : объекты гражданских прав : моногр. / И. В. Спасибо-Фатеева, В. И. Краг, О. П. Печеный и др. ; под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Х. : Право, 2015. – 720 с. – С. 110–114, 466–476.

⁹ Див. напр.: Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 21 вересня 2011 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/18396624>

¹⁰ Див. напр.: Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 квітня 2013 р. // Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/30865468>

¹¹ Цал-Цалко Ю. Ю. Процесуальні особливості розгляду спорів щодо поділу спільного майна подружжя : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Ю. Ю. Цал-Цалко. – Одеса, 2010. – 19 с. – С. 4, 8; Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / за ред. Ю. С. Червоного. – С. 111–116.

¹² Узагальнення судової практики розгляду цивільних справ, що виникають з кредитних правовідносин, від 13 грудня 2010 р. // Офіційний сайт Верховного Суду України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/3adf2d0e52f68d76c2256c080037bac9/f7b77ddb0b200007c22577f200512993?OpenDocument>

¹³ Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин : постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30 березня 2012 р. № 5 // Офіційний сайт Верховної Ради України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0005740-12>

¹⁴ Харитонов Є. О. Нариси теорії цивілістики (поняття та концепти) : моногр. / Є. О. Харитонов. – Одеса : Фенікс, 2008. – 464 с. – С. 151.

¹⁵ Жилінкова І. В. Вказана праця. – С. 62–63.

Резюме

Простибоженко О. С. Юридична конструкція «договору в інтересах сім'ї» у майнових правовідносинах подружжя: спроба концептуального осмислення.

Стаття присвячена теоретичному дослідженню правового регулювання договору, який укладається одним із подружжя без згоди іншого, але стосовно їх спільного майна. Автором аналізуються підходи, які склалися в національній судовій практиці та вітчизняній науці, до розуміння і сфери застосування юридичної конструкції «договору в інтересах сім'ї». Опираючись на системний і логічний способи тлумачення ст. ст. 61, 65, 73 Сімейного кодексу України, пропонується застосовувати комплексний підхід до розуміння досліджуваної конструкції.

Ключові слова: подружжя, зобов'язання, спільне майно, договір в інтересах сім'ї, згода подружжя, волевиявлення подружжя, розпорядження спільний майном.

Резюме

Простибоженко О. С. Юридическая конструкция «договора в интересах семьи» в имущественных правоотношениях супругов: попытка концептуального осмысления.

Статья посвящена теоретическому исследованию правового регулирования договора, который заключён одним супругом без согласия другого супруга касательно их общего имущества. Автором анализируются подходы, сложившиеся в национальной судебной практике и отечественной науке, относительно понимания и сферы применения юридической конструкции «договора в интересах семьи». Опираясь на системный и логический способы толкования ст. ст. 61, 65, 73 Семейного кодекса Украины, предлагается применять комплексный подход к пониманию исследуемой конструкции.

Ключевые слова: супруги, обязательство, общее имущество, договор в интересах семьи, согласие супруга, волеизъявление супруга, распоряжение общим имуществом.

Summary

Prostybozhenko O. Legal structure «contract in the interest of family» in spouses' property relations: an attempt to conceptual comprehension.

The paper is devoted to the theoretical research of the legal regulation of agreement that is concluded by a spouse without the consent of other spouse regarding their common property. The author analyzed the approaches to the understanding and scope of application of the legal structure «contract in the interest of family» that have developed in national jurisprudence and domestic science. Drawing on systemic and logical methods of interpretation of the Articles 61, 65, 73 of the Family Code of Ukraine, it is proposed to apply an integrated approach to understanding the study construction.

Key words: spouses, commitment, common property, contract in the interest of family, consent of a spouse, expression of a spouse's will, disposal of the common property.

УДК 347.661.7

О. О. СІРОШТАН

*Олена Олександрівна Сіроштан, аспірантка
Київського університету права НАН України*

ОСОБЛИВОСТІ СПАДКУВАННЯ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ОСОБАМИ, ЯКІ МАЮТЬ ПРАВО НА ОBOB'ЯЗКОВУ ЧАСТКУ У СПАДЩИНІ

Стрімкий розвиток науки, літератури, мистецтва, архітектури, впровадження нових технологій, економічні перетворення в Україні, що мали місце протягом останніх двох десятиріч, позначились на розвитку спадкових правовідносин, але Книга шоста ЦК України й досі поширює загальний порядок спадкування прав інтелектуальної власності.

Такий узагальнюючий підхід до цього питання спричиняє виникнення складнощів під час спадкування прав інтелектуальної власності на загальних підставах, а за участі обов'язкових спадкоємців – неоднозначних ситуацій виникає значно більше, адже в результаті такі права завжди переходять до більш ніж однієї особи і, на додаток, такі відносини можуть ускладнюватися учасником, котрий не володіє цивільною дієздатністю в повному обсязі.

Питанню переходу прав інтелектуальної власності в порядку спадкового правонаступництва в своїх дослідженнях приділяли неабияку увагу такі вчені, як С. Бутнік-Сіверський, Е. П. Гаврилов, І. П. Янушкевич, О. П. Сергєєв, М. О. Мірошнікова, Г. В. Чурпіта, А. В. Гончарова, О. О. Гаценко, Е. П. Гаврилов, Є. В. Рябоконт. Але загалом науковці висловлювали думку щодо можливості спадкування прав інтелектуальної власності на загальних підставах, не приділяючи належної уваги таким правовідносинам за участі необхідних спадкоємців.

Метою статті є дослідження та узагальнення наукової думки щодо можливості спадкування прав інтелектуальної власності особами, які мають право на обов'язкову частку у спадщині та встановлення на основі

проведеного дослідження обсягу прав інтелектуальної власності, який може переходити до необхідних спадкоємців в порядку спадкового правонаступництва.

Перш ніж перейти до аналізу цього правового інституту в межах спадкових правовідносин, слід визначити права, яких можуть набувати первинні суб'єкти права інтелектуальної власності. До них відносять:

1. Авторське право (право на літературні, художні та інші твори).
2. Суміжні права (права на виконання, фонограми, відеограми та програми організацій мовлення).
3. Право промислової власності.

3.1. Право на результати інтелектуальної діяльності (право на винаходи, корисні моделі, промислові зразки, топографії інтегральних мікросхем, сорти рослин та комерційну таємницю).

3.2. Право на комерційні позначення.

Ці права є особливим видом спадкування, адже вони мають нематеріальний характер (на відміну від рухомого та нерухомого майна), не можуть бути поділені між спадкоємцями та повинні здійснюватися останніми спільно протягом строку, встановленого чинними законодавством¹.

Особливість права інтелектуальної власності полягає в тому, що воно одночасно містить в собі ознаки як матеріального, так і нематеріального характеру.

Майнові права інтелектуальної власності переходять до інших осіб в порядку спадкового правонаступництва, на що вказують норми загального та спеціальних законів (ст. ст. 427, 1218 ЦК України², ст. 15 Закону України «Про авторські та суміжні права»³, Закон України «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі»⁴, Закон України «Про охорону прав на промислові зразки»⁵ тощо).

У законодавстві, яке регулює сферу інтелектуальної власності, не достатньо чітко проведено розмежування між майновими правами інтелектуальної власності та особистими немайновими правами творця, тому важливо провести класифікацію прав інтелектуальної власності на майнові та особисті немайнові права творця, що дасть можливість зрозуміти, які саме права інтелектуальної власності можуть бути успадковані на загальних підставах та розглянути питання щодо доцільності переходу деяких з них до необхідних спадкоємців.

Цивільний кодекс України закріплює, що до майнових прав автора належать: право на використання твору, виключне право дозволяти використання твору; право перешкоджати неправомірному використанню твору, в тому числі забороняти таке використання, та інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом.

Слід враховувати, що із вищезазначених прав інтелектуальної власності можуть виникати похідні права.

С. Бутнік-Сіверський вказує на необхідність виокремлення третьої категорії прав інтелектуальної власності через відсутність у них ознак, що дали б змогу віднести їх до категорії майнових чи особистих немайнових прав творця, а саме – специфічних авторських прав, у межах котрих пропонує розглядати: 1) право участі у реалізації проєктів творів архітектури, містобудування, садово-паркового мистецтва; 2) право доступу до твору образотворчого мистецтва; 3) право слідування⁶.

Неодноразово науковці висловлювали сумніви щодо можливості переходу права участі у реалізації проєктів творів архітектури, містобудування, садово-паркового мистецтва в порядку спадкового правонаступництва, оскільки це право нерозривно пов'язане з особистими професійними навичками померлого автора, якими спадкоємці можуть і не володіти⁷.

Щодо правової природи права доступу до твору образотворчого мистецтва, то погляди науковців розділилися. Дехто вбачає матеріальну основу такого права (Е. П. Гаврилов, І. П. Янушкевич), інші відносять таке право до особистих немайнових прав творця (О. П. Сергєєв, М. О. Мірошникова), тоді як Г. В. Чурпіта вказує на дуалістичний характер цього права, оскільки вважає, що попри наявність ознак майнового права право доступу до образотворчого мистецтва не може переходити до правонаступників автора, зокрема спадкоємців⁸.

Право на винагороду виникає в результаті вольового рішення власника авторського права і є похідним від виключного права дозволяти чи забороняти використання твору іншим особам, тому не викликає сумнівів матеріальна основа такого права, хоч щодо походження окремих видів грошової винагороди не вщухають дискусії.

Ось, наприклад, право слідування (ст. 27 Закону, ст. 448 ЦК), суть якого полягає в тому, що спадкоємці впродовж встановленого ст. 28 Закону строку можуть користуватися щодо проданих автором оригіналів творів образотворчого мистецтва невідчужуваним правом на отримання п'яти відсотків від ціни кожного наступного продажу твору через аукціон, галерею, салон, крамницю тощо, що йде за першим його продажем, здійсненим автором твору.

Хоч А. В. Гончарова вважає, що право слідування не можна чітко віднести до особистих немайнових чи майнових прав автора, воно має двояку природу і саме тому належить до специфічних прав авторського права. Майновий характер цього права полягає у тому, що воно переходить у спадщину і діє протягом того ж строку, що встановлений для майнових авторських прав, а немайновий – в тому, що воно не може бути відчужене іншим особам як самим автором, так і його спадкоємцями⁹.

Що стосується прав винахідника, то тут все простіше – ЦК України встановлює чіткий перелік прав винахідників (власників патенту), котрі належать до майнових прав (ст. 464).

Поряд з правами патентовласника виникає ряд зобов'язань, що в повному обсязі переходять до правонаступників винахідника. Крім обов'язку добросовісного користування виключним правом в останніх виникає обов'язок сплачувати відповідні збори за підтримання чинності патенту.

До особистих немайнових прав автора, котрі можуть передаватися у спадок, належить право захисту особистих немайнових прав автора.

Питання спадкування немайнових прав автора (винахідника) потребує детальнішого вивчення, а перехід цих прав до необхідних спадкоємців – більш переконливого обґрунтування чи спростування.

О. О. Гаценко наголошував на необхідності встановити особливий порядок застосування положень про обов'язкову частку у спадщині, коли об'єктом спадкування є авторські права, шляхом позбавлення останніх права вимагати переходу до них виключних прав на використання творів та залишення за ними права лише на отримання частини винагороди, виплата якої передбачена положеннями Закону України «Про авторське право і суміжні права», і частини доходів, отриманих від реалізації іншими спадкоємцями виключних прав на використання творів. При цьому, як зазначає науковець, право на обов'язкову частку у винагороді за використання творів повинно реалізовуватися тільки шляхом пред'явлення відповідних вимог до спадкоємців за заповітом, які прийняли спадщину й отримують винагороду за використання твору, з виключенням можливості пред'явлення будь-яких вимог про виплату винагороди до користувачів, які на законних підставах використовують твір; проте особи, які мають право на обов'язкову частку у спадщині, повинні мати можливість вимагати від користувачів надання їм відомостей про суми винагороди, які виплачені спадкоємцям за заповітом або їх правонаступникам¹⁰.

За наявності кількох спадкоємців спадкування майна відбувається в частках (ст. 1278 ЦК). У Цивільному кодексі України відсутня чітка регламентація спадкування інтелектуальних прав, тим більше – їх поділ між спадкоємцями. Вчені-цивілісти наголошують на неподільності інтелектуальних прав. Може йтися про визначення часток у доходах від використання об'єкта інтелектуальної власності¹¹.

Є й прихильники позиції, згідно з якою правове підґрунтя спільного володіння правами інтелектуальної власності впливає з положень законодавства про спільну часткову власність¹².

Таку дилему серед науковців, яка є актуальною й досі, може вгамувати цілком прийнятна позиція Верховного суду РФ, відповідно до якої: «При отриманні кількома наследниками по закону або по завещанию авторского права и смежных прав наследодателя без выделения конкретных наследуемых объектов авторского права и (или) смежных прав следует иметь в виду, что в этом случае у наследников возникает аналогичный нераздельному соавторству объем правомочий в отношении наследуемых прав на совместное использование всех произведений и (или) объектов смежных прав. Права, перешедшие к наследникам, составляют неразрывное целое, и ни один из наследников не вправе без достаточных к тому оснований запретить использование произведения. Вознаграждение за использование прав должно распределяться соответственно наследственным долям»¹³.

Стаття 428 ЦК України встановлює, що право інтелектуальної власності, яке належить кільком особам спільно, може здійснюватися за договором між ними. У разі відсутності такого договору право інтелектуальної власності, яке належить кільком особам, здійснюється спільно.

Право на винахід, корисну модель, промисловий зразок та авторські права мають спільну законодавчу основу і регулювання правовідносин в цих сферах є дещо подібним, а саме: права можуть здійснюватися спільно, мають як майновий, так і немайновий характер, можуть передаватися іншим особам, в тому числі в порядку спадкового правонаступництва.

Одним із найбільш неоднозначних питань у сфері спадкування об'єктів права інтелектуальної власності є порядок переходу прав автора, винахідника, котрі не були зареєстровані в законодавчо встановленому порядку.

С. В. Рябокони¹⁴ та Г. В. Чурпіта¹⁵ зазначають, що до спадкоємців творця переходять не лише права інтелектуальної власності, котрі мають чітку законодавчу регламентацію, а й інші права, які впливають з них, зокрема право на одержання авторського свідоцтва.

Законом передбачені випадки реєстрації прав інтелектуальної власності заявником, який не є винахідником. Зокрема, така реєстрація проводиться на підставі документа про передання прав винахідником (автором) або роботодавцем правонаступнику або документа про право спадкування¹⁶.

Тож можна стверджувати, що в порядку спадкового правонаступництва можуть переходити не лише права, які впливають з авторського свідоцтва, патенту, а й право на їх одержання.

Визначаючи правову природу такого права, С. Бутнік-Сіверський акцентував, що це право не є майновим, до того ж його важко віднести до особистих немайнових прав. Воно має більш адміністративно-правовий, аніж цивілістичний характер, тому що є елементом правовідносин, що виникають між заявником та державним органом¹⁷.

Оскільки особисті немайнові права автора мають охоронятися безстроково, не менш важливим завданням є забезпечення належного захисту авторського права і суміжних прав на держаному рівні, а отже, варто було б більш раціонально визначати також наступників авторського права після смерті автора, котрі спроможні забезпечувати такий захист.

Так, ч. 2 ст. 439 ЦК України встановлено, що у разі смерті автора недоторканність твору охороняється особою, уповноваженою на це автором. За відсутності такого уповноваження недоторканність твору охороняється спадкоємцями автора, а також іншими заінтересованими особами.

Розглядаючи ситуацію, коли автор в заповіті призначає спадкоємця, але в такому розпорядженні не робить спеціальної вказівки щодо визначення уповноваженої особи, котра має здійснювати охорону недоторканності твору, розраховуючи на те, що до такої особи, як спадкоємця, автоматично перейде такий

обов'язок. Але вже після відкриття спадщини в такі правовідносини вступає необхідний спадкоємець. А це означає, що дійсна воля спадкодавця може вступити в протиріччя з нормами ЦК України.

Як слушно зазначає А. В. Гончарова, кожний із спадкоємців має право використовувати об'єкт авторського права, однак розпоряджатися майновими правами на об'єкт авторського права один із спадкоємців може лише за наявності згоди на це інших спадкоємців¹⁸.

Тому, враховуючи дійсну мету інституту обов'язкової частки у спадщині, слід зробити висновок, що для задоволення потреб необхідного спадкоємця достатньо закріпити за ним право успадковувати лише деякі майнові права автора та/або винахідника.

З метою охорони прав автора варто обмежити право необхідних спадкоємців розпоряджатися деякими видами майнових прав, оскільки інститут обов'язкової частки у спадщині покликаний насамперед забезпечувати матеріальну підтримку особам, які її потребують. Тому вважаємо, що закріплення на законодавчому рівні за необхідними спадкоємцями тільки права використовувати права інтелектуальної власності та отримувати грошову винагороду цілком відповідає меті даного інституту та максимально враховує інтереси всіх учасників таких правовідносин.

Варто зауважити, що у разі якщо автор визначив у заповіті особу чи осіб, котрим хоче передати свої права на об'єкти інтелектуальної власності, таким особам має надаватися пріоритетне право не лише на право розпоряджатися об'єктом інтелектуальної власності, а й права на його використання із вищезазначених мотивів.

О. П. Сергєєв з цього приводу зазначав: «Виходячи зі змісту норм закону про обов'язкову частку, основне призначення якої полягає в матеріальному забезпеченні спадкоємців, які, як правило, не мають самостійних джерел для існування, можна говорити про які-небудь особливі права цих осіб лише стосовно права на винагороду, що входить до складу спадщини. Зазначені особи незалежно від отримання іншого спадкового майна можуть отримати не менше половини частки винагороди за використання твору, яка належала б кожному з них у разі спадкування за законом, якщо тільки між спадкоємцями не буде досягнуто іншої угоди про розподіл спадкового майна»¹⁹.

Таку позицію заперечує О. О. Гаценко у зв'язку з відсутністю у законодавстві положень, які б виводили майнові права автора із сфери дії загальних норм, що регулюють спадкові відносини, зокрема і право на обов'язкову частку у спадщині²⁰.

Дещо суперечливий підхід для вирішення цієї дилеми має Е. П. Гаврилов, котрий стверджував, що обов'язкові спадкоємці не можуть претендувати на майнові права автора²¹. Але згодом вчений переглянув свою позицію та зауважив, що «при спадкуванні майнові права повинні оцінюватися і при обчисленні обов'язкової частки у спадщині враховуватися поруч з іншими майновими правами»²².

Виходячи зі змісту ст. 1218 ЦК України, до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті.

Отже, на наше переконання, доцільність переходу деяких авторських прав в порядку спадкування є досить сумнівною, особливо коли йдеться про обов'язкову частку у спадщині, враховуючи фізичні та психологічні можливості даної категорії осіб, адже навіть спадкоємець, котрі мають повну цивільну дієздатність, задовільний стан здоров'я з необережності, відсутності бажання реалізовувати набуті права, безвідповідального ставлення до творчої спадщини своїх предків можуть завдати неабиякої шкоди суспільству та культурній спадщині країни. А що вже говорити про осіб, котрі в більшості випадків не усвідомлюють цінності набутої ними спадщини, а інколи – і значення своїх дій.

Наукова література містить безліч найрізноманітніших раціональних поглядів вчених, і кожний окремо переконливо обґрунтовує необхідність застосування того чи іншого підходу до вирішення питання щодо обсягу спадкових прав у необхідних спадкоємців. Загалом ми погоджуємося із вченими, котрі запевняють, що спадкування деяких прав спадкодавця є недоцільним. Але за відсутності розуміння такого правового явища, як спадкування обов'язкової частки, вплинути на перебіг таких правовідносин та перехід цих відносин на більш якісний рівень не уявляється можливим. Не змінюючи праворозуміння, не можна віднайти нових механізмів впливу на спадкові правовідносини за участю обов'язкових спадкоємців.

Тож, доки ми розглядаємо обов'язкових спадкоємців як спадкоємців, котрі спадкують на загальних підставах, застосовувати на практиці пропозиції вчених надто складно, адже вони вступають у конфлікт з принципами, на яких засновано інститут спадкового права.

Все ж, вбачаючи в особі необхідного спадкоємця наявність ознак, притаманних кредитору, маємо сміливість запропонувати такий спосіб визначення обсягу спадкових прав необхідних спадкоємців, відповідно до якого останні набувають прав кредитора. Тобто, перехід прав спадкодавця до необхідного спадкоємця здійснюється в порядку, встановленому для звернення стягнення на майно спадкодавця.

Аналіз наукової літератури свідчить про відсутність наукової позиції щодо звернення стягнення на об'єкти права інтелектуальної власності, котрі не припинилися після смерті спадкодавця. Чіткої відповіді не надає нам і судова практика, що створює простір для подальших наукових досліджень зазначених правовідносин.

Все ж варто зазначити приклад вирішення й законодавчого втілення питання щодо звернення стягнення на об'єкти права інтелектуальної власності, котрі не припинилися після смерті спадкодавця, як це було зроблено в РФ, зокрема на належне автору або його спадкоємцям виключне право на твір стягнення не допускається, за винятком випадків звернення стягнення відповідно до договорів закладу. Однак на право вимоги автора до інших осіб за договорами про відчуження виключного права на твір і за ліцензійними договорами, на доходи, отримані від використання твору, може бути звернено стягнення²³.

Дана норма не вступає в конфлікт з основоположними принципами, притаманними інституту зобов'язального права. Законодавець також досягає мети забезпечення захисту прав як кредитора (в нашому випадку – необхідного спадкоємця), так і автора та його правонаступників (спадкоємців, що спадкують на загальних підставах).

¹ *Малеин Н. С.* Гражданский закон и права личности в СССР / Н. С. Малеин. – М. : Юрид. лит., 1981. – С. 118.

² Цивільний кодекс України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

³ Про авторські та суміжні права : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>

⁴ Про охорону прав на винаходи та корисні моделі : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3687-12>

⁵ Про охорону прав на промислові зразки : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3688-12>

⁶ Майнові авторські права як об'єкт спадкування / С. Бутнік-Сіверський // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2008. – № 3. – С. 11.

⁷ *Малузова А. О.* Наследование авторских прав / А. О. Малузова // Интеллектуальная собственность: правовые, экономические и социальные проблемы : сб. трудов аспирантов РГИИС : в 3 ч. – М. : РГИИС, 2002. – Ч. 2. – С. 5.

⁸ *Чурпіта Г.* Право доступа до твору образотворчого мистецтва / Г. Чурпіта // Интеллектуальная собственность. – 2005. – № 5. – С. 18.

⁹ *Гончарова А. В.* Деякі аспекти спадкування об'єктів авторського права та їх правова регламентація [Текст] / А. В. Гончарова, В. І. Сердюк // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 1. – С. 99.

¹⁰ *Гаценко О. О.* Удосконалення правового регулювання питань визначення обов'язкової частки у спадщині при спадкуванні авторських прав / О. О. Гаценко // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. – 2013. – № 6-1 (2). – С. 15. – (Серія «Юриспруденція»).

¹¹ *Кастальский В.* Совместное обладание исключительным правом / В. Кастальский // Хозяйство и право. – 2008. – № 4. – С. 104.

¹² *Гаврилов Э. П.* Исключительное право, принадлежащее нескольким лицам / Э. П. Гаврилов // Хозяйство и право. – 2009. – № 3. – С. 59.

¹³ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 15 от 19 июня 2006 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=4349

¹⁴ *Рябоконе С. О.* Авторське право як об'єкт спадкового правонаступництва / С. О. Рябоконе // Вісник Національного університету ім. Т. Г. Шевченка. – 2002. – № 45–48. – С. 222–224.

¹⁵ *Чурпіта Г. В.* Які права інтелектуальної власності переходять у спадщину? / Г. В. Чурпіта // Спадкування в Україні: Матеріали міжкафедрального круглого столу «Спадкування в Україні», 10 квітня 2014 р. [Текст]. – К.: Нац. акад. внутр. справ. – 2014. – 107 с. – С. 25.

¹⁶ Правила складання і подання заявки на винахід та заявки на корисну модель : затверджені наказом Міністерства освіти і науки України від 22 січня 2001 р. № 22[10] : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0173-01>

¹⁷ Права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель, промисловий зразок як об'єкт спадкування / С. Бутнік-Сіверський // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2009. – № 3. – С. 67.

¹⁸ *Гончарова А. В.* Вказана праця. – С. 101.

¹⁹ *Сергеев А. П.* Гражданское право / А. П. Сергеев. – М. : Проспект, 2010. – Т. 3. – С. 176.

²⁰ *Гаценко О. О.* Вказана праця. – С. 16.

²¹ *Гаврилов Э. П.* Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах / Э. П. Гаврилов. – М. : Фонд «Правовая культура», 1996. – С. 127.

²² *Гаврилов Э. П.* Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах. / Э. П. Гаврилов – [4-е изд. перераб. и доп.] – М. : Экзамен, 2005. – С. 193.

²³ Гражданский Кодекс РФ : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravo.gov.ru>

Резюме

Сіроштан О. О. Особливості спадкування прав інтелектуальної власності особами, які мають право на обов'язкову частку у спадщині.

У статті досліджуються актуальні проблеми визначення обов'язкової частки у спадщині під час спадкування прав інтелектуальної власності. Також метою цієї статті є розгляд питання про захист особистих немайнових прав автора особами, які мають право на обов'язкову частку у спадщині.

Ключові слова: обов'язковий спадкоємець, інтелектуальна власність, право на обов'язкову частку у спадщині, авторські права, майнові права, особисті немайнові права.

Резюме

Сіроштан Е. А. Особенности наследования прав интеллектуальной собственности лицами, имеющими право на обязательную долю в наследстве.

В статье рассматриваются актуальные проблемы определения обязательной наследственной доли при наследовании прав интеллектуальной собственности. Также целью этой статьи является рассмотрение вопроса о защите личных неимущественных прав автора лицами, имеющими право на обязательную долю в наследстве.

Ключевые слова: обязательные наследники, интеллектуальная собственность, право на обязательную часть в наследстве, авторские права, имущественные права, личные неимущественные права.

Summary

Siroshtan O. The peculiarities inheritance rights of intellectual property by the persons entitled to a compulsory share in inheritance.

The paper deals with current problems of determining a compulsory share of inheritance right of intellectual property. And the aim of the research is the question of the protection of the moral rights of the author by the persons entitled to a compulsory share in inheritance.

Key words: forced heirs, intellectual property, the rights to an obligatory part in the inheritance, copyrights, property rights, personal non-property rights.

УДК 346.34

A. O. СОШНИКОВ

Антон Олександрович Сошников, аспірант Інституту економіко-правових досліджень НАН України, член Координаційної ради при Міністерстві юстиції України

ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ЗДІЙСНЕННЯ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ

Законом України «Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки» затверджено засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 рр., якими визнається надзвичайно серйозною проблема корупційних проявів під час державних закупівель¹. Також проблемі реформування системи державних закупівель приділив увагу Президент України під час проголошення Щорічного Послання Президента України до Верховної Ради України «Про внутрішнє та зовнішнє становище України в 2015 році»². Крім іншого, роль державних закупівель досить важлива в межах інтеграційного процесу України до європейського економічного простору. Н. Осадча, В. Ляшенко розглядають державні закупівлі в п'ятірці основних пріоритетних складових, що сприятимуть розширеній інтеграції³.

Останні роки вітчизняні та зарубіжні науковці (Ю. Фалко, О. Критенко, І. Вляцько, Я. Петруненко, О. Кулак, Н. Осадча, В. Ляшенко, К. Кузнецов, В. Смиринський, Н. Ткаченко, Ю. Уманців, О. Овсянко-Бердадіна та інші) досить значну увагу приділяють дослідженню розвитку та реформуванню інституту державних закупівель. У свою чергу, більшість українських дослідників не звертають належну увагу на питання закупівель на місцевому та регіональному рівні. У більшості випадків автори ототожнюють місцеві (муніципальні, комунальні) закупівлі з державними закупівлями (керуючись принципом єдиного правового регулювання). Слід підкреслити, що місцеві закупівлі та державні закупівлі входять в єдину публічну закупівельну систему країни.

З огляду на вищевикладене актуальним вбачається проаналізувати правову природу «державних закупівель». Для цього доцільно здійснити огляд основних авторських концепцій та понять «державні закупівлі»; дослідити цілі здійснення публічних закупівель; визначити, яке місце у відповідній закупівельній системі займають місцеві закупівлі.

Відповідно до Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 10 квітня 2014 р. державна закупівля – це придбання замовником товарів, робіт і послуг у порядку, встановленому цим Законом⁴.

Наразі в юридичній та економічній науковій думці зустрічаються досить різні визначення та тлумачення державних закупівель. Так, наприклад, державні закупівлі – це регламентована законодавством діяльність держави з придбання товарів, робіт і послуг із найбільшою ефективністю і найменшими витратами з метою забезпечення діяльності держави, а також з метою справляння впливу на розвиток приватного сектору національної економіки і виконання соціально значущих функцій⁵. Схоже визначення дає О. Критенко, яка підкреслює, що державні закупівлі – певна, регламентована законодавством діяльність держави з придбання товарів, робіт і послуг з найбільшою ефективністю й найменшими витратами для забезпечення діяльності держави та впливу на розвиток галузей національної економіки й зміцнення соціальної політики⁶. І. Вляцько вважає, що державні закупівлі – закупівля на конкурентній основі, згідно з визначеними правилами та умовами, товарів, робіт і послуг за державні кошти з метою підтримки життєдіяльності держави на належному рівні⁷. У свою чергу, Я. Петруненко наголошує, що державна закупівля – це ринкова операція, що залишає за ринком процес «прийняття рішень», максимально використовуючи перевагу конкуренції між усіма заінтересованими постачальниками товарів або послуг на ринок⁸.

Державна закупівля – це придбання (у тому числі в порядку централізованої закупівлі) на конкурентній основі замовником товарів, робіт і послуг, відповідно до річного плану закупівель, за державні кошти, у порядку, встановленому ... законом, з метою задоволення суспільних потреб у визначених ресурсах і забезпечення розв'язання інших завдань державної соціально-економічної політики⁹.

Окремі науковці пропонують закріпити визначення «державних закупівель» у Господарському кодексі України. Так А. Олефір наголошує на доцільності доповнення Господарського кодексу України статтею: «Державна закупівля – це засіб державного регулювання економіки шляхом придбання на конкурентній основі замовниками товарів, робіт і послуг у господарських організацій за державні кошти, відповідно до річного плану закупівель»¹⁰.

Під державними закупівлями розуміються будь-які придбання товарів, що здійснюються державними замовниками за рахунок державних коштів¹¹.

В. Смиричинський розглядає державні закупівлі як грошові видатки уряду на придбання вироблених у певному році товарів і послуг, інструмент прямої дії, що застосовується у фінансовій політиці, а також як засіб забезпечення матеріального наповнення заходів, спрямованих на вирішення загальнодержавних міжгалузевих проблем і соціальних питань¹². Дане визначення носить досить поверховий характер і на жаль, не ставить передусім акцент на меті здійснення державних закупівель – задоволення суспільних потреб. Але слід підкреслити, що відповідне визначення В. Смиричинського доповнює та удосконалює О. Овсянюк-Бердадіна, яка вважає, що застосування системи державних закупівель дає суспільству змогу отримати у повному обсязі соціальні послуги, оскільки ті послуги, що не можуть надати інституційні одиниці державного сектору внаслідок виробничих, фінансових, інноваційних можливостей і слабого розгалуження інфраструктури можна надати через механізм тендерів приватним господарюючим суб'єктам, таким чином забезпечуючи соціальний захист та стандарт життя населення¹³.

У свою чергу, Н. Ткаченко та Ю. Уманців вважають, що закупівля – це сукупність практичних методів та прийомів, що допомагають максимально забезпечити інтереси замовника при проведенні закупівельної кампанії з допомогою конкурсних торгів¹⁴. У даному випадку необхідно ототожнювати інтереси замовника та інтереси держави, у зв'язку з тим, що замовник діє передусім в інтересах держави та/або для задоволення потреб суспільства, окремої соціальної групи чи відповідної територіальної громади.

У західних державах активно використовується термін «procurement» (закупівлі), який можна визначити як сукупність методів, що дають змогу максимально ефективно задовольнити потреби замовника у товарах, роботах та послугах¹⁵. Згадана концепція ставить акцент на задоволенні потреб замовника, що з огляду на соціальну функцію держави виглядає не досить аргументовано. Необхідно розрізняти потреби замовника та суспільства (споживача).

Більшість науковців – дослідників проблем становлення державних закупівель звертають увагу на досить важливу роль державних закупівель як для розвитку вітчизняної економіки, так і державної економічної політики. Н. Я. Борсук вважає, що одним із найпотужніших інструментів державного регулювання економіки, розвитку конкурентного середовища та виконання соціальних завдань є система державних закупівель¹⁶. Зокрема, О. Шевчук підкреслює важливу роль державних закупівель у суспільному житті України¹⁷. Окремі дослідники розглядають державні закупівлі як функцію захисту внутрішнього ринку, оскільки державні закупівлі в Україні використовуються як засіб підтримки і сприяння вітчизняним виробникам через створення відкритих або прихованих преференційних умов шляхом обмеження участі у державних закупівлях винятково вітчизняними виробниками або застосування відсоткової межі до ціни тендерної пропозиції¹⁸. Дана концепція є досить цікавою і заслуговує на увагу з огляду на необхідність підтримки вітчизняного бізнесу під час економічної кризи.

У свою чергу, О. Сидоренко розглядає державні закупівлі як складову механізму державного регулювання¹⁹. В. Смиричинський вважає, що державний ринок є не тільки закупівельною (контрактною) системою, а й основним інструментом державного управління і державного підприємництва (господарювання). Це – державний інститут, що включає організаційний, економіко-правовий і фінансовий елементи. Він функціонує в країнах з розвинутою ринковою економікою і є важливим елементом загальної ринкової інфраструктури, механізмом координації діяльності державних інститутів і господарських суб'єктів²⁰. Ю. Богач, О. Овсянюк-Бердадіна вважають, що забезпечення якісного здійснення економічної політики держави та виконання нею взятих на себе функцій можливе лише через ефективне використання різних моделей взаємодії між державним та підприємницькими секторами, одним із механізмів реалізації яких є державні закупівлі²¹. Н. Ткаченко, Ю. Уманців переконані, що при здійсненні державних закупівель передбачається виконання державою різноманітних функцій, орієнтованих на підвищення керованості, запобігання неконтрольованому зростанню витрат, скороченню видатків державного бюджету, управління матеріальними потоками за умови відповідності їх ринковим відносинам. Шляхом укладання державних договорів про закупівлю вирішують соціально-економічні проблеми, забезпечують проведення наукових досліджень, створення і впровадження новітніх технологій і розробок²².

Вплив державних закупівель на економіку полягає в реалізації таких основних регулювальних функцій: матеріальне забезпечення функціонування державних структур, що утримуються за рахунок державного та місцевого бюджетів (під державними закупівлями розуміють будь-яке придбання товарів, що здійснюється державними замовниками за рахунок державних коштів); створення нових робочих місць шляхом закупівлі державою окремих видів товарів (робіт, послуг), що сприяють підвищенню платоспроможності населення, послідовно впливає на всі інші галузі народного господарства й стимулює їх розвиток; регулювання економічними методами кон'юнктури, яка складається на ринках окремих видів продукції²³.

О. Кулак наголошує, що державні закупівлі впливають на економіку через реалізацію наступних функцій: матеріальне забезпечення функціонування державних структур, які утримуються за рахунок державного

та місцевого бюджетів; створення нових робочих місць шляхом закупівлі державою окремих видів товарів (робіт, послуг), що сприяючи підвищенню платоспроможності населення, послідовно впливає на всі інші галузі народного господарства й стимулює їх розвиток; регулювання економічними методами кон'юнктури, що складається на ринках окремих видів продукції. У цьому випадку держава виходить на ринок як вагомий покупець товарів, робіт і послуг, підвищуючи попит, або здійснює товарну інтервенцію, збільшуючи пропозицію, і таким чином відновлює рівновагу попиту і пропозиції на ринку тієї чи іншої продукції²⁴. Схожої позиції дотримується також І. Смотрицька, яка вважає, що державні закупівлі впливають на економіку комплексно. Так, вона підкреслює, що система державних закупівель розв'язує не тільки завдання забезпечення державних потреб, а й виступає в якості одного із основоположних інститутів державного регулювання, важливого інструмента економічної політики держави²⁵.

У свою чергу, держава розглядає у довгостроковій перспективі державні закупівлі як єдиний механізм державного замовлення, що мають забезпечити стимулювання випуску середньо- та високотехнологічної продукції²⁶.

В. Зубар вважає основною метою розвитку системи державних закупівель економію бюджетних коштів і скорочення корупції в найбільших обсягах, що може бути досягнуто тільки за умов централізації закупівель у сукупності з прогресивними методами їх здійснення²⁷. На думку О. Мельникова, метою застосування державних закупівель є економія державних коштів за рахунок зменшення закупівельних цін у результаті залучення якомога ширшого кола постачальників²⁸. Н. Борсук підкреслює, що головною метою державної політики у сфері закупівель є забезпечення ефективності цих процедур – закупівля товарів, робіт, послуг найвищої якості за найнижчою ціною²⁹.

Позицію попередніх авторів підтримує В. Новаковець, яка визначає цілями державних закупівель: підвищення ефективності (результативності) витрачання коштів публічних фондів усіх рівнів; підвищення рівня управління фінансовими потоками; попередження безконтрольного нарощування витрат; скорочення (економію) витрат публічних фондів коштів³⁰.

С. Папас зазначає, що належна політика у сфері державних закупівель, яка спрямована на уникнення неефективного використання державних коштів та забезпечує засоби для уникнення корупції, може слугувати для платників податків суттєвим доказом того, що їх гроші використовуються за призначенням, і таким чином посилити їх довіру до уряду. Незважаючи на те, що боротьба із корупцією не є основною метою державних закупівель, все ж вдосконалення їх процедур (державних закупівель. – авт.) може надати суттєвий внесок у таку боротьбу³¹.

Частина авторів вживають замість «державних закупівель» «публічні закупівлі». Окремі науковці обґрунтовують необхідність упровадження в правове поле та практику поряд з терміном «державні закупівлі» іншого – «публічні закупівлі», які співвідносяться як часткове і ціле³². Публічні закупівлі є сукупністю суспільних правовідносин, що виникають у процесі реалізації замовником публічних потреб у товарах, роботах і послугах за публічні кошти у порядку, встановленому законодавством України³³. В. Новаковець пропонує розглядати публічні закупівлі (державні закупівлі) як специфічний інструмент фінансово-правового регулювання правовідносин щодо формування, раціонального розподілу та ефективного використання публічних фондів коштів, що застосовується у процесі реалізації публічного інтересу при придбанні товарів, робіт і послуг за публічні кошти³⁴.

К. Кічкіч вживає у своїй дисертаційній роботі визначення публічні закупівлі, в які входять державні та муніципальні закупівлі, закупівлі державних корпорацій, суб'єктів природних монополій³⁵. Необхідно погодитись з позицією автора. Публічні закупівлі – більш ширше, всеохоплююче поняття, аніж державні закупівлі.

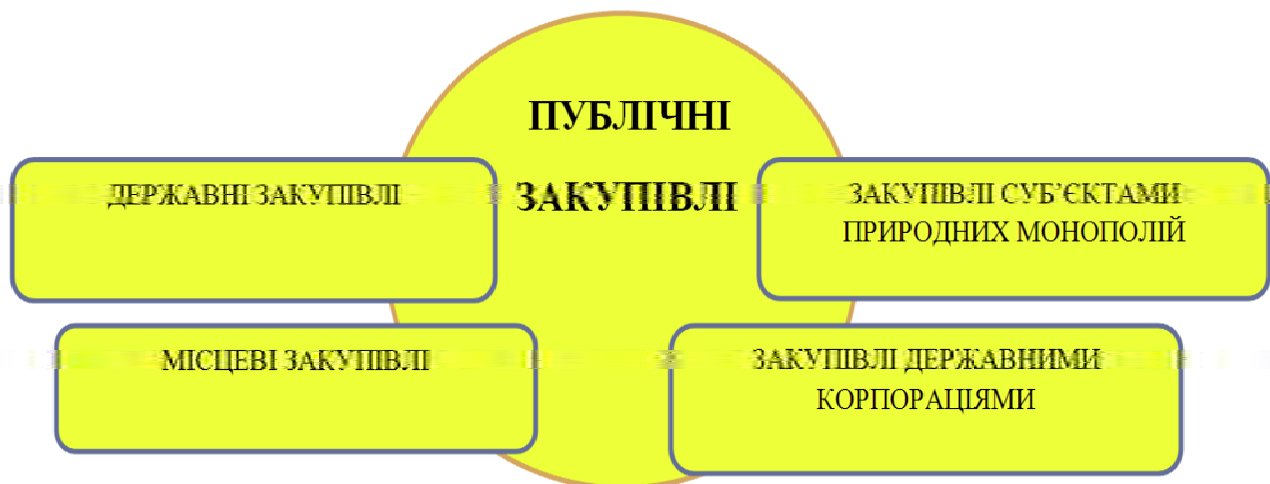


Схема 1. Види публічних закупівель.

Система публічних закупівель об'єднує між собою закупівлі суб'єктами природних монополій, державними корпораціями (державними підприємствами тощо), «державні» (проводяться органами влади) та міс-

цеві (муніципальні, комунальні) закупівлі проводяться здебільшого органами місцевого самоврядування і у більшості для задоволення суспільних потреб конкретної територіальної громади.

Наразі в Україні «тендерні закупівлі», «державні закупівлі» асоціюються в суспільстві з корупцією та зловживанням посадових осіб. Актуальним вбачається провести «ребрединг» відповідної галузі. Початок реформування доцільно розпочати зі зміни скомпрометованих назв.

Законом України «Про відкритість використання публічних коштів» від 11 лютого 2015 р. вводится таке поняття, як публічні кошти. Публічні кошти – кошти державного бюджету, бюджету Автономної Республіки Крим та місцевих бюджетів, кредитні ресурси, надані під державні та місцеві гарантії, кошти Національного банку України, державних банків, державних цільових фондів, Пенсійного фонду України, фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування, а також кошти суб'єктів господарювання державної і комунальної власності, отримані ними від їхньої господарської діяльності³⁶. Тобто, законодавець відходить від уже знайомого нам словосполучення «державні кошти», що є додатковим аргументом на користь публічних закупівель.

Доцільно в межах дослідження публічних закупівель звернути увагу на визначення та роль державного замовлення. М. Довгань розглядає державні закупівлі як частину державного замовлення. Так, вона вважає, що державна закупівля – це спосіб реалізації державного замовлення, що полягає у придбанні публічною адміністрацією товарів, робіт і послуг за державні кошти на конкурентній основі (а в певних випадках – за відсутності такої), за встановленою законом процедурою з метою задоволення публічного інтересу³⁷. Аналогічної позиції також дотримуються інші автори³⁸. І. Смотрицька вважає, що за своєю економічною сутністю категорія «державне замовлення» відображає суспільні потреби, виражені через державний попит, «державна закупівля» за своєю сутністю є задоволеною (забезпеченою) державною потребою ... Тобто державна закупівля виступає результатом, заключною стадією процесу забезпечення суспільних потреб, ... і одночасно – формою забезпечення суспільних потреб, так як обмін товарами між виробниками і споживачами здійснюється в процесі купівлі-продажу на товарному ринку³⁹.

Більшість європейських та російських авторів дотримується поділу замовлення на державне та муніципальне (міське, комунальне), залежно від суб'єкта замовника, виду коштів для замовлення (державний чи місцевий бюджет).

У Росії державне (муніципальне) замовлення являє собою конкретизовані потреби публічно-правового утворення (Російської Федерації, суб'єкта Російської Федерації, муніципального утворення) в товарах, роботах і послугах, закріплені в правовому акті (нормативному правовому акті або акті застосування права), що задовольняються за допомогою розміщення замовлення у встановленому законом порядку (за загальним правилом, серед невизначеного кола осіб – потенційних постачальників) з укладенням державного (муніципального) контракту, цивільно-правового договору бюджетної установи або іншого цивільно-правового договору, що містить необхідні вимоги до цих товарів, робіт і послуг, а також умови продажу товарів, виконання робіт і надання послуг з метою задоволення державних (муніципальних) потреб⁴⁰. Муніципальне замовлення представляється як замовлення з боку органів місцевого самоврядування та уповноважених ними муніципальних установ на поставки товарів, виконання робіт і надання послуг, пов'язаних з вирішенням питань місцевого значення та здійсненням окремих державних повноважень, переданих органам місцевого самоврядування федеральними законами і законами суб'єктів РФ⁴¹. Муніципальне замовлення дозволяє малому бізнесу не обмежуватися торгово-посередницькою діяльністю, а проникати в реальний сектор економіки. За наявними даними найбільшу кількість контрактів укладаються місцевими (муніципальними) органами самоврядування, саме на цьому рівні малі підприємства виконують найбільше замовлень⁴².

В. Смирчанський вважає, що утвердження і розвиток в Україні ринкової економіки ініціювало формування нової вітчизняної інноваційної моделі управління рухом ресурсних потоків – системи конкурсних закупівель матеріальних ресурсів для державних і муніципальних потреб⁴³.

З огляду на відповідний поділ доцільним вбачається закріпити у законодавстві місцеві (муніципальні, комунальні) закупівлі як похідне місцевого (муніципального, комунального) замовлення та надати відповідне окреме правове регулювання.

М. Зінченко підкреслює, що державне і муніципальне замовлення – загальносвітова практика забезпечення діяльності державних і муніципальних органів влади⁴⁴. Дійсно, можна погодитись з тезою автора, але публічні закупівлі, як вже аргументувалось, також забезпечують потреби громади, населення – і це основна їх мета. У свою чергу, забезпечення діяльності органів влади та місцевого самоврядування є другорядним та похідним від забезпечення потреб громади, населення.

Позицію автора опосередковано підтримують інші науковці. Так, окремі дослідники вживають поняття «суспільні закупівлі»⁴⁵. Науковці виходять з того, що система закупівель за державні кошти є інструментом задоволення суспільних потреб шляхом прямого придбання органами державного управління, місцевого самоврядування, бюджетними установами та підприємствами суспільно необхідних товарів за рахунок коштів платників податків і неподаткових доходів, акумульованих у бюджетах та позабюджетних фондах держави, і власні кошти підприємств: державних, комунальних та акціонерних товариств з державною часткою акцій 50 % + 1 акція⁴⁶. Такої точки зору дотримуються також інші вчені⁴⁷.

Підсумовуючи, необхідно підкреслити, що основною метою здійснення публічних закупівель є задоволення суспільних потреб. Слід також розглядати закупівельний процес як спосіб державного регулювання економіки взагалі та окремих її галузей. Пропонується розпочати реформування закупівельної галузі зі зміни

скомпрометованих назв, в тому числі за рахунок вживання поняття «публічні закупівлі»; виділити в окреме правове регулювання місцеві закупівлі.

Подальші дослідження планується спрямувати на більш системне вивчення «суспільних» закупівель.

¹ Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки : Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1699-VII // ВВР. – 2014. – № 46. – Ст. 2047.

² Щорічне Послання Президента України до Верховної Ради України «Про внутрішнє та зовнішнє становище України в 2015 році» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/news/shorichne-poslannya-prezidenta-ukrayini-do-verhovnoyi-radi-u-35412>

³ Осадча Н. В. Цілі, завдання та принципи регуляторної політики в митній сфері / Н. В. Осадча, В. І. Ляшенко // Економічний вісник Донбасу. – 2010. – №1 (19). – С. 69–82. – С. 69.

⁴ Про здійснення державних закупівель : Закон України від 10 квітня 2014 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 34. – Ст. 900.

⁵ Фалко Ю. Удосконалення управління системою державних закупівель в умовах модернізації економіки України / Ю. Фалко // Вісник Національної академії державного управління при Президенті України. – 2012. – Вип. 3. – С. 136 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Vnadu_2012_3_20.pdf

⁶ Крищенко О. О. Теоретичні підходи до визначення поняття «державні закупівлі» / О. О. Крищенко // Вісник Академії митної служби України. – 2014. – № 1. – С. 25. – (Серія «Державне управління») : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/j-pdf/vamcudu_2014_1_5.pdf

⁷ Влялько І. В. Правове регулювання державних закупівель в ЄС. : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11– міжнародне право / І. В. Влялько ; КНУ ім. Тараса Шевченка. – К., 2009. – 219 с. – С. 17.

⁸ Петруненко Я. В. Господарсько-правові основи державних закупівель в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 – господарське право; господарсько-процесуальне право / Я. В. Петруненко ; НУ «Одеська юридична академія». – Одеса, 2013. – 215 с. – С. 17.

⁹ Олефір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти : моногр. / А. О. Олефір. – Х. : Юрайт, 2012. – 456 с. – С. 203.

¹⁰ Там само.

¹¹ Кулак О. П. Механізми забезпечення розвитку системи державних закупівель в Україні : дис. ... канд. наук з держ. управління : 25.00.02 – механізми державного управління / О. П. Кулак; Класичний приватний університет. – Запоріжжя, 2013. – 205 с. – С. 48.

¹² Смирчинський В. В. Логістичний менеджмент державних закупівель: Теоретично-правовий та методологічний аспект. – Тернопіль : Карт-бланш, 2004. – 274 с. – С. 108.

¹³ Овсянюк-Бердадіна О. Ф. Організаційно-економічний механізм державних закупівель послуг : дис. ... канд. екон. наук : 08.00.03 / О. Ф. Овсянюк-Бердадіна. – Тернопіль, 2009. – 253 с. – С. 13.

¹⁴ Ткаченко Н. Б. Макроекономічні аспекти державних закупівель / Н. Б. Ткаченко, Ю. М. Уманців // Фінанси України. – 2009. – № 8. – С. 82–88. – С. 83.

¹⁵ Кузнецов К. В. Конкурентные закупки: торги, тендеры, конкурсы / К. В. Кузнецов. – СПб. : Питер, 2005. – 227 с. – С. 14.

¹⁶ Борсук Н. Я. Проблемні питання кваліфікації дій замовників конкурсних процедур закупівлі / Н. Я. Борсук // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 3. – С. 90–94. – С. 90.

¹⁷ Шевчук О. М. Поняття дискримінації у сфері держзакупівель / О. М. Шевчук // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 1. – С. 198–204. – С. 198.

¹⁸ Петруненко Я. В. Вказана праця. – С. 60.

¹⁹ Сидоренко О. А. Державна політика регулювання ринку зерна в Україні та наслідки її впровадження / О. А. Сидоренко // Вісник Донецького національного університету. – 2011. – Спецвипуск. – Т. 2. – С. 88–91. – С. 89. – (Серія В: Економіка і право).

²⁰ Смирчанський В. Про використання логістичних підходів в системі закупівель за державні кошти / В. Смирчанський // Вісник ТНЕУ. – 2008. – № 1. – С. 37–42. – С. 37.

²¹ Богач Ю. А. Інституційні проблеми державних закупівель у системі функціонування державного сектору / Ю. А. Богач, О. Ф. Овсянюк-Бердадіна // Науковий вісник Волинського національного університету імені Лесі Українки. – 2009. – № 7. – С. 100–104. – С. 100.

²² Ткаченко Н. Б. Макроекономічні аспекти державних закупівель / Н. Б. Ткаченко, Ю. М. Уманців // Фінанси України. – 2009. – № 8. – С. 82–88. – С. 83.

²³ Фіц О. Ю. Сучасний стан планування державних закупівель / О. Ю. Фіц // Держава та регіони. – 2012. – № 2. – (Серія «Право та державне управління») : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/Ptdu/2012_2/files/PD212_35.pdf

²⁴ Кулак О. П. Вказана праця. – С. 48.

²⁵ Смотрицкая И. И. Трансформация системы государственных закупок в российской экономике : автореф. дисс. ... докт. экон. наук : спец. 08.00.05 «Экономика и управление народным хозяйством (макроекономика)» / И. И. Смотрицкая; Институт экономики Российской академии наук. – М., 2009. – 55 с. – С. 22.

²⁶ Аналітична доповідь до Щорічного Послання Президента України до Верховної Ради України «Про внутрішнє та зовнішнє становище України в 2015 році». – К. : НІСД, 2015. – 684 с. – С. 235.

²⁷ Зубар В. В. Формування механізму управління системою державних закупівель в Україні : автореф. дис. ... канд. наук з державного управління : спец. 25.00.02 / В. В. Зубар; ХРІДУ НАДУ при Президенті України. – Х., 2010. – 25 с. – С. 11.

²⁸ Мельников О. С. Економіко-математична модель оцінки доцільності проведення конкурсних торгів при здійсненні державних закупівель / О. С. Мельников // Економіка України. – 2012. – № 9. – С. 47–56. – С. 47.

²⁹ Борсук Н. Я. Вказана праця. – С. 90.

³⁰ Новаковець В. М. Фінансово-правовий механізм регулювання державних закупівель : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 – адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право / В. М. Новаковець; Національна академія внутрішніх справ. – К., 2012. – 252 с. – С. 65.

- ³¹ Паппас С. Політика ЄС у сфері державних закупівель / С. Паппас. – К., 2005. – 121 с. – С. 8–9.
- ³² Новаковець В. М. Фінансово-правовий механізм регулювання державних закупівель: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 / В. М. Новаковець; Національна академія внутрішніх справ. – К., 2012. – 22 с. – С. 15.
- ³³ Паппас С. Вказана праця. – С. 72.
- ³⁴ Новаковець В. М. Фінансово-правовий механізм регулювання державних закупівель: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 – адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право / В. М. Новаковець; Національна академія внутрішніх справ. – К., 2012. – 252 с. – С. 72.
- ³⁵ Кичик К. В. Государственный (муниципальный) заказ как средство государственного регулирования экономики: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / К. В. Кичик; МГУ им. М. В. Ломоносова. – М., 2011. – 31 с. – С. 13.
- ³⁶ Про відкритість використання публічних коштів: Закон України від 11 лютого 2015 року // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 16. – Ст. 109.
- ³⁷ Довгань М. Ю. Адміністративна відповідальність за порушення порядку державної закупівлі товарів, робіт і послуг: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 – адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право / М. Ю. Довгань; Національний університет біоресурсів і природокористування України. – К., 2013. – 238 с. – С. 10.
- ³⁸ Олефір А. О. Господарське-правове визначення предмета державних закупівель в охороні здоров'я / А. О. Олефір // Вісник Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. – 2011. – № 6. – С. 216–224. – С. 219.
- ³⁹ Смотрицкая И. И. Вказана праця. – С. 19–20.
- ⁴⁰ Кичик К. В. Государственный (муниципальный) заказ как средство государственного регулирования экономики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / К. В. Кичик; МГУ им. М. В. Ломоносова. – М., 2011. – 31 с. – С. 10.
- ⁴¹ Там само.
- ⁴² Соломонов Е. В. Порядок подготовки, формирования и размещения муниципального заказа / Е. В. Соломонов // Вестник Омского университета. – 2005. – № 4 (5). – С. 94–105. – С. 96. – (Серия «Право»).
- ⁴³ Смирчанський В. Вказана праця. – С. 38.
- ⁴⁴ Зинченко М. В. Совершенствование системы государственных и муниципальных закупок по контрактной системе / М. В. Зинченко // Вестник Амурского государственного университета. – 2014. – Вып. 65 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.amursu.ru/attachments/article/11563/22.pdf>
- ⁴⁵ Петруненко Я. В. Вказана праця. – С. 56.
- ⁴⁶ Зубар В. В. Формування механізму управління системою державних закупівель в Україні: дис. ... канд. наук з держ. управління: спец. 25.00.02 – механізми державного управління / В. В. Зубар; ХРІДУ НАДУ при Президентіві України. – Х., 2010. – 222 с. – С. 29.
- ⁴⁷ Петруненко Я. В. Вказана праця. – С. 16.

Резюме

Сошников А. О. Теоретичні засади здійснення публічних закупівель.

У статті обґрунтовується необхідність вживання та законодавчого закріплення замість «державних закупівель» поняття «публічні закупівлі». Також автором дається огляд основних визначень державних закупівель. Акцентується увага на місцевих (муниципальних) закупівлях як особливому виду публічних закупівель.

Ключові слова: державні закупівлі, суспільні закупівлі, публічні закупівлі, місцеві (муниципальні) закупівлі, органи влади, комунальний сектор економіки.

Резюме

Сошников А. А. Теоретические основы совершения публичных закупок.

В статье обосновывается необходимость употребления и законодательного закрепления вместо «государственных закупок» понятия «публичные закупки». Также автором дается обзор основных определений государственных закупок. Акцентируется внимание на местных (муниципальных) закупках как особому виду публичных закупок.

Ключевые слова: государственные закупки, общественные закупки, публичные закупки, местные (муниципальные) закупки, органы власти, коммунальный сектор экономики.

Summary

Soshnikov A. Theoretical framework of public procurement.

This paper demonstrates the need to use and enshrine in law the concept of «public procurement» instead of «state procurement». The author offers an overview of basic definitions of the state (public) procurement given by both domestic and foreign researchers (Russian, American and European). Particular focus is made on local (municipal) procurement as a special kind of public procurement.

Key words: state procurement, communal procurement, public procurement, local (municipal) procurement, public authorities, communal sector of economy.

Т. Б. ФАРТУШОК

Тарас Богданович Фартушок, суддя Господарського суду Львівської області

ПРИНЦИПИ ОПЛАТИ ПРАЦІ В АСПЕКТІ ЗАХИСТУ ПРАВА НА ОПЛАТУ ПРАЦІ

Одна з умов захисту прав громадян будь-якої країни – належна оплата праці. Це рушійна сила для підвищення добробуту населення, що приводить до соціально-економічного розвитку держави. Порядок та визначальні передумови встановлення прав і обов'язків суб'єктів правовідносин з оплати праці, гарантії захисту їх прав та законних інтересів визначаються принципами оплати праці.

Наука дає кілька визначень поняття принципів права. Серед них можна виділити наступні: це засади, на яких ґрунтується право як система норм; це вектор, який вказує на напрям розвитку та функціонування права. Класифікувати принципи права можна за різними критеріями. Зокрема, за дією можна поділити на галузеві та міжгалузеві, а також на принципи, котрі охоплюють один чи більше інститутів певної галузі права. До останніх і належать принципи оплати праці як інституту трудового права.

Питанням принципів оплати праці приділялась увага в роботах таких науковців, як В. М. Божко, Н. Б. Болотіна, О. В. Валецька, Л. П. Гаращенко, Я. В. Сімутіна, Н. М. Хуторян, Г. І. Чанишева та інших.

Проте питання принципів оплати праці, з урахуванням генезису трудових відносин загалом, не втрачає своєї актуальності, оскільки їх вивчення та деталізація є необхідною передумовою побудови належної системи захисту прав працівників на оплату праці, яка буде мати чітке внутрішнє співвідношення та гарантувати дієвість захисту як шляхом забезпечення права, так і захисту від порушення.

Деталізація принципів оплати праці саме в аспекті захисту права на оплату праці є **метою** даної статті.

Законодавство України виділяє такі принципи оплати праці, як принцип гарантованості оплати праці, принцип рівності сторін, принцип рівності оплати праці, принцип єдності та диференціації оплати праці, принцип невідворотності захисту права на оплату праці. Є ряд інших принципів оплати праці: принцип матеріальної заінтересованості, принцип простоти й доступності оплати праці та інші.

У ст. 1 Закону України «Про оплату праці» закріплено, що «заробітна плата – це винагорода, обчислена, як правило, у грошовому виразі, яку за трудовим договором власник або уповноважений ним орган виплачує працівникові за виконану ним роботу».

Наукова література дає кілька десятків трактувань сутності заробітної плати. Це зумовлено різними науковими поглядами дослідників. Однак заробітну плату потрібно розглядати з кількох позицій, а саме: з позиції підприємця (по-перше, це стаття витрат, що знижує прибуток; по-друге, правильна мотиваційна політика є запорукою підвищення ефективності діяльності організації, оскільки зростає заінтересованість працівників у продуктивності та якості роботи, яку вони виконують), із позиції працівника (є основним джерелом доходу і, як наслідок, детермінантою підвищення рівня життя, мотивація до підвищення ефективності праці та праці загалом); як елемент ринку праці (її рівень впливає на попит та пропозицію робочої сили); як «грошове вираження вартості та ціни товару «робоча сила» і частково результативності її функціонування»¹; а також – як економічну категорію, що відображає стосунки роботодавця і найманого працівника².

Значна частина дослідників розглядають заробітну плату та оплату праці як тотожні поняття. Наприклад, В. М. Лукашевич вважає, що ці поняття – рівноцінні, хоча між ними існує певна відмінність: видатки на заробітну плату здійснюються із фонду заробітної плати, а інші заохочувальні виплати проводяться за рахунок підприємства або «коштів спеціального призначення та цільових надходжень»³.

Якщо говорити про правовий аспект, то Г. І. Чанишева та Н. Б. Болотіна стверджують, що термін «оплата праці» ширший і його цільове призначення спрямоване на організацію оплати праці, регламентацію її окремих елементів та всієї системи правових засобів у цій сфері, тоді як поняття «заробітна плата» спрямоване на право окремого працівника отримувати грошову винагороду⁴. Думку вищезазначених авторів поділяємо та хочемо зазначити, що і принципи оплати праці відрізняються від принципів заробітної плати як різні за змістом (поняття «оплата праці» є ширшим за змістом, ніж «заробітна плата»).

З урахуванням наведеного можна стверджувати, що саме на принципах оплати праці будується правова система захисту оплати праці. Розглянемо деякі з них.

Серед найважливіших принципів оплати праці – принцип єдності та диференціації, метою якого є встановлення єдиних умов праці для всіх працівників та їх диференціація за певних обставин для певних категорій працівників. Кожен має право заробляти на своє життя, проте це право диференціюється залежно від певних об'єктивних обставин, зумовлених специфікою галузей виробництва, професійними, статевими, віковими особливостями працівників, місцезнаходженням підприємств тощо. Ці обставини потребують особливого підходу до правового забезпечення умов праці. У результаті об'єктивні обставини призводять до порушення єдиних правил, що регулюють застосування праці, і вимагають видання спеціальних норм, які пристосовують загальні правові приписи до специфічних умов праці⁵.

Як влучно зауважила Я. В. Сімутіна, забезпечення об'єктивної диференціації заробітної плати – неодмінна умова виконання оплатою праці її основних функцій⁶.

Рівність оплати праці означає застосування єдиних критеріїв в оцінці праці. Такими критеріями є: складність та умови виконуваної роботи, професійно-ділові якості працівника, результати його праці та господарської діяльності підприємства, тобто кількість та якість праці. Оскільки професійно-ділові якості працівника та умови виконуваної роботи фактично є неоднаковими, то й оплата праці для того, щоб відповідати кількості та якості праці, повинна бути фактично неоднаковою. Тому диференціація оплати праці разом із єдністю оплати є економічно обгрунтованою та слугує правовим принципом регулювання оплати праці.

Вищезазначені три чинники визначають потребу у прийнятті спеціальних норм, які регламентують особливості оплати праці державних службовців, суддів, прокурорських працівників, медичних працівників, працівників освіти, жінок, неповнолітніх, інвалідів та особливості оплати праці залежно від кваліфікації, спеціалізації й фаховості. Диференціація та єдність оплати праці забезпечуються, по-перше, шляхом прийняття нормативних актів на рівні законів (в аспекті принципу єдності особливе, фундаментальне значення для визначення принципів положень регулювання відносин оплати праці має Конституція України та Кодекс законів про працю України), підзаконних у тому числі відомчих актів, по-друге, локальною нормотворчістю. За цих умов найбільш оптимальним поєднанням загального й особливого при забезпеченні єдності та диференціації правового регулювання оплати праці з використанням локальних норм є розробка і прийняття примірних чи типових нормативних актів як основи локальної нормотворчості.

Єдність правового регулювання оплати праці забезпечується такими правовими засобами, як: 1) встановлення мінімальних гарантій в оплаті праці; 2) закріплення в нормах права загальних правил нормування праці та порядку заміни й перегляду норм праці; 3) визначення на державному рівні основних систем оплати праці; 4) встановлення у законодавстві загальних норм, що регулюють оплату праці при відхиленні від нормальних умов праці; 5) визначення компетенції державних органів, організацій, а також конкретних працівників та роботодавців у питаннях встановлення умов оплати праці⁷.

Слід звернути увагу також на принцип рівності сторін, який не є згаданим вище принципом рівності оплати праці, оскільки цей принцип розуміється в розрізі того, що рівні суб'єкти захисту при рівному об'єкті захисту обирають з однакового переліку форм захисту. При цьому під поняттям «суб'єкт захисту» в даному випадку розуміється особа, права якої порушені. Водночас дане поняття для визначення цього принципу слід максимально конкретизувати (наприклад, працівник, працівник – жінка, яка перебуває у відпустці по догляду за дитиною ... тощо), оскільки рівність сторін може бути досягнута виключно при рівному (тотожному) переліку ознак, які їх характеризують.

Принцип гарантованості оплати праці полягає у відповідній оплаті працівнику за виконану ним роботу. Також цей принцип передбачає гарантовану й регулярну оплату праці у наперед визначених розмірах та у певні строки. Заробітна плата працівників гарантується державним регулюванням оплати праці. З метою уникнення ухилень від оплати заробітної плати працівникам цей принцип закріплено і на законодавчому рівні.

У широкому розумінні цей принцип передбачає і захист від порушеного права працівника на оплату праці як шляхом встановлення регуляторних механізмів, так і невідворотності поновлення порушеного права і покарання за порушення та гарантію забезпечення цього передусім на законодавчому рівні.

Принцип матеріальної заінтересованості забезпечує як особисту, так і колективну заінтересованість у результатах праці. Він стимулює боротьбу за підвищення продуктивності праці, економію засобів і коштів, сприяє підвищенню кваліфікації. При цьому більш кваліфікована, відповідальна, складна і важка праця повинні оплачуватись за підвищеними розцінками.

Принцип плановості оплати праці впливає з необхідності планування рівня заробітної плати, фонду оплати, строків і періодичності виплати заробітної плати. Підприємствами визначаються у плановому порядку розмір фонду заробітної плати за сталими нормативами, а також плановим обсягом виробництва продукції: збільшення фонду заробітної плати нерозривно пов'язано з рівнем виконання плану виробництва продукції, надання послуг. Принцип плановості в організації оплати праці орієнтує підприємства на збільшення виробництва продукції без залучення зайвої робочої сили. За умов дотримання цього принципу є можливість регулювати накопичення та споживання як на окремому підприємстві, так і в межах країни в цілому.

Ще один принцип оплати праці – принцип раціонального співвідношення темпів зростання продуктивності праці та її оплати. Цей принцип полягає у підвищенні оплати праці за рахунок забезпечення зростання продуктивності праці.

Відомо, що члени суспільства не можуть споживати більше, ніж вони виробляють. Дотримання цього принципу забезпечує розширене відтворення виробництва на підприємствах, створює нормальне співвідношення між споживанням і нагромадженням. Зростання заробітної плати можливе за умови систематичного розширеного відтворення виробництва, тобто неухильного зростання валового внутрішнього продукту. Досягти цього можна лише за умови підвищення продуктивності індивідуальної та суспільної праці, однак це зростання має випереджати зростання заробітної плати. Якщо ж остання зростатиме швидше, ніж продуктивність праці, то це призведе до скорочення фонду нагромадження та росту споживання і, відповідно, до гальмування темпів відтворення. Оскільки тоді з валового внутрішнього продукту насамперед треба буде компенсувати витрачені засоби виробництва, виділити додаткову частину для розширення виробництва, а також створити страховий фонд. Без дотримання цих складових неможливе нормальне продуктивне виробництво, а відтак, належне забезпечення та гарантування права на оплату праці.

Один із важливих принципів оплати праці – вирівнювання рівня оплати та скорочення різниці в доходах між високо- і малооплачуваними категоріями працівників. Така різниця зумовлена не лише неоднаковими рівнями продуктивності праці та доходів на окремих підприємствах, різними рівнями кваліфікації працівників, а й загальним станом розвитку економіки країни. Цей принцип передбачає визначення державою розміру мінімальної заробітної плати з урахуванням вартісної величини мінімального споживчого бюджету з поступовим зближенням рівнів цих показників у міру стабілізації й розвитку економіки країни. Згідно з Законом України «Про оплату праці» мінімальна заробітна плата встановлюється у розмірі, не нижчому за вартісну величину межі малозабезпеченості з розрахунку на працездатну особу. Проте скорочення різниці в доходах повинно відбуватись виключно за рахунок підвищення рівня забезпечення мінімальної заробітної плати, оскільки зниження чи навіть нормативне обмеження рівня максимальної заробітної плати суперечить принципу матеріальної заінтересованості, негативно впливає на мотивацію праці працівника, та порушує, на думку автора, права працівника на оплату праці в широкому розумінні (під порушенням взято і обмеження права на отримання співрозмірної винагороди за працю).

Принцип простоти й доступності оплати праці полягає у розробці, оприлюдненні та впровадженні у виробництво таких систем, форм оплати праці, які були б зрозумілими і прийнятними для більшості безпосередніх учасників виробничого процесу. Вони мають розкривати зв'язок між продуктивністю праці і заробітною платою.

Принцип невідворотності захисту означає досягнення такої юридичної конструкції норм в інституті захисту прав та охоронюваних законом інтересів працівників на оплату праці, за яких при будь-якому невизнанні, оспорюванні чи порушенні права чи інтересу на оплату праці його захист не буде залежати від волі суб'єкта, право чи інтерес якого порушено, а буде невідворотним у будь-якому випадку.

Варто зазначити, що вищезазначені принципи оплати праці дають нам можливість побудови належної системи захисту прав працівників на оплату праці, яка буде мати чітке внутрішнє співвідношення та гарантувати дієвість захисту як шляхом забезпечення права, так і захисту від порушення.

Закріплення та виконання цих принципів надасть нам можливість розв'язати одне із найбільш актуальних завдань, а саме – подолати низький рівень життя людей. Якщо працівники матимуть належний захист оплати праці, відповідний рівень заробітної плати, то зростатиме добробут населення, а разом із тим – і економічний рівень нашої держави. Принципи оплати праці – це координати того шляху, яким повинна рухатись країна, котра прагне не лише «де юре» закріплення статусу правової держави, а й «де факто».

¹ Мочерний С. Економічна енциклопедія / С. Мочерний : у 3 т. – К. : Академія, 2000. – Т. 1 / ред. кол.: С. В. Мочерний (відп. ред.) та ін. – С. 584.

² Тимош І. М. Економіка праці : навч. посібн. / І. М. Тимош. – Тернопіль : Астон, 2001. – С. 185.

³ Лукашевич В. М. Економіка праці та соціально-трудові відносини : навч. посібн. / В. М. Лукашевич. – Новий світ. – 2004. – С. 139.

⁴ Болотіна Н. Б. Трудове право України : підруч. / Н. Б. Болотіна, Г. І. Чанишева. – К. : Знання, КОО, 2000. – С. 81.

⁵ Караваев Я. А. Основные принципы советского трудового права / Я. А. Караваев, Г. И. Гуляев. – М. : ВЮЗИ, 1957. – С. 24–25.

⁶ Сімутіна Я. В. Методи регулювання заробітної плати на сучасному етапі (правові проблеми) : моногр. / Я. В. Сімутіна. – К. : Київський університет права НАН України, 2009. – С. 56.

⁷ Сімутіна Я. В. Єдність та диференціація правового регулювання заробітної плати / Я. В. Сімутіна // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 3. – С. 139–142.

Резюме

Фартушок Т. Б. Принципи оплати праці в аспекті захисту права на оплату праці.

У статті розглянуто та розкрито зміст основних принципів оплати праці та виокремлено з них принципи, які є безпосередньо принципами захисту права на оплату праці. Саме на принципах оплати праці будується правова система захисту оплати праці.

Зроблено висновок, що принципи оплати праці дають можливість побудови належної системи захисту прав працівників на оплату праці, яка буде мати чітке внутрішнє співвідношення та гарантувати дієвість захисту як шляхом забезпечення цього права, так і захисту його від порушення.

З урахуванням існуючих позицій вчених автор робить висновок, що принципи оплати праці різняться від принципів заробітної плати як принципи різні за змістом (поняття «оплата праці» є ширшим за змістом) поняття.

Ключові слова: право, оплата праці, захист, працівник, принцип.

Резюме

Фартушок Т. Б. Принципы оплаты труда в аспекте защиты права на оплату труда.

В статье рассмотрено и раскрыто содержание основных принципов оплаты труда и выделены из них принципы, являющиеся непосредственно принципами защиты права на оплату труда. Именно на принципах оплаты труда строится правовая система защиты оплаты труда.

Сделан вывод, что принципы оплаты труда дают нам возможность построения надлежащей системы защиты прав работников на оплату труда, которая будет иметь четкое внутреннее соотношение и гарантировать действенность защиты как путем обеспечения права, так и защиты его от нарушений.

С учетом позиций ученых по данному вопросу автор приходит к выводу, что принципы оплаты труда отличаются от принципов заработной платы как принципы, разные по содержанию (понятие «оплата труда» более широким по содержанию) понятий.

Ключевые слова: право, оплата труда, защита, работник, принцип.

Summary

Fartushok T. Remuneration principles in terms of protection of rights for labor payment.

The author notes that proper remuneration is one of the conditions for the protection of rights of citizens of any country. Fixing the remuneration principles in the legislation is a prerequisite for guarantees of protection of these rights.

Detailing the principles of remuneration in terms of protection of rights for labor payment is the purpose of this article.

The author analyzed some positions of well-known scientists on principles of remuneration and pointed his own opinion on them.

Principles of remuneration are not the same as the principles of wages.

Taking into account the analysis of the positions of scientists author concludes that the principles of remuneration differ from the principles of wages, as these principles are different in its meanings (the first one is a broader content).

Key words: law, remuneration of labour, protection, worker, principle.

УДК 346.544.6

Т. М. ЧЕРЕДНІКОВА

Тетяна Миколаївна Череднікова, здобувач Інституту економіко-правових досліджень НАН України

ПОНЯТТЯ НАФТИ ТА НАФТОПРОДУКТІВ ЯК ОБ'ЄКТІВ ПРАВОВІДНОСИН З ПОСТАВКИ

На перший погляд може здатися, що питання визначення поняття нафти та нафтопродуктів як об'єктів господарських правовідносин з поставки отримало належне визначення як у юридичній літературі, так і в актах чинного законодавства України. Втім, детальний аналіз нормативно-правових актів та вивчення наукових підходів до визначення сутності нафти та нафтопродуктів як об'єктів економічного обігу свідчать про наявність суперечностей як суто теоретичного, так і практичного характеру. Саме вказаними та іншими обставинами зумовлюється актуальність виконання представленого дослідження.

У цілому окремі аспекти правового режиму нафти та нафтопродуктів як об'єктів правовідносин з поставки знайшли відображення у наукових працях О. О. Гавриліної, Д. Д. Логофета, В. В. Романової, М. В. Саудаханова, С. Л. Ситнікова та ін. Водночас невирішеними та такими, що потребують поглибленого висвітлення, залишаються питання конкретизації правових норм, які визначають нафту та нафтопродукти як об'єкт господарського обігу.

У зв'язку з цим **метою** дослідження є виявлення правових кваліфікуючих ознак нафти та нафтопродуктів як об'єктів господарських правовідносин з поставки.

Зокрема, нафта є складовою надр України і розглядається як корисна копалина, яка видобувається з-під земної кори. Кодекс України про надра від 27 липня 1994 р. не дає визначення поняття «нафта», проте зі змісту випливає, що нафта належить до нафтогазових надр (ст. 3-1)¹.

Розвиваючи положення кодифікованого нормативного акта, Закон України «Про нафту і газ» від 12 липня 2001 р. наголошує, що **нафта** – це корисна копалина, що являє собою суміш вуглеводнів та розчинених в них компонентів, які перебувають у рідкому стані за стандартних умов (тиску 760 мм ртутного стовпа і температури 20 С°), і є товарною продукцією (ст. 1)². Як можна побачити, до числа кваліфікуючих ознак нафти додається вказівка на якості цієї корисної копалини як **товарної продукції**. При цьому зміст терміна «товарна продукція» не розкривається у тексті названого Закону. З'ясувати змістовне навантаження цього поняття виявляється досить складним завданням навіть у разі здійснення спроб аналізу інших актів нафтогазового законодавства України.

Дослідження спеціального законодавства України з питань бухгалтерського обліку та фінансової звітності також не привносить ясності у розуміння поняття «товарна продукція». Можна зустріти лише згадку про «готову продукцію» у Положенні (стандарті) бухгалтерського обліку 9 «Запаси», затвердженому наказом Міністерства фінансів України від 20 жовтня 1999 р. № 246. Зокрема, готовою визнається продукція, що виготовлена на підприємстві, в установі, призначена для продажу і відповідає технічним та якісним характеристикам, передбаченим договором або іншим нормативно-правовим актом (абз. 4 п. 6)³.

Взаємозв'язок між поняттями товарна та готова продукція простежується, якщо звернутися до наукових джерел і енциклопедичної літератури. Так, окремі науковці зазначають, що «частина валової продукції, вироблена аграрними підприємствами, реалізується за різними каналами: державі, населенню, на ринку, під-

приємствам громадського харчування, споживчій кооперації й іншим установам та організаціям. Її називають товарною. Ту частину продукції, яка продана і за яку підприємство одержало гроші, називають реалізованою»⁴. В іншому науковому виданні також акцентовано увагу на тому, що продукція, яка продана підприємством заготівельним організаціям, переробним підприємствам, на біржах, на експорт, на сільських ринках, безпосередньо своїм працівникам та іншим громадянам, а також використана на обмін за бартерними угодами, називається товарною⁵.

У економічному словнику-довіднику за редакцією С. В. Мочерного надається схоже з вищенаведеними дефініціями визначення поняття «товарна продукція» як продукції, виробленої протягом певного часу і призначеної для реалізації за межами підприємства, тобто підготовленої для передачі у народногосподарський обіг⁶.

Отже, нафта як товарна продукція має відповідати таким ознакам:

- виготовлена на підприємстві;
- призначена для продажу;
- має технічні та якісні характеристики, передбачені нормативно-правовим актом чи/та договором.

Саме з урахуванням цих ознак сформульовано визначення поняття «**товарна продукція гірничодобувного підприємства**», під яким розуміється мінеральна сировина, видобута гірничодобувним підприємством, що відповідає установленим стандартам (абз. 11 п. 2 Класифікації запасів і ресурсів корисних копалин державного фонду надр, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України від 5 травня 1997 р. № 432). При цьому **мінеральна сировина** у абз. 9 п. 2 цього ж нормативно-правового акта визначається як корисна копалина, видобута і перероблена на товарну продукцію гірничого виробництва⁷. У зв'язку з цим не випадково у Податковому кодексі України від 2 грудня 2010 р. **вуглеводневою сировиною** визнаються нафта, природний газ (у тому числі нафтовий (попутний) газ, газ (метан) вугільних родовищ, газ сланцевих товщ, газ центрально-басейнового типу, газ колекторів щільних порід), газовий конденсат, що є товарною продукцією (підпункт 14.1.35 п. 14.1 ст. 14)⁸.

Правова кваліфікація нафти як товарної продукції знаходить вияв у спеціальних підзаконних нормативно-правових актах з досліджуваної тематики. Зокрема, термінологічний апарат розширюється використанням поняття «товарна нафта». Дефініція цього поняття наводиться в Інструкції з контролювання якості нафти і нафтопродуктів на підприємствах і організаціях України, затвердженій спільним наказом Мінпаливенерго України, Держспоживстандарту України від 4 червня 2007 р. № 271/121. Так, **товарною нафтою** визнається нафта, підготовлена до постачання споживачу відповідно до вимог чинних нормативних документів (п. 3)⁹. Майже аналогічне визначення поняття «товарна нафта» наводиться у п. 3 Інструкції про порядок приймання, транспортування, зберігання, відпуску та обліку нафти і нафтопродуктів на підприємствах і організаціях України, затвердженій спільним наказом Мінпаливенерго України, Мінтрансзв'язку України, Мінекономіки України, Держспоживстандарту України від 20 травня 2008 р. № 281/171/578/155. У цьому документі до категорії товарної нафти віднесено нафту, що відповідає нормативному документу, яким устанавлено її якість для постачання споживачеві¹⁰.

Базуючись на вищенаведених міркуваннях, можна було б із певною часткою впевненості стверджувати про те, що у будь-якому разі, коли в тексті нормативно-правового акта згадується термін «нафта», мається на увазі саме «товарна нафта» (як нафта, доведена до стану товарної продукції). Звісно, що це припущення слід застосовувати до всіх випадків, коли йдеться про залучення нафти до сфери господарського обігу. Адже сам процес видобування нафти з надр ще не наділяє отриману нафту ознаками товарної продукції, оскільки це лише первісний етап у системі дій щодо створення продукції, яка має вартісний характер та цінову визначеність.

Можливо, саме останньою сентенцією можна було б пояснити використання у законодавстві України такого терміна, як «нафта сира». Цей термін вживано у тексті Закону України «Про нафту і газ», але його визначення не наведено. Нормативне тлумачення цього терміна міститься у підзаконних нормативно-правових актах, зокрема у Порядку організації та проведення біржових аукціонів з продажу нафти сирій, газового конденсату власного видобутку і скрапленого газу, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 16 жовтня 2014 р. № 570. Зокрема, **нафта сира** у цьому документі визначається як нафта, що видобувається з родовищ суб'єктом господарювання, який отримав спеціальний дозвіл¹¹.

Разом із тим виникає питання щодо наявності ознак товарної продукції у нафти сирій. Адже з'являються певні сумніви щодо оборотоздатності у комерційному обігу видобутої з родовищ нафти, які підкріплюються відповідною інформаційною базою.

Насамперед заслуговує на увагу інформація, яка має важливе значення для встановлення правомірності віднесення нафти сирій до об'єктів майнових правовідносин у нафтогазовій сфері. Так, в одному з енциклопедичних видань нафта визначається як «масляниста рідина, зазвичай бурого до майже чорного кольору, що являє собою суміш вуглеводнів, поширена в осадовій оболонці землі і утворюється разом з газоподібними вуглеводнями зазвичай на глибині понад 1,2–2 км. Є найважливішою природною копалиною і має військово-стратегічне значення»¹².

Як зауважує О. О. Гавриліна, використання терміна «нафта сира» в бюджетному та податковому законодавстві є перекладом терміна *crude oil* (нафта сира), що використовується для позначення товару у зовнішньоекономічних контрактах купівлі-продажу нафти. Втім, на її думку, у будь-якому разі при використанні термінів «нафта», «нафта сира» мається на увазі виключно товарна нафта¹³. Можливо, це припущення

науковця базується на положеннях міжнародно-правових актів, зокрема Міжнародної конвенції по запобіганню забрудненню з суден 1973 року. У додатку 1 до цієї Конвенції «сира нафта» приводиться у значенні будь-якої рідкої вуглеводневої суміші, яка зустрічається в природному вигляді в надрах землі, незалежно від того, оброблена вона чи ні, з метою полегшення її транспортування, і включає: а) сиру нафту, з якої можуть бути вилучені деякі фракції перегонки; і б) сиру нафту, до якої можуть бути додані деякі фракції перегонки (п. 28 Правила 1)¹⁴. Проте слід зважити на те, що це визначення стосується обмеженої сфери застосування терміна «нафта сира», а саме у зв'язку із забрудненням з суден.

У контексті міжнародно-правових положень про шкоду від забруднення нафтою заслуговує на увагу Міжнародна конвенція про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою від 29 листопада 1969 року. У тексті цього міжнародно-правового акта, до якого Україна приєдналася 4 липня 2002 р., «нафта» означає будь-яку стійку вуглеводневу мінеральну нафту, зокрема сиру нафту, мазут, тяжке дизельне паливо і мастило, незалежно від того, чи перевозяться вони на борту судна як вантаж або у паливних танках такого судна (п. 5 ст. 1)¹⁵. Як можна побачити, міжнародно-правова дефініція допускає змішування різних правових категорій, а саме: нафти як вуглеводневої сировини та, зокрема, дизельного палива та мастила як продуктів переробки нафти.

У зв'язку з цим використання міжнародно-правової інтерпретації досліджуваного поняття у межах вітчизняної правової системи лише ускладнює виявлення відмінних ознак як між категоріями «нафта сира», «товарна нафта», так і поняттями, що позначають продукти переробки нафти.

Особливості, які притаманні нафті сирій і товарній у правовій та економічній площинах зумовлені насамперед показниками якості нафти. Зокрема, у науковій літературі зауважується, що показники якості нафти поділяють на залежні від промисловості (забезпечується промисловою підготовкою нафти на об'єкті нафтовидобутку), і ті, що залежать від природних характеристик (щільність, фізико-хімічний склад). У першому випадку, залежно від ступеня промислової підготовки, нафта поділяється на сиру і товарну¹⁶.

У наукових джерелах нафта, що видобувається на родовищі, визнається сирою. При виході з нафтового пласта відбувається її перемішування з водою і механічними домішками з утворенням різних емульсій. На початковому етапі розробки родовища вміст води може бути низьким або відсутнім повністю, а в кінці – обводненість нафти може досягати 70–80 %. *Пластова вода і механічні домішки є баластом, транспортування яких магістральними нафтопроводами економічно не вигідно.* Для доставки нафти споживачам необхідна її промислова підготовка з метою забезпечення певних показників якості сировини для подальшої її переробки на нафтопереробному заводі¹⁷. Крім того, промислова підготовка нафти дає змогу довести до нормативно встановленого рівня кількість шкідливих компонентів. Адже транспортування недостатньо знесоленої, зневодненої, з механічними домішками нафти призводить до багатьох наслідків: економічних (незаплановані витрати, пов'язані з перекачуванням некондиційної нафти, витрати нафтопереробного заводу на зневоднення та знесолення нафти); технічних (корозія стін нафтопроводів) тощо¹⁸.

У зв'язку з цим слід погодитися з думкою окремих науковців про те, що нафтова мінеральна сировина не відповідає ознакам об'єкта економічного обігу через те, що вона не відповідає вимогам якості, а отже, й вимогам безпеки, її добування є проміжним етапом нафтовиробничого циклу¹⁹.

Отже, товарна нафта виступає результатом промислової підготовки сирової нафти з метою доведення її до вимог комерційного продукту, що відповідає якісним вимогам державних стандартів.

Саме з урахуванням якісних вимог до нафти відбувається процес її прийняття до транспортування магістральними нафтопроводами. Зокрема, Ліцензійними умовами провадження господарської діяльності з транспортування нафти магістральними трубопроводами, затвердженими наказом Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва від 30 вересня 2005 р. № 88, передбачається право ліцензіата (суб'єкт господарювання, який одержав ліцензію на провадження господарської діяльності з транспортування нафти магістральними трубопроводами) відмовити замовнику послуг у транспортуванні нафти у разі невідповідності якості нафти вимогам нормативних документів та стандартів (підпункт «в» п. 3.5.2.). Тобто йдеться про те, що об'єктом транспортування виступає саме товарна нафта.

Слід також вказати, що саме нафта як товарна продукція є об'єктом податкових правовідносин, про що вже було зазначено з посиланням на положення Податкового кодексу України. Аналогічний підхід знайшов закріплення в актах податкового законодавства країн ближнього зарубіжжя. Так, у податковому законодавстві окремих зарубіжних країн наголошується на тому, що до вуглеводневої сировини слід відносити нафту зневоднену, знесолену і стабілізовану²⁰.

Водночас у законодавстві окремих зарубіжних країн не проводиться відмежування понять «нафта» («сира нафта»), «товарна нафта». Зокрема, у Законі Киргизької Республіки «Про нафту і газ» від 8 червня 1998 р. № 77 нафта визначається як сира нафта, а також вуглеводні, отримані після очищення сирової нафти, переробки горючих сланців і бітумінозних порід²¹. В праві інших країн світу вуглеводнева сировина практично отожднюється за змістом з корисними копалинами, що виключає потребу у чіткій правовій ідентифікації нафти як об'єкта економічного обігу. Прикладом цього виступає Закон Норвегії «Про нафтову діяльність» від 25 березня 1985 р. № 11, що, як зазначається у науковій літературі, до вуглеводнів відносить всі рідкі і газоподібні вуглеводні, що існують у природному вигляді в надрах, а також інші речовини, що добуваються попутно з такими вуглеводнями (ст. 4)²².

Загалом аналіз правового поля України у досліджуваній сфері виявляє такий недолік, який пов'язаний з непослідовністю законодавця у правовій кваліфікації окремих вуглеводнів як нафти. Зокрема, Закон

України «Про нафту і газ» розмежовує поняття «нафта сира» та «газовий конденсат», окремо наголошуючи на можливості їх продажу (ст. 4-1). Так само і Податковий кодекс України наводить класифікацію **вуглеводневої сировини**, визнаючи такою, зокрема, нафту та газовий конденсат (підпункт 14.1.35 п. 14.1 ст. 14). І це при тому, що рівень підзаконного нормативно-правового регулювання визнає за газовим конденсатом правовий режим нафти. Зокрема, у п. 3 Інструкції про порядок приймання, транспортування, зберігання, відпуску та обліку нафти і нафтопродуктів на підприємствах і організаціях України **газовий конденсат віднесено до категорії легкої нафти** як природної суміші легких вуглеводневих сполук (С і вище), що перебувають у газі в розчиненому стані за певних термобаричних умов і переходять у рідку фазу в разі зменшення тиску до рівня, нижчого від тиску конденсації, відповідає нормативному документу, яким встановлено його якість, і є сировиною для нафтопереробного заводу.

Аналогічна правова позиція викладена в актах зарубіжного законодавства з питань нафти та газу. Зокрема, у вищезгаданому Законі Киргизької Республіки «Про нафту і газ» сира нафта визначається як будь-які вуглеводні незалежно від їх питомої ваги, витягнуті з надр у рідкому стані за нормальної атмосферної температури і тиску, включаючи рідкі вуглеводні, відомі під назвою дистилату (**газоконденсату**) або конденсації, утворені з природного газу шляхом природної конденсації.

Отже, доцільно усунути виявлені протиріччя в актах чинного законодавства України.

Ознайомлення з зарубіжним досвідом правового регулювання відносин у нафтогазовій сфері свідчить про наявність проблем іншого характеру, зокрема, пов'язаних з розмиванням меж правового режиму нафти та нафтопродуктів. Як впливає зі змісту Закону Республіки Молдова «Про ринок нафтопродуктів» від 30 липня 2001 р., нафтопродуктами визнається нафта та продукти її перегонки (ст. 2)²³. Утім, навряд чи є економіко-правове підґрунтя для змішування різнорідних категорій, які мають особливий режим правового регулювання добування (виробництва), контролю якості та кількості, оподаткування та бухгалтерського обліку.

В українському законодавстві, на відміну від правових актів зарубіжних країн, поняття нафтопродуктів міститься у підзаконних нормативно-правових актах. Так, дефініція «нафтопродукти» наводиться в ідентичному значенні в Інструкціях з контролювання якості нафти і нафтопродуктів на підприємствах і організаціях України та про порядок приймання, транспортування, зберігання, відпуску та обліку нафти і нафтопродуктів на підприємствах і організаціях України. У цих підзаконних нормативно-правових актах України термін «*нафтопродукт*» інтерпретується як продукт, отриманий під час перероблення нафти, газового конденсату або їх суміші, за винятком продуктів нафтохімії.

Водночас у контексті проведеного дослідження та виявлених економіко-правових відмінностей «нафти сирої» та «товарної нафти» *слід уточнити визначення поняття нафтопродуктів* із акцентом на те, що це продукти переробки *товарної нафти* (газового конденсату) або їх суміші.

У цілому, нафту та нафтопродукти можна розглядати у межах єдиного поняття, яким є енергетичні матеріали та продукти, що безпосередньо впливає зі змісту додатку ЕМ до Європейської Енергетичної Хартії.

Отже, резюмуючи вищенаведене, можна дійти висновку про необхідність впровадження у правовий обіг поняття «товарна нафта», який позначає результат промислової підготовки сирої нафти з метою доведення її до вимог комерційного продукту, що відповідає якісним вимогам державних стандартів.

Викладені у даному науковому дослідженні ідеї можуть бути розвинені у напрямі вдосконалення правового режиму нафти та нафтопродуктів як об'єктів господарського обігу.

¹ Кодекс України про надра від 27 липня 1994 р. № 132/94-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 36. – Ст. 340.

² Про нафту і газ : Закон України від 12 липня 2001 р. № 2665-III // Офіційний вісник України. – 2001. – № 33. – Ст. 1524.

³ Положення (стандарт) бухгалтерського обліку 9 «Запаси» : затверджено наказом Міністерства фінансів України від 20 жовтня 1999 р. № 246 // Офіційний вісник України. – 1999. – № 44. – Ст. 236.

⁴ Горбонос Ф. В. Економіка підприємств : підручник / Ф. В. Горбонос, Г. В. Черевко, Н. Ф. Павленчик, А. О. Павленчик. – К. : Знання, 2010. – 463 с. – С. 178.

⁵ Андрійчук В. Г. Економіка аграрних підприємств : підруч. – 2-ге вид., доп. і перероб. / В. Г. Андрійчук. – К. : КНЕУ, 2002. – 624 с. – С. 324.

⁶ Економічний словник-довідник / за ред. С. В. Мочерного. – К. : Феміна, 1995. – 368 с. – С. 299.

⁷ Про затвердження Класифікації запасів і ресурсів корисних копалин державного фонду надр : постанова Кабінету Міністрів України від 5 травня 1997 р. № 432 // Офіційний вісник України. – 1997. – № 19. – Ст. 104.

⁸ Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI // Офіційний вісник України. – 2010. – № 92. – Т. 1. – Ст. 3248.

⁹ Інструкція з контролювання якості нафти і нафтопродуктів на підприємствах і організаціях України, затверджена спільним наказом Мінпаливенерго України, Держспоживстандарту України від 4 червня 2007 р. № 271/121 // Офіційний вісник України. – 2007. – № 50. – Ст. 2063.

¹⁰ Інструкція про порядок приймання, транспортування, зберігання, відпуску та обліку нафти і нафтопродуктів на підприємствах і організаціях України, затверджена спільним наказом Мінпаливенерго України, Мінтрансв'язку України, Мінекономіки України, Держспоживстандарту України від 20 травня 2008 р. № 281/171/578/155 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 68. – Ст. 2294.

¹¹ Порядок організації та проведення біржових аукціонів з продажу нафти сирої, газового конденсату власного видобутку і скрапленого газу, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 16 жовтня 2014 р. № 570 // Офіційний вісник України. – 2014. – № 87. – Ст. 2483.

¹² Нефтегазовая энциклопедия : в 3 т. – М. : Московское отд. «Нефть и газ» МАИ, ОАО «ВНИИОЭНГ». 2003. – Т. 2 (К–П). – 380 с. – С. 238–239.

¹³ Гаврилина Е. А. Система договорных связей на рынке нефти и нефтепродуктов : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право», 12.00.07 «Корпоративное право; энергетическое право» / Е. А. Гаврилина; Московский государственный университет им. М. В. Ломоносова. – М., 2014. – 244 с. – С. 33.

¹⁴ Міжнародна конвенція по запобіганню забрудненню з суден 1973 року // Офіційний вісник України. – 2005. – № 22. – Ст. 1251.

¹⁵ Международная Конвенция о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_806/print1414053462606660

¹⁶ Гаврилина Е. А. Вказана праця. – С. 33.

¹⁷ Трубопроводный транспорт нефти : учеб. для вузов / под общ. ред. С. М. Вайнштока. – М. : Недра-Бизнесцентр, 2002. – 407 с. – С. 73–77.

¹⁸ Минеев А. И. Качество нефти и нефтепродуктов / А. И. Минеев, Е. М. Сощенко. – М. : Недра, 1976. – 78 с. – С. 3.

¹⁹ Нестерчук Ю. Н. Правовой режим нефти как объекта экономического оборота : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Ю. Н. Нестерчук ; Национальный исследовательский университет «Высшей школы экономики». – М., 2012. – 24 с.

²⁰ Налоговый кодекс Российской Федерации от 5 августа 2000 г. № 117-ФЗ (ч. 2) // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2000. – № 32. – Ст. 3340.

²¹ О нефти и газе : Закон Кыргызской Республики от 8 июня 1998 г. № 77 // Ведомости Жогорку Кенеша Кыргызской Республики. – 1998. – № 9. – Ст. 327.

²² Хаммер У. Основы нефтегазового законодательства Норвегии / У. Хаммер // Энергетическое право. – 2012. – № 2. – С. 5–13.

²³ О рынке нефтепродуктов : Закон Республики Молдова от 30 июля 2001 г. № 461-XV // Официальный монитор Республики Молдова. – 2003. – № 76. – Ст. 342.

Резюме

Чередникова Т. М. Поняття нафти та нафтопродуктів як об'єктів правовідносин з поставки.

У статті розглянуто легальні та доктринальні підходи до визначення термінів «нафта», «нафтопродукти» як об'єктів господарських правовідносин з поставки. За результатами детального аналізу нормативно-правових актів та вивчення наукових підходів до визначення сутності нафти та нафтопродуктів як об'єктів економічного обігу виявлено низку суперечностей як суто теоретичного, так і практичного характеру. Встановлено, що саме товарна нафта виступає об'єктом правовідносин з поставки. Обґрунтовано, що сам процес видобування нафти з надр ще не наділяє отриману нафту ознаками товарної продукції, оскільки це лише первісний етап у системі дій щодо створення продукції, яка має вартісний характер та цінову визначеність. Доводиться необхідність впровадження у правовий обіг поняття «товарна нафта», який позначає результат промислової підготовки сирової нафти з метою доведення її до вимог комерційного продукту.

Ключові слова: поставка, нафта сира, нафта товарна, нафтопродукти, товарна продукція.

Резюме

Чередникова Т. Н. Понятие нефти и нефтепродуктов как объектов правоотношений по поставке.

В статье рассмотрены легальные и доктринальные подходы к определению терминов «нефть», «нефтепродукты» как объектов хозяйственных правоотношений по поставке. По результатам детального анализа нормативно-правовых актов и изучения научных подходов к определению сущности нефти и нефтепродуктов как объектов экономического оборота выявлен ряд противоречий как теоретического, так и практического характера. Установлено, что именно товарная нефть выступает объектом правоотношений по поставке. Обосновано, что сам процесс извлечения нефти из недр еще не наделяет полученную нефть признаками товарной продукции, поскольку это лишь первоначальный этап в системе действий по созданию продукции, имеющей стоимостной характер и ценовое выражение. Обосновывается необходимость введения в правовой оборот понятия «товарная нефть», обозначающего результат промышленной подготовки сырой нефти с целью приведения ее в соответствие с требованиями коммерческого продукта.

Ключевые слова: поставка, нефть сырая, нефть товарная, нефтепродукты, товарная продукция.

Summary

Cherednikova T. The Concept of oil and oil products as objects of legal relationship for the supply.

The article considers legal and doctrinal approaches to the definition of the terms “oil” and “oil products” as subjects of economic relations on the supply. According to the results of a detailed analysis of legal acts and scholarly approaches to definition of essence of oil and oil products as objects of economic turnover revealed a number of contradictions as purely theoretical and of a practical nature. It is established that it product oil serves as the object of legal relations on the supply. It is proved that the process of extracting oil from the bowels not germane to the obtained oil traits of commercial products, since it is only the initial stage in the system of action for the creation of products, which has cost the character and value of the expression. The necessity of introduction into the legal turnover notion of “marketable oil”, which denotes the result of the industrial preparation of crude oil for the purpose of bringing it up to the requirements a commercial product that meets quality requirements of national standards.

Key words: supply, crude oil, commodity oil, oil products, commercial products.

Т. В. ШЕЛЬПЯКОВА

*Тетяна Володимирівна Шельпякова, аспірантка
Київського університету права НАН України*

**ЯТРОГЕННА ПАТОЛОГІЯ ТА ЇЇ МІСЦЕ В ПРОФЕСІЙНИХ РИЗИКАХ
У СФЕРІ СТРАХУВАННЯ**

Трансформація загальнолюдських цінностей останніх десятиліть характеризується до певної міри внутрішніми протиріччями гуманістичних напрямів, з одного боку, та раціональними вимогами економічного розвитку, з іншого. Світова економічна доктрина сформулила економіку відповідальності, і у цьому контексті сучасна система охорони здоров'я базується на міцному зв'язку якісно наданої медичної допомоги та економічними вимогами суспільства.

Аналіз світової практики свідчить, що кількість скарг на якість надання медичної допомоги зростає¹. Характеристичним показовими є статистичні дані країн, де сфера охорони здоров'я – серед соціальних пріоритетів держави. Так, у США реєструють близько 14 скарг на 100 лікарів, у Канаді один з кожних 27 лікарів протягом року мав ризик бути притягнутим до відповідальності. За підсумками останніх років загальні збитки з приводу цивільної відповідальності становили 205 мільярдів доларів, значну частину з них займали витрати, пов'язані з цивільною відповідальністю медичних працівників².

Слід враховувати, що медична діяльність водночас характеризується непередбачуваністю наслідків втручання (неможливістю надання певного прогнозу щодо реакції організму пацієнта на лікарські засоби, оперативне втручання та ін.), високими ризиками інвазивного втручання та прогнозованою ятрогенною патологією. Таким чином, з одного боку, необережне або випадкове заподіяння шкоди здоров'ю або життю пацієнта, хоч і вкрай небажано, проте є характерною ознакою медичної діяльності, з іншого, – це передбачувані ятрогенні ризики. І перше, і друге пов'язано з особливостями медичних втручань. Як слушно зазначають А. М. Морозов і А. В. Степаненко, загостренню цієї проблеми сприяють певні характерологічні особливості, притаманні більшості сучасних пацієнтів³. Виділяють як суто медичні, так і психологічні чинники:

- наявність низки нозологій (особливо у пацієнтів похилого віку);
- розлади центральної нервової системи внаслідок хронічного стресу;
- поширення депресивних станів;
- схильність до алергічних реакцій як наслідок застосування товарів побутової хімії та вживання генетично модифікованих продуктів харчування;
- наявність хронічної інфекції (більш ніж у 80 % терапевтичних хворих та 40 % осіб, які вважають себе здоровими);
- поєднання зазначених чинників⁴.

Підкреслимо, що медичні працівники несуть відповідальність не за лікарську помилку, яка може мати ознаки непередбачуваності, а саме за шкоду, заподіяну пацієнту внаслідок цієї помилки. Наявність такої шкоди, її розміри та причинно-наслідковий зв'язок із відповідними діями медичних працівників обґрунтовує потерпіль та визначає суд⁵, у більшості випадків – на підставі висновків клініко-експертної комісії.

Ми змушені розділяти хвилювання наших колег, що проблема лікарських помилок в Україні – одна з найгостріших. Критичність ситуації посилюється тим, що з одного боку конфлікту знаходяться медичні працівники, у більшості випадків бюджетних медичних закладів, які обмежені в можливості здійснення додаткових методів дослідження, що призводить до неможливості передбачити настання несприятливих наслідків для життя та здоров'я від медичного втручання, яке необхідно здійснити. З іншого боку конфлікту – пацієнт, якого не влаштовує якість медичного обслуговування, або ж завищені вимоги до її якості, які виходять поза алгоритм дій, встановлений відповідним клінічним протоколом. Проте часто пацієнт орієнтується не на медичний клінічний протокол, а на медичний стандарт, який визначає відповідну якість надання медичної допомоги, ґрунтуючись на засадах доказової медицини та стандартами ВОЗ, проте який неможливо реалізувати в умовах відсутності належного фінансування сфери охорони здоров'я в цілому та, відповідно, медичного-профілактичного чи лікувального закладу зокрема. Водночас пацієнтів у більшості випадків не влаштовують мізерні компенсації за шкоду, заподіяну їх здоров'ю неадекватним лікуванням або настанням непередбачуваних наслідків, що зумовлені індивідуальними властивостями організму людини.

Пацієнт часто не в змозі через низку об'єктивних і суб'єктивних чинників усвідомити об'єктивну особливість лікарської помилки, якою є неможливість для лікаря будь-якої спеціальності її передбачити, а отже, і запобігти ятрогенній патології. У практиці юристів і медичних працівників до лікарських помилок відносять незлочинну оману лікаря в його професійній діяльності, якщо при цьому виключаються недбалість, несумлінність, самовпевненість, байдужість⁶.

Проблема полягає в тому, що саме поняття лікарської помилки не закріплене в жодному з документів, що регламентують охорону здоров'я. А поза тим дане визначення міститься у відповідній правовій літературі, у якій викладається позиція вчених і практиків і до якої варто дослухатися:

- 1) у світі не існує загальноприйнятого визначення лікарської помилки;
- 2) кримінальні кодекси жодної держави не містять даного визначення;
- 3) юридично найбільш відповідальним моментом є диференціація помилки від елементарного нецтва, недбалості, злочину;
- 4) у медицині є фактор випадковості, який буває важко прогнозувати і який може обумовити непередбачені наслідки;
- 5) проблему лікарських помилок не можна зводити тільки до питань діагностики й лікування;
- 6) у світі не існує держави, лікарі якої не допускають помилок⁷.

З огляду на актуальність порушеного питання протягом останніх років триває дискусія щодо необхідності введення обов'язкового страхування відповідальності у сфері медичної діяльності. Такий механізм, на думку провідних експертів, зможе забезпечити права пацієнтів на отримання адекватної компенсації за шкоду здоров'ю, що була нанесена, а також надасть більшої впевненості медичним працівникам у питанні виплат відшкодування.

На сьогодні в Україні страхування професійної відповідальності медичних працівників здійснюється в добровільній формі на підставі Закону України «Про страхування». Зазначимо, що жодним спеціальним «медичним» нормативно-правовим актом такий вид страхування не передбачений. Будь-яка професійна діяльність містить у собі потенційний ризик нанесення шкоди внаслідок випадкової помилки. Медична діяльність характеризується непередбачуваністю наслідків втручання (неможливість надання впевненого прогнозу стосовно реакції організму пацієнта на ліки, інвазійне втручання та ін.).

Шкода, заподіяна життю та здоров'ю пацієнта при здійсненні професійної діяльності, може бути ненавмисна, випадкова, непередбачена, ймовірна тощо. Необережне або випадкове спричинення шкоди здоров'ю або життю пацієнта хоч і вкрай небажана, проте характерна ознака медичної діяльності, що пов'язана з її особливостями. Априорі, навіть за умов виключно якісного, у вищому ступені кваліфікованого лікування, лікар не завжди може гарантувати сприятливий результат медичного втручання. Кінцеві результати залежать не тільки від медичних, але й багатьох інших факторів: біологічних, генетичних, екологічних, геомагнітних та інших.

Відомо, що лише 20 % помилок медичного персоналу зумовлені особистісними характеристиками (низька кваліфікація, байдужість, недбалість), натомість 80 % викликано рівнем організації лікувально-діагностичного процесу, медичних технологій, забезпеченості медичним обладнанням, реактивами, витратними матеріалами. Власне, ці останні чинники дають найбільшу можливість упередити ятрогенну патологію. Додамо, що у медицині критичних станів до цього додається природна втомленість персоналу при цілодобовому режимі чергування.

Перелік видів обов'язкового страхування в Україні визначено ст. 7 Закону про страхування, а відповідно до останнього абзацу цієї статті механізм запровадження обов'язкових видів страхування, а саме порядок та правила його проведення, форми типового договору та розрахунків, устанавлює Кабінет Міністрів України. У вищезазначеному переліку зазначено декілька видів страхування, які мають безпосереднє відношення до сфери медичної та фармацевтичної професійної діяльності. Зокрема, це:

- медичне страхування (на сьогодні цей вид є добровільним до прийняття відповідного закону про обов'язкове медичне страхування);
- особисте страхування медичних і фармацевтичних працівників (крім тих, які працюють в установах і організаціях, що фінансуються з держбюджету) на випадок інфікування вірусом імунодефіциту людини при виконанні ними службових обов'язків;
- страхування працівників (крім тих, які працюють в установах і організаціях, що фінансуються з держбюджету), які беруть участь у наданні психіатричної допомоги, у тому числі здійснюють догляд за особами, що страждають на психічні розлади;
- страхування медичних та інших працівників державних і комунальних закладів охорони здоров'я та державних наукових установ (крім тих, які працюють в установах і організаціях, що фінансуються з держбюджету) на випадок захворювання на інфекційні хвороби, пов'язаного з виконанням ними професійних обов'язків в умовах підвищеного ризику зараження збудниками інфекційних хвороб;
- страхування професійної відповідальності осіб, діяльність яких може заподіяти шкоду третім особам, за переліком, установленим Кабінетом Міністрів України.

В Україні до переліку обов'язкових видів включено 44 види страхування. Водночас лише менше половини з них реалізовані та діють. Така ситуація свідчить про те, що уряд не має можливості запроваджувати всі регламентовані законом види страхування, оскільки запровадження обов'язкового страхування, як правило, тягне за собою підвищення цін на продукцію та послуги.

Отже, ризик є основним мотиваційним чинником для впровадження страхування професійних ризиків у сфері охорони здоров'я. Водночас ризик є одним із найменш досліджених понять у юридичній науці. На сучасному етапі розвитку юридичної науки, зокрема у кримінальному праві, ризик досліджується в межах інституту обставин, що виключають злочинність діяння. На практиці часто трапляється, що дії осіб, які діяли в стані виправданого ризику для досягнення значної суспільно корисної мети, визнаються неправомірними, та особи, що заподіяли шкоду за таких умов, притягаються до кримінальної відповідальності. Проблема для юриспруденції полягає не в самому факті існування ризикованих ситуацій, а у визначенні критеріїв для розмежування правомірного та неправомірного ризику.

До обставин, які виключають професійну відповідальність лікаря, проте не виключають настання страхового випадку, належить ятрогенна патологія.

У перекладі з грецького (від *iatros* – лікар, *gennum* – створювати, породжувати), ятрогенії можна представити як захворювання, породжені лікарем. Часто під ятрогеніями розуміють усі несприятливі результати медичних втручань, тим самим ототожнюючи їх із поняттям «дефект надання медичної допомоги». У той же час зустрічається помилкове ставлення до ятрогенії як до недбалості медичних працівників, маючи на увазі наявність наміру в ятрогенних діях і необхідність притягнення таких медиків до кримінальної відповідальності. Є прихильники первинного значення поняття ятрогенії, коли під останньою розуміли несприятливі прояви у хворих, викликані реакцією на неправильно інтерпретовані слова лікаря або порушеннями психологічного контакту між пацієнтом і медиком.

Під ятрогенією необхідно розуміти нове, ненавмисно або неминуче виникаюче супутнього захворювання або патологічний стан, що є прямим наслідком якісного проведеного медичного втручання при діагностиці, лікуванні або профілактиці.

Ятрогенне захворювання – не ускладнення, це за механізмом розвитку не зв'язаний з основним захворюванням стан, спричинений медичним втручанням, необхідним при основному захворюванні. Важливо зазначити, що дії медичного працівника при ятрогенії характеризуються відсутністю наміру спричинити ятрогенію. Варто вказати, що патологічні реакції можуть бути викликані як неправильними, так і правильними в своїй основі медичними діями. Як приклади:

- пошкодження ребер при непрямому масажі серця з метою збереження життя;
- порушення цілісності тканини печінки при діагностичній біопсії.

За даними ВООЗ, ятрогенії зустрічаються у 20 % хворих і становлять 10 % в структурі госпітальної смертності. Наявною є парадоксальна діалектична ситуація, коли разом з безперечною користю медицина може породжувати наслідки ще більш негативні, ніж основне захворювання. Залишення інструментів в організмі після операції, внутрішньолікарняне інфікування, лікарські алергії, післяопераційні захворювання – ось далеко не повний перелік ситуацій, при яких необхідно враховувати ятрогенні чинники.

Серед причин ятрогенії необхідно розрізняють об'єктивні і суб'єктивні фактори. До перших належать:

- недосконалість самої медицини;
- невиліковність тієї або іншої патології на сьогоднішній день наявним арсеналом медичних засобів;
- необхідність здійснення інвазивних процедур для підтвердження чи спростування діагнозу.

Суб'єктивні причини виникнення ятрогенних захворювань найчастіше пов'язані з індивідуальними якостями медичного працівника. Йдеться про:

- недостатність професійних навиків медичного працівника;
- невміння правильно зібрати інформацію про захворювання пацієнта;
- незацікавленість в оцінці стану хворого;
- інші чинники, які цілком залежать від самого лікаря.

Найоптимальнішою і визнаною серед медичної громадськості класифікацією ятрогенії можна вважати запропоновану патологоанатомом, професором В. Некачаловим (1998 р.). Відповідно до неї виділяють три категорії ятрогенії:

I – патологічні процеси, що патогенетично не пов'язані з основним захворюванням або його ускладненням і не відіграють істотної ролі в загальній танатологічній оцінці випадку;

II – патологічні процеси, що обумовлені медичним впливом, проведеним за показаннями і виконаним правильно;

III – патологічні процеси, незвичайні смертельні реакції, зокрема обумовлені неадекватними, помилковими або неправильними медичними діями, такими, що з'явилися причиною летального результату.

Підсумовуючи викладене вище, ми дотримуємося позиції, що ятрогенія повинна бути врахована і набути відповідного законодавчого закріплення у страховому законодавстві. При впровадженні обов'язкового соціального медичного страхування та при розробці пакета документів, які передбачають страхування професійних ризиків лікарів, ятрогенія має бути відправною точкою балансування у конфлікті між пацієнтом і медичним працівником.

¹ Глуховский В. В. Обзор международного опыта по реализации прав граждан и пациентов на качественную медицинскую помощь: Великобритания / В. В. Глуховский // Главный врач. – 2002. – № 8. – С. 64–66.

² Грищенко Н. Б. Страхование профессиональной ответственности в современной экономике: предпосылки, проблемы и перспективы развития / Н. Б. Грищенко // Экономика здравоохранения. – 2004. – № 3. – С. 11–14.

³ Професійна відповідальність лікаря: досвід зарубіжних країн // Український нейрохірургічний журнал. – 2014. – № 4. – С. 88–92.

⁴ Берлов А. Психологические особенности современного пациента / А. Берлов // Врач. – 2003. – № 9. – С. 64.

⁵ Степанов Е. М. Профессиональные и юридические вопросы врачебных ошибок / Е. М. Степанов // Экономика здравоохранения. – 2002. – № 2. – С. 38–39; Фили Ф. Г. Основы законодательного и нормативного регулирования ответственности врача за нанесение вреда здоровью пациента вследствие халатности: США, Великобритания и Канада / Ф. Г. Фили, У. К. Маринер // Вопросы экономики и управления для руководителей здравоохранения. – 2003. – № 5. – С. 68–86.

⁶ Эльштейн Н. В. Медицинская этика и современность / Н. В. Эльштейн // Клиническая медицина. – 2000. – Т. 78. – № 11.

⁷ Эльштейн Н. В. Современный взгляд на врачебные ошибки / Н. В. Эльштейн // Терапевт. – 2005. – № 8.

Резюме

Шельпякова Т. В. Ятрогенна патологія та її місце в професійних ризиках у сфері страхування.

Стаття присвячена проблемам визначення, впливу та місця ятрогенної патології в сфері страхування. Автором аналізується правова природа лікарських помилок, ятрогенної патології та очікування пацієнтів щодо якості надання медичних послуг.

Ключові слова: страхування, охорона здоров'я, ризики, ятрогенія.

Резюме

Шельпякова Т. В. Ятрогенная патология и ее место в профессиональных рисках в сфере страхования.

Статья посвящена проблемам определения, влияния и места ятрогенной патологии в сфере страхования. Автором анализируется правовая природа врачебных ошибок, ятрогенной патологии и ожидания пациентов относительно качества предоставления медицинских услуг.

Ключевые слова: страхование, здравоохранение, риски, ятрогенія.

Summary

Shelpaikova T. Iatrogenic pathology and its place in the professional risks in the sphere of insurance.

The article is sanctified to the problems of determination, influence and place of paratherapeutic (iatrogenic) pathology in the sphere of insurance. An author is analyse legal nature of malpractices, iatrogenic pathology and by expectation of patients in relation to quality of grant of medical services.

Key words: insurance, health care, risks, management risks, iatrogenesis.

УДК 347.7

Ю. Л. БОШИЦЬКИЙ

Юрій Ладиславович Бошицький, професор, заслужений юрист України, ректор Київського університету права НАН України

ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК СТВОРЕННЯ, ОХОРОНИ ТА ЗАХИСТУ ОБ'ЄКТІВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В КОНТЕКСТІ ПОТРЕБ СТАЛОГО РОЗВИТКУ УКРАЇНИ

Останні кілька десятиліть поставили людство перед необхідністю переосмислення ролі сталого розвитку у сучасних міжнародних відносинах. Світ все більше стикається із глибокими проблемами екологічного та економічного характеру. Вирішити їх одноосібно стає обтяжливо, а інколи й взагалі неможливо. Саме тому питання сталого розвитку посідає окреме місце у міжнародному праві.

Визначення національної парадигми і стратегії сталого розвитку України відбувається під впливом сучасних світових тенденцій економічного розвитку на благо нинішнього покоління, але не за рахунок шкоди для майбутніх поколінь.

Поява у другій половині ХХ ст. цього питання була зумовлена відповідним розвитком міждержавних відносин. Спільні дії як розвинених держав, так і тих, що розвиваються, в ООН, ГАТТ/СОТ, ЮНКТАД і ЮНІДО та інших міжнародних організаціях дали змогу прийняти такі важливі документи, як Принципи міжнародних торговельних відносин і торговельної політики, що сприяють розвитку (1964 р.), Декларація і Програма дій зі встановлення Нового міжнародного економічного порядку (1974 р.), Хартія економічних прав і обов'язків держав (1974 р.), Лімська декларація і Програма дій з промислового розвитку і співробітництва (1975 р.), «Порядок денний на ХХІ століття» (1992 р.)¹, Декларація Тисячоліття ООН (2000 р.)², Йоханнесбурзька декларація³ та План реалізації рішень Всесвітнього саміту ООН зі сталого розвитку (2002 р.), «Майбутнє, якого ми прагнемо» (2012 р.)⁴.

Важливо, що згадані міжнародні акти закріпили систему універсальних норм, яка комплексно регулює значну частину міждержавних відносин. Дотримання вищезгаданих міжнародно-правових документів має на меті перебудову сучасних міжнародних відносин і закріплення інтересів усіх держав незалежно від рівня розвитку, соціальної системи, політичної значущості чи географічної величини.

Сталий розвиток – комплексне питання, що охоплює системно економічні, соціальні, екологічні сфери, права людини. В основі державного регулювання національної економіки полягає макроекономічна політика держави. К. Р. Макконнелл та С. Л. Брю до загальноприйнятих цілей національної економічної політики відносять стале економічне зростання, яке визначає рівень життя населення; підвищення економічної ефективності виробництва на основі досягнення науково-технічного прогресу, що веде до зменшення рівня витрат; економічну свободу; високий рівень зайнятості населення; відтворення й зростання людського, соціального та політичного капіталу тощо.

Сталий розвиток може бути досягнутий на основі: створення умов для здорового життя, збереження екосистем, соціального партнерства, подолання бідності, побудови ефективної економіки і реалізації правосуддя⁵. Лише поєднання комплексу природоохоронних, економічних і соціальних рішень здатне слугувати інтересам розвитку.

2015 р. – середина строку виконання Європейським Союзом амбітного плану «Європа 2020», який розглядається як стратегія соціально-економічного розвитку Європейського Союзу на період до 2020 року. Цей документ прийнято Європейською Радою навесні 2010 р., коли Старий світ, як і більшість держав, оговтувалися від глобальної фінансової кризи, яка ще й досі лихоманить окремі країни-члени ЄС. Документ, прийнятий у такий непростий час, мав задати чіткий вектор руху європейських країн до соціально-економічного благополуччя, а отже, і гідного життя європейців, шляхом подолання бідності та безробіття. Проте в нових реаліях, які виникли останнім часом, він вимагає коректив.

Наша держава теж не стоїть осторонь загальносвітових процесів. За роки незалежності в Україні було

здійснено кілька спроб створити та затвердити на законодавчому рівні Концепцію сталого розвитку країни, жодна з яких не увінчалась успіхом. Запропоновані проекти Концепції відображені у таких офіційних документах: 1. Проект Закону про Концепцію сталого розвитку України (№ 3234 від 25 квітня 2001 р.)⁶, заслухано на засіданні Верховної Ради України 7 березня 2002 р. та не прийнято. 2. Проект Закону про Концепцію переходу України до сталого розвитку (№ 3234-1 від 19 грудня 2001 р.)⁷, заслухано на засіданні Верховної Ради України 7 березня 2002 р. та не прийнято. 3. Проект постанови про Концепцію переходу України до сталого розвитку (№ 5749 від 2 липня 2004 р.)⁸, питання розглянуто на засіданні Верховної Ради України, проект не підтримано (6 жовтня 2005 р.). Крім того, були напрацьовані проекти концепцій, котрі не дійшли до стадії проекту закону. Серед них слід зазначити ще один «Проект Концепції переходу України до сталого розвитку», який був розроблений НАН України та направлений до Кабінету Міністрів України у 2012 році⁹.

Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020», яка була схвалена Указом Президента України від 12 січня 2015 р. № 5/2015¹⁰ і визначає мету, вектори руху, дорожню карту, першочергові пріоритети та індикатори належних оборонних, соціально-економічних, організаційних, політико-правових умов становлення та розвитку України, передбачає в рамках названих чотирьох векторів руху реалізацію 62 реформ та програм розвитку держави: за вектором розвитку, за вектором безпеки, за вектором відповідальності, за вектором гордості. Стратегією передбачається й широка комплексна реформа захисту інтелектуальної власності.

У цьому контексті зазначимо, що розбудова України, враховуючи сучасні реалії економічних, соціальних та військових викликів, неможлива без концентрації зусиль щодо пошуку шляхів розвитку та модернізації вітчизняної економіки. Такий розвиток, як правило, все більше спирається на створення та впровадження в господарській і соціальній інфраструктурі різнопланових об'єктів інтелектуальної власності, охорону й захист прав вчених, інженерів, винахідників у цій сфері. Досвід країн із розвинутою економікою підтверджує, що інтелектуальна діяльність, новаторство та креативність технічних рішень здебільшого визначають стратегію і тактику стрімкого і комплексного розвитку держави, її високий технічний рівень виробництва, інтеграцію наукової, технологічно складової промисловості.

Організація дієвої системи правозастосування в процесі створення та використання об'єктів інтелектуальної власності прямо впливає на розбудову національних науково-технологічних та науково-технічних сфер життя держав, підвищення їх інвестиційного іміджу, запровадження сприятливих інноваційних кліматів. Тому збереження, зміцнення і розвиток інтелектуального потенціалу нашої держави віднесено до пріоритетних інтересів України.

Українським є пошук шляхів створення ефективної інноваційної системи, яка спроможна забезпечити технологічну модернізацію національної економіки, підвищити її конкурентоспроможність на основі передових технологій. Необхідно удосконалити ринок прав на результати інтелектуальної діяльності, державну систему правової охорони інтелектуальної власності та перетворити науковий потенціал країни на дієвий ресурс економічного зростання. Визнання інтелектуальної діяльності такою, що забезпечує успішний розвиток усіх інших форм суспільно корисної діяльності, зумовлює необхідність зосередити державні можливості – творчий потенціал, матеріальні ресурси, кошти тощо на всебічному розвитку інтелектуальної діяльності.

Як свідчить статистика, сьогодні причина більшості порушень прав інтелектуальної власності має економічний характер і лежить у монополізмі цього права. Тільки монополіст-правоволоділець має абсолютні права на конкретний об'єкт інтелектуальної власності, володіє правом на використання такого об'єкта, має можливість монополювати встановлювати завищені ціни не лише на об'єкт інтелектуальної власності, а й на товар, в якому втілено такий об'єкт. Порушники прав інтелектуальної власності, здійснюючи продаж контрафактних товарів, намагаються отримати більші прибутки внаслідок проведення демпінгової цінової політики. Так, зменшуючи ціну на контрафактну продукцію і збільшуючи обсяги виробництва, вони можуть отримувати додаткові доходи, в той час як правовласники такої можливості не мають. Саме тому заходи цивільної, адміністративної і кримінальної юридичної відповідальності не можуть дати позитивних наслідків без урахування дії економічних законів. Тому інтелектуальна власність може виступати не тільки двигуном, але й певним гальмом для суспільного розвитку. Підтвердженням цього є те, що інтелектуальна власність, починаючи з продуктів харчування, ліків, технічних засобів і закінчуючи моделями міжнародного розвитку та комунікаційною структурою Інтернету впливає на розвиток суспільства.

Права інтелектуальної власності не є кінцевими по суті, вони повинні тільки забезпечити децентралізовану систему інновацій у науці та культурі. Тому законодавство у сфері інтелектуальної власності й має комплексний характер. Регулюючи режим того чи іншого об'єкта інтелектуальної власності, воно, як правило, включає положення цивільного, фінансового, адміністративного, конституційного, процесуального законодавства тощо. У свою чергу, право інтелектуальної власності загалом в цілому і кожен із його об'єктів зокрема мають той чи інший зв'язок з різними галузями права, здійснюючи певний взаємний вплив.

Оптимізація правового регулювання інтелектуальної власності, створення умов для впровадження результатів наукових розробок в економіку повинні стати пріоритетом України. Криза в країні, незаінтересованість і відсутність можливостей у використанні об'єктів інтелектуальної власності призвели до зменшення фінансування вітчизняної науки, до зниження комерційного інтересу до проведення фундаментальних наукових досліджень, оскільки ставить науковий результат вченого у пряму залежність від обсягів фінансування. Активізація творчої інтелектуальної діяльності людини в Україні сьогодні, вимагає, серед інших, еко-

номічних рушійних чинників, переосмислення ставлення до винахідницької діяльності, формування у суспільній свідомості її престижності.

До дуже важливих, але не цілком вирішених спеціальних питань, належить проблема правового режиму службових винаходів. Дана сфера є надзвичайно актуальною для будь-якої держави з позиції забезпечення її суверенітету та недоторканності стратегічного інтелектуального капіталу. Сьогодні на часі визначення правового режиму винаходів та інших об'єктів промислової власності, що створюються за сприяння роботодавця. Необхідні новий ринковий підхід і осмислення висхідних положень, потрібен також пошук компромісу, в результаті якого мають справедливо враховуватися інтереси винахідника, роботодавця та держави. Такою сферою є інноваційна політика держави.

Пріоритетним завданням України в сфері управління інтелектуальною власністю є комерціалізації її об'єктів у результаті інноваційної діяльності, яка регулюється Законом України «Про інноваційну діяльність»¹¹. Інноваційна діяльність має на меті впровадження досягнень науково-технічного прогресу у виробництво й соціальну сферу, що включає: випуск та розповсюдження принципово нових видів техніки і технології, прогресивні міжгалузеві структурні зрушення, реалізацію довгострокових науково-технічних програм з великими строками окупності витрат; фінансування фундаментальних досліджень для здійснення якісних змін у стані продуктивних сил; розробку і впровадження нової, ресурсозберігаючої технології, призначеної для поліпшення соціального й екологічного становища. Держава сприяє інноваційній діяльності технологічних парків у формі державної фінансової підтримки та цільового фінансування проектів технологічних парків. Для реалізації проектів технологічних парків їх учасникам та спільним підприємствам, що виконують їхні проекти, державою надаються відповідні пільги.

Головною метою державного регулювання інноваційної діяльності та проведення державної інноваційної політики повинно бути створення соціально-економічних, організаційних і правових умов для ефективного відтворення, розвитку й використання науково-технічного потенціалу країни, забезпечення впровадження сучасних екологічно чистих, безпечних, енерго- та ресурсозберігаючих технологій, виробництва та реалізації нових видів конкурентоспроможної продукції.

Стосовно проблем вдосконалення законодавства в сфері інтелектуальної діяльності, то слід наголосити на необхідності постійного реагування на відповідний науковий поступ, оскільки нормативний масив законодавства в сфері інтелектуальної власності повинен не лише відповідати вимогам сьогодення, а й спиратися на відповідну наукову доктрину, що дає змогу робити таке регулювання прогностичним.

Насамперед необхідним є удосконалення нормативно-правової бази інтелектуальної власності та механізмів захисту прав у цій сфері. Потребує приведення у відповідність актів національного законодавства між собою та із загальним законодавством України, забезпечення лібералізації, спрощення, прискорення, максимальної зручності для заявників процедур набуття прав на об'єкти інтелектуальної власності. Також необхідне законодавче посилення відповідальності за порушення прав інтелектуальної власності, вдосконалення правового регулювання економічних аспектів права інтелектуальної власності, в тому числі системи сплати зборів і мита за дії, пов'язані з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності, вдосконалення правового регулювання механізмів економічного стимулювання творчості тощо.

На часі необхідність удосконалення процедур захисту прав авторів та володільців виключних прав інтелектуальної власності. Надзвичайно важливою залишається також підготовка спеціалістів із питань інтелектуальної власності та поширення знань, рівня культури й освіти у зазначеній сфері. У цій площині важлива роль належить сучасним телекомунікаційним засобам, які могли б забезпечити публічні інформаційні акції щодо роз'яснення негативних наслідків неправомірного використання об'єктів права інтелектуальної власності.

Особливої уваги потребують заходи з підготовки наукових кадрів у сфері інтелектуальної власності, запровадження різних форм і методів підготовки й підвищення кваліфікації різних соціальних категорій – патентних повірених, керівників підприємств, установ та організацій, працівників органів державної влади, місцевого самоврядування, які в силу службових обов'язків причетні до сфери управління інтелектуальною власністю. Це і пропаганда знань у сфері інтелектуальної власності з метою охоплення навчанням різних категорій населення, насамперед шкільної молоді, і удосконалення нормативно-правової бази діяльності патентних повірених, підвищення кваліфікації суддів, які розглядають справи з питань інтелектуальної власності тощо.

Зазначені можливості впливатимуть і на проблеми охорони інтелектуальної власності в Україні, на розробку стратегії довгострокового розвитку інтелектуальної власності, належну координацію діяльності органів державного управління та ефективність діяльності структур, що забезпечують захист цих прав.

Слід зазначити, що тривалий час в Україні не врегульовані належним чином відносини з охорони прав на наукові відкриття, бази даних, породи тварин, раціоналізаторські пропозиції, комерційні таємниці, комерційні найменування, діяльності представників у справах інтелектуальної власності тощо. Також не отримали належного врегулювання відносини стосовно об'єктів права інтелектуальної власності, створених під час виконання державного замовлення, у тому числі оборонного. У національному законодавстві відсутня відповідальність за подання заявок на винаходи в іноземні держави без попереднього подання таких заявок в Україні.

Зазначені вище та інші питання *свідчать про те, що основні проблеми якості законодавства України про інтелектуальну власність виникли через проблеми правовідносин щодо інтелектуальної власності, які породжені здебільшого діями та бездіяльністю відповідних центральних органів виконавчої влади.*

Все це вимагає вирішення ряду питань заради формування повноцінної сучасної національної системи інтелектуальної власності. Її розбудова має здійснюватися за принципами суспільних інтересів, відкритості державного управління громадському контролю та забезпеченню його прозорості, відповідності правового механізму охорони й захисту прав інтелектуальної власності сучасним викликам інформаційного середовища. Такі чинники формують стратегію розвитку національної системи інтелектуальної власності, яка виступає у поєднанні політичних, інституційних, технологічних економічних, правових, інноваційних, освітньо-наукових та культурологічних складових. А концептуальні засади розвитку інтелектуальної власності мають виходити із розуміння нашим суспільством формування себе як інтелектуальної нації, тобто нації, наділеної інтелектуальним потенціалом, нації, спроможної розв'язувати завдання світового рівня.

Суспільство має також розуміти велику роль виховання культури ІВ, за якого усі представники громадянського суспільства усвідомлюють позитивний вплив прав ІВ на економічний, культурний та соціальний розвиток, прогрес внутрішньої та зарубіжної торгівлі, іноземні інвестиції та передачу технологій тощо. Адже через культуру ІВ уряд України та компетентні урядові органи повинні намагатися підвищити якість і рівень життя, виступаючи за інтенсивне використання ІВ як інструменту економічного зростання.

Так, 20 березня 2015 р. Україна підписала угоду з Європейським Союзом про участь у рамковій програмі ЄС з наукових досліджень та інновацій «Горизонт 2020». Дана угода повинна змінити концептуальне ставлення до інтелектуальної власності та її авторів. Це рамкова програма ЄС з досліджень та інновацій з загальним фондом близько 80 млрд євро. Мета програми – розвиток економіки, побудованої на зв'язку між науковими дослідженнями та інноваціями, а також «перенесення наукових ідей з лабораторій до ринку». Серед пріоритетних дослідницьких напрямів – підвищення конкурентоспроможності виробництва, розвиток ІКТ, нано- та біотехнологій, нового матеріалознавства, космічної галузі, а також пошук відповідей на найбільш гострі соціальні виклики в сфері охорони здоров'я, демографії, екології, сільського господарства та енергетики.

Асоційоване членство України означає можливість використовувати фінансовий потенціал програми, розробляти власні проєктні пропозиції, формувати наукові консорціуми та отримувати фінансування як координатори проєктів.

Участь України в «Горизонті 2020» допоможе значно підвищити рівень залучення українських науковців, університетів, науково-дослідних організацій до спільних європейських наукових досліджень, а також створить основу для структурних реформ у науково-інноваційній сфері України.

Повноцінне використання можливостей програми «Горизонт 2020» можливе лише за умови тісної співпраці влади, академічної спільноти та бізнесу.

Інший законопроект, який може змінити ментальність та ставлення до прав авторів об'єктів інтелектуальної власності – це проєкт закону про наукову та науково-технічну діяльність. Даний законопроект у разі його прийняття створить доступ до фінансування наукових досліджень не тільки для певних інституцій, а й для колективів науковців та навіть для індивідуальних учених. А також змінить систему фінансування наукових досліджень, збільшить частину грантового фінансування, яке буде розподілятися через Національний фонд досліджень і головне, що це буде відбуватися за прозорими критеріями. Зміниться система управління наукою, буде створено національну раду з питань науки і технологій, яка матиме два комітети: науковий та адміністративний. Це сприятиме тому, щоб влада почула науковців, винахідників. Цей закон надасть пріоритети для розвитку наукових досліджень в університетах, винахідництву, ним передбачено участь молодих учених у формуванні наукової та науково-технічної політики. У державних наукових установах та державних університетів, академій, інститутів з'явиться право бути співзасновниками господарських товариств з метою використання об'єктів права інтелектуальної власності.

Враховуючи значення вищезазначених документів, для покращення стану правовідносин у сфері інтелектуальної власності, приведення їх у відповідність до сучасних тенденцій розвитку суспільства, забезпечення виконання взятих Україною міжнародних зобов'язань, зокрема перед Європейським Союзом, та визначення національної стратегії розвитку сфери інтелектуальної власності необхідно здійснити ряд заходів. По-перше, слід розробити *стратегію* розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні за широкої участі громадськості і засобів масової інформації. По-друге, необхідно внести зміни до Митного кодексу України щодо впровадження положень ст.ст. 51–53 Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності, які регулюють відносини щодо захисту прав на митному кордоні. По-третє, модернізувати законодавство України з охорони винаходів та корисних моделей, промислових зразків, знаків для товарів і послуг, зазначень походження товарів в частині визначення недобросовісних дій заявників як підстави для відмови у набутті прав інтелектуальної власності. По-четверте, необхідні зміни до Податкового кодексу України, Бюджетного кодексу України, законів, що регулюють питання бухгалтерського обліку та оцінки нематеріальних активів, з метою узгодження їх положень, що стосуються сфери інтелектуальної власності, зі спеціальним законодавством у цій сфері з урахуванням результатів імплементації європейських норм.

Слід зазначити, що забезпечення національних інтересів щодо правової охорони географічних зазначень потребує взаємодії між відповідними центральними органами виконавчої влади з виявлення видових назв товарів та географічних зазначень, які використовуються в Україні, із залученням до цього процесу профільних асоціацій та громадськості. Також необхідно прийняти закон щодо врегулювання особливостей відносин, що виникають стосовно об'єктів права інтелектуальної власності, створених під час виконання дер-

жального замовлення, у тому числі державного оборонного замовлення. Слід забезпечити і правове регулювання відносин щодо правової охорони раціоналізаторських пропозицій. Інше важливе завдання – це розробка методики розрахунку розміру матеріальної шкоди, завданої в результаті порушення прав інтелектуальної власності, у тому числі незаконного використання об'єктів права інтелектуальної власності, з метою застосування єдиного підходу правоохоронних органів, прокуратури, експертних органів і судів до кваліфікації правопорушень та притягнення винних осіб до юридичної відповідальності.

Резюмуючи все викладене вище, при реалізації широкого кола питань сталого розвитку в Україні слід враховувати також і широкий спектр глобальних тенденцій і пов'язаних із ними ризиків та загроз на майбутнє. Пріоритети сталого розвитку потребуватимуть здійснення структурних змін в нашій національній економіці, вимагатимуть формування *високого рівня культури ставлення до науки та освіти, вітчизняних вчених, винахідників та раціоналізаторів, авторів і патентовласників*, до знань про інтелектуальну власність, до застосування системного, багатогалузевого й зваженого підходу до питань сфери інтелектуальної власності. Все це, задля ефективності результату та успіху, має базуватися на плідному фаховому і продуктивному співробітництві на всіх рівнях державного устрою та суспільства з метою забезпечення й зміцнення національної системи інтелектуальної власності.

¹ Денисов В. Н. Принципи міжнародного права / В. Н. Денисов // Юридична енциклопедія : в 6 т. / [ред. кол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін.]. – К. : Вид-во «Українська енциклопедія» імені М. П. Бажана, 1998–2004. – Т. 5: П–С. – 2003. – С. 126–128; Також додатково див.: Декларация про встановлення Нового міжнародного економічного порядку // Международное право в документах : учеб. пособие / [сост.: Н. Т. Блатова, Г. М. Мелков]. – [5-е изд., перераб. и доп.]. – М. : ООО Полиграф Опт, 2004. – С. 321–325; Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций от 24 октября 1970 г. // Действующее международное право : в 3 т. / [сост.: Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова]. – М. : Изд-во Московского независимого ин-та международного права, 1996–1997. – Т. 1. – 1996. – С. 65–73; Хартия экономических прав и обязанностей государств от 12 декабря 1974 г. // Действующее международное право : в 3 т. / [сост. Ю. М. Колосов и Э. С. Кривчикова]. – М. : Издательство Московского независимого института международного права, 1996–1997. – Т. 3. – 1997. – С. 135–145.

² Декларация тысячелетия ООН, утверждена резолюцией 55/2 Генеральной Ассамблеи от 8 сентября 2000 года : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_621

³ Йоханнесбургская декларация по устойчивому развитию от 4 сентября 2002 г. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/pdf/decl_wssd.pdf

⁴ Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей 27 июля 2012 года 66/288 «Будущее, которого мы хотим» : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/476/12/PDF/N1147612.pdf?OpenElement>

⁵ Узагальнююча доповідь Генерального секретаря з порядку *денного* в галузі *розвитку* стійкого розвитку на період після 2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/A_69_700_RU.pdf

⁶ Проект Закону про Концепцію сталого розвитку України № 3234 від 25.04.2001 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?skl=4&pf3516=3234

⁷ Проект Закону про Концепцію переходу України до сталого розвитку № 3234-1 від 19.12.2001 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=11647

⁸ Проект Постанови про Концепцію переходу України до сталого розвитку № 5749 від 02.07.2004 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=5749&skl=5

⁹ Мартюшева О. О. Проекты концепции сталого розвитку України: можливість їх вдосконалення та застосування. Аналітична записка / О.О. Мартюшева : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.niss.gov.ua/articles/1566/>

¹⁰ Стратегія сталого розвитку «Україна–2020», схвалена Указом Президента України від 12 січня 2015 року № 5/2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5/2015>

¹¹ Закон України «Про інноваційну діяльність» // www.rada.gov.ua

Резюме

Бошицький Ю. Л. Взаємозв'язок створення, охорони та захисту об'єктів інтелектуальної власності в контексті потреб сталого розвитку України.

У статті розглядаються питання ролі сталого розвитку в сучасних міжнародних відносинах, першочергові пріоритети соціально-економічних, організаційних, політико-правових умов становлення та розвитку України через призму створення та охорони об'єктів інтелектуальної власності, комплексна реформа захисту інтелектуальної власності.

Акцентується увага на тому, що інтелектуальна діяльність, новаторство та креативність технічних рішень здебільшого визначають стратегію і тактику стрімкого і комплексного розвитку держави, її високий технічний рівень виробництва, інтеграцію наукової, технологічної складової промисловості.

Пропонуються шляхи створення ефективної інноваційної системи, яка спроможна забезпечити технологічну модернізацію національної економіки, підвищити її конкурентоспроможність на основі передових технологій, обґрунтовується необхідність удосконалення ринку прав на результати інтелектуальної діяльності, державну систему правової охорони інтелектуальної власності та перетворення наукового потенціалу країни в дієвий ресурс економічного зростання.

Ключові слова: сталий розвиток, модернізація національної економіки, створення, охорона, захист об'єктів інтелектуальної власності, законодавство у сфері інтелектуальної власності, інноваційна політика держави.

Резюме

Бошицкий Ю. Л. Взаимосвязь создания, охраны и защиты объектов интеллектуальной собственности в контексте потребностей устойчивого развития Украины.

В статье рассматриваются вопросы роли устойчивого развития в современных международных отношениях, первоочередные приоритеты социально-экономических, организационных, политико-правовых условий для становления и развития Украины через призму создания и охраны объектов интеллектуальной собственности, комплексная реформа защиты интеллектуальной собственности.

Акцентируется внимание на том, что интеллектуальная деятельность, новаторство и креативность технических решений в основном определяют стратегию и тактику стремительного и комплексного развития государства, его высокий технический уровень производства, интеграцию научной, технологической составляющей промышленности.

Предлагаются пути создания эффективной инновационной системы, которая способна обеспечить технологическую модернизацию национальной экономики, повысить ее конкурентоспособность на основе передовых технологий, обосновывается необходимость совершенствования рынка прав на результаты интеллектуальной деятельности, государственную систему правовой охраны интеллектуальной собственности и преобразования научного потенциала страны в действенный ресурс экономического роста.

Ключевые слова: устойчивое развитие, модернизация национальной экономики, создание, охрана, защита объектов интеллектуальной собственности, законодательство в сфере интеллектуальной собственности, инновационная политика государства.

Summary

Boshytskyi Y. Interrelationship of Intellectual Property Objects Creation, Protection and Defense within the Sustainable Development Needs of Ukraine.

The article deals with the issues of the sustainable development role in modern international relations, overriding priorities of social and economical, organizational, political and legal conditions of Ukrainian development from the point of view of intellectual property objects creation and protection, a complex reform of intellectual property protection.

The author emphasizes that intellectual activity, inventiveness and creativity of technical decisions mostly determine the strategy and tactics of the fast and complex state development, its high technical production level, integration of scientific and technological constituencies of industries.

The research suggests ways of creating an efficient innovative system, able to ensure technological modernization of the national economy, to improve its competitiveness on the basis of advanced technologies, reasoning the necessity of improving the intellectual activity results rights market, the state system of intellectual property legal protection and the state scientific potential transformation into the effective economical growth resource.

Key words: sustainable development, the national economy modernization, intellectual property objects creation, protection and defense, intellectual property legislation, the state innovative policy.

УДК 347.77

Р. Б. ШИШКА

Роман Богданович Шишка, доктор юридичних наук, завідувач сектору Київського університету права НАН України

ЩОДО СТАТТІ 432 ЦК УКРАЇНИ

У ст. 432 ЦК України «Захист права інтелектуальної власності судом» передбачено право на захист порушених прав інтелектуальної власності в суді та ті, рішення, які вправі винести суд за позовом чи заявою повивача. Звертає на себе увагу та обставина, що назва цієї статті не зовсім коректна, оскільки: 1) суд при розгляді цивільних справ повинен дотримуватися вимог позивача, а назва відображає активність самого суду і вибір застосовуваних видів захисту порушених прав інтелектуальної власності чи, підкреслимо, загрози їх порушення; 2) потерпілий чи уповноважена ним особа за такими діями може звернутися не тільки до суду, зокрема стосовно разового стягнення замість відшкодування збитків. Вимагати зупинення пропуску через митний кордон України товарів, експорт чи імпорт яких здійснюється з порушенням прав інтелектуальної власності, потерпілий, чи особа, якій про це стало відомо, може і від відповідного митного органу.

Окрім того, є певні зауваження щодо окремих видів: 1) якщо в генеральній для захисту порушених цивільних прав і охоронюваних законом інтересів ст. 16 ЦК йдеться про способи захисту цивільних прав, то не досить зрозуміло, про які засоби говорить у п. 1 ч. 2 ст. 432 ЦК; 2) чи всі з них за галузевою приналежністю є матеріально-правовими та цивільно-правовими, зокрема, що передбачені у пп. 1–5 ч. 2 цієї статті; 3) як у рамках цивільного судочинства та його строків можна зупинити пропуск товарів, що переміщуються з порушенням прав інтелектуальної власності через митний кордон за нинішніх нормативів

вчинення митного контролю?; 4) наскільки ці способи взагалі охоплюються цивільним правом та його предметом?

Тож твердження, що «способи захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів, наведені у ст. 432 ЦК України, яка проголошує, що кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого права інтелектуальної власності відповідно до ст. 16 цього Кодексу»¹, є справедливим лише частково. Недарма ця стаття є проміжно-орієнтуючою чи транзитною і не витримує конкуренції із інституційними способами захисту права інтелектуальної власності. До того ж загальновідомо: якщо є загальна і спеціальна норми, то використовується остання, а якщо вона не суперечить загальній – то загальна.

Не можна претендувати на «одкровення» при відповідях на поставлені запитання та виявлені невідповідності, тим паче, що на це звертали увагу І. І. Дахно, В. І. Жуков, В. М. Крижна, О. А. Підпригора, О. Д. Святоцький та інші. Проте частина їх запитань та зауважень залишилась не почутими законодавцем та не реалізованими. Можна солідаризуватися із А. С. Штефан у тому, що «... поділ способів захисту прав на загальні й спеціальні не можна не піддати критиці: з нашої точки зору, жоден із загальних способів захисту не може застосовуватися до всіх без винятку цивільних прав, зокрема, авторського права та суміжних прав; застосування тих чи інших способів захисту завжди визначається індивідуально, виходячи із характеру авторського права і суміжних прав, ступеня їх порушення»². Тож не дивно, що залишаються «всі підстави стверджувати, що захист прав інтелектуальної власності не відповідає сучасним вимогам. Він не забезпечує надійного і ефективного захисту інтелектуальної власності»³.

Дійсно, цивільно-правовий захист права власності насамперед полягає в застосуванні таких юридичних механізмів (засобів чи способів), які забезпечують усунення перешкод у здійсненні права власності та відновлення майнового становища потерпілого власника за рахунок майнових благ порушника чи іншої зобов'язаної особи. Він може застосовуватися поряд із адміністративно-правовим та кримінально-правовим захистом. Проте досить часто потерпіла від публічного правопорушення особа, як і суспільство, не заінтересовані у притягненні злочинця до кримінальної відповідальності, а погоджуються на компенсаторні способи: відшкодуванні завданих матеріальних збитків, одноразову компенсацію. Це – специфіка та переваги цивільно-правового захисту прав інтелектуальної власності.

Нагадаємо про цікавий підхід у Модельному Кодексі інтелектуальної власності для держав – учасників СНД⁴. Так його ст. 21 встановила, що будь-яка особа має право на захист своїх особистих немайнових і (чи) майнових прав інтелектуальної власності та може звернутися в суд або в інші уповноважені органи відповідно до їх компетенції за захистом свого права інтелектуальної власності. Такий захист порушених прав суб'єктів права інтелектуальної власності здійснюється в адміністративному, цивільному й кримінальному порядку.

Якщо ж хтось порушує особисті немайнові та (або) майнові права інтелектуальної власності, суб'єкти цих прав мають право:

- вимагати визнання та поновлення своїх прав;
- вимагати припинення дій, які порушують їх права та інтереси або створюють загрозу для їх порушення;
- подавати позови до суду про відшкодування моральної (нематеріальної) шкоди;
- подавати позови до суду про відшкодування збитків (матеріальної шкоди), у тому числі упущеної вигоди, або стягнення доходу, який було отримано внаслідок порушення прав інтелектуальної власності, чи виплату компенсації;
- вимагати припинення дій, які створюють загрозу порушення прав інтелектуальної власності;
- у встановленому національним законодавством порядку брати участь в інспектуванні третіх осіб, пов'язаних із виготовленням об'єктів інтелектуальної власності, стосовно яких є підозра, що вони порушують права інтелектуальної власності;
- вимагати від осіб, які порушили права інтелектуальної власності, надання інформації про третіх осіб, які задіяні у виробництві та поширенні контрафактних об'єктів інтелектуальної власності, а також про способи обходу технічних засобів захисту та канали їх поширення;
- вимагати прийняття інших передбачених цим Кодексом та іншими законами і договорами заходів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності.

Суд у випадках та порядку, які встановлені законом, може прийняти рішення, зокрема:

- про застосування негайних заходів із попередження порушення права інтелектуальної власності та збереження відповідних доказів;
- про призупинення пропуску через митний кордон держави-учасника СНД товарів, імпорту чи експорту яких вчиняється із порушенням права інтелектуальної власності;
- про вилучення із цивільного обороту товарів, які виготовлені чи введені в цивільний оборот із порушенням права інтелектуальної власності;
- про вилучення із цивільного обороту матеріалів та обладнання, які використані переважно для виготовлення товарів із порушенням права інтелектуальної власності;
- 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, які мають суттєве значення;
- про опублікування в засобах масової інформації відомостей про порушення права інтелектуальної власності і зміст судового рішення стосовно такого порушення.

Здебільшого цивільно-правовий захист прав у сфері інтелектуальної власності є проявом принципу компенсаторності і його можна звести до відшкодування витрат, яких зазнав володілець таких прав, для відновлення порушених прав (так звані реальні збитки), а також доходів, які особа могла реально отримати за звичайних обставин, якби її право не було порушене. Якщо це неможливо, слід говорити про одноразову компенсацію.

Власне, цими мотивами і керувався автор при аналізі самої ст. 432 ЦК та тих положень, які викладено нижче. Відповідно, **мета** цієї розробки: звернути увагу науковців та практиків на суперечності у ст. 432 ЦК України, конкуренцію її із положеннями процесуального законодавства та актів іншої галузевої приналежності; «достукатися» до аналітиків наукової періодики, а через них – і до законодавця. Йдеться про те, щоб на основі методологічних засад цивільного законодавства відмовитися від тих його положень, які не охоплюються предметом цивільного права, а притаманні іншим галузям законодавства. Тож потреба в розробці цивілістичних способів захисту прав власників інтелектуальної власності, які б корелювалися із тим, що закладено у ст. 16 ЦК України, є очевидною, як і розмежування їх галузевої приналежності.

Об'єктом є цивільні та інші відносини, що виникають при порушенні чи загрозі порушення прав інтелектуальної власності, а предметом – положення актів законодавства, практика їх застосування.

Апріорі суб'єктивне право та охоронюваний законом інтерес чогось варті, якщо вони забезпечені захистом, що охоплює форми (юрисдикційну і неюрисдикційну), засоби (порядок заявлення вимоги про припинення правопорушення та задіяння державних, громадських і міжнародних інституцій) та способи. Останні нами поділено на загальні (передбачені ст. 16 ЦК України) та спеціальні (передбачені ст. 432 ЦК України) та окремі, які виписані спеціальними актами законодавства для захисту прав на окремі об'єкти права інтелектуальної власності. Варто зауважити, що ряд способів захисту порушених прав, що передбачені в цих групах, повторюються щодо окремих об'єктів права інтелектуальної власності⁵. Наскільки це виправдано, відомо лише законодавцю та розробникам законопроектів.

До того, на наш погляд, проблема загострилася зі встановленням процесуальним законодавством негайних заходів щодо запобігання порушенню права інтелектуальної власності, які застосовуються на першу вимогу заявника. Відповідно до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової охорони інтелектуальної власності» від 22 травня 2003 р.⁶ до ГПК України було включено запобіжні заходи. У ст. 43-1 ГПК України закріплено, що особа, яка має підстави побоюватись, що подача для неї потрібних доказів стане згодом неможливою або утрудненою, а також підстави вважати, що її права порушені або існує реальна загроза їх порушення, має право звернутися до Господарського суду із заявою про вжиття запобіжних заходів до пред'явлення позову. По суті, йдеться про так званий позов Морєва, який вже тривалий час застосовувався для забезпечення захисту порушених прав інтелектуальної власності.

Запобіжними заходами відповідно до ст. 43-2 ГПК України є: 1) вимагання доказів; 2) огляд приміщень, в яких відбуваються дії, пов'язані з порушенням прав; 3) накладення арешту на майно, що належить особі, щодо якої вжито запобіжні заходи, і знаходиться в неї або в інших осіб; 4) зупинення пропуску через митний кордон України товарів, імпорту чи експорту яких здійснюється з порушенням права інтелектуальної власності. Це можуть бути, наприклад, виготовлені із порушенням авторських прав компакт-диски, відеокасети, які експортуються чи імпортуються на територію України; 5) вилучення з цивільного обороту товарів, виготовлених або введених у цивільний обіг із порушенням права інтелектуальної власності; 6) вилучення з цивільного обігу матеріалів та знарядь, які використовувалися переважно для виготовлення товарів з порушенням прав інтелектуальної власності; 7) застосування разового грошового стягнення замість відшкодування збитків за неправомірне використання об'єктів інтелектуальної власності; 8) опублікування в засобах масової інформації відомостей про порушення права інтелектуальної власності і зміст судового рішення щодо такого порушення. Щодо негайних заходів та обов'язковості (імперативу) судового рішення, то це виправдано і воно охоплюється предметом процесуального права.

Проблема в тому, що частина з них збігається з тими способами захисту прав інтелектуальної власності, які передбачені ст. 432 ЦК України. Очевидно, що не може бути водночас матеріально-процесуальних способів захисту та найменування одного і того самого то способами, то засобами. Для розмежування слід виходити із предмета права – відносинами, які ним регулюються, а при недостатності – предмета і методу. Саме з огляду на останній існування у межах ЦК способів, які започатковані на імперативі, є спірним і, як видається, чужим для цивільного права.

Одна справа, коли такі способи вилучення з цивільного обороту ... передбачені у спеціальних законах, а інша – у ЦК, яке відмовилось від цивільно-правової конфіскації і ввело її лише у ст. 228 ЦК і то як виняток з мотивів забезпечення публічного порядку. Не годиться цивільному праву «підгрибати» під себе такі санкції, які за природою йому не властиві. Тут вбачається технократичний підхід до розуміння інтелектуальної власності, де упускаються особливості галузевого поділу на сфери правового впливу, а в основу взято мету без врахування того, яким чином вона буде досягнута. Очевидно, законодавець спокусився раціональністю об'єднання способів захисту порушених прав інтелектуальної власності, що призвело до того, визначально від чого намагалися відмовитися, – використання у ЦК норм іншої галузевої приналежності.

У господарському законодавстві є оперативні санкції. За порушення господарських зобов'язань до суб'єктів господарювання та інших учасників господарських відносин можуть застосовуватися оперативно-господарські санкції. До таких санкцій належать:

1) одностороння відмова від виконання свого зобов'язання управленою стороною, зі звільненням її від відповідальності за це – у разі порушення зобов'язання другою стороною; відмова від оплати за зобов'язанням, яке виконано неналежним чином або достроково виконано боржником без згоди другої сторони;

2) відмова управленої сторони зобов'язання від прийняття подальшого виконання зобов'язання, порушеного другою стороною, або повернення в односторонньому порядку виконаного кредитором за зобов'язанням;

3) встановлення в односторонньому порядку на майбутнє додаткових гарантій належного виконання зобов'язань стороною, яка порушила зобов'язання;

4) відмова від встановлення на майбутнє господарських відносин зі стороною, яка порушує зобов'язання.

Отже, все викладене вище дає нам підстави зробити висновок, що у ч. 2 ст. 432 слід позбутися від таких способів захисту, які:

1) мають іншу галузеву приналежність, зокрема п. 10 як цивільно-процесуального чи господарсько-процесуального;

2) п. 2, що належить до адміністративного і його підгалузі – митного законодавства.

Натомість її слід доповнити такими способами захисту, що притаманні цивільно-правовому, зокрема:

1) заміни відомості про творця об'єкта права інтелектуальної власності, які оприлюднені із помилками;

2) розкриття імені творця, якщо об'єкт введено в оборот анонімно без згоди на те творця;

3) заборони чи обмеження права вільного використання об'єкта права інтелектуальної власності, який використовується із порушенням встановлених умов та наслідків;

4) примусового стягнення на користь автора чи іншого володільця майнових прав протиправно отриманого прибутку від комерціалізації об'єкта чи не сплаченого обов'язкового платежу;

5) вилучення із матеріалізованого носія майнових прав доповнень, які внесені без згоди творця;

6) заборонити поширення носія чи відомостей про нього засобами масової інформації, зокрема через мережу Інтернет.

¹ Рудник Т. В. Відповідальність за порушення авторського права // Часопис Київського університету права. – 2012. – № 2. – С. 248–251. – С. 248 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://kul.kiev.ua/images/chasop/2012_2/248.pdf

² Штефан А. Цивільно-правові способи захисту авторського права і суміжних прав // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2009. – № 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.ndiiv.org.ua/ua/library/view-tyshvilno-pravovi-sposoby-..

³ Підпригора О. А. Право інтелектуальної власності України : навч. посіб. для студ. юрид. вузів і фак. ун-тів / О. А. Підпригора, О. О. Підпригора. – К. : Юрінком Інтер, 1998. – 334 с.

⁴ Модельний Кодекс інтелектуальної власності для держав – учасників СНД від 7 квітня 2010 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_m97

⁵ Право інтелектуальної власності: посібник / за ред. Р. Б. Шишки (кер. авт. кол.) та інші. – К.: МП «Леся», 2014. – 344 с. – С. 101–102.

⁶ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової охорони інтелектуальної власності: Закон України від 22 травня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, № 35, ст. 271.

Резюме

Шишка Р. Б. Щодо статті 432 ЦК України.

У статті йдеться про недоліки ст. 432 ЦК України: включення таких способів, що не являють собою предмет цивільного права і не є матеріально-правовими. Запропоновано невластиві цивільному праву способи вилучити, а натомість доповнити її іншими.

Ключові слова: інтелектуальна власність, права інтелектуальної власності, порушення, захист, способи, засоби.

Резюме

Шишка Р. Б. О статье 432 ГК Украины.

В статье идет речь о недостатках ст. 432 ГК Украины: включение таких способов, не являющихся предметом гражданского права, а также материально-правовыми. Предложено несвойственные гражданскому праву способы изъять, а зато дополнить ее другими.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, права интеллектуальной собственности, нарушения, защита, способы, средства.

Summary

Shyshka R. In relation to the article 432 CC of Ukraine.

The article deals with the shortcomings of the article 432 of the Civil Code of Ukraine: including such methods, that fall out of the subject matter of civil law and are not included in substantial law. It is offered to withdraw methods not characteristic to civil law, but to complement it with other methods.

Key words: intellectual property, intellectual property rights, violation, protection, methods, facilities.

Г. О. АНДРОЩУК

Геннадій Олександрович Андрощук, кандидат економічних наук, доцент, завідувач лабораторії НДІ інтелектуальної власності НАПрН України

ПЕРЕТВОРЕННЯ ТОРГОВЕЛЬНОЇ МАРКИ НА РОДОВЕ ПОНЯТТЯ: ДОКТРИНА І ПРАКТИКА

З підвищенням репутації добре відомих і знаменитих торговельних марок посилюється інтенсивність підробок, що обумовлює небезпеку перетворення цих знаків (унаслідок втрати розрізняльної здатності) на родове найменування товарів певного виду. Це змушує власників знаменитих знаків вести боротьбу в судах не тільки з конкурентами. Так, фірма «Chanel» пред'явила позов до подружньої пари, яка назвала свою дитину Chanel¹. Існує багато класичних прикладів переходу торговельних марок у розряд загальноновживаних слів або родових понять – від *термос*² до застібки-блискавки *zipper*. Нині правовласникам доводиться вишукувати і вживати заходів, щоб такого не сталося з їх торговими марками.

Власники добре відомих знаків (брендів) ведуть важку битву за визнання своїх брендів, які допомагають відрізнити товари або послуги від товарів (послуг) конкурентів. Але ціна успіху може виявитися занадто високою. Якщо власник бренду домінує на ринку, його торгова марка мимоволі починає використовуватися як описова назва продукту або послуги.

Стаття 12(2) Директиви № 2008/95 / ЄС Європейського Парламенту і Ради «Про зближення законодавств держав-членів стосовно торговельних марок і знаків обслуговування» (Directive No. 2008/95/EC of the European Parliament and the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (codified version) говорить про те, що торгова марка може бути анульована, якщо після дати реєстрації, внаслідок дій або бездіяльності власника, вона стала загальним найменуванням в торгівлі для продуктів або послуг, щодо яких її зареєстровано. Таким чином, торгова марка може бути зареєстрована на законних підставах, але згодом перейти у сферу загальноновживаних при торгівлі або обслуговування найменувань замість того, щоб вказувати на походження товару або послуги. Якщо процес переходу почався, власнику знака стає все важче втримати треті сторони від його використання. Дії власника знака щодо запобігання процесу його переходу в розряд загальноновживаних слів природні й необхідні, але можуть мати негативні наслідки для правовласника. Треті сторони мають звичай висувати зустрічні позови про недійсність та анулювання знака. **Тлумачення виразу «в торгівлі» (in the trade) ст. 12(2) Директиви 2008/95.** Відповідно до буквального прочитання ст. 12(2) (принаймні, в англійському перекладі) можна припустити, що оцінити те, чи стає знак родовим позначенням, можуть тільки люди, зайняті в торгівлі (in the trade) (тобто дистриб'ютори, продавці, виробники відповідних товарів і послуг). Однак ця інтерпретація була відкинута в 2002 р. у справі *Bostongurka* (справа про шведські нарізані мариновані огірочки). Шведський суд визначив категорії людей, які мають відношення до оцінки перетворення товарного знака на родове поняття. Суд проаналізував переклади ст. 12 різними європейськими мовами і виявив, що поряд з використанням знака в торгівлі в більшості перекладів йдеться про використання знака кінцевими користувачами і покупцями. Суд вирішив, що ст. 12(2) слід інтерпретувати таким чином: у випадках, коли в розповсюдженні або доведенні до споживачів або кінцевих користувачів продукту, маркованого зареєстрованою торговою маркою, беруть участь посередники, що входять у число людей, чия думка треба враховувати при оцінці переходу знака в розряд родових понять в ході торгівлі цим продуктом, слід включати всіх споживачів та кінцевих користувачів і (залежно від особливостей цього ринку) тих, хто здійснює комерційні операції з продуктом³.

Бездіяльність власника торгової марки. У справі *Hormel Foods* проти *Antilles Landscape Investments* (2005) Високий суд Англії торкнувся іншого питання переходу торгової марки в родове поняття – бездіяльність власника торгової марки. У цьому випадку кожна зі сторін заявляла, що торгова марка супротивної сторони стала родовим поняттям. Позивач володів знаком *Spam* для м'яса, відповідач – знаком *Spambuster* для фільтрів електронної пошти.

Суддя Арнольд (Arnold) висловив думку, що кроки, які могли б спростувати звинувачення в бездіяльності, повинні включати широке використання знака, оповіщення про його реєстрацію та попередження порушників. При цьому власник знака, який більшою мірою має описовий характер, несе більший тягар щодо запобігання його переходу в родове поняття. На цій підставі він визнав, що знак *Spambuster* став родовим і його слід скасувати. Водночас суддя дійшов висновку, що торгова марка *Spam*, хоча й стала загальновідомим словом, не перетворилася на родове поняття. Той факт, що позначення різновиду будь-якого класу об'єктів може використовуватися для позначення всього класу, не обов'язково означає, що це позначення стало родовим поняттям. У розглянутому випадку ключове питання полягає в тому, чи здатний ще знак *Spam* вказувати на те, що маркований ним продукт належить компанії *Hormel*? Суддя також встановив, що компа-

нію *Hormel Foods* не можна назвати неактивною у здійсненні політики запобігання переходу торгової марки в розряд родових понять⁴.

Генетика перетворення торговельних марок на родові поняття. Не всі знаки мають тенденцію поступово ставати загальноживаними або родовими поняттями. Чим більше описова словесна торгова марка, тим більше ймовірність переходу слова в жаргон. Але й витіюваті слова не гарантовані від цього. Продукти, які домінують на ринку, піддаються більшому ризику. Вони настільки значно випереджають в технологічному плані інші продукти, що ними називають нові види продуктів, для яких немає назви. Слово *Aspirin* є торговою маркою компанії *Bayer* для її продуктів на основі ацетилсаліцилової кислоти. Водночас зараз це родова назва ацетилсаліцилової кислоти у деяких юрисдикціях, включаючи Великобританію, США, Францію. Однак існують юрисдикції (зокрема, Україна), де це слово зберігає статус торгової марки.

Слово *Hoover*, хоча і часто вживається як дієслово, що описує використання пилососа, або як іменник для опису пилососа, залишається торговою маркою, зареєстрованою компанією *Candy Hoover Group*. Можливо буде уникнути його анулювання, якщо хто-небудь візьметься за це?

Слово *Escalator* належало компанії *Otis Elevator*, але стало родовим терміном для рухомих сходів. Цьому сприяла рекламна політика компанії. Слово *Walkman* є торговою маркою фірми *Sony*, під якою вона продає портативні аудіоплеєри. Після судового процесу в Австрії цей знак був визнаний родовим найменуванням для всіх ручних плеєрів. Суд посилався на те, що слово *Walkman* в німецькому словнику не має відсилання до фірми *Sony*.

Чим вищий ступінь добре відомості, тим більша вірогідність перетворення знака на родові найменування товарів певного виду унаслідок втрати розрізняльної здатності.

Південна Корея. Прикладом може бути рішення у справі «*Bayer Pharmaceutical Co. v. Hyundai Pharmaceutical Co. Ltd.*». Верховний суд Південної Кореї вирішив справу на користь відповідача через те, що аспірин в цій країні являє собою родові найменування препарату, що містить ацетилсаліцилову кислоту.

Безуспішною виявилася і спроба компанії «*Jeep Corporation*» оспорити реєстрацію позначення «*JEEP CASUAL*» для одягу, хоча ст. 7 Закону про товарні знаки забороняє надання охорони тим знакам, які схожі із знаменитими. На думку суддів, більшість корейців сприймають слово «*jeep*» як родові поняття-назву автомобіля коробчастого типу невеликих розмірів. При розгляді справи в суді 1-ої інстанції докази позивача були визнані недостатніми, оскільки не підтверджували тривалість, обсяг і вид використання знаку. При поданні апеляції позивач врахував це й привів додаткові докази про рекламу своїх товарів у всьому світі. Проте Верховний суд зробив висновок, що факт добре відомості знаку «*JEEP*» в багатьох країнах не означає такий у Південній Кореї⁵.

Швеція. Відома італійська автомобільна фірма «*Ferrari Sp A*» (власник серії зареєстрованих щодо транспортних засобів товарних знаків, що включають разом з різними зображувальними елементами спільний словесний елемент «*Ferrari*» і знаки, що складаються із словесних елементів «*FERRARI ENGINEERING*», які зареєстровані щодо товарів класу 28 (іграшки – моделі автомобілів), всіх товарів 7, 9, 10, 11, 12, 19 класів), опротестувала рішення відомства про реєстрацію стосовно пальтових тканин комбінованого знаку, що включає словесні елементи «*FERRARI TEXTILE TECHNIQUE*» (з дискламацією (виведенням з правової охорони) слів «*textile*» і «*technique*») на ім'я однієї з французьких фірм, яка надала документи, що підтверджують її права на прізвище *Ferrari*.

Це заперечення фірми «*Ferrari Sp A*» не було задоволено відомством з таких причин:

– товари заявника і фірми «*Ferrari Sp A*» не є однорідними;

– мету подання французькою фірмою заявки на реєстрацію позначення, що включає слово «*FERRARI*», не можна розцінювати як намір скористатися престижною репутацією фірми «*Ferrari Sp A*».

Фірма «*Ferrari Sp A*» (далі – позивач) подала позов до суду про визнання цього рішення недійсним, оскільки стверджувала, що вона як власник добре відомих знаків має право забороняти третім особам використовувати для маркування неоднорідних товарів слова, тотожні словам, що входять до складу її знаків. На підставі наданих позивачем матеріалів суд дійшов висновку, що знак «*FERRARI*», безумовно, добре відомий. Разом із тим у рішенні суду зазначено, що задоволення вимог власника добре відомого знаку – накладення судової заборони на використання третіми особами цього знаку для маркування неоднорідних товарів – можливе лише при встановленні факту умисних дій заявника, спрямованих на завдання збитку позивачеві.

При оцінці намірів заявника (чесні або недобросовісні) необхідно враховувати ступінь інтенсивного використання знаку на ринку, характеристики конфліктуючих знаків, ступінь однорідності товарів обох сторін та інші чинники. Товари заявника (тканини) і позивача (транспортні засоби) явно неоднорідні, оскільки різняться за своєю природою і розповсюджуються у різних торгових каналах.

Позов позивача не був задоволений, оскільки використовуване відповідачем слово «*FERRARI*» збігається з прізвищем засновника французької фірми, яка відома на ринку текстильних виробів майже 100 років⁶.

Небезпека трансформації (виродження) торгової марки у звичайну назву товару особливо яскраво проявляється у сфері інформаційних технологій. На сучасному етапі значення інноваційних товарів постійно зростає, оскільки ринкова конкуренція змушує майже кожному компанії постійно вводити різноманітні нововведення і раціоналізувати своє виробництво. Яскравим прикладом подібних нововведень може слугувати

поява у сфері інформаційних технологій нових інноваційних товарів. Візьмемо для прикладу термін *нетбук* – невеликий, повнофункціональний комп'ютер (ноутбук) без дискових приводів. Початково слово *нетбук* було торговою маркою, під якою на початку 2000-х рр. фірма *Psion* випустила два кишенькових комп'ютери, які не набули широкої відомості. Однак через декілька років зручний термін набув іншого значення, і *нетбуками* почала називати мініатюрні комп'ютери компанія *Intel*. Згодом компанія *Psion* почала наполягати на вилученні з реклами мініатюрних ноутбуків слова «*нетбук*». Проте як в країнах СНД, так і в світі з появою на ринку великої кількості пропозицій такого виду комп'ютерів воно міцно вкоренилося і стало використовуватись як видова назва.

Інший приклад – портативний медіа-програвач та інтернет-планшет. Компанія «Apple» розробила і зареєструвала як торгові марки короткі й доступні назви для подібних технічних новинок: «iPod®» (портативний медіа-програвач) і «iPad®» (інтернет-планшет). На відміну від таких довгих і складних ці короткі назви («iPod», «iPad»), безумовно, більш зручні. Тому існує висока імовірність того, що ці торгові марки можуть увійти до загального вжитку, оскільки значна кількість споживачів уже використовують їх у повсякденній мові замість початково існуючих назв товарів⁷.

Погляд генерального адвоката. Палата скарг Відомства з патентів і торгових марок Австрії в зв'язку з справою *Backaldrin* звернулася до Європейського суду з питаннями, що стосуються ст. 12(2)(а) Директиви 2008/95.

Компанії *Backaldrin* належить австрійська торгова марка *Kornspitz*, під якою вона виробляє і продає пекарям тісто. Її конкурент компанія *Pfahnl* домоглася анулювання знака на тій підставі, що він став родовим для булочок у формі рогаликів, зроблених з тіста певного типу. Орган з реєстрації торгових марок вирішив, що знак став родовим найменуванням (хоча б частково) через бездіяльність *Backaldrin*. Компанія не інформувала споживачів про те, що булки, які вони купують, виготовляються нею під торговою маркою *Kornspitz*. *Backaldrin* апелювала, у зв'язку з чим Палата скарг направила до Європейського суду наступні питання: **Чи може торгова марка стати родовим найменуванням, якщо торговці знають, що вона є показником походження товару, але не повідомляють про це покупцям, які сприймають знак як назву продукту, а не як бренд?**

Чи є бездіяльністю у сенсі ст. 12(2)(а) ситуація, коли перехід знака в розряд родових найменувань стався з вини торговців (не інформували покупців про те, що слово зареєстровано як торгова марка), але при цьому власник знака не діяв?

Чи правомірно анулювати торгову марку, коли вона сприймається як родове найменування кінцевими користувачами, але не особами, зайнятими в торгівлі, причому для кінцевих користувачів не існує іншої назви для даного продукту?

Генеральний адвокат виклав свою думку. Щодо першого питання він зазначив, що вирішальним для оцінки переходу знака в категорію родових найменувань є думка покупців. З приводу другого питання він зауважив, що визначати, чи вживав достатні заходи власник торгової марки, мають національні суди. Відповідаючи на третє питання, генеральний адвокат заявив, що наявність лінгвістичних альтернатив словесній торговій марці не є попередньою умовою не перетворення знака в родове поняття. Поки що невідомо, чи керуватиметься Європейський суд думкою генерального адвоката, яка нагадує власникам знаків про те, що їм необхідно знати про сприйняття знака не тільки учасниками торгівлі, а й споживачами та кінцевими користувачами.

Виходячи з викладеного, можна зробити висновок про те, що правовласники торговельних марок потребують правових інструментів, використання яких дало б можливість попередити перетворення їх позначень на загальноновживані терміни, що сприятиме закріпленню своїх конкурентних переваг на ринку.

У Законі України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» міститься норма щодо врегулювання цієї проблеми. Так, у п. 2 ст. 6 Закону встановлені підстави для відмови в наданні правової охорони – **не можуть одержати правову охорону також позначення, які: складаються лише з позначень, що є загальноновживаними як позначення товарів і послуг певного виду.**

Відповідно до п. 3 ст. 18 Закону **дія свідництва припиняється за рішенням суду у зв'язку з перетворенням знака на позначення, що стало загальноновживаним як позначення товарів і послуг певного виду після дати подання заявки.**

Затвержені наказом Державного патентного відомства України від 28 липня 1995 р. № 116 Правила складання, подання та розгляду заявки на видачу свідництва України на знак для товарів і послуг дещо роз'яснюють це поняття: **4.3.1.5. До позначень, що є загальноновживаними для товарів певного виду, належать позначення, які використовуються для певних товарів і які, внаслідок їх тривалого використання для одного й того ж товару або товару такого ж виду різними виробниками, стали видовими або родовими поняттями.**

У практичному посібнику⁸ наведено більш широке тлумачення: **«Загальноновживаними як позначення товарів і послуг певного виду вважаються такі назви, які використовуються усіма виробниками цих товарів чи особами, що надають ці послуги, в одному, відомому та знаному усіма ними значенні та не потребують додаткового аналізу і доказів.**

До позначень, що є загальноновживаними як позначення товарів певного виду, належать також позначення, які використовувались як знак для певних товарів і які, внаслідок їх тривалого і частого

використання для одного й того ж товару різними виробниками (особами), увійшли у повсякденну мову як видова назва цього товару, тобто стали видовими поняттями (синонімами номенклатурної назви), що відображають істотні ознаки певних класів товарів. Наприклад, ескалатор, лінолеум, целулойд, примус, вазелін, тощо»⁹.

Як боротися з перетворенням знака на родові поняття? Небезпека такої метаморфози нині зросла завдяки існуванню соціальних інтернет-мереж, в яких користувачі безперервно спілкуються і обмінюються оцінками різних торгових марок (брендів), що є своєрідною неформальною рекламою. Тим не менш прості та ефективні заходи, що допомагають захистити знаки, існують. Компаніям слід дотримуватися, зокрема, таких рекомендацій:

- правильно застосовувати торгові марки: уникати їх використання в якості дієслова або у множині в будь-яких публічних документах чи виступах (навіть у соціальних мережах), супроводжувати зображення зареєстрованого знака попереджувальним маркуванням – символом ®, контролювати правомірність використання знака в словниках та інших інформаційно-довідкових виданнях;

- бути готовими до реакції на неправильне використання: повинні бути підготовлені відповідні стандартні листи до редакторів і розповсюджувачів журналів, газет, словників та інших видань;

- проводити постійну роботу з роз'яснення правильного і неправильного використання торгової марки і ризику її переходу в розряд родових понять. Кілька років тому будинок моди *Chanel* опублікував в галузевому журналі індустрії мод *women's Wear Daily* інформаційний лист, звернений до редакторів модних видань, рекламних працівників, копірайтерів та інших «добре відомих осіб, які зловживають правами найменування *Chanel*». У листі роз'яснювалося, що *Chanel* – це зареєстрована торгова марка, яка використовується для парфумів, косметики, одягу, аксесуарів. Фірмовий стиль *Chanel* дуже популярний, але жакет, виконаний у цьому стилі, не буде жакетом від *Chanel*, якщо він не зшитий в будинку моди *Chanel*. І хоча дому моди *Chanel* лестить використання знаків типу *Chanel-ed*, *Channels*, *Chanel-ized*, він просить не робити цього. Юристам *Chanel* не подобаються такі дії. Будинок моди *Chanel* серйозно ставиться до свого бренду.

Цей лист, хоча і критикувався деякими коментаторами за різкість, однак мав відповідний ефект.

Здійснення прав на торгову марку. Якщо роз'яснювальна робота не дає результатів, її власник може розглянути можливість вжиття заходів більш формального характеру. Однак до вибору таких заходів слід ставитися обережно, іноді краще врегулювати проблему шляхом укладення мирової угоди. Успіх судового позову створить корисний прецедент, але невдача може означати кінець торгової марки.

Висновки. Родове використання торгової марки є глобальною проблемою. Вона поглинає юрисдикцію за юрисдикцією, поступово руйнуючи цінність торгової марки, не ставлячи до відома її власника. Історично склалося так, що ця проблема була переважно проблемою розвинених країн, тобто країн з великими ринками. Однак, як показує практика, концепція торгових марок, які стають родовими, стає все більш поширеною і у країнах, що розвиваються. В умовах глобалізації ринків інтелектуальної власності власники торгових марок повинні здійснювати моніторинг, регулярний детальний аналіз кожного ринку, де вони оперують, щоб уникнути економічних втрат цінності своїх торгових марок в окремих країнах. Незважаючи на існуючий арсенал можливих заходів, здатних запобігти перетворенню торгової марки на родові поняття, зазначимо, що повністю контролювати процес, в якому бере участь багато осіб, неможливо. Необхідно усвідомлювати наявну загрозу і заздалегідь продумати найбільш доцільні заходи протидії настанню небажаної події чи пом'якшення її негативних наслідків.

¹ Андрощук Г. О. Охорона добре відомих знаків і захист від недобросовісної конкуренції / Г. О. Андрощук // Юридичний журнал. – 2012. – № 3. – С. 75–80.

² Андрощук Г. Ловушка для товарних знаків. Дело компании King-Seeley Thermos Co. против компании Aladdin Industries, Inc. / Г. Андрощук // Юридическая практика. – 2002. – № 30. – С. 12.

³ Wilks J. The renewed threat of genericism / J. Wilks, K. Oldroyd // MIP. – 2013. – № 235.

⁴ Там само.

⁵ Охраноспособность товарных знаков в свете решений зарубежных ведомств и судов / В. М. Мельников. – М. : ПАТЕНТ, 2007. – 205 с.

⁶ Там само.

⁷ Андрощук Г. О. Торгові марки, що стали загальноновживаними як позначення товарів і послуг певного виду [Текст] / Г. О. Андрощук // Інтелектуальна власність в Україні. – 2013. – № 4. – С. 34–42.

⁸ Складання та подання заявки на видачу свідоцтва України на знак для товарів і послуг : практич. посіб. / укл. О. Д. Левічева, С. Т. Кривошея. – К., 2007. – 40 с.

⁹ Там само.

Резюме

Андрощук Г. О. Перетворення торговельної марки на родові поняття: доктрина і практика.

Висвітлюються доктрина і практика розгляду судових спорів у європейських країнах (Австрії, Англії, Швеції, Франції), Південній Кореї щодо перетворення торгової марки на родові поняття, тлумачення виразу «в торгівлі» (in the trade) ст. 12(2) Директиви 2008/95, позицію Європейського суду з цих питань.

Даються рекомендації щодо застосування механізмів боротьби з перетворенням знака на родове поняття. Робиться висновок, що в умовах глобалізації ринків інтелектуальної власності родове використання торгової марки стає глобальною проблемою у багатьох юрисдикціях.

Ключові слова: бренд, добре відома торговельна марка, захист, конкуренція, родове поняття.

Резюме

Андросчук Г. А. Превращение торговой марки в родовое понятие: доктрина и практика.

Освещаются доктрина и практика рассмотрения судебных споров в европейских странах (Австрии, Англии, Швеции, Франции), Южной Кореи по превращению торговой марки в родовое понятие, толкование выражения «в торговле» (in the trade) ст. 12 (2) Директивы 2008/95, позицию Европейского суда по этим вопросам.

Даются рекомендации по применению механизмов борьбы с превращением знака в родовое понятие.

Делается вывод, что в условиях глобализации рынков интеллектуальной собственности родовое использование торговой марки становится глобальной проблемой во многих юрисдикциях.

Ключевые слова: бренд, хорошо известная торговая марка, защита, конкуренцию, родовое понятие.

Summary

Androschuk G. Convert trademark as a generic term: doctrine and practice.

Considers the doctrine and practice of litigation in European countries (Austria, England, Sweden, France), South Korea to transform the brand into a generic term, the interpretation of the expression «trade» (in the trade) Art. 12 (2) of Directive 2008/95, the position of the European Court on these issues. The recommendations on the use of mechanisms to combat the transformation of the mark in the generic term.

It is concluded that in the context of globalization of markets generic use of intellectual property brand is a global problem in many jurisdictions.

Key words: brand, well-known trademark, protection, competition, generic term.

УДК 347.124

П. Д. ГУЙВАН

Петро Дмитрович Гуйван, кандидат юридичних наук

ТЕМПОРАЛЬНІ АСПЕКТИ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

На сучасному етапі економічного розвитку інтелектуальну власність прийнято оцінювати як один із головних чинників, що сприяє всебічному й гармонійному розвитку суспільства. Належне правове забезпечення відносин у цій царині сприяє творчому поступу соціуму та, що не менш важливо, створенню більш наукоємної моделі економіки країни. Творча діяльність наразі набуває все більшого впливу на характер, спрямованість та темпи суспільного розвитку. При цьому важливим є питання належного вибору юридичних концепцій, котрі мають стимулювати даний процес, визначати найліпші за даних умов способи застосування проявів інтелектуального надбання та новацій в науковій, технічній, технологічній та художній сферах. Не останнє місце у досягненні поставлених завдань відведено і належному темпоральному регулюванню питань виникнення, здійснення та захисту прав інтелектуальної власності, що, безумовно, сприяє створенню комфортних умов для творчості.

Потреба об'єктивної необхідності дослідження проблем темпорального забезпечення прав на об'єкти права інтелектуальної власності розглядалася у наукових працях В. В. Луця, Р. О. Стефанчука, І. В. Венедиктової, О. Л. Підпригори, О. Д. Святоцького та інших вчених. Однак дослідження та наукові розробки сутності прав інтелектуальної власності в контексті їхніх часових координат і можливостей своєчасного здійснення закладених у них повноважень залишаються ще недостатньо опрацьованими.

З огляду на це в даній праці предметом дослідження є темпоральний вплив на порядок виникнення, припинення, способи та можливості здійснення права інтелектуальної власності особи. Буде проведено аналіз сутності інтелектуальної власності та інтелектуального капіталу, досліджено особливості встановлених законодавством часових чинників у їхньому взаємозв'язку з ринком інтелектуальних продуктів, встановлено реальний зміст відповідних темпоральних характеристик. Це й становить мету проведеного у статті правового аналізу.

Окремим предметом цивільного права є особисті немайнові та майнові відносини, що здійснюються в сфері інтелектуальної діяльності. Результати творчої діяльності людини, які сприймаються іншими особами, входять до кола об'єктів цивільних прав. За своєю природою вони належать до нематеріальних благ, оскільки

є продуктом людської думки і не тотожні тим речам, у яких втілені. Усі результати творчої діяльності отримали узагальнююче позначення, яке підкреслює природу їхнього походження, – об'єкти інтелектуальної власності¹. Книга четверта Цивільного кодексу України присвячена визначенню змісту та охороні виключних прав інтелектуальної власності. Законодавство про право інтелектуальної власності – це система правових норм про особисті немайнові і майнові права на всі ті результати інтелектуальної діяльності і прирівняні до них об'єкти, що визнаються й охороняються законом.

Відповідно до Конвенції, якою була заснована Всесвітня організація інтелектуальної власності у 1967 р. у Стокгольмі, інтелектуальна власність об'єднує права, що належать до літературних, художніх і наукових здобутків, виконавчої діяльності артистів, звукозапису, радіо- і телевізійних передач, наукових відкриттів у галузях людської діяльності, винаходів та промислових зразків, товарних знаків, знаків обслуговування, фірмових найменувань і комерційних позначень, захисту від недобросовісної конкуренції, всі інші права, що належать до інтелектуальної власності у виробничій, науковій, літературній і художній галузях. На наших теренах термін «інтелектуальна власність» офіційно почав вживатися з 1968 р. після приєднання СРСР до Конвенції. 26 червня 2000 р. була прийнята Всесвітня Декларація з інтелектуальної власності, яка визначила, що термін «інтелектуальна власність» означає будь-яку власність, що визнається за загальною згодою у якості інтелектуальної за характером та заслугою охорони, включаючи, але не обмежуючись науковими та технічними винаходами, літературними чи художніми творами, товарними знаками і указниками ділових підприємств, промисловими зразками і географічними позначеннями².

Закон наголошує, що однією із загальних рис, які характеризують суб'єктивне право на об'єкти інтелектуальної власності, поряд з їхнім абсолютним характером, виключністю щодо третіх осіб є обмеженість, як правило, в часі. Вказаний принцип на практиці означає, що об'єкти інтелектуальної власності стають суспільним надбанням тільки після закінчення строків, визначених законом³.

Власне, правило про строковість інтелектуальних прав беззаперечно стосується лише майнових прав їхніх носіїв. Сутність даних прав повністю охоплюється принципами приватноправового регулювання, притаманними цивільному законодавству: строк існування та здійснення повноважень, що входять до суб'єктивного права, є істотною умовою змісту останнього⁴. Саме упродовж строку дії суб'єктивного цивільного права особа може реалізувати закладені до змісту права повноваження. З огляду на необхідність максимального забезпечення можливості реалізації суб'єктивного права строки його існування встановлюються певної тривалості. Іншими словами, при визначенні даних строків законодавець керується необхідністю задоволення інтересів особи, якій належить право. Проте до уваги береться також і інтереси інших осіб, суспільства. Залежно від стану суспільних відносин, публічних та приватних інтересів строки існування суб'єктивних прав можуть встановлюватися різними, вони також можуть змінюватися у часі залежно від їхньої суспільної та приватної значущості. Наприклад, саме керуючись цими міркуваннями, законодавець встановив 50-річний період чинності суміжних прав. Строк дії майнових прав визначено ЦК України та спеціальними законами. В окремих випадках вони можуть бути припинені достроково.

Деякі інші часові критерії встановлено для особистих немайнових прав інтелектуальної власності. За правилом ч. 1 ст. 425 ЦКУ ці права є чинними безстроково, якщо інше не встановлено законом. Така правова позиція дає можливість стверджувати, що дані права не припиняються зі смертю людини, а продовжуються і після смерті творця^{5,6}. Втім, даний підхід про «вічність» особистих немайнових прав інтелектуальної власності наштовхується на заперечення тих дослідників, які вбачають протиріччя коментованого правила щодо їх безстроковості й загального припису ч. 4 ст. 269 ЦКУ про те, що особисті немайнові права фізичної особи належать їй довічно. Більш того, звертається увага на той фактор, що після смерті творця продовження існування його права неминує веде до висновку про безсуб'єктність охоронюваного права⁷. Як же подолати таку суперечливу ситуацію? Адаже абсолютно безспірним залишається теза, згідно з якою право особи називається творцем є таким же об'єктивним явищем, як і сам продукт творчості. Тож цілком справедливим є можливість реалізації даного немайнового права шляхом його визнання чи правового захисту і через багато років після фізичної смерті творця.

У літературі задля вирішення наведеної колізії було запропоновано відділити поняття «авторство» від «права на авторство»: Авторство, виникнувши в певний момент життя особи та одержавши суспільне визнання, продовжує «життя» незалежно від волі автора та інших суб'єктів і після смерті творця разом із самим об'єктом – результатом творчої фантазії особи. Відтак, авторство є безстроковим. А право автора, як невід'ємне від особи, належить їй довічно⁸. На наш погляд, дана парадигма не зовсім узгоджується із сутністю та змістом опосередковуваних взаємин. Насправді авторство не може відокремлюватися від матеріального права на авторство, вони являють собою єдиний елемент правового статусу особи. Адаже наявність авторства у будь-який історичний момент після смерті творця повинно передбачати можливість захисту, у тому числі й у судовому порядку. Наприклад, заперечення у XXV ст. авторства В.В. Луця на монографію «Строки і терміни у цивільному праві», що вийшла у 2013 р., мусить породжувати його захисну здатність. А виходячи з принципів нашої цивільстики, об'єктом захисту є суб'єктивне право чи інтерес.

З урахуванням викладеного слід погодитися з думкою, що особисті немайнові права інтелектуальної власності істотно відрізняються від інших особистих немайнових прав фізичної особи, вони не припиняються зі смертю творця і тривають безстроково⁹. Але хто ж є носієм особистого немайнового права творця після його смерті? Безумовно, в силу невід'ємності таких прав вони не можуть належати нікому іншому, крім твор-

ця. Та, як вже вказувалося, однією з визначальних догм цивільного законодавства є положення про належність будь-якого матеріального права певному суб'єкту на час його здійснення чи захисту. Можливість вирішення означеного протиріччя вбачається насамперед у радикальній зміні доктринальних цивілістичних підходів. Треба вивести відносини, пов'язані із регулюванням особистих немайнових прав, у тому числі і особистих немайнових прав інтелектуальної власності, із сфери дії цивільного приватноправового інструментарію. Порядок їхнього виникнення, здійснення, зміни та припинення не регулюється цивільним законом, який обмежується лише захистом вказаних прав. Але цивільно-правові способи захисту, як відомо, притаманні широкому колу суспільних взаємин, котрі, насправді, не є цивільними. Про невідповідність особистих немайнових прав сутності приватноправового регулювання вже вказувалося в літературі, тож на часі зробити відповідний крок. Тоді можливість безстрокового права на авторство, ім'я, персональні дані тощо не буде перебувати в протиріччі з загальним регулюючим механізмом і цілком може бути передбачена у спеціальному законодавстві. Єдине, що слід було б додатково прописати нормативно, це те, що особисте немайнове право особи після її смерті захищається за заявою спадкоємців, інших заінтересованих осіб чи держави.

Здійснюючи темпоральне регулювання часу виникнення та здійснення майнових прав інтелектуальної власності, законодавець враховує сутнісні відмінності правової природи різних об'єктів. Скажімо, особа отримує статус суб'єкта авторського права від моменту створення твору, при цьому такий результат не залежить від публікації чи іншого оприлюднення. Тривалість авторського права визначена у ст. 446 ЦКУ, але остання з огляду на певну недбалість законодавця при її формулюванні потребує додаткового тлумачення. Так, правило даної норми про те, що строк чинності майнових прав інтелектуальної власності на твір спливає через сімдесят років, що відраховується з 1 січня року, наступного за роком смерті автора чи останнього із співавторів, який пережив інших співавторів, крім випадків, передбачених законом, насправді жодним чином не встановлює початковий термін даного строку, а стосується лише його кінцевого моменту. Отже, шляхом додаткового аналізу та в результаті зіставлення окремих норм глави 36 ЦКУ доходимо такого висновку: чинність майнових авторських прав починається від часу створення твору, триває упродовж всього життя автора, а також до 31 грудня року, у якому автор помер, та ще упродовж 70 років. Власне, все це можна було б прописати в законі, але, позаяк йдеться про інтелектуальні питання, нормотворець просто влаштував тест на IQ.

Набуття суміжного права пов'язане з першим здійснення виконання твору чи передачі програми мовлення, або з виготовленням аудіо- чи відеограми. Від даного моменту виникає відповідне право інтелектуальної власності. Набуття цього права також не потребує вчинення формальних дій стосовно реєстрації його в державних органах. Чинність суміжних прав інтелектуальної власності продовжується від моменту, зазначеного вище, і триває до кінця поточного року, а також протягом 50 років додатково. До подібного висновку приводять ті ж арифметичні маніпуляції, що і в попередньому випадку.

Від описаних досить спрощених механізмів набуття авторського та суміжного права досить суттєво відрізняється порядок отримання права інтелектуальної власності, встановлений патентним законодавством України. Його набуття пов'язане з державною реєстрацією прав на результати науково-технічної творчості, зокрема – винахід, корисну модель, промисловий зразок. Саме внаслідок такої реєстрації вони отримують правову охорону, що посвідчується охоронним документом певної форми – патентом (ст. 462 ЦКУ). З огляду на необхідність відповідності вказаних об'єктів техніко-економічним вимогам, отримання патенту супроводжується дотриманням певної процедури. Йдеться про встановлення умов патентоспроможності. Скажімо, винахід має бути новим, промислово придатним та мати винахідницький рівень. Відповідність винаходу, вказаного у заявці, описаним критеріям встановлюється шляхом проведення необхідних експертних досліджень (формальна та кваліфікаційна експертизи). Тривалість подання необхідних документів, уточнюючих довідок та часу проведення цих досліджень визначається законодавством (ст. 16 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»).

Тож, як бачимо, між моментом створення певного об'єкта та визнанням його винаходом, промисловими зразком чи корисною моделлю проходить певний, іноді досить тривалий період. Упродовж його перебігу винахідник мусить обґрунтувати промислову придатність винаходу (як правило, це пов'язано з виготовленням промислової (пробної) партії пристрою чи іншого об'єкта), підготувати та подати заявку до Установи (наразі це – Державна служба інтелектуальної власності України), дочекатися позитивного висновку експертів та видачі патенту, який попередньо треба оплатити. При цьому інтервал між моментом, коли пристрій, спосіб чи інший об'єкт, що претендує на патентний захист, став публічно відомим та часом подання заявки до установи не повинен перевищувати одного року, оскільки інакше він втратить таку ознаку патентоспроможності, як новизна. Між тим, згідно з законодавством, строк дії деклараційного патенту встановлено тривалістю 10 років, патенту на винахід – 20 років (ч. 4 ст. 6 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»). Обчислюється вказаний період не від моменту видачі чи реєстрації патенту, а від часу подання заявки. Але, як ми вже зазначали вище, від моменту подання заявки до видачі (реєстрації) патенту спливає тривалий строк, більш того, до закінчення встановленого законом часу чинності охоронюваного права інтелектуальної власності (наприклад, до спливу 10-літнього періоду існування деклараційного патенту*) з урахуванням тривалості різноманітних експертних, часу на оскарження подібних дій та поширеного в

* До речі, ще зовсім недавно строк чинності деклараційного патенту становив шість років.

Україні нехтування судами встановленим законом строком для розгляду спорів, досить вірогідною (та підтвердженою на практиці) є ситуація, коли суб'єкт, що подав заявку до Установи, так і не отримає патентного захисту свого інтелектуального права з огляду на спливу строку чинності патенту, який, повторимо, обчислюється від моменту подачі заявки. У кращому разі, суб'єкт звернення отримає правовий захист свого права на винахід, але його тривалість явно буде значно меншою від номінального строку чинності патенту.

Отже, права, що випливають з патенту, діють від дати публікації відомостей про його видачу, а сам патент стає чинним набагато раніше – від дати подання заявки. Подібний підхід у темпоральному регулюванні існує не лише для обчислення строків здійснення права інтелектуальної власності на винаходи. Він має місце і при встановленні тривалості правової охорони прав на промисловий зразок, корисну модель, компонування інтегральної мікросхеми. Такий варіант правового регулювання заслуговує на критику. Адже, поперше, чинність патенту встановлюється «заднім числом», що не зовсім коректно. По-друге, і це більш важливо, упродовж дії патенту від подання заявки до публікації відомостей про його видачу він, насправді, не несе жодного навантаження, ніякого патентного захисту прав творця не відбувається. Про це прямо вказано у ч. 1 ст. 28 спеціального закону. А тимчасова правова охорона особи в обсязі формули винаходу, що надається заявнику від часу подачі заявки, запроваджена не на підставі патенту, а за приписом спеціальної норми – ч. 1 ст. 21 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі». Тож викликає щирий подив можливість тривалого існування охоронного документа, який не дає права на охорону. Нарешті, коментований механізм перебуває у протиріччі з іншими способами обчислення строків існування прав інтелектуальної власності, що засвідчуються патентами. Так, період чинності виключних прав інтелектуальної власності на сорт рослини, породу тварини спливає через тридцять років, що відраховуються з 1 січня року, наступного за роком державної реєстрації цих прав.

Втім, ті, хто обстоює коментований варіант опосередкування коментованих відносин, використовують наступний аргумент щодо необхідності обчислення строку чинності певних прав творця та інших осіб вже від часу подання заявки. Йдеться, звісно, про ефемерний захист права на пріоритет заявки (дане питання не заслуговує на серйозне дослідження, адже пріоритет встановлює характер відносин між заявниками і не може охоплювати змісту усього права інтелектуальної власності, забезпечено патентом) та про захист так званого права на попереднє використання. Останній механізм застосовується, коли особа, що до дати подання заявки на винахід, корисну модель, промисловий зразок, компонування інтегральної мікросхеми в інтересах своєї діяльності добросовісно використовувала об'єкт або здійснила значну і серйозну підготовку для його використання. У такому разі вона має право на продовження подібного використання у тому ж обсязі. Попри поважне ставлення до даного права на попереднє користування, слід зазначити, що воно жодним чином не стосується загальних прав патентоволодільця (воно має спеціальне регулювання і цього досить), тим більше – темпоральних чинників забезпеченого патентним захистом права.

Ще одна проблематика щодо часового виміру прав інтелектуальної власності на винаходи знаходиться у площині тривалості виключних прав творця. Нині, в епоху глобалізму, все частіше лунають висловлювання, що монополія на об'єкти інтелектуальної власності стримує конкуренцію, зменшує вибір споживачів. Враховуючи досить швидке «моральне зношення», легкість та простоту тиражування і перетворення форм фіксації¹⁰, з метою захисту прав авторів та зменшення негативних наслідків монополізму експерти провідних держав світу пропонують скоротити строки дії патентів у комерційному обороті¹¹. На наш погляд, дане питання потребує більш прискіпливої уваги. Але бажаний результат може досягатися не обов'язково за рахунок коригування темпоральних координат виключних прав творця. Одним із способів є удосконалення чинного законодавства про примусове відчуження прав на винахід, коли за рішенням суду надається дозвіл заінтересованій особі на використання винаходу (корисної моделі) з визначенням обсягу його використання, строку дії дозволу, розміру та порядку виплати винагороди власнику патенту. Наразі слід встановити більш конкретні підстави для подібних вчинків та механізм (в тому числі і його часові чинники) їхнього здійснення.

Проведене у даній статті дослідження дає можливість дійти наступних висновків.

1. Правовідносини, що складаються в сфері здійснення особистих немайнових прав людини, не є предметом цивільного права. Вони повинні отримати спеціальне правове регулювання, включаючи і його темпоральний аспект. Це допоможе, зокрема, правильно нормативно відобразити суспільну потребу у безстроковому захисті подібних прав, наприклад, права інтелектуальної власності на авторство.

2. Строки чинності патенту, яким посвідчується право інтелектуальної власності творця, повинні обчислюватися від моменту їхньої державної реєстрації. Це дасть змогу наповнити зміст даного охоронного документа реальною сутністю відповідно до свого призначення упродовж всього періоду дії.

¹ Цивільне право України : підруч. : у 2 т. / В. І. Борисова, Л. М. Баранов, І. В. Жилінкова та ін. ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1. – 480 с. – С. 401.

² Всемирная декларация по интеллектуальной собственности от 26 июня 2000 г. // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2002. – № 4. – С. 14–18. – С. 14.

³ Воробьева К. И. Интеллектуальная собственность как объект правовой и экономической защиты / К. И. Воробьева, С. И. Корочкова // Научная периодика: проблемы и решения – 2011. – № 4. – С. 27–28.

⁴ Гуйван П. Д. Теоретичні питання строків у приватному праві : моногр. / П. Д. Гуйван. – Х. : Право, 2014. – 632 с. – С. 125–130.

⁵ Райгородский М. А. Изобретательское право СССР / М. А. Райгородский ; общ. ред.: И. Б. Новицкий, Е. А. Флейшиц. – М. : Госюриздат, 1949. – 272 с. – С. 147.

⁶ Гаврилов Э. П. Сроки действия авторского права по советскому законодательству / Э. П. Гаврилов // Правоведение. – 1977. – № 1. – С. 29–38. – С. 34.

⁷ Юрченко А. К. Проблемы советского изобретательского права / А. К. Юрченко. – Л. : Из-во Ленинградского ун-та, 1963. – 180 с. – С. 109–110.

⁸ Луць В. В. Строки в цивільних правовідносинах: Конспект лекцій з спецкурсу / В. В. Луць. – Л. : ЛДУ, 1992. – 108 с. – С. 57.

⁹ Особисті немайнові права інтелектуальної власності творців : моногр. / за ред. В. В. Луця. – Тернопіль : Підручники і посібники, 2007. – 256 с. – С. 18–19.

¹⁰ Мирских И. Ю. Коммерческая тайна как вид конфиденциальной информации: трудовая и гражданско-правовая аспекты : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / И. Ю. Мирских. – Пермь, 2005. – 25 с. – С. 12.

¹¹ Юрьева Т. В. Интеллектуальная сфера и предпринимательство. Неприбыльный сектор: (Альтернатива бизнесу и государству) / Т. В. Юрьева. – М. : ИЦ «Анкья», 1994. – 51 с. – С. 5.

Резюме

Гуйван П. Д. Темпоральні аспекти регулювання відносин інтелектуальної власності.

У статті здійснено дослідження реальної сутності строків, що опосередковують тривалість набуття, здійснення та охорони права інтелектуальної власності, проаналізовано порядок обчислення та наслідки спливу даних періодів, визначено їхню відмінність при реалізації майнових та немайнових прав.

Ключові слова: безстроковість немайнових прав, строк набуття права, дострокове припинення права.

Резюме

Гуйван П. Д. Темпоральные аспекты регулирования отношений интеллектуальной собственности.

В статье исследована реальная сущность сроков, опосредующих продолжительность приобретения, осуществления и охраны прав интеллектуальной собственности, проанализированы порядок исчисления и последствия истечения данных периодов, определены их отличие при реализации имущественных и неимущественных прав.

Ключевые слова: бессрочность неимущественных прав, срок приобретения права, досрочное прекращение права.

Summary

Guyvan P. Temporal aspects of the regulation of intellectual property.

The article analyzes the reality of the deadlines for mediating the duration of the acquisition, implementation and protection of intellectual property rights, and analyzed the procedure for calculating the effects of the expiration of these periods are defined by their difference in the implementation of economic and moral rights.

Key words: perpetual moral rights, qualifying period, early termination rights.

УДК 347.77

О. Р. ШИШКА

Олександр Романович Шишка, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Харківського національного університету внутрішніх справ

ВІДНОСИНИ У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В ПРЕДМЕТІ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Проблема предмета цивільного права зумовлена широтою врегульованих ним правовідносин та способом (методом) впливу на їх учасників. Окреме місце у ньому, з огляду на доктрину цивільного права, посідають відносини у сфері інтелектуальної власності як у їх статичній (Книга четверта ЦК України), так і у їх динамічній (Книга п'ята ЦК України). Додає складності те, що: інтелектуальна власність врегульована й охороняється приватним та публічним правом, як забезпечення інтересу держави та суспільства; законодавець закрив у ст. 1 ЦК України моністичний підхід до правової моделі усіх цивільних правовідносин, а сама правова модель є одним із критеріїв визначення відносин, що регулюються цивільним законодавством; упущено організаційні відносини, а саме внутрішньокоординаційного, делегувального та іншого спрямування, які у сфері інтелектуальної власності посідають значне місце, особливо при співавторстві.

Непорозуміння і відсутність чіткого предметного підходу до відносин інтелектуальної власності спричинено: міжнародним законодавством як частиною міжнародного приватного права; міжгалузевим підходом

до врегулювання відносин, які виникають внаслідок створення, використання та охорони прав на результати творчої, інтелектуальної та подібної їм діяльності; намаганням підмінити право у цій сфері технічною чи технологічною доцільністю; пропріетарним підходом до регулювання цих відносин; небажанням бачити очевидне – визначення предмета цивільного права потребує уточнення.

Можна погодитися з тим, що цим питанням переймалися вітчизняні і зарубіжні вчені: С. В. Бурлаков, В. А. Дозорцев, В. І. Жуков, О. К. Маковський, О. А. Підпригора, О. П. Орлюк, О. І. Харитонova, Р. Б. Шишка та інші. Попри цікаві їх напрацювання, висновки та пропозиції, окремі аспекти її прояву упущено, зокрема узагальнююче поняття категорії «відносини інтелектуальної власності», загальний та диференційований підхід до них, засмічування невластивими елементами, підміна категоріального апарату і, нарешті, – визначення місця та ролі організаційних відносин у сфері інтелектуальної власності як приватноправових за своєю природою. Типовою помилкою є намагання представити відносини інтелектуальної власності за підгалузевою ознакою як самостійний напрям регулювання цивільним правом без суттєвих на те пояснень, хоча у них все-таки проглядаються немайнові, майнові та організаційні відносини.

Метою статті є встановлення недоліків сучасного узагальненого підходу до відносин інтелектуальної власності, вичленення їх складових і з'ясування місця та ролі в їх урегулюванні. Об'єктом є категорії «предмет цивільного права» та «права інтелектуальної власності» як його підгалузі, а предметом – норми позитивного законодавства, практика їх застосування, наукова доктрина.

Формально ч. 2 ст. 418 ЦК України¹ закріпила право інтелектуальної власності як особисті немайнові права інтелектуальної власності та (або) майнові права інтелектуальної власності, зміст яких щодо певних об'єктів права інтелектуальної власності визначається ЦК України та іншим законом. Тут виникає декілька питань.

Перше із них полягає у тому, чи належать відносини, що виникають з приводу результатів інтелектуальної творчої діяльності, до предмета цивільного права. Проблема полягає у тому, що критерієм приналежності певних відносин до предмета цивільного права є їх правова модель, навіть за умови, що такі відносини засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, а також відповідають іншим критеріям, що визначені ЦК України. Зокрема, у контексті положення ч. 1 ст. 1 ЦК України це відображено у наступному: особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини). Таке положення передбачає, що цивільним законодавством врегульовані особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), а останні і є предметом цивільного права. Внаслідок регулювання відносин виникають правовідносини між його учасниками. З огляду на підхід законодавця такими правовідносинами є особисті немайнові та майнові правовідносини (цивільні правовідносини), які за своєю внутрішньою будовою (об'єкт та зміст) повинні мати однорідний (чистий) характер. Тобто, особисте немайнове правовідношення передбачає, що його об'єктом є ті блага, які мають у собі немайнові властивості. Права та обов'язки за таких обставин теж мають немайновий характер, позаяк слідує за його об'єктом та тісно пов'язанні з ним. Це стосується й майнових правовідносин, оскільки їх об'єктом є блага, які містять у собі майнові властивості, а змістом є лише ті права та обов'язки, які мають майновий характер. Відповідно, у цьому і проявляється однорідність правової моделі цих правовідносин. А це вказує на те, що інші відносини, які регулюються чинним законодавством та мають правову модель, відміну від легально закріпленої в ч. 1 ст. 1 ЦК України, не можуть визнаватися цивільними. Утім, змішані за своїм змістом правовідносини, в межах законодавчого підходу, чомусь випали з предмета цивільного права, до яких відносять, з огляду на ч. 2 ст. 418 ЦК України, відносини, що виникають з приводу результатів інтелектуальної творчої діяльності. Безумовно, в цьому сенсі акти цивільного законодавства потребують певної їх ревізії, але на даний час ми маємо те, що маємо.

У межах питання правової моделі це положення не обмежується лише вищевказаним. Тут виникає й інше запитання: як тлумачити положення ч. 1 ст. 1 ЦК України в частині «... особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини) ...»?

В одному випадку таке положення можна розуміти так, що предмет цивільного права становлять дві групи однорідних (чистих) за своїм характером відносин: особисті немайнові відносини; майнові відносини. Тут цивільні відносини є родовим поняттям, а особисті немайнові та майнові відносини – видовими. Такий підхід підтримується більшістю вчених у науці цивільного права. Але за таких обставин відносини, які мають ознаки немайнових та майнових, як змішаних, не охоплюються таким підходом. Єдине, про які відносини може йтися, це відносини з приводу результатів інтелектуальної творчої діяльності, в межах вищевказаного сприйняття ч. 1 ст. 1 ЦК України, то це ті, які за ч. 2 ст. 418 ЦК України передбачають, що зміст правовідносин інтелектуальної власності становлять особисті немайнові права інтелектуальної власності або майнові права інтелектуальної власності. У першому випадку змістом правовідносин інтелектуальної власності є особисті немайнові права та обов'язки інтелектуальної власності, у другому – майнові права та обов'язки інтелектуальної власності. А це вказує на чистий (однорідний) за своїм змістом характер таких правовідносин. Але тоді відносини інтелектуальної власності мають дещо відірваний характер. Бо є ті відносини інтелектуальної власності, які є предметом цивільного права, а є ті, які, відповідно, не є.

В іншому – предмет цивільного права становлять не дві групи однорідних (чистих) за своїм характером відносин (особисті немайнові відносини; майнові відносини), а цивільні відносини. При цьому цивільні відносини є цілим, а особисті немайнові та майнові відносини є частинами одного, цілого. Тобто, цивільні відносини складаються із двох однорідних (чистих) за змістом, але неоднорідних за своїм характером

відносин, а категорія «цивільні відносини» – це більш умовна назва, ніж реальна та лише позначає певний «союз» відносин, існування яких неможливо один без одного. Правова модель правовідносин за таких обставин має біцефальний характер. За таким підходом теж з'являється багато запитань: чи можна у правовідносин, що виникають з приводу результатів інтелектуальної творчої діяльності, виявити біцефальну модель правовідносин? Мабуть, ні, оскільки з огляду на підхід законодавця такі правовідносини мають змішану модель, як одне правовідношення, а не два правовідношення, які між собою мають пов'язаний та нерозривний характер.

Проте як би не сприймалась науковцями, практиками та іншими особами ч. 1 ст. 1 ЦК України, вона все одно зводиться до одного (єдиного), до того, що всі цивільні правовідносини є ті, які або мають однорідну правову модель, або біцефальну. У цьому проявляється моністичний підхід законодавця до правової моделі усіх цивільних правовідносин, а сама правова модель є одним із критеріїв визначення відносин, що регулюються цивільним законодавством. Відповідно, як бачимо, існує нагальна потреба до корегування ч. 1 ст. 1 ЦК України.

Виникає ще одне питання, а саме: співвідношення ч. 2 ст. 418 ЦК України зі ст. 1 ЦК України, де методом цивільного права визначаються лише відносини, а у ст. 418 замість правовідносин інтелектуальної власності законодавець чомусь позначив їх правом, зокрема правом інтелектуальної власності. Проте тут допущена «кричуща» некоректність: право як систему норм ... не можна зводити до його предмета, а зміст правовідносин – йменувати самим правом. Ці права є суб'єктивними правами інтелектуальної власності і розкриваються у приватному праві через правовідносини. До того в інтелектуальній власності не можна орієнтуватися на визначальність немайнових прав, які не комерціалізуються, чи в них досить непевно проведено економічне підґрунтя; квінтесенція чи основне в інтелектуальній власності – майнові права та їх комерціалізація; проігноровані організаційні та процедурні відносини, які залишилися без інтегруючої складової.

Ці та інші вади призвели до змішування і навіть «протаскування» у цивільне законодавство адміністративно-правових за сутністю відносин (п. 2 ч. 2 ст. 432 ЦК України), процесуальних запобіжних заходів (пп. 1, 3 та 4 ч. 2 ст. 432 ЦК України). Проігноровано і методи цивільно-правового регулювання як один із критеріїв уточнення його предмета як традиційного для поділу галузей права. Не враховано інституційний підхід і зокрема те, що особисті немайнові права у виконавському праві (виконавська майстерність) проявляють себе як власне майнові права. Їх зближує рівність чи рівновеликі можливості учасників цивільного обороту і те, що ці суб'єктивні права мають у своєму змісті економічне і духовне привласнення майнових прав на результати інтелектуальної власності.

Наведене – лише частина спору про предмет права інтелектуальної власності: 1) самі його об'єкти; 2) майнові та особисті немайнові права на них; 3) інші – як перше, так і друге. Якщо діяти методом виключення, то очевидно, що з огляду на абсолютність суб'єктивних прав у цій сфері, монополію на об'єкти та інформацію про них, за винятком тієї, що стосується національних інтересів, не можна гальмувати прогрес суспільства та програмувати його деградацію. З цим людство уже зустрічалося і від цього рішуче відмовилося. Повертатися до монополії на знання та інформацію було б згубно для науки, культури, мистецтва і відтворення людини.

Крім цього, є нагальна проблема визначитись у природі організаційних відносин, які виникають при кваліфікації об'єктів патентного права. З одного боку, така кваліфікація вчиняється від імені держави, а відносини вибудовані на засадах влади і підпорядкування, тобто як адміністративно-правові. З другого боку, це вчиняється державним підприємством, яке є юридичною особою, що має діяти на засадах свободи, його дії є організаційними та приватними, але з публічними наслідками через порядок визнання об'єкта охороноспроможним та надання йому правової охорони.

Свого часу І. Е. Маміофа вважав, що експертиза є не адміністративним процесом, а процедурною стадією здійснення суб'єктивного цивільного права творця на визнання його науково-технічного досягнення, а норми, які регламентують її проведення, є процедурними, що зустрічаються в інших галузях права. Вони належать не до адміністративного права, а до тієї галузі, матеріальні норми якої обслуговуються даними процедурними нормами². Проте організаційні процедурні норми при експертизі – один із проявів організаційних відносин взагалі та як предмета цивільного права зокрема.

Якщо визнати безспірним те, що цивілістика повинна охоплювати і право інтелектуальної власності, то очевидним є й те, що без організаційних відносин здійснення традиційних для цивілістики суб'єктивних прав та виконання обов'язків неможливе, особливо, де йдеться про інтелектуальну діяльність і потребу координації зусиль осіб та органів: перші погано піддаються владі підпорядкування, а другі не можуть проявляти свободу у своїй діяльності. Цивілістика зусиллями О. О. Красавчикова та інших визнає організаційні відносини складовою предмета цивільного права. Він визначив їх як побудовані на засадах координації або субординації соціальні зв'язки, що спрямовані на упорядкування (нормалізацію) інших суспільних відносин, дії їх учасників або на формування соціальних утворень і, зокрема: організаційно-зумовлюючі відносини, в результаті яких у подальшому виникають (зав'язуються) інші відносини; організаційно-делегуючі з наділення інших осіб певними повноваженнями для здійснення прав інших осіб (вибори делегатів, передання делегуючих повноважень в корпоративних структурах); організаційно-контрольні, на підставі яких здійснюється контроль однієї особи іншою (архітектурний нагляд, нагляд замовника чи уповноваженої ним особи у дого-

ворі будівельного підряду); організаційно-інформаційні, за якими сторони обмінюються певного роду інформацією (договір про співпрацю)³.

Організаційні правовідносини залежно від мети, функцій та завдань цивільного права, в Україні Є. О. Харитонов та О. І. Харитонова. Так, вони виділили: а) регулятивні («правовідновлюючі»); б) організаційні; в) охоронні. У подальшому організаційні відносини на основі концепції конкретизації цивільних правовідносин поділили за підгалузевим критерієм, зокрема організаційні відносини у сфері авторського права, організаційні відносини сімейні (планування сім'ї) тощо. Тут же вони виділяють правовідносини активного типу, які проявляються у здійсненні позитивних активних дій та пасивного типу, що полягають в утриманні від вчинення певних дій⁴. Якщо йти далі, то можна виділити і організаційні відносини у сфері інтелектуальної власності взагалі, де відносини у сфері авторського права – лише їх інституційний прояв.

Професор Р. А. Майданік слушно зауважив: «під організаційними цивільними відносинами розуміють суспільні відносини, які виникають між юридично рівними і майново самостійними учасниками, що володіють автономією волі, зміст яких становлять дії немайнового характеру, спрямовані на виникнення та упорядкування майнових або особистих немайнових відносин», але їх визначення ... «... ускладнюється їх видовою різноманітністю і широтою сфери дії». Він виділив чотири ознаки цивільних організаційних відносин, які кваліфікують ці правовідносини: 1) організаційні відносини складаються з дій організаційних, спрямованих на упорядкування організованих відносин; 2) об'єктом цих відносин є упорядкованість дій учасників організованих відносин, яка дістала в літературі назву юридичної процедури; 3) організаційні відносини вирізняються наявністю особливої мети, яка полягає у спеціальній спрямованості на процес упорядкування таких відносин; 4) зміст цивільно-правових організаційних відносин становлять суб'єктивне організаційне право та суб'єктивний організаційний обов'язок⁵.

Для визначення правової сутності організаційних відносин слід довести відповідність цих відносин предмету і методу цивільного права. Априорі, на ці відносини поширюються загальні положення цивільного права про метод цивільно-правового регулювання. З огляду на це, поряд з організаційними відносинами публічними як об'єктивними для державного впливу, існують відносини організаційні приватні та залежні від права чи інтересу учасників цивільних відносин.

Приватноправові організаційні відносини виникають між юридично рівними їх учасниками. Публічно-правові організаційні відносини існують в умовах юридичної нерівності учасників, один з яких здійснює компетенцію, а інший несе публічний обов'язок (наприклад, процедурні відносини з державної реєстрації речового права на нерухоме майно). При цьому процедурний характер організаційних відносин обумовлює особливості їх зв'язку з неорганізаційними відносинами та місце в системі цивільних правовідносин: як самостійних чи як обслуговуючих немайнових та майнових відносин.

З урахуванням наведеного можна стверджувати, що предметом права інтелектуальної власності є не тільки відносини, які мають ознаки особистих немайнових та майнових, а й організаційні відносини. Вони забезпечуються методом впливу на учасників цих відносин не влади та підпорядкування, а методом координації. Не бачити їх – означає збіднити саме цивільне право, що актуально у зв'язку із виділенням нової наукової спеціалізації 12.00.13, яка видається дещо штучною: становить частину інших наукових спеціальностей, про що красномовно свідчать теми захищених та заявлених дисертацій після її введення. Тут слід виходити із того, що право інтелектуальної власності вибудоване як підгалузь цивільного права і його предмет та методи є для нього притаманними. І лише те, що цивільному праву притаманні не один прийом і спосіб пізнання, а їх система, надає можливість вибудувати специфіку та місце організаційних відносин: а) як самостійних – при спільному створенні його об'єктів, зокрема відносини між керівниками проектів та співвиконавцями; б) як підпорядковані здійсненню інших суб'єктивних прав (розкрутка творчої особистості, зокрема виконавця через продюсерство, комерціалізація майнових прав, побудова тактики охорони прав на об'єкти та захисту в разі їх порушення).

У компаративістичному аспекті зауважимо, що в міжнародних актах та актах окремих зарубіжних країн (США, Португалії та інших) не витримано чистоту предметного підходу, внаслідок чого норми і навіть інститути права інтелектуальної власності переплелися, зокрема з адміністративним, податковим, цивільним, кримінальним правом. У результаті предмет права інтелектуальної власності надто розширився і певним чином втратив галузеву чистоту. До того, при адміністративному порушенні чи навіть злочині завдається збиток чи виникає підстава для компенсації втраченого благоволодільцем. Такі справи за принципом економії процесуальних засобів та часу слід розглядати в одному провадженні. Тож можна припустити, що саме тому метод правового регулювання не відіграє в праві інтелектуальної власності цих країн важливої ролі, не є самообмежуючим, як у національному законодавстві. Більшість зарубіжних науковців тим не переймаються і сприймають це як належне.

Предмет правового регулювання має розглядатись спільно із методом, а не окремо, як вважають деякі науковці⁶, детермінує форми, засоби та способи галузевої охорони та захисту прав на об'єкти права інтелектуальної власності. Тут термін «охорона» нами вжито в розумінні врегулювання відносин і встановлення правового порядку у сфері інтелектуальної власності взагалі та окремих його об'єктів зокрема.

Отже, відносини інтелектуальної власності є підгалуззю цивільного права, проте забезпечуються засобами та способами охорони інших галузей права. У змістовному та сутнісному аспекті ці відносини проявляються як цивільні відносини, а тому повинні бути складовою предмета цивільного права та підда-

ватися впливу методами цивільно-правового характеру на юридично значиму поведінку їх учасників. Це стосується і організаційних відносин у сфері інтелектуальної власності як приватноправових за своєю природою. Останні тяжіють чи потребують легального їх визначення та правового закріплення як: а) відносно самостійних відносин; б) тих, які обслуговують немайнові та майнові відносини у сфері інтелектуальної власності. Такий підхід є виправданий з практичної та теоретичної їх складової і може слугувати для уточнення положень окремих норм позитивного права, відмежування публічно-правової охорони об'єктів права інтелектуальної власності як безпосереднього об'єкта публічного правопорушення від приватноправової охорони, де акцент зроблено не стільки на забезпеченні права на визнання й використання об'єктів цих прав, скільки на їх змісті – майнових та/або особистих немайнових правах, а також організаційних правах.

З огляду на значущі упущення в предметі цивільного права ч. 1 ст. 1 ЦК України повинна моделюватися у такій формі лексико-граматичній структурі речення: «Цивільним законодавством регулюються цивільні відносини, які засновані на ...». Тут навмисно упущені ознаки цивільних відносин, оскільки для цього слід проводити окреме дослідження щодо виявлення ознак, якими володіють усі цивільні відносини, що становитимуть предмет цивільного права. Єдине, що не виникає заперечень, що ці відносини (цивільні відносини) завжди виникають між рівними учасниками цивільних відносин. Абстрактне формулювання речення зумовлено різною природою приватних відносин та підходами до їх регулювання. Наприклад, може виникнути питання, як представити змішану модель правовідношення при її закріпленні у нормі права. Зокрема, це стосується правовідносин інтелектуальної власності, які на доктринальному рівні ще потребують встановлення щодо їх правової моделі. Майново-немайнові чи немайново-майнові? Та чи можуть такі слова бути нормативно вживаними? При цьому моделі цивільних правовідносин можуть мати різний характер: однорідний, змішаний, біцефальний, біполярний та інший. Проте це не повинно бути критерієм визначення предмета цивільного права. У цьому сенсі формулювання предмета цивільного права щодо відносин пропонується проводити більш абстрактно, а диференціація має здійснюватися, виходячи із суті відносин, які виникають між його учасниками.

¹ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – №№ 40–44. – Ст. 356.

² Изобретательское право : учеб. / Н. Б. Ловягин, И. Э. Мамюфа, Н. В. Миронов, А. А. Судаков и др. ; отв. ред.: Н. В. Миронов. – М. : Юрид. лит., 1986. – 224 с. – С. 30–31.

³ Красавчиков О. А. Гражданские организационно-правовые отношения / О. А. Красавчиков // Антология уральской цивилистики. 1925–1989 : сб. статей. – М. : Статут. 2001. – С. 163–165.

⁴ Харитонов С. О. Цивільні правовідносини : моногр. / С. О. Харитонов, О. І. Харитонova. – 2-ге вид., перероб. і доп. – Одеса : Фенікс. 2011. – С. 71.

⁵ Майданик Р. А. Цивільне право. Загальна частина : підруч. / Р. А. Майданик. – К. : Алерта, 2012. – Т. 1 : Вступ у цивільне право. – 471 с. – С. 9.

⁶ Бурлаков С. Ю. Правове регулювання відносин інтелектуальної власності (предмет і метод) / С. Ю. Бурлаков // Форум права. – 2013. – № 3. – С. 66 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2013_3_13.pdf ; Бурлаков С. Ю. Предмет і метод правового регулювання відносин інтелектуальної власності / С. Ю. Бурлаков // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. – 2013. – № 1077. – Вип. 15. – С. 87. – (Серія «Право») : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/j-pdf/VKhIPR_2013_1077_15_22.pdf

Резюме

Шишка О. Р. Відносини у сфері інтелектуальної власності в предметі цивільного права.

У статті йдеться про відносини інтелектуальної власності як складової предмета цивільно-правового регулювання. Вказується, що термін «відносини інтелектуальної власності» є узагальнюючою категорією, який включає до себе: немайнові відносини, майнові відносини та організаційні. Звертається увага на міжгалузевий вплив на ці відносини і стримуючий фактор у їх сфері цивільно-правового впливу – метод правового регулювання. Обґрунтовано потребу легального визначення організаційних відносин: а) як відносно самостійних; б) таких, що обслуговують відносини у сфері інтелектуальної власності, змістом яких є майнові та/або особисті немайнові права та обов'язки.

Ключові слова: право інтелектуальної власності, цивільне право, предмет права, метод права.

Резюме

Шишка А. Р. Отношения в сфере интеллектуальной собственности в предмете гражданского права.

В статье речь идет об отношениях интеллектуальной собственности как составляющей предмета гражданско-правового регулирования. Указывается, что понятие «отношения интеллектуальной собственности» является обобщающим, которое включает в себя: неимущественные отношения, имущественные отношения и организационные. Обращается внимание на межотраслевое влияние на эти отношения и сдерживающий фактор в их сфере гражданско-правового воздействия – метод правового регулирования. Обоснована необходимость легального определения организационных отношений: а) как относительно самостоятельных; б) таких, что обслуживают отношения в сфере интеллектуальной собственности, содержанием которых являются имущественные и/или личные неимущественные права и обязанности.

Ключевые слова: право интеллектуальной собственности, гражданское право, предмет права, метод права.

Summary

Shishka O. Relations in the sphere of intellectual property in the subject-matter of civil law.

The article deals with the relations of intellectual property as a part of civil-law regulation and states that the term «relations of intellectual property» is generalizing, which splits into its components: property relations, non-property relations and organizational relations. Attention is paid to inter-branch gravity of these relations and a factor, that deter them in the field of civil-law influence, that is, the method of legal regulation. The need for the legal definition of organizational relations is grounded: a) as relatively independent; b) as those that serve non-property and property relations in the field of intellectual property.

Key words: intellectual property law, civil law, subject of law, method of law.

УДК 349.412.2

П. Ф. КУЛИНИЧ

Павло Федотович Кулинич, доктор юридичних наук, професор, завідувач відділу Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

НЕРУХОМЕ МАЙНО ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВОВИХ ВІДНОСИН: ЗЕМЛЕЦЕНТРИЧНА І НАДРОЦЕНТРИЧНА КОНЦЕПЦІЇ

З прийняттям 16 січня 2003 р. Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)¹ у нашій країні був зроблений важливий крок у напрямку законодавчої інтеграції земельної та неземельної нерухомості. Після майже 90-річної перерви, пов'язаної з дією законів радянського періоду, в законодавство України повернулось поняття нерухомого майна в його класичному цивілістичному розумінні, до якого віднесені не тільки будівлі і споруди, а й земельні ділянки. Так, ст. 181 Кодексу проголошує, що до нерухомих речей (нерухоме майно, нерухомість) належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. А у ст. 9 ЦК України встановлено, що його норми поширюють свою дію і на земельні відносини, якщо останні не врегульовані спеціальними (земельними) законами.

Отже, з прийняттям та введенням у дію ЦК України земля не тільки отримала правовий режим нерухомого майна, а й стала розглядатися як ключовий елемент загального поняття нерухомості та як критерій віднесення тієї чи іншої речі до об'єктів нерухомого майна: такими є лише ті з речей, які не тільки розташовані на землі (ділянці), а й настільки тісно пов'язані з нею, що не можуть бути переміщені без їх знецінення та зміни їх призначення. Аналогічне визначення поняття нерухомого майна закріплене також і у ст. 1 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень»². Таким чином, у законодавстві України реалізована землецентрична правова концепція поняття нерухомості (нерухомого майна), відповідно до якої нерухомістю може бути сама земля (земельна ділянка) та все, що нерозривно зв'язане з нею.

У правовій доктрині фізичний і юридичний зв'язок будівлі (споруди) та земельної ділянки, на якій розташована будівля (споруда), розглядається як системна ознака нерухомості³. Такий зв'язок передбачає, що для створення (як фізичного, так і юридичного) будівлі (споруди) забудовник спочатку має отримати право на земельну ділянку як обов'язкову передумову набуття будівлею (спорудою) правооб'єктності нерухомого майна. Відповідно, закріплена у чинному земельному та цивільному законодавстві України юридична конструкція нерухомості передбачає, що, по-перше, виникнення права на земельну ділянку є обов'язковим етапом у оформленні права на розташовану на ній будівлю (споруду) та, по-друге, земельна ділянка є неодмінною індивідуалізуючою характеристикою будівлі (споруди) як об'єкта нерухомого майна.

Особливість реалізованої у законодавстві землецентричної концепції нерухомості полягає в тому, що в системі «земля і будівля (споруда)» основним елементом є саме остання. В концентрованому виді такий підхід відображений у ст. 120 Земельного кодексу України (далі – ЗК України)⁴ та ст. 377 ЦК України. За загальним правилом, закріпленим у зазначених статтях, будівля (споруда) є домінуючим об'єктом нерухомості щодо землі (земельної ділянки), на якій ця будівля (споруда) розташована. В силу такої правової підпорядкованості земля (земельна ділянка) має поділяти юридичну долю розташованої на ній будівлі (споруди). Так, у ст. 120 ЗК України і ст. 377 ЦК України встановлено, що у разі набуття права власності на жилий будинок, будівлю або споруду, що перебувають у власності, користуванні іншої особи, припиняється право власності, право користування земельною ділянкою, на якій розташовані ці об'єкти. А до особи, яка набула право власності на жилий будинок, будівлю або споруду, розміщені на земельній ділянці, що перебуває у власності іншої особи, переходить право власності на земельну ділянку або її частину, на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення.

Водночас аналіз практики правового регулювання суспільних відносин, об'єктом яких є такий вид земельної нерухомості, як земля (земельні ділянки) сільськогосподарського призначення, дає підстави для сумніву щодо відповідності землецентричної правової концепції нерухомості потребам аграрного виробництва.

Зазвичай сільськогосподарські землі як засіб аграрного виробництва являють собою вкриту ґрунтом земну поверхню, яка використовується для вирощування відповідних сільськогосподарських культур. Однак розвиток науково-технічного прогресу у землеробстві зумовив ускладнення структури сільськогосподарських земель. У сучасних умовах продуктивна сила сільськогосподарських угідь визначається не лише якістю їх ґрунтового покриву, а й іншими компонентами таких угідь. Адже певну частину сільськогосподарського земельного фонду України становлять угіддя, на яких здійснені різні земельні поліпшення (меліорації), зокрема, закладені багаторічні насадження (сади, виноградники, хмільники тощо), побудовані меліоративні (зрошувальні та осушувальні мережі) та ґрунтоохоронні (протиерозійні) споруди, а також інші споруди та будівлі агровиробничого призначення. Такі насадження та споруди істотно підвищують виробничу цінність сільськогосподарських угідь. У зв'язку з цим формулювання поняття та сутності сільськогосподарських земель як засобу аграрного виробництва потребує, на наш погляд, визначення юридичної природи взаємозв'язків між сільськогосподарськими земельними ділянками та розташованими на них насадженнями, агровиробничими спорудами та будівлями.

На нашу думку, основним методологічним підходом до визначення юридичної природи зв'язку між сільськогосподарською земельною ділянкою та розташованими на (в) ній об'єктами (будівлями, спорудами, насадженнями, посівами тощо), що є невіддільними або важковіддільними (в розумінні збереження їх цілісності і господарської функціональності) від такої ділянки, має стати надання юридичного змісту сформованому економічною та природничими науками усталеному і безспірному постулату, згідно з яким земля є основним засобом сільськогосподарського виробництва. Цей постулат широко використовується для підкреслення ключового соціально-економічного й агровиробничого значення земель сільськогосподарського призначення взагалі та сільськогосподарських угідь зокрема у процесі виробництва як рослинницької, так і тваринницької продукції. Однак як у правовій доктрині, так і в законодавчому регулюванні земельних відносин цьому постулату не надавалося ніякого юридичного значення.

Зміст постулату про сільськогосподарську землю як основний засіб аграрного виробництва іманентно зумовлює постановку питання про функціональну роль інших – неосновних, допоміжних – засобів сільськогосподарського виробництва у вирощуванні рослинницької і тваринницької продукції. До останніх належать як рухомі речі (сільськогосподарська техніка, механізми, інвентар), так і нерухомі матеріальні об'єкти (будівлі, споруди, насадження тощо). Цілком очевидно, якщо сільськогосподарські угіддя є основним засобом аграрного виробництва, то інші – неосновні – засоби аграрного виробництва відіграють допоміжну роль, сприяючи реалізації основної агровиробничої властивості сільськогосподарських угідь – їх родючості – як неодмінного, обов'язкового та незамінного фактору продукування урожаю вирощуваних сільськогосподарських культур. Іншими словами, без використання сільськогосподарських угідь як засобу сільськогосподарського виробництва функціональне призначення неосновних, допоміжних засобів цього виробництва є нереалізованим.

На нашу думку, надання юридичного змісту постулату про землю як основний засіб сільськогосподарського виробництва має означати визнання на рівні правової доктрини та закріплення у законодавстві визнання підпорядкованості правового режиму неосновних, допоміжних засобів аграрного виробництва правовому режиму сільськогосподарських земель, якщо останні розташовані на (в) таких землях і є невіддільними або важковіддільними від неї.

Однак, враховуючи різний характер, різницю матеріальної сутності таких засобів, їх різну функціональну роль в аграрному виробництві, ці засоби виробництва доцільно поділяти на дві групи та надати їм адекватного правового режиму. До першої групи слід включити допоміжні засоби аграрного виробництва, які є об'єктами нерухомого майна за цивільним законодавством України. Такі засоби являють собою головним чином будівлі та споруди, право власності на які визнане офіційно та зареєстроване відповідно до вимог законодавства. Враховуючи факт їх юридичного виокремлення в якості незалежного від землі об'єкта права власності, будівлі і споруди як допоміжні засоби аграрного виробництва підпадають під правовий режим оборотоздатності, встановлений у ЗК України і ЦК України. Зокрема, згідно зі ст. 120 ЗК України та ст. 377 ЦК України, зазначені будівлі і споруди можуть не тільки вільно відчужуватися їх власниками окремо від земельних ділянок, на яких ці засоби розташовані. Вони є юридично домінуючими об'єктами у відносинах їх цивільного та адміністративного обігу. Адже набувач права власності на будівлю (споруду) практично автоматично набуває й те право на земельну ділянку під будівлею (спорудою), яким володів відчужувач такої будівлі (споруди). Таким чином, сільськогосподарська земельна ділянка як головний засіб аграрного виробництва виступає об'єктом, юридично підпорядкованим розташованому на ній допоміжному засобу виробництва – будівлі (споруді) тощо. І у випадку відчуження останньої поділяє її юридичну долю.

На наш погляд, змодельований у ст. 120 ЗК України та ст. 377 ЦК України правовий зв'язок між земельною ділянкою та розташованою на ній будівлею (спорудою) уявляється неприйнятним для застосування у сфері регулювання відносин сільськогосподарського землекористування. Такий висновок підтверджується й характером забудови переважної більшості земельних ділянок сільськогосподарського призначення. Так, наприклад, якщо громадянин (фермер) або юридична особа мають на праві власності чи іншому праві сільськогосподарську земельну ділянку площею 50 га, то з них лише невелика частина, як правило, від 0,1 до 1 га, може бути забудована господарськими об'єктами (будівлями та спорудами), право власності на які підлягає державній реєстрації окремо від державної реєстрації прав на землю. У такому випадку одна чи кілька будівель (споруд), що займають кілька відсотків площі сільськогосподарської ділянки, при їх відчуженні визначатимуть юридичну долю всієї ділянки.

З метою приведення правового регулювання оборотоздатності земельних ділянок сільськогосподарського призначення у відповідність з їх статусом основного засобу аграрного виробництва уявляється доцільним побудувати правовий зв'язок між такими ділянками та розташованими на ній будівлями (спорудами) як окремими об'єктами права власності на основі цивілістичної конструкції «головна річ і приналежність». Зміст цієї конструкції визначений у ст. 186 ЦК України. Згідно з цією статтею, річ, призначена для обслуговування іншої (головної) речі і пов'язана з нею спільним призначенням, є її приналежністю. Приналежність слідує за головною річчю, якщо інше не встановлено договором або законом. У зв'язку з цим у ст. 120 ЗК України та ст. 377 ЦК України вважаємо доцільним внести зміни, які б визнавали сільськогосподарські земельні ділянки головною річчю, а розташовані на ній будівлі (споруди) – приналежністю таких ділянок.

Таким чином, сільськогосподарські земельні ділянки та розташовані на них сільськогосподарські насадження, агропромислові споруди та будівлі доцільно, на нашу думку, виділяти в окремий вид нерухомого майна – сільськогосподарську нерухомість, якій має бути надано особливий правовий режим. Вважаємо, що сільськогосподарську нерухомість слід розглядати як багатоеlementний майновий об'єкт, що складається з сільськогосподарських земель та розташованих на них агропромислових будівель і споруд, які в сукупності виконують функцію засобу сільськогосподарського виробництва.

Водночас маємо зазначити, що землецентрична правова конструкція «річ, що тісно пов'язана з землею» не завжди може бути використана для кваліфікації будівлі чи споруди у якості нерухомого майна. Так, наприклад, навряд чи можна вважати пов'язаною із землею таку споруду, як підземний торговельний центр «Глобус» та інші об'єкти, розташовані під Майданом Незалежності та в інших місцях у м. Києві, а також у деяких інших великих містах нашої країни. Адже, по-перше, торговельний центр «Глобус» та інші подібні споруди розташовані на землях загального користування (вулицях, площах, скверах тощо), які не можуть надаватися громадянам та юридичним особам у власність чи користування, а тим більше – для забудови. А, по-друге, переважна більшість таких об'єктів побудовані не на поверхні відповідної земельної ділянки (території), а під її поверхнею таким чином, що використання об'єкта не створює перепон у використанні земельної ділянки (території) у якості земель загального користування. Тому, за великим рахунком, спорудження підземного об'єкта нерухомого майна, повністю розташованого під землею поверхнею, у багатьох випадках не потребує відведення земельної ділянки для його будівництва та експлуатації. Причому можна прогнозувати, що у зв'язку з досягненням максимальної щільності забудови населених пунктів України та зростанням вартості вільних земель практика освоєння підземного простору (надр) земельних територій для забудови набудуватиме більш інтенсивного розвитку принаймні у великих містах. Отже, в недалекому майбутньому землецентричність нерухомості, тобто наявність обов'язкового юридичного зв'язку між будівлею (спорудою) та земельною ділянкою, на якій вони розташовані, перестане бути універсальною її юридичною характеристикою. Очевидно, законодавство України повинне відреагувати на такі зміни шляхом уточнення поняття нерухомого майна, відносячи до останнього не тільки будівлі, нерозривно пов'язані з земельними ділянками, а й будівлі, які розташовані під землею поверхнею та нерозривно пов'язані не з земельними ділянками як поверхневим шаром земної поверхні, а з їх надрами.

Важливою юридичною передумовою функціонування нерухомості в більшості розвинутих економік світу є державна реєстрація прав на неї. Така реєстрація запроваджена і законодавством України. Так, згідно зі ст. 182 Цивільного кодексу України право власності та інші речові права на нерухомі речі, обмеження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації. Однак у нашій країні повноцінна державна реєстрація прав на нерухоме майно запроваджена лише з 1 січня 2013 р., коли права на земельні ділянки та інші об'єкти нерухомого майна реєструються одним органом (Реєстраційною службою Міністерства юстиції України) та за єдиними правилами, закріпленими у Законі України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» та прийнятими у їх розвиток підзаконних нормативно-правових актах.

Виходячи зі змісту, закріпленого в чинному законодавстві України поняття нерухомого майна, неодмінною передумовою здійснення державної реєстрації прав на об'єкти нерухомого майна є формування земельних ділянок як системуючого фактора нерухомості. Адже проведення державної реєстрації прав на будівлі та споруди потребує чіткої ідентифікації земель (земельної території), на якій розташовані та з якою нерозривно пов'язані зазначені об'єкти нерухомого майна. Правовою основою ідентифікації земель, на яких можна зводити будівлі та споруди, а також реєструвати право власності та інші речові права на них, є інститут формування земельних ділянок, закріплений земельним законодавством України.

Однак базування Закону «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» виключно на землецентричній правовій моделі нерухомості по суті блокує легітимне зведення будівель і споруд у надрах землі, тобто, без відведення земельної ділянки як частини земної поверхні для здійснення такого будівництва та реєстрації прав на возведену у надрах будівлю (споруду).

Таким чином, вищевикладене дає підстави для певних висновків. По-перше, визнання будівлі (споруди) головною річчю у правовому регулюванні відносин сільськогосподарського землекористування суперечить потребам аграрного виробництва та потребує надання правового режиму головної речі в майновому комплексі «будівля (споруда) і сільськогосподарська земельна ділянка» не будівлі, а ділянці. По-друге, чинне земельне і цивільне законодавство України потребують вдосконалення на основі поєднання та відображення у правовому регулюванні відносин щодо нерухомого майна землецентричної та надрозцентричної концепцій. У зв'язку з цим ст. 181 ЦК України пропонуємо викласти у такій редакції: до нерухомих речей (нерухоме

майно, нерухомість) належать земельні ділянки, будівлі і споруди, які розташовані на земельних ділянках, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни функціонального призначення, а також будівлі і споруди, які розташовані в надрах (під землею поверхнею) без відведення земельної ділянки, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни функціонального призначення.

¹ Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.

² Офіційний вісник України. – 2010. – № 19. – Ст. 823.

³ Степанов С. А. Недвижимое имущество в гражданском праве / С.А. Степанов. – М. : Статут, 2004. – 223 с.; Харьковская цивилистическая школа: объекты гражданских прав : моногр. / И. В. Спасибо-Фатеева, В. И. Крат, О. П. Печеный и др. ; под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Х. : Право, 2015. – 720 с.

⁴ Офіційний вісник України. – 2001. – № 46. – Ст. 2038.

Резюме

Кулинич П. Ф. Нерухоме майно як об'єкт правових відносин: землецентрична і надроцентрична концепції.

Зазначається, що у чинному земельному та цивільному законодавствах України закріплена землецентрична концепція нерухомого майна, відповідно до якої ідентифікуючою юридичною ознакою будь-якої будівлі (споруди) є її юридичний зв'язок з земельною ділянкою, на якій зведена будівля (споруда). Особливість землецентричної концепції нерухомості полягає у визнанні будівлі (споруди) основною річчю, а земельної ділянки – її приналежністю. Відповідно, у цивільному обігу земельна ділянка має поділяти юридичну долю будівлі (споруди), а не навпаки. Доводиться, що землецентрична модель нерухомого майна потребує вдосконалення у частині визначення юридичного зв'язку між сільськогосподарською земельною ділянкою та розташованою на ній будівлею (спорудою) шляхом визнання такої ділянки головною річчю, а будівлі (споруди) – приналежністю земельної ділянки. Крім того, обґрунтована надроцентрична концепція нерухомості, відповідно до якої будівля (споруда), яка побудована у надрах (під землею), має юридичний зв'язок не з земельною ділянкою, а з ділянкою надр.

Ключові слова: нерухоме майно, земля, будівлі, споруди, сільськогосподарська нерухомість, нерухомість на землі, нерухомість в надрах.

Резюме

Кулинич П. Ф. Недвижимое имущество как объект правовых отношений: землецентричная и надроцентричная концепции.

Отмечается, что в действующем земельном и гражданском законодательствах Украины закреплена землецентричная концепция недвижимого имущества, в соответствии с которой идентифицирующим юридическим признаком любого здания (сооружения) служит его юридическая связь с земельным участком, на котором возведено здание (сооружение). Особенность землецентричной концепции недвижимости заключается в признании здания (сооружения) основной вещью, а земельного участка – его принадлежностью. Соответственно, в гражданском обороте земельный участок должен разделять юридическую судьбу здания (сооружения), а не наоборот. Доказывается, что землецентричная модель недвижимого имущества нуждается в совершенствовании в части определения юридической связи между сельскохозяйственным земельным участком и расположенным на нем зданием (сооружением) путем признания такого участка главной вещью, а здания (сооружения) – его принадлежностью. Кроме того, обоснована надроцентричная концепция недвижимости, в соответствии с которой здание (сооружение), возведенное в надрах (под землей), имеет юридическую связь не с земельным участком, а с участком недр.

Ключевые слова: недвижимое имущество, земля, здания, сооружения, сельскохозяйственная недвижимость, недвижимость на земле, недвижимость в надрах.

Summary

Kulynich P. Immovable property as an object of legal relations: land-based and subsoil-based concepts.

It is stated, that current land and civil legislations of Ukraine contain land-based concept of immovable property, according to which a legal connection between any building or construction and land plot where the building or construction is located serves as an identification feature for the building/construction as an objects of immovable property. Legal doctrine of Ukraine completely supports this concept. The peculiarity of the land-based concept consists in recognition of the building/construction as main property and land plot under it as its belongings. So in civil circulation any land plot has to share a legal destiny of building/construction which is located on the land plot, but no on the contrary. It means that if a person acquires ownership rights to a building/construction the ownership rights to the land plot under the building/construction go to the new owner of the latter.

Key words: real estate, land, buildings, constructions, agricultural real estate, immovable's on land, immovable's under land.

Х. А. ГРИГОР'ЄВА

Христина Антонівна Григор'єва, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету «Одеська юридична академія»

ШЛЯХИ РЕФОРМУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО ОПОДАТКУВАННЯ АГРАРІЇВ У КОНТЕКСТІ ВИМОГ МВФ

Складна політична та соціально-економічна ситуація, що склалася в Україні протягом останніх років, обумовила звернення нашої держави до міжнародних кредитних ресурсів. Зокрема, було підписано угоду з Міжнародним валютним фондом (далі – МВФ) про застосування дворічної програми «stand-by», а з 11 березня 2015 р. вона була змінена на нову – чотирирічну програму «Механізм Розширеного Фінансування» відповідно до якої Україні виділяється близько 17 млрд дол. США. Надання такого значного кредиту супроводжується низкою вимог щодо змін у фінансовій та економічній сферах, які Україна погодилась здійснити. Вітчизняні аграрії занепокоєні тим, що відповідно до взятих на себе зобов'язань Україна має з 1 січня 2016 р. відмінити спеціальний режим сплати податку на додану вартість (далі – ПДВ) для сільськогосподарських підприємств. Значний суспільний резонанс, викликаний даним фактом, та гострі дискусії щодо необхідності такого кроку зумовлюють актуальність наукового дослідження цього питання в аграрно-правовій площині.

Окремі економіко-правові питання адміністрування ПДВ та встановлення спеціального режиму для аграріїв вивчалися у працях Р.О. Гаврилук, І. Є. Криницького, Б. Я. Кузняка, В. С. Лук'янова, Л. А. Савченка та багатьох інших науковців. Правові проблеми забезпечення державної підтримки сільськогосподарських виробників досліджувалися у роботах О. В. Гафурової, В. М. Єрмоленка, С. І. Марченко, А. М. Статівки, В. Ю. Уркевича та інших відомих вчених. Однак стрімка зміна соціально-економічних і політичних умов, що спостерігається у сучасних реаліях, вимагає проведення спеціального дослідження доцільності відміни спеціального режиму сплати ПДВ сільськогосподарськими підприємствами та аналізу наслідків такої відміни.

У цьому зв'язку **метою даної статті** є дослідження шляхів реформування податкового законодавства у частині сплати ПДВ сільськогосподарськими підприємствами у контексті вимог МВФ.

Перш ніж аналізувати окреслені нами проблеми, варто нагадати, що МВФ – це міжнародна фінансова інституція, утворена у 1944 р., яка наразі об'єднує 188 країн. Основною метою своєї діяльності МВФ декларує забезпечення стабільності міжнародної валютно-фінансової системи. Україна має досвід кредитних відносин з МВФ: у період з 1994 по 2010 рр. нею було отримано близько 14,89 млрд дол. США¹. У 2015 р. розпочався новий етап у стосунках нашої держави з МВФ відповідно до програми розширеного фінансування, за якою Україна може отримати близько 17,01 млрд дол. США впродовж чотирьох років. У рамках програми було підписано три ключові документи: Лист про наміри, Меморандум про економічну та фінансову політику, Технічний меморандум про взаєморозуміння. При цьому МВФ ніяких умов не висуває, тобто кредитний договір як такий не укладається, але «поради» Фонду мають добровільно-примусовий характер². У зв'язку з цим виникає питання щодо правової природи таких кредитних правовідносин, визначення ступеня імперативності вимог щодо реформування економіки України. З цього приводу показовим є висловлювання директора юридичного департаменту МВФ та одного з його головних теоретиків Дж. Голда: «кредит не є договором чи угодою між Фондом та державою про те, що держава буде дотримуватися політики і цілей, передбачених у листі про наміри. Якщо держава не дотримується, то це не буде порушенням міжнародного договору, але для неї може виявитися неможливим наступне прохання про надання кредиту МВФ»³. Центральним документом, який містить у собі вимоги та маяки, є Меморандум про економічну та фінансову політику. Окрім багатьох інших зобов'язань щодо реформування, у цьому документі в якості одного з напрямів реформування податкової політики запропоновано поширення з 1 січня 2016 р. загального режиму оподаткування ПДВ на весь сільськогосподарський сектор. Для того, щоб виявити наслідки такого кроку, необхідним є попереднє дослідження сутності нині діючого спеціального режиму ПДВ у сфері сільського і лісового господарства, а також рибальства. Схематично особливості у сплаті ПДВ аграріями можна зобразити наступним чином:

1) *аккумуляція суми ПДВ та залишення її у власному господарстві*. Так, відповідно до ст. 209 ПК України сільськогосподарське підприємство нараховує суму ПДВ на вартість поставлених ним сільськогосподарських товарів та послуг, але не сплачує цю суму до бюджету, а повністю залишає її у власному розпорядженні та спрямовує її на відшкодування суми податку, сплаченої на вартість виробничих факторів, або для інших виробничих цілей;

2) *бюджетне відшкодування при експорті*. Відповідно до п. 209.4 ст. 209 ПК України при експортуванні сільськогосподарських товарів підприємство – виробник таких товарів/послуг має право на бюджетне відшкодування ПДВ, сплаченого постачальникам товарів/послуг, вартість яких включається до складу виробничих факторів;

3) *додаткова підтримка сільськогосподарських підприємств у сфері тваринництва*. Відповідно до п. 209.18 ст. 209 ПК України сума ПДВ, що підлягає сплаті до бюджету сільськогосподарськими підприємствами, які могли б, але не обрали спеціального режиму оподаткування діяльності і на загальних підставах вважаються платниками ПДВ, за реалізовані ними молоко, худобу, птицю, вовну власного виробництва, а також за молочні продукти, молочну сировину та м'ясопродукти, вироблені у власних переробних цехах, повністю залишається у розпорядженні цих сільськогосподарських підприємств і спрямовується на підтримку власного виробництва тваринницької продукції⁴.

Отже, вимога-рекомендація МВФ полягає у скасуванні вищеперерахованих особливих умов сплати ПДВ аграріями. Аналіз об'єктивних реалій української економіки у розрізі права дає змогу окреслити чотири можливих сценарії розвитку податкового законодавства в аграрній сфері з 1 січня 2016 року:

1) шлях виконання вимоги МВФ або шлях «затягування п'явки» – є цілком виправданим з позиції етатистської доктрини податкового права, відповідно до якої «платник податку фактично викреслюється з числа суб'єктів права та перетворюється на об'єкт податкового права»⁵. При цьому держава має абсолютну податкову правосуб'єктність⁶, що дає їй змогу у вільному порядку встановлювати і змінювати податкові режими. Однак неможливо ігнорувати висновки вчених, зроблені на основі глибоких емпіричних досліджень. Так, у спеціальній літературі зазначається, що економіка України протягом 2011–2013 рр. функціонувала в умовах незбалансованого завищеного фіскального тиску та непрозорої системи оподаткування. Функціонування податкової системи за вказаний час призвело до тінізації економіки, обсяг якої за офіційними оцінками експертів сягав від 35 % у 2011 р. до 70 % – у 2013 році⁷. Аналізуючи цей шлях розвитку, слід наголосити на тому, що зрівняння умов сплати ПДВ обґрунтовується у Меморандумі «міжнародною практикою». Проте не зовсім правильно розглядати даний факт ізольовано, адже в інших державах побудовані цілі системи підтримки сільського господарства. Достатньо вказати лише на деякі промовисті цифри. За даними ОЕСР, частка допомоги держави у доходах фермерів тривалий час становила: в США – 30 %, країнах спільного європейського ринку – 49 %, Японії – 66 %, Швейцарії – 80 %. В Україні ж розмір державної підтримки сільського господарства не перевищує 4 %⁸. У результаті введення загального режиму ПДВ вітчизняні аграрії позбавляються навіть цих незначних державних преференцій. У літературі зустрічаються пропозиції щодо компенсації наслідків ліквідації спеціального режиму ПДВ шляхом надання адресних цільових дотацій сільськогосподарським виробникам. Однак слід нагадати про зобов'язання України перед СОТ щодо скорочення та поступової відмови від прямої державної фінансової підтримки аграріїв.

Отже, виконання умови МВФ щодо розповсюдження загального режиму ПДВ на сільськогосподарські підприємства надасть можливість отримати наступний транш, але може спровокувати негативний поведінковий ефект – тінізацію агробізнесу та гальмування його зростання;

2) шлях протекціонізму. Його сутність полягає у збереженні існуючого спеціального режиму ПДВ для сільськогосподарських підприємств всупереч рекомендаціям МВФ. Подібний досвід в Україні вже є: так, у зв'язку з невиконанням нашої країною вимог щодо тарифів житлово-комунальних послуг МВФ не надав черговий транш кредиту з програми розширеного фінансування у 2002 році⁹. Отже, слід розуміти потенційні наслідки реалізації такого шляху – наступні кредитні транші можуть бути призупинені. Виникає ситуація зіткнення двох принципів права: обов'язковості виконання міжнародних зобов'язань та принципу аграрного протекціонізму. Потреба у державному захисті та підтримці зумовлена об'єктивними рисами сільського господарства: залежністю від погодно-кліматичних умов, підвищеним ступенем ризиковості, значним терміном між вкладанням коштів у виробництво та їх окупністю тощо. Крім того, саме сільське господарство забезпечує надійний рівень продовольчої безпеки у державі та її продовольчий суверенітет. Для України розвинуте сільське господарство означає також невичерпний експортний ресурс, джерело отримання валютної виручки та одне з головних джерел формування ВВП держави. Саме тому надання державної підтримки сільському господарству – це стратегічне питання для України;

3) радикальний шлях полягає у скасуванні ПДВ взагалі для усіх суб'єктів господарювання. Такий шлях теж суперечить Меморандуму, який наполягає на збереженні загальної ставки ПДВ на рівні 20 %. При цьому у спеціальній літературі все частіше обґрунтовується необхідність відмови від ПДВ. Дана позиція аргументується тим, що ПДВ є: а) найбільш «криміналізованим» податком; б) прикладом гіпертрофованого застосування фіскальної функції держави; в) провокатором тіньових відносин¹⁰. В. Слосаренко та М. Пітюлич переконані у несправедливості й неприродності ПДВ, а також у здійсненні ним негативного впливу на економіку¹¹. Проте питома вага даного податку у структурі надходжень Зведеного бюджету України за січень-серпень 2015 р. становить 28,21 %¹², що робить ПДВ одним із найважливіших бюджетоутворюючих податків. Така велика роль ПДВ у формуванні бюджету України мінімізує шанси його скасування у найближчому майбутньому. Хоча економісти переконані, що зниження податкового тиску не обов'язково призведе до подальшого розбалансування публічних фінансів, оскільки компенсація втрачених доходів уряду відбудеться завдяки прискореному економічному зростанню¹³;

4) шлях диференціації, який полягає у віднайденні компромісних варіантів, що поєднують часткове виконання вимоги МВФ та збереження певного рівня державної податкової пільги аграріям. У рамках даного шляху можна виокремити два основні напрями:

а) *вибірковий* – передбачає скасування спеціального режиму для великих агроструктур, насамперед агрохолдингів, при одночасному збереженні спеціального режиму по сплаті ПДВ для дрібних та середніх сільськогосподарських підприємств. У такий спосіб основне податкове навантаження лягає на великий бізнес, що в цілому відповідає світовій практиці;

б) диференціація ставок – тобто введення загального режиму ПДВ для сільськогосподарських підприємств супроводжується появою спеціальної науково обґрунтованої ставки ПДВ для таких суб'єктів.

Варто вказати на неоднозначність поглядів вчених на диференціацію податкових пільг. Так, В. С. Лук'янов вважає, що вітчизняне законодавство перенасичене такими пільгами¹⁴, у той час як Г. С. Морозова та Є. М. Руденко запевняють, що для України досить бажаною є диференціація ставок ПДВ і зниження їхніх розмірів¹⁵. На нашу думку, диференціація податкових пільг сама по собі є нейтральним явищем, і лише у контексті усієї податкової системи може здійснювати позитивний чи негативний ефект.

Окреслені нами шляхи розвитку податкового законодавства стосовно аграріїв у сучасних умовах мають свої переваги та недоліки. Однак при вирішенні питань щодо реформування податкової політики слід врахувати деякі ключові моменти. Так, у Меморандумі вказано, що сільськогосподарський сектор перетворився на один із найбільш прибуткових секторів української економіки. Це цілком правильно – перекладати основний тягар податків на найбільш сильних суб'єктів господарювання. Однак слід визнати, що сільське господарство наразі зайняло позиції найприбутковішої галузі не стільки завдяки власному зростанню, скільки в результаті сильного та різкого спаду в інших галузях. Об'єктивний погляд на таку реальність демонструє необхідність у підтримці аграріїв, а не у збільшенні їх навантаження. В умовах економічного спаду доцільним є послаблення усіх стримуючих факторів, що заважають бізнесу. Це сприяє його зростанню не завдяки прямій державній підтримці, на яку Україна в нинішніх умовах не здатна, а за рахунок власних ресурсів. Розвиток бізнесу породжує підвищення доходів держави, чого прагнуть досягнути МВФ та уряд. «Затягування пасків» може мати неоднозначний ефект: вигравши незначне збільшення бюджетних надходжень протягом кількох років, Україна може програти у стратегічній перспективі за рахунок зниження активності агробізнесу та його тінізації. Слід також не забувати про важливу проблему хронічної нестачі інвестування. Акумуляція сум ПДВ на власних рахунках є джерелом внутрішнього самоінвестування, що спрямовується на виробничі цілі. Позбавлення цього джерела не компенсується іншими шляхами інвестування, що ставить сільськогосподарське підприємство у вкрай жорсткі умови виживання.

Отже, у результаті проведеного дослідження було окреслено та проаналізовано чотири основні шляхи реформування режиму ПДВ щодо сільськогосподарських підприємств: 1) виконання умов МВФ або «затягування пасків»; 2) шлях протекціонізму; 3) радикальний шлях; 4) шлях диференціації (вибірковий та диференціації ставок). Зроблено висновок, що за реалізації будь-якого з вказаних шляхів Україна отримує позитивний ефект (у вигляді можливості отримання наступних кредитних траншів чи збільшення доходів від поступального розвитку сільського господарства). Однак цей позитивний ефект може мати короткострокову чи довгострокову перспективу. Вибір українським законодавцем певного шляху реформування режиму ПДВ для аграріїв залежить від встановлення пріоритетів стратегічного розвитку держави.

¹ Міокова Н. В. Співробітництво України з Міжнародним валютним фондом: стан та перспективи розвитку / Н. В. Міокова // Статистика України. – 2011. – № 1. – С. 86–92.

² Палій Є. В. Поняття та класифікація кредитних угод, що укладаються Міжнародним валютним фондом / Є. В. Палій // Держава і право: Юридичні та політичні науки. – 2006. – Вип. 34. – С. 498–503.

³ Там само.

⁴ Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI // ВВР. – 2011. – № 13 – 17. – Ст. 112.

⁵ Гаврилюк Р. А. Антропосоціокультурний код податкового права: моногр. / Р. А. Гаврилюк. – Черновці: Черн. гос. ун-т, 2014. – Кн. 2: Константи податкового права. – С. 202.

⁶ Пліс І. О. Податкова правосуб'єктність фізичних осіб: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 / І. О. Пліс. – Запоріжжя, 2013. – С. 10–11.

⁷ Слюсаренко В. Визначення впливу рівня оподаткування на обсяги тіньової економіки / В. Слюсаренко, М. Пітюлич // Банківська справа. – 2014. – № 11–12. – С. 63–73.

⁸ Мазур Г. Ф. Удосконалення механізму державного регулювання та стимулювання розвитку агровиробництва / Г. Ф. Мазур // Економіка АПК. – 2013. – № 2. – С. 21–25.

⁹ Ткачук Т. Ю. Співробітництво України з Міжнародним валютним фондом: погляд у майбутнє / Т. Ю. Ткачук // Право і безпека. – 2004. – № 3–4. – С. 38–41.

¹⁰ Лук'янов В. С. Податкові імперативи та податкове регуляторне адміністрування в сучасних умовах / В. С. Лук'янов // Актуальні проблеми економіки. – 2015. – № 2 (164). – С. 322–327.

¹¹ Слюсаренко В. Вказана праця.

¹² Офіційний сайт Міністерства фінансів України: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.minfin.gov.ua/news/bjudzhet/dohidna-politika>

¹³ Вдовиченко А. М. Податкове навантаження і темпи економічного зростання в Україні: у пошуках раціонального співвідношення / А. М. Вдовиченко, Г. В. Орос // Економіка України. – 2014. – № 8 (633). – С. 61–77.

¹⁴ Лук'янов В. С. Вказана праця.

¹⁵ Морозова Г. С. Вплив податку на додану вартість на формування доходів Державного бюджету України / Г. С. Морозова, Є. М. Руденко // Економіка та держава. – 2014. – № 8. – С. 42–46.

Резюме

Григор'єва Х. А. Шляхи реформування законодавства щодо оподаткування аграріїв у контексті вимог МВФ.

У статті досліджуються шляхи реформування податкового законодавства України в частині правового режиму податку на додану вартість для сільськогосподарських підприємств. Автор послідовно аналізує чотири основні шляхи потенційного

реформування та співвідносить їх з вимогами Міжнародного валютного фонду. У результаті дослідження виділено наступні можливі шляхи реформування режиму податку на додану вартість для сільськогосподарських підприємств: виконання вимог Міжнародного валютного фонду; шлях протекціонізму; радикальний шлях; шлях диференціації (вибірковий та диференціації ставок). Обрання законодавцем одного зі шляхів реформування ставиться у залежність від визначення пріоритетів стратегічного розвитку вітчизняної економіки.

Ключові слова: Міжнародний валютний фонд, податок на додану вартість, аграрний протекціонізм, державна підтримка сільського господарства, спеціальний режим оподаткування, пільги.

Резюме

Григорьева К. А. Пути реформирования законодательства по налогообложению аграриев в контексте требований МВФ.

В статье исследуются пути реформирования налогового законодательства Украины в части правового режима налога на добавленную стоимость для сельскохозяйственных предприятий. Автор последовательно анализирует четыре основных пути потенциального реформирования и соотносит их с требованиями Международного валютного фонда. В результате исследования выделены следующие пути возможного реформирования режима налога на добавленную стоимость для аграриев: исполнение требований Международного валютного фонда; путь протекционизма; радикальный путь; путь дифференциации (выборочный и дифференциации ставок). Избрание законодателем одного из путей реформирования ставится в зависимость от определения приоритетов стратегического развития отечественной экономики.

Ключевые слова: Международный валютный фонд, налог на добавленную стоимость, аграрный протекционизм, государственная поддержка сельского хозяйства, специальный режим налогообложения, льготы.

Summary

Hryhorieva K. The ways of reform of agrarians tax in the context of the IMF.

In this article author analyzes ways of reforming the tax laws of Ukraine regarding the legal regime of value added tax for agricultural enterprises. By consistently analyzes four main ways the reform and the potential relates to the requirements of the International Monetary Fund. The author identifies the following possible ways of reforming the regime of value added tax to farmers: meet the requirements of the International Monetary Fund; path of protectionism; radical way; way differentiation (selective and differentiation rates). The election of one put reform of the ways depending on the prioritization of strategic development national economy.

Key words: International Monetary Fund, the Value Added Tax, agricultural protectionism, state support of agriculture, special tax, benefits.

УДК 349.6 (477)

А. С. ЄВСТІГНЄЄВ

Андрій Сергійович Євстігнєєв, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕЧНОСТІ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ СПЕЦІАЛЬНОГО ЛІСОКОРИСТУВАННЯ В УКРАЇНІ

Ефективне комплексне правове забезпечення екологічної безпеки (далі – ЕБ) у процесі здійснення лісокористування неможливе без удосконалення чинних правових приписів, які регламентують окремі види юридичної відповідальності за правопорушення у вказаній сфері.

Різні аспекти правового забезпечення екологічної безпеки були предметом наукових досліджень вчених – представників вітчизняної науки екологічного права, як-от: В. І. Андрейцев, Г. І. Балюк, Ю. Л. Власенко, А. П. Гетьман, Т. Г. Ковальчук, М. В. Краснова, Н. Р. Малишева, Т. О. Третяк, М. О. Фролов, О. А. Шомпол, М. В. Шульга, Ю. С. Шемшученко та ін.

Водночас спеціальні правові дослідження здійснення проблем нормативного регулювання забезпечення екологічної безпечності лісокористування в Україні у юридичній літературі не здійснювались, що обумовлює актуальність проведеного в цій статті дослідження, яке присвячене аналізу іноземному досвіду правового регулювання сталого розвитку (далі – СР) у сфері лісокористування, складовою якого є забезпечення екологічно безпечного використання лісів, та дослідженню правового статусу лісокористувачі за законодавством України в частині покладення на них обов'язків забезпечувати ЕБ в процесі здійснення їх діяльності.

Одним із об'єктів права спеціального природокористування, при здійсненні якого може порушуватись ЕБ, є ліси. Слід вказати, що в межах природничих наук проведено чимало досліджень та доведено позитивний вплив лісів на людину.

Так, ліс відіграє напрочуд важливу роль для здоров'я людини. У повітрі лісу дуже багато хімічних сполук. Ліс дуже добре бореться із забрудненнями повітря. Найбільшою активністю володіють хвойні дерева,

такі як ялина і сосна та деякі листяні дерева, наприклад липа й береза. Так само ліс очищає ліс від різних промислових викидів – вуглеводню та пілу.

Ліс виділяє леткі речовини фітонциди, які мають бактерицидні властивості, що знищують хвороботворні мікроби. Особливо багато фітонцидів виділяється хвойними лісами. У невеликих кількостях ці леткі речовини мають сприятливий вплив на нервову систему, покращують обмін речовин і роботу серця, внаслідок їх дії посилюється рухова й секреторна функції шлунково-кишкового тракту. Бруньки тополі і анісових яблук згубно діють на вірус грипу, дубове листя вбиває бактерії дизентерії та червеного тифу¹. Крім того, саме лісові насадження, окрім багатьох інших, виконують повітроочисні, водорегулюючі, ґрунтозахисні та кліматоутворюючі функції, які є основою повноцінного існування людини на нашій планеті².

Враховуючи вказане, в контексті цього дослідження вважаємо за необхідне виділити наступні основні ризиковиди екологічного ризику, які можуть існувати у сфері спеціального лісокористування: 1) ризики, пов'язані із діяльністю зі спеціального лісокористування, здійснення якої прямо або опосередковано порушує ЕБ (в тому числі: ризик забруднення лісів, зокрема, радіоактивними та хімічними речовинами, внаслідок чого здійснюватиметься негативний вплив забрудненої лісової рослинності на життя або здоров'я населення, причому – як безпосередньо, так і опосередковано, через забруднення інших компонентів (складових довілля); ризик знищення лісів, внаслідок чого не здійснюватиметься очищення атмосферного повітря та/або не виконуватиметься позитивний вплив лісів на стан атмосферного повітря у формі насичення останнього корисними для здоров'я людини елементами) та 2) ризики, пов'язані із якісним станом попередньо забруднених лісових ресурсів, внаслідок використання яких порушується ЕБ (в тому числі – ризик використання забрудненої деревини, другорядних лісових матеріалів; ризик заготівлі попередньо забруднених об'єктів побічних лісових користувань, якими є: сіно, мед при розміщенні пасік, дикорослі плоди, горіхи, гриби, ягоди, лікарські рослини, лісова підстилка, очерет).

Проблеми у сфері забезпечення раціонального лісокористування в Україні визнані також в розділі І Стратегії, в якому, зокрема, зазначено, що повноваження з охорони та відтворення лісів покладені на центральні та місцеві органи виконавчої влади, що призводить до їх дублювання й неефективного використання бюджетних коштів; система управління в галузі охорони та відтворення лісів не повністю забезпечує багатозілове, безперервне і невиснажливе використання ресурсів та лісових екосистем; необхідно здійснити реформування зазначеної системи із забезпеченням розмежування природоохоронних і господарських функцій.

З огляду на вказане спеціальне використання лісових ресурсів, яке призводить до погіршення стану лісів або до їх зникнення (внаслідок вирубки), очевидно порушуватиме ЕБ. Крім того, екологічно небезпечними є вже забруднені внаслідок людської діяльності ліси³. Тому вирішення питання щодо недопущення порушень ЕБ під час лісокористування на підставі дозвільних документів є актуальним та потребує вирішення на рівні науки екологічного права.

Наведені відомості щодо впливу лісів на людину та їх незадовільний стан підтверджуються змістом Стратегії державної екологічної політики України на період до 2020 р. (далі – Стратегія), у якій проблеми лісокористування розглядаються передусім з природоресурсової та природоохоронної позицій. Так, зазначається, що за площею лісів та запасами деревини Україна є державою з дефіцитом лісових ресурсів, при цьому ліси займають більш як 15,7 відсотка території України (9,58 мільйона гектарів) і розташовані в основному на півночі (Полісся) та заході (Карпати), тоді як оптимальним, за європейськими рекомендаціями, є показник лісистості 20 відсотків.

Також у Стратегії ліси згадуються у зв'язку із питаннями збереження біорізноманіття та екосистем, що має важливе значення для збереження здоров'я населення⁴. Зокрема, зазначається, що основну загрозу біорізноманіттю становлять діяльність людини та знищення природного середовища існування флори й фауни, в результаті чого спостерігається катастрофічне зменшення площі територій водно-болотних угідь, степових екосистем, природних лісів, а знищення навколишнього природного середовища відбувається внаслідок в тому числі вирубування лісів з подальшою зміною цільового призначення земель, осушення або обводнення територій, промислового, житлового та дачного будівництва тощо.

Посилення ефективності екологічної функції лісів та нарощування їх екологічного потенціалу визначено важливим завданням реалізації Державної цільової програми «Ліси України» на 2010–2015 роки, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України від 16 вересня 2009 р. № 977⁵.

За результатами аналізу вказаних вище актів слід констатувати недостатню увагу української держави до проблем забезпечення ЕБ у сфері спеціального лісокористування, адже конкретні ефективні заходи для цього системно не передбачаються на рівні вищевказаних нормативно-правових актів програмного характеру.

Важливо вказати, що належне правове забезпечення спеціального лісокористування є одним із чинників гарантування балансу економічної та екологічної складових СР (далі – Баланс) та власне СР, про що ще в 2006 р. йшлося у дисертаційному дослідженні В. П. Непийводи на тему «Правове регулювання відносин щодо лісів у контексті сталого розвитку»⁶. Зокрема, автором слушно зазначалось, що в Україні з її великою густотою населення та високим рівнем забруднення, спричиненого потужним промисловим та аграрним комплексом і катастрофою на Чорнобильській АЕС, екологічні проблеми, що пов'язані з лісами, постали з особливою гостротою. При цьому дослідником було зроблено такий, що заслуговує на увагу, висновок, відповідно до якого безальтернативний шлях для виходу з цього скрутного становища полягає в практичному утвердженні концепції СР, що, на його думку, передбачає встановлення стійкої рівноваги між інтересами економічного зростання та соціальними потребами людства, з одного боку, та щонайповнішим збереженням

природного довкілля для теперішніх і прийдешніх поколінь, з другого. Водночас слід вернути увагу на те, що, не зважаючи на констатацію значного рівня забруднення лісів, в тому числі – радіоактивними речовинами, що є небезпечним для здоров'я і життя людини, в роботі В. П. Непийводи аналізується насамперед природоресурсний аспект екологічної складової СР, адже йдеться про збереження лісів і лісових ресурсів та їх охорону. Разом із тим про можливі порушення ЕБ внаслідок здійснення діяльності щодо використання лісів у роботі не йдеться, однак про це очевидно слід вести мову.

Важливо зазначити, що провідні іноземні держави вже тривалий час приділяють значну увагу таз званому «сталому лісокористуванню», до змісту якого в тому числі включено антропоохоронний аспект. Так, критеріями (індикаторами) сталого використання лісів в США, де, як правило, питання забезпечення ЕБ розглядаються сумісно із забезпеченням збалансованої реалізації природоохоронних та природоресурсових відносин, є забезпечення одночасного: 1) збереження біологічного різноманіття; 2) підтримання економічного потенціалу лісових екосистем як джерела ресурсів для потреб виробництва; 3) підтримання життєздатності екосистем, які зазнають впливів вогню, забруднення, змін клімату; 4) збереження та підтримка ґрунтових та водних ресурсів в лісових екосистемах; 5) забезпечення реалізації функцій лісів у попередженні зміни клімату; 6) підтримка і зміцнення довгострокової багатократно соціально-економічної вигоди лісів для задоволення потреб суспільства, що включає в себе інвестиції та створення робочих місць в лісогосподарському секторі економіки, зміцнення рекреаційного та туристичного потенціалу лісів, а також можливості задоволення культурні, соціальні й духовні потреби в процесі здійснення лісокористування; 7) юридичні, організаційні та економічні рамки для збереження лісів та сталого управління у відповідній сфері. Забезпеченням реалізації названих критеріїв займаються спеціально створені урядові та неурядові організації, серед яких слід назвати Круглий стіл з питань сталого лісокористування, яка об'єднує знаних у США фахівців у сфері лісокористування та дотримання Балансу і СР⁷. З метою інформування про дотримання вищевказаних критеріїв та вжиті для цього заходи регулярно публікуються й оприлюднюються звіти.

В Європі функціонують інституції, діяльність яких спрямована на забезпечення сталого лісокористування. Наприклад, Ліси Європи (Міністерська конференція по захисту лісів в Європі) є загальноєвропейським політичним процесом для сталого управління лісами континенту. Ліси Європи розробляє єдині стратегії для своїх 46 країн-членів та Європейського союзу з питань захисту і сталого управління лісами. Починаючи з 1990 р., співпраця профільних міністрів європейських країн привела до активізації політики країни, які вони представляють, з питань консолідації коштів для сталого лісокористування і поліпшення моніторингу та звітності, протидії незаконним рубкам, розробки загального підходу оцінки екосистемних послуг, посилення уваги соціальним аспектам лісового господарства та ролі лісів у переході до зеленої економіки⁸.

Зазначене свідчить про необхідність посилення уваги до сталого лісокористування й в Україні, для чого можна використати названий позитивний досвід.

У 2011 р. в Осло на конференції міністрів європейських країн, відповідальних за лісокористування⁹, було вирішено розробити і укласти міжнародний договір з питань забезпечення сталого лісокористування, в обґрунтування чого було зазначено наступне. Здоров'я і стійкість європейських лісів відіграють важливу роль у вирішенні таких проблем, як зміна клімату, збереження біорізноманіття і прісної води. Їх життєздатність також має вирішальне значення для сприяння зеленій економіці в Європі і в усьому світі. Захист і стійке управління лісами в Європі вимагають стабільної та ефективної платформи для розвитку послідовної політики та реалізації¹⁰. Також у рішенні, прийнятому за наслідками заходу, було підтримано концепцію розвитку відповідної сфери до 2020 р., за наслідками реалізації якої буде створено умови, за яких ліси будуть вносити ефективний внесок у СР за допомогою забезпечення благополуччя людини, здорового навколишнього середовища та економічного розвитку в Європі і в усьому світі, за унікальний потенціал лісів з підтримки зеленої економіки, засобів до існування, заходів з пом'якшення наслідків, кліматичних змін, збереження біорізноманіття, підвищенню якості води і боротьбі з опустелюванням реалізується на благо суспільства¹¹.

Наведене підкреслює важливість питань забезпечення ЕБ у сфері лісокористування, яке, як зазначалось вище у цій роботі, є складовою реалізації екологічної складової СР.

Враховуючи обмежені обсяги цієї статті, вважаємо за доцільне розкрити особливості правового забезпечення ЕБ при здійсненні спеціального використання лісів через характеристику обов'язків власників лісів лісокористувачів відповідного спрямування.

Згідно із приписами ч. 3 ст. 7 Лісового кодексу України (далі – ЛКУ) ліси можуть перебувати в державній, комунальній та приватній власності. Не зважаючи на обмеженість випадків набуття лісів у приватну власність на рівні ст. 12 ЛКУ та обумовлене цим непоширення відносин приватної власності на ліси в Україні, чинним законодавством чітко і системно визначені права і обов'язки приватних власників лісів.

Так, в силу положень ст. 14 ЛКУ громадяни та юридичні особи, які мають у приватній власності ліси, зобов'язані: 1) вести лісове господарство на основі матеріалів лісовпорядкування відповідно до цього Кодексу; 2) забезпечувати охорону, захист, відтворення і підвищення продуктивності лісових насаджень, посилення їх корисних властивостей та покращання родючості ґрунтів, виконувати інші заходи відповідно до вимог лісового законодавства; 3) дотримуватися правил і норм використання лісових ресурсів; 4) вести лісове господарство та використовувати лісові ресурси способами, які не завдають шкоди навколишньому природному середовищу, забезпечують збереження корисних властивостей лісів і створюють сприятливі умови для їх охорони, захисту й відтворення; 5) вести первинний облік лісів, надавати в установленому законодавством порядку статистичну звітність та інформацію про стан лісів і використання лісових ресурсів;

б) забезпечувати охорону типових та унікальних природних комплексів і об'єктів, рідкісних і таких, що перебувають під загрозою зникнення, видів тваринного і рослинного світу, рослинних угруповань, сприяти формуванню екологічної мережі відповідно до природоохоронного законодавства.

Слід вказати, що з огляду на вжиті законодавцем формулювання фактично всі із перелічених вище в п.п. 1–4 та 6 обов'язків власників лісів можуть сприяти забезпеченню ЕБ, адже ними такі власники зобов'язані дотримуватись встановлених вимог (правил та норм використання лісових ресурсів, правил ведення лісового господарства, порядку охорони лісів тощо) щодо використання лісів. Однак дієвою гарантією дотримання ЕБ у сфер спеціального лісокористування зазначені обов'язки стануть лише тоді, коли вищевказані вимоги, дотримуватись яких зобов'язують визначені норми, міститимуть конкретні вказівки на діяння (дії або утримання від дій), вчинення яких лісокористувачами матиме наслідком відсутність негативних впливів на життя та здоров'я населення.

Варто зазначити, що переважна більшість випадків спеціального використання лісів здійснюється в Україні на правовому титулі лісокористування, яке може бути постійним (здійснюється спеціалізованим державними або комунальними лісогосподарськими підприємствами, іншими державними підприємствами, установами та організаціями, у яких створено спеціалізовані лісогосподарські підрозділи на землях відповідно державної або комунальної власності без встановлення строку) та тимчасовим (об'єктом якого можуть бути всі ліси, що перебувають у державній, комунальній або приватній власності; за строком вказаний вид лісокористування може бути: довгостроковим – терміном від одного до п'ятдесяти років і короткостроковим – терміном до одного року). Як для постійних, так і для тимчасових лісокористувачів на рівні окремих статей ЛКУ визначено їх обов'язки.

Так, в силу положень ст. 19 ЛКУ, окрім визначення прав постійних лісокористувачів, зобов'язує їх в тому числі: 1) забезпечувати охорону, захист, відтворення, підвищення продуктивності лісових насаджень, посилення їх корисних властивостей, підвищення родючості ґрунтів, вживати інших заходів відповідно до законодавства на основі принципів сталого розвитку; 2) дотримуватись правил і норм використання лісових ресурсів; 3) вести лісове господарство на основі матеріалів лісовпорядкування, здійснювати використання лісових ресурсів способами, які забезпечують збереження оздоровчих і захисних властивостей лісів, а також створюють сприятливі умови для їх охорони, захисту та відтворення; 4) дотримуватись встановленого законодавством режиму використання земель; 5) забезпечувати охорону типових та унікальних природних комплексів і об'єктів, рідкісних і таких, що перебувають під загрозою зникнення, видів тваринного і рослинного світу, рослинних угруповань, сприяти формуванню екологічної мережі відповідно до природоохоронного законодавства. Вищевказані положення мають бланкетний характер і для з'ясування змісту визначених ними обов'язків відсилають до інших положень чинного законодавства (наприклад, конкретний зміст обов'язку, вказаного в п. 4, може бути визначено за умови з'ясування нормативного регулювання режиму відповідної категорії земель на рівні норм земельного законодавства). Тому у випадку нормативного визначення на рівні положень законодавства, до яких відсилають вищеперелічені обов'язки, умов та вимог щодо екологічно безпечного здійснення постійного лісокористування, всі із перелічених вище обов'язків можуть бути нормативною гарантією забезпечення ЕБ при реалізації цього виду природокористування (при цьому – вказані в п.п. 1 та 2 безпосередньо, а в п.п. 4–5 – опосередковано, через забезпечення охорони природи).

Позитивним слід визнати встановлення обов'язку вживати лісоохоронні заходи «на основі принципів сталого розвитку». Водночас цей позитив значною мірою нівелюється відсутністю чітких нормативних вказівок, які саме із зазначених принципів мають бути дотримані.

У ст. 20 ЛК України встановлено наступні обов'язки тимчасових лісокористувачів на умовах довгострокового користування, які можуть сприяти забезпеченню ЕБ у випадку відповідного уточнення змісту таких обов'язків: 1) виконувати встановлені обмеження (обтяження) в обсязі, передбаченому законом та договором; 2) дотримуватись встановленого законодавством режиму використання земель; 3) вести роботи способами, які забезпечують збереження оздоровчих і захисних властивостей лісів, а також створюють сприятливі умови для охорони, захисту і відтворення типових та унікальних природних комплексів і об'єктів, рідкісних і таких, що перебувають під загрозою зникнення, видів тваринного і рослинного світу, сприяти формуванню екологічної мережі.

Те ж само можна зазначити з приводу таких обов'язків тимчасових лісокористувачів на умовах короткострокового лісокористування: 1) здійснювати використання лісових ресурсів за встановленими правилами і нормами; 2) вести роботи способами, які забезпечують збереження оздоровчих і захисних властивостей лісів, а також створюють сприятливі умови для охорони, захисту та відтворення лісів, охорони типових та унікальних природних комплексів і об'єктів, рідкісних і таких, що перебувають під загрозою зникнення, видів тваринного і рослинного світу (ч. 2 ст. 21 ЛКУ).

Водночас жодного конкретно і однозначно сформульованого обов'язку щодо дотримання ЕБ в ЛКУ для лісокористувачів не передбачено.

Вищевикладене дає підстави для висновку про те, що чинне нормативно-правове регулювання правового статусу осіб, які здійснюють спеціальне лісокористування, потребує істотного удосконалення з метою закріплення обов'язків, належне дотримання яких гарантуватиме екологічно безпечне лісокористування, формуванню конкретних пропозицій щодо якого будуть присвячені подальші дослідження автора.

¹ Значение леса для здоровья человека : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://tamtararam.ru/ekologiya/znachenie-lesa-dlya-zdorovya-cheloveka.html>: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.proza.ru/2013/12/29/946> – Назва з екрану.

² Реальный стан, причини та наслідки деградації лісових насаджень Львівських Карпат : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eco.com.ua/content/realni-stan-prichini-ta-naslidki-degradatsii-lisovikh-nasadzhen-lvivskikh-karpat-0> – Назва з екрану.

³ Ведення лісового господарства в умовах радіоактивного забруднення : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://dklg.kmu.gov.ua/forest/control/uk/publish/article;jsessionid=E3EA4E1F5828777E5EA93BD666D435CA.app2?art_id=101209&cat_id=32885 – Назва з екрану.

⁴ Повестка дня на период после 2015 года – записка ЮНЕП № 3. Здоровье человека и окружающая среда : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.unep.org/post2015/Portals/50240/Documents/russian/UNEP%20Briefing%20Note%203%20150514%20R.pdf> – Назва з екрану; Биоразнообразие : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.who.int/globalchange/ecosystems/biodiversity/ru/> – Назва з екрану; Значение биологического разнообразия : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.un.org/ru/events/biodiversity2010/value.shtml> – Назва з екрану.

⁵ Про затвердження державної цільової програми «Ліси України» на період 2010–2015 рр. : постанова Кабінету Міністрів України від 16 вересня 2009 р. № 977 // Офіційний вісник України. – 2009. – № 72. – Ст. 2475.

⁶ Непийвода В. П. Правове регулювання відносин щодо лісів у контексті сталого розвитку : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / Непийвода Василь Петрович ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – К., 2006. – 23 с. – С. 15.

⁷ Forest sustainability reporting in the USA : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.fs.fed.us/research/sustain/national-report.php> – Назва з екрану.

⁸ National report on sustainable forests – 2003 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.fs.fed.us/research/sustain/docs/national-reports/2003/2003-sustainability-report.pdf> – Назва з екрану; National report on sustainable forests – 2010 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.fs.fed.us/research/sustain/docs/national-reports/2010/2010-sustainability-report.pdf> – Назва з екрану.

⁹ Конференція на рівні міністрів по захисту лісів в Європі (FOREST EUROPE – ЛІСУ ЄВРОПИ) є формою співпраці 46 європейських країн, у тому числі країн-учасниць Європейського Співтовариства, на рівні міністрів з питань лісового господарства; займається розглядом найбільш важливих політичних і суспільних питань, пов'язаних з лісами та лісовим господарством; розробляє рекомендації щодо захисту і раціонального використання лісів в Європі; була заснована в 1990 р. і являє собою постійно діючий орган, заснований на регулярних міністерських конференціях і наступних зустрічах експертів; слугує платформою для ведення діалогу між державами-учасницями, Європейським співтовариством, країнами або організаціями, що мають статус спостерігачів при FOREST EUROPE – ЛІСУ ЄВРОПИ, і сторонами, заінтересованими в ресурсах лісів і лісових господарств; являє собою основу для співробітництва з питань політики і науки; пов'язана із загальним процесом проведення міжнародних та регіональних заходів та ініціатив, присвячених проблемам лісів і лісового господарства. – Джерело: Коротко о FOREST EUROPE – ЛІСУ ЄВРОПИ : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.foresteuropa.org/ru/info>. – Назва з екрану.

¹⁰ Ministerial conferences. Oslo 2011. European 2020trgets for forests and launching negotiations for a legally binding agreement : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.foresteuropa.org/ministerial_conferences/ministerial_conferences – Назва з екрану.

¹¹ Решение министров в Осло: «Леса Европы» – 2020 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.forestnegotiations.org/docs/RU_Document_22_European_Forests_2020_from_FE.pdf – Назва з екрану.

Резюме

Євстигнєєв А. С. Правове забезпечення екологічної безпечності при здійсненні спеціального лісокористування в Україні.

У статті проведено аналіз правового регулювання окремих аспектів спеціального лісокористування з метою виявлення наявності правових механізмів забезпечення його екологічної безпечності, виділено проблеми та надано авторські пропозиції щодо їх вирішення.

Ключові слова: забезпечення екологічної безпеки, екологічна безпека, спеціальне лісокористування, забезпечення екологічної безпеки при здійсненні спеціального лісокористування.

Резюме

Євстигнєєв А. С. Правовое обеспечение экологической безопасности при осуществлении специального лесопользования в Украине.

В статье проведен анализ правового регулирования отдельных аспектов специального лесопользования с целью выявления наличия механизмов обеспечения его экологической безопасности, выделены проблемы и предложены авторские предложения по их решению.

Ключевые слова: обеспечения экологической безопасности, экологическая безопасность, специальное лесопользование, обеспечение экологической безопасности при осуществлении специального лесопользования.

Summary

Yevstigneyev A. The legal regulation of ecological safety special forest usage in Ukraine.

Article wires in the analysis of legal regulation of some aspects of special forest usage to identify the legal mechanisms of above-mentioned safety provision, highlighted problems and offered authors proposals for their solution.

Key words: provision of ecological safety, ecological safety, special forest usage, provision of ecological safety in special forest usage.

О. Б. КИШКО-ЄРЛІ

Оксана Борисівна Кишко-Єрлі, кандидат юридичних наук, науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ШКОДУ, СПРИЧИНЕНУ КОСМІЧНИМИ ОБ'ЄКТАМИ З ЯДЕРНИМИ ДЖЕРЕЛАМИ ЕНЕРГІЇ НА БОРТУ

Значний науково-технічний прогрес у ХХ ст. дав людству змогу розпочати діяльність з використання та дослідження космічного простору та використання ядерної енергії. Значні технічні переваги використання ядерних джерел енергії згодом обумовили застосування ядерних технологій у космічній сфері, результатом чого стало створення космічних об'єктів з ядерними джерелами енергії на борту.

Як зазначається в Рамках забезпечення безпечного використання ядерних джерел енергії в космічному просторі¹, виходячи з сучасного рівня знань і можливостей, космічні ядерні джерела енергії – це єдиний існуючий варіант енергозабезпечення деяких космічних місій і значного розширення можливостей інших місій. Низка вже здійснених місій і місій, що прогножуються, була б неможлива без використання ядерних джерел енергії. Космічні ядерні джерела енергії, які використовувались в минулому, використовуються зараз і планується використовувати в майбутньому, включають радіоізотопні енергетичні установки та ядерні реактори для енергозабезпечення або приведення у рух.

З метою забезпечення мирного та безпечного використання космічного простору міжнародним космічним правом встановлюється ряд заборон на використання джерел ядерної енергії в космосі. Зокрема, в 1963 р. був підписаний Договір про заборону випробувань ядерної зброї в атмосфері, в космічному просторі та під водою², а в 1977 р. – Конвенція про заборону військового чи будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на природне середовище³.

Одночасно Договором про принципи діяльності держав щодо дослідження і використання космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла 1967 р.⁴ (далі – Договір по космосу), який є основним договірним джерелом міжнародного космічного права, використання ядерних джерел енергії в мирних цілях в космічному просторі допускається.

На сьогоднішній день питання використання ядерних джерел енергії в космічному просторі більш детально регламентуються Резолюцією 47/68 Генеральної асамблеї ООН «Принципи, що стосуються використання ядерних джерел енергії у космічному просторі» 1992 року⁵. Зокрема, цією Резолюцією встановлюється, що для зведення до мінімуму кількості радіоактивного матеріалу в космосі і пов'язаних з цим ризиків використання ядерних джерел енергії в космічному просторі обмежується тими космічними польотами, які не можуть здійснюватися розумним способом з використанням неядерних джерел енергії. Так, застосування ядерних реакторів допускається під час міжпланетних польотів, на достатньо високих орбітах, а також на низьких навколосеземних орбітах, якщо після виконання робочої частини свого польоту вони зберігаються на достатньо високих орбітах.

Радіоізотопні генератори можуть використовуватися для міжпланетних польотів та інших польотів за межами гравітаційного поля Землі. Вони також можуть використовуватися на навколосеземній орбіті, якщо після завершення робочої частини свого польоту зберігаються на високій орбіті. У будь-якому випадку є необхідним остаточне віддалення.

Як випливає з вищенаведеного, існує великий потенціал для використання космічних апаратів з ядерними джерелами енергії в майбутньому. При цьому слід мати на увазі, що як космічна діяльність, так і діяльність, пов'язана з використанням ядерного матеріалу, характеризуються підвищеним рівнем небезпеки. Це обумовлює необхідність приділення особливої уваги питанню відповідальності за шкоду, яка може бути заподіяна під час здійснення місій космічними об'єктами з ядерними джерелами енергії на борту.

Проблематика правового регулювання міжнародної космічної відповідальності була предметом розгляду багатьох вітчизняних та зарубіжних вчених, зокрема Н. Р. Малишевої, В. М. Боричевського, Г. П. Жукова, Ю. М. Колосова, В. В. Семеняки, С. П. Малкова.

Питаннями цивільної відповідальності з ядерну шкоду займалися такі вчені, як Г. І. Балюк, Ю. М. Крупка, М. Шмидт-Пройс, К. Стойбер та інші.

Резолюцією 47/68 Генеральної асамблеї ООН «Принципи, що стосуються використання ядерних джерел енергії у космічному просторі» встановлюється, що відповідно до ст. VII Договору про космос і положень Конвенції про міжнародну відповідальність за шкоду, заподіяну космічними об'єктами⁶, кожна держава, яка здійснює або організує запуск космічного об'єкта, і кожна держава, з території чи установок якої здійснюється запуск космічного об'єкта, несе міжнародну відповідальність за шкоду, заподіяну такими космічними об'єктами або їх складовими частинами. Це положення повною мірою застосовується у випадку, коли такий космічний об'єкт має ядерне джерело енергії на борту. Коли дві держави або більше спільно

здійснюють запуск космічного об'єкта, вони несуть солідарну відповідальність за будь-яку заподіяну шкоду згідно зі ст. V вищезгаданої Конвенції.

Компенсація, яку такі держави зобов'язані виплатити на основі Конвенції про міжнародну відповідальність за шкоду, заподіяну космічними об'єктами (ст. XII), визначається згідно з міжнародним правом і принципами справедливості з тим, щоб забезпечити відшкодування шкоди, яке відновлює фізичній або юридичній особі, державі або міжнародній організації, від імені якої подається претензія, положення, яке б існувало, коли б шкода не була заподіяна.

Як випливає з вищенаведеного, до випадків спричинення шкоди за участю космічних об'єктів з ядерними джерелами енергії на борту застосовується загальний правовий режим міжнародної космічної відповідальності без врахування особливостей, пов'язаних із застосуванням ядерних матеріалів.

Існування таких особливостей обумовлено тим, що будь-яка діяльність з використанням ядерних матеріалів характеризується потенційними специфічними ризиками. Так, межі шкоди, яка може бути завдана фізичним особам, власності та навколишньому середовищу в результаті ядерного інциденту, можуть охоплювати не лише територію держави, де стався ядерний інцидент, а розповсюджуватись також на територію інших держав (трансграничний характер шкоди). Цей факт став очевидним після Чорнобильської аварії 1986 року.

Також шкода, яка може бути завдана живим клітинам, особливо клітинам людини, іонізуючим випромінюванням, не може бути миттєво виявлена, протягом тривалого часу вона може залишатись в латентному стані. Крім того, дози опромінення, які отримують живі клітини, мають кумулятивний ефект і тому шкода може бути нанесена різними джерелами іонізуючого випромінювання⁷.

На момент початку промислового застосування ядерної енергії в мирних цілях на початку 50-х років минулого століття в більшості правових систем вже були прийняті спеціальні норми, що регулювали відповідальність перед третьою стороною за шкоду, спричинену в результаті небезпечної діяльності в цілому. Теоретично ці норми могли б діяти і щодо відповідальності за ядерну шкоду. Водночас згідно зі звичайним законодавством про цивільну відповідальність відповідальними за шкоду, заподіяну в результаті ядерного інциденту, можуть бути визнані декілька осіб, і постраждалі можуть зіткнутися зі труднощами при визначенні, хто з них фактично несе відповідальність. Крім того, відповідальність такої особи була б необмежена, і вона не змогла б забезпечити страхування всіх ризиків.

Враховуючи, що ядерна діяльність вважається, як правило, більш ризикованою, ніж інші види небезпечної діяльності, деякі законодавці вважали необхідним створити особливий правовий режим щодо відповідальності за ядерну шкоду з метою забезпечення оперативних виплат достатнього відшкодування за ядерну шкоду і при цьому надмірно не обтяжувати ядерну промисловість, яка тоді робила свої перші кроки⁸.

Оскільки навіть при дотриманні найвищих стандартів безпеки ядерної діяльності неможливо виключити вірогідність виникнення ядерного інциденту та нанесення внаслідок цього значної трансграничної шкоди, перевага була надана створенню міжнародного правового режиму цивільної відповідальності за ядерну шкоду. Було прийнято ряд міжнародних конвенцій у цій сфері. До основних з них належать:

– Віденська конвенція про цивільну відповідальність за ядерну шкоду 1963 р., яка була переглянута в 1997 році⁹.

– Паризька конвенція про відповідальність перед третьою стороною у сфері ядерної енергії 1960 року¹⁰.

– Спільний Протокол про застосування Віденської конвенції та Паризької конвенції 1988 року¹¹.

– Брюссельська додаткова конвенція 1963 року¹².

– Конвенція про додаткову компенсацію за ядерну шкоду 1997 року¹³.

У цілому ці конвенції є свідченням, з одного боку, визнання на ранньому етапі необхідності створення більш чіткої та справедливої системи розподілу витрат з метою підвищення ступеня захищеності потерпілих від ядерного інциденту, а з другого боку, наміру сприяти розвитку ядерної промисловості¹⁴.

Віденська та Паризька конвенції встановлюють майже ідентичні режими відповідальності за ядерну шкоду, метою Спільного Протоколу про застосування Віденської та Паризької конвенції є забезпечення застосування переваг однієї конвенції до країн-учасниць іншої конвенції і навпаки.

Брюссельська конвенція (базується на Паризькій конвенції) та Конвенція про додаткову компенсацію за ядерну шкоду (базується на Віденській конвенції) мають на меті забезпечити додаткову компенсацію за ядерну шкоду.

Ключовими елементами міжнародного режиму цивільної відповідальності за ядерну шкоду є визначення термінів «ядерна установка» та «ядерна шкода». Зупинимось на визначенні терміна «ядерна установка» в редакції Віденської конвенції 1963 р., яка ратифікована Україною¹⁵.

Відповідно до п. j) ч. 1 ст. I цієї Конвенції «ядерна установка» означає, зокрема, будь-який ядерний реактор, за винятком реактора, яким обладнаний засіб морського або повітряного транспорту з метою використання його як джерела енергії для надання руху засобу транспорту або з будь-якою іншою метою.

Виходячи з цього можна зробити висновок про те, що ця Конвенція стосується виключно наземних ядерних установок. Під час роботи над Протоколом про внесення доповнень до Віденської конвенції про цивільну відповідальність за ядерну шкоду від 12 вересня 1997 р. порушувалося питання про включення в сферу дії Конвенції ядерних реакторів, що виробляють енергію для морських та повітряних суден, оскільки Брюссельська конвенція 1962 р. про відповідальність операторів ядерних суден так і не вступила в силу.

Проте не набравши необхідної підтримки, ця пропозиція була відхилена. Один з аргументів для відмови полягав у тому, що у світі існує лише декілька цивільних льодорубів з ядерними установками на борту.

Додатково слід зазначити, що на відміну від Паризької конвенції 1960 р. та Віденської конвенції 1963 р., якими не передбачалося включення в сферу їх дії інших ядерних установок за рішенням компетентного органу, п.п. iv) п. j) ч. 1 ст. I Протоколу 1997 р. передбачається, що ядерною установкою можуть бути визнані інші установки, що мають ядерне паливо або радіоактивні продукти або відходи, які час від часу визначаються Радою управляючих МАГАТЕ.

Визначення терміна «ядерна установка» стало предметом розгляду Міжнародної групи експертів МАГАТЕ з ядерної відповідальності в 2005 році. Зокрема, групою було визнано, що визначення, передбачене у переглянутій Віденській конвенції, надає можливість Раді управляючих розширити визначення «ядерної установки» шляхом включення до нього, наприклад, ядерних установок, що знаходяться в процесі зняття з експлуатації або установок із захоронення радіоактивних відходів. Також було зроблено висновок про те, що подальші дослідження можуть бути корисними для оцінки доцільності розширення визначення¹⁶.

Враховуючи попередній історичний досвід запусків космічних об'єктів з ядерними джерелами на борту (зокрема, аварію радянського супутника «Космос 954») та майбутні перспективи їх використання, вважаємо за доцільне рекомендувати розпочати наукову дискусію щодо можливості застосування основних положень міжнародного режиму цивільної відповідальності за ядерну шкоду до випадків настання відповідальності за шкоду, заподіяної під час здійснення місії космічними об'єктами з ядерними джерелами енергії на борту. Відповідне правове регулювання може бути забезпечене або шляхом розширення визначення терміна «ядерна установка» у Віденській та Паризькій конвенціях та внесення інших необхідних змін до них у зв'язку з цим або шляхом інкорпорації певних норм до правових актів міжнародного космічного права.

¹ Рамки забезпечення безпечного використання ядерних джерел енергії в космічному просторі A/AC.105/C.1/L.292/Rev.4 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unoosa.org/pdf/limited/c1/AC105_C1_L292Rev4R.pdf

² Договір про заборону випробувань ядерної зброї в атмосфері, в космічному просторі та під водою 1963 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_376

³ Конвенція про заборону військового чи будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на природне середовище 1977 р. № 2692 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_258

⁴ Договір ООН про принципи діяльності держав щодо дослідження та використання космічного простору, включаючи Місяць та інші небесні тіла, 1967 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_480

⁵ Резолюція 47/68 Генеральної асамблеї ООН «Принципи, що стосуються використання ядерних джерел енергії у космічному просторі», 1992 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_492

⁶ Конвенція про міжнародну відповідальність за шкоду, заподіяну космічними об'єктами, 1972 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_126

⁷ Handbook on nuclear law / C. Stoiber...[et al.]. – Vienna, 2003. – 168 p. – P. 107.

⁸ Венская конвенция 1997 года о гражданской ответственности за ядерный ущерб и Конвенция 1997 года о дополнительном возмещении за ядерный ущерб. Пояснительный текст. Публикация МАГАТЭ. – 2004 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.iaea.org/About/Policy/GC/GC48/Documents/Russian/gc48inf-5expltext_rus.pdf

⁹ Віденська конвенція про цивільну відповідальність за ядерну шкоду від 21 травня 1963 р. // Офіційний вісник України. – 2005. – № 21. – Ст. 1180.

¹⁰ Паризька конвенція про відповідальність перед третьою стороною у сфері ядерної енергії від 29 липня 1960 р. // Ядерне законодавство: зб. нормативно-правових актів / за ред. Ю. С. Шемшученка : у 2 т. – К., 1999. – Т. 2. – 440 с. – С. 153.

¹¹ Спільний Протокол про застосування Віденської конвенції та Паризької конвенції 1988 р. // Ядерне законодавство: зб. нормативно-правових актів / за ред. Ю. С. Шемшученка : у 2 т. – К., 1999. – Т. 2. – 440 с. – С. 178.

¹² Брюссельська додаткова конвенція 1963 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.oecd-nea.org/law/brussels-supplementary-convention.html>

¹³ Конвенція про додаткову компенсацію за ядерну шкоду 1997 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/951_010

¹⁴ Венская конвенция 1997 года о гражданской ответственности за ядерный ущерб и Конвенция 1997 года о дополнительном возмещении за ядерный ущерб. Пояснительный текст. Публикация МАГАТЭ. – 2004 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.iaea.org/About/Policy/GC/GC48/Documents/Russian/gc48inf-5expltext_rus.pdf

¹⁵ Про приєднання України до Віденської конвенції про цивільну відповідальність за ядерну шкоду : Закон України // Відомості Верховної Ради України – 1996. – № 44. – Ст. 222.

¹⁶ Венская конвенция 1997 года о гражданской ответственности за ядерный ущерб и Конвенция 1997 года о дополнительном возмещении за ядерный ущерб. Пояснительный текст. Публикация МАГАТЭ. – 2004 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.iaea.org/About/Policy/GC/GC48/Documents/Russian/gc48inf-5expltext_rus.pdf

Резюме

Кишко-Єрлі О. Б. Відповідальність за шкоду, спричинену космічними об'єктами з ядерними джерелами енергії на борту.

Визначаються основні вимоги до застосування космічних ядерних джерел енергії для енергозабезпечення космічних місій, розглядається існуючий режим міжнародної космічної відповідальності за шкоду, спричинену космічними об'єктами з ядерними джерелами енергії на борту, та обґрунтовується доцільність застосування у подальшому в таких випадках окремих положень міжнародного режиму цивільної відповідальності за ядерну шкоду.

Ключові слова: космічні об'єкти з ядерними джерелами енергії на борту, ядерна установка, цивільна відповідальність за ядерну шкоду, міжнародна космічна відповідальність, ядерні джерела енергії.

Резюме

Кишко-Ерлі О. Б. Ответственность за вред, нанесенный космическими объектами с ядерными источниками энергии на борту.

Определяются основные требования к применению космических ядерных источников энергии для энергообеспечения космических миссий, рассматривается существующий режим международной космической ответственности за вред, нанесенный космическими объектами с ядерными источниками энергии на борту, а также обосновывается целесообразность применения в будущем в таких случаях отдельных положений международного режима гражданской ответственности за ядерный ущерб.

Ключевые слова: космические объекты с ядерными источниками энергии на борту, ядерная установка, гражданская ответственность за ядерный ущерб, международная космическая ответственность, ядерные источники энергии.

Summary

Kyshko-Yerli O. Liability for damage, caused by space objects with nuclear sources of energy on board.

It is defined main requirements for space nuclear sources of energy usage for energy supply of space missions. Also it is analyzed current regime of international space liability for damage caused by space objects with nuclear sources of energy on the board and it is grounded reasonability of application in the future in such cases particular provisions of international regime of civil liability for nuclear damage.

Key words: space objects with nuclear sources of energy on the board, nuclear facility, civil liability for nuclear damage, international space liability, nuclear sources of energy.

УДК:349.6:504(477)

В. О. ЮРЕСКУЛ

Вікторія Олександрівна Юрескул, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національного університету «Одеська юридична академія»

**ЩОДО КОНЦЕПТУАЛЬНИХ ПІДХОДІВ
ДО ПРЕДМЕТА ЕКОЛОГІЧНОГО ПРАВА УКРАЇНИ**

Провідні науковці в галузі екологічного права слушно звертають увагу на необхідність перегляду концептуальних наукових підходів, зокрема щодо об'єктного складу екологічних правовідносин¹. В юридичній літературі дискутується питання про те, чи є об'єктом еколого-правової охорони людина. З одного боку, зазначається, що сучасне екологічне право не здатне захистити власне людину, оскільки вона не визначається її об'єктом, лише окремі немайнові блага людини – життя і здоров'я – підлягають державній охороні від негативного впливу несприятливої екологічної обстановки². З іншого боку, стверджується, що оскільки життя і здоров'я людей підлягають державній охороні від негативного впливу несприятливої екологічної обстановки, то власне людина є об'єктом еколого-правової охорони³.

У зв'язку із вищезазначеним виникає питання, як саме співвідносяться життя і здоров'я людини з власне людиною. Здоров'я та життя людини разом з честю, гідністю і діловою репутацією; ім'ям (найменуванням); авторством; свободою літературної, художньої, наукової і технічної творчості ст. 201 Цивільного кодексу України⁴ відносять до особистих немайнових благ.

Під час дослідження проблематики об'єкта особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище ставиться питання про його майновий характер. Відповідь на нього полягає у тому, що у розумінні Цивільного кодексу України навколишнє природне середовище є матеріальним благом і немає причин стверджувати, що особисті немайнові права не можуть виникати з приводу матеріальних благ. При цьому звертається увага на не характерність проблеми відмежування особистого немайнового блага від фактора об'єктивної дійсності для таких особистих немайнових благ, як життя і здоров'я людини, оскільки у них, на відміну від навколишнього природного середовища, не існує, так би мовити, фізичного відповідника, до якого (чи його окремих складових) можна доторкнутися⁵. Однак із такою позицією навряд чи можна погодитися. Дійсно, виходячи з семантичного тлумачення термінів «нематеріальний», «майновий», немайнове благо – таке, що не засноване на матерії, не є матерією і не зводиться до матерії; немайнове благо не може бути матеріальним. Однак, чи викликає сумнів матеріальний характер тіла людини або його частин? Їх захворювання чи відсутність є цілком матеріальними речами, більше того, у разі відмови функціонування такої складової тіла людини, як мозок, зникає власне людина, яка не є, безумовно, річчю, майном, однак являє собою об'єкт цілком матеріальним. Людина має природне походження, є частиною навколишнього природного середовища. Життя людини без матерії взагалі не уявляється можливим. Вбачається, що позиція щодо сприятливого навколишнього природного середовища як немайнового блага природного походження, що має ідеальну форму, яка збігається з матеріальною, тобто носієм його є навколишнє природне середовище⁶, може бути актуальною і щодо життя та здоров'я людини. Носієм ідеальних форм – життя і здоров'я людини – є матеріальне тіло людини.

Отже, якщо ми говоримо про те, що життя і здоров'я людей підлягають державній охороні від негативного впливу несприятливої екологічної обстановки, то маємо на увазі, що власне людина є об'єктом еколого-правової охорони.

На шляху до перегляду концептуальних наукових підходів до об'єктного складу екологічних правовідносин слушно пропонується розглядати людину складовою частиною природи, зважаючи на її біологічне походження та неможливість існування без природи⁷. У такому контексті людина як складова частина природи знову ж таки виступає об'єктом еколого-правової охорони.

Більше того, не лише людина, а й суспільство є продуктом розвитку природи і залишається її частиною⁸. На засадах документів Організації Об'єднаних націй формується новаційний науковий підхід до розуміння взаємин суспільства і природи – екоцентричний, що розглядає існування суспільства як невід'ємний елемент природи, яка розвивається за своїми законами⁹. Можливо припустити, що у подальшому знайдуться навіть аргументи на підтримку позиції щодо необхідності еколого-правової охорони суспільства подібно до збереження цілісності природних угруповань диких тварин.

Не викликає заперечення, що навколишнє природне середовище є об'єктом еколого-правової охорони. Проте ставиться під сумнів можливість його існування на сьогодні. Зазначається, що природа у чистому вигляді вже практично не існує, понад 90 % екосистем у світі штучні; під впливом науково-технічного прогресу сформувалося нове антропогенно-природне оточення, яке й отримало назву «середовище» (англ. – *environment*)¹⁰. При цьому до складу «навколишнього середовища» включають побутове та виробниче середовище¹¹. Українським еквівалентом цього терміна є термін «довкілля». У буквальному розумінні воно означає те, що навкруги, оточує людину і може включати як об'єкти довколишнього природного, так і виробничого, побутового, антропогенного походження¹².

Згідно з Конституцією України¹³ кожен має право на безпечне для життя і здоров'я довкілля. При цьому під довкіллям у даному випадку слід розуміти все, що оточує людину, як природного, так і антропогенного походження¹⁴. Підтвердженням цієї тези є і зміст ст. 293 Цивільного кодексу України, відповідно до якої право на безпечне для життя і здоров'я довкілля включає в себе право фізичної особи на безпечні для неї продукти споживання (харчові продукти та предмети побуту), а також право на належні, безпечні і здорові умови праці, проживання, навчання тощо.

Навряд чи можна погодитися з думкою про те, що у ст. 50 Конституції України міститься логічна помилка і слід було використати термін «навколишнє природне середовище», а не «довкілля»¹⁵. Така позиція може призвести до невиправданого звуження конституційного права людини. Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25 червня 1991 р.¹⁶ визначає навколишнє природне середовище як сукупність природних і природно-соціальних умов та процесів. Закон передбачає, що охорона навколишнього природного середовища, раціональне використання природних ресурсів, а також забезпечення екологічної безпеки життєдіяльності людини – невід'ємна умова сталого економічного та соціального розвитку України. Гарантування екологічно безпечного середовища для життя і здоров'я людей віднесено Законом до основних принципів охорони навколишнього природного середовища.

Адаптація законодавства України до законодавства Європейського Союзу є пріоритетною складовою процесу інтеграції України до Європейського Союзу та пріоритетною складовою правової реформи в Україні. У законодавстві Європейського Союзу поняття довкілля визначається у вузькому і у широкому сенсі. У вузькому сенсі довкілля становлять лише природні ресурси. У широкому – поняття довкілля включає природні ресурси, людей, техногенні речі¹⁷. Хоча Договір про заснування Європейської Спільноти від 25 березня 1957 р.¹⁸ не містить чіткого визначення поняття довкілля, виходячи з положень ч. 1 ст. 174 та ч. 2 ст. 175 Договору, можна стверджувати, що довкілля включає в себе природні ресурси (наприклад, воду), елементи, створені людиною (наприклад, відходи), та самих людей¹⁹. Заключний акт Ради з безпеки та співробітництва в Європі від 1 серпня 1975 р.²⁰ закріплює, що співпраця з питань навколишнього середовища передбачає наступні сфери: боротьба із забрудненням повітря, охорона вод від забруднення і використання прісних вод, охорона морського середовища, ґрунту і використання земель, охорона природи і заповідники, поліпшення стану навколишнього середовища в населених районах. Остання з перелічених сфер включає в себе проблеми навколишнього середовища, пов'язані з транспортом, житловими районами, виробничими зонами, розвитком міст та їх плануванням, з системами водопостачання і каналізації; оцінку шкідливого впливу шуму і методи боротьби з шумом; збір, обробку та утилізацію відходів; дослідження в сфері заміників речовин, що біологічно не розкладаються. Отже, можна зробити висновок, що у законодавстві Європейського Союзу поняття «довкілля» частіше вживається у широкому сенсі²¹, що має бути враховане під час адаптації законодавства України до законодавства ЄС.

Слід звернути увагу, що в Основних засадах (стратегії) державної екологічної політики України на період до 2020 року, затверджених Законом від 21 грудня 2010 р.²², йдеться лише про основні засади забезпечення біобезпеки (зокрема, шляхом розроблення нормативно-правових актів у сфері поводження з генетично модифікованими організмами та провадження генетично-інженерної діяльності); запровадження системи екологічного маркування товарів і продуктів харчування (що, до речі, віднесено до завдань з досягнення цілі безпечного для здоров'я людини стану навколишнього природного середовища); завдання щодо впровадження систем екологічного управління (ДСТУ ISO 14001:2006 «Системи екологічного керування. Вимоги та настанови щодо застосовування»²³ (п. 3.5) визначає «довкілля, навколишнє середовище (*environment*)» як середовище, в якому функціонує організація, охоплюючи атмосферне повітря, водні об'єкти, земельні ділянки, природні ресурси, флору, фауну, людей, а також взаємозв'язки між ними; при цьому «сере-

довище» в цьому контексті простягається від середовища організації до глобальної системи). На наш погляд, в Основних засадах, на жаль, не приділено достатньої уваги еколого-правовій охороні людини, забезпеченню екологічної безпеки її життєдіяльності, що потребує виправлення.

Такий стан навколишнього природного середовища, при якому забезпечується попередження погіршення екологічної обстановки та виникнення небезпеки для здоров'я людей, визначається Законом України «Про охорону навколишнього природного середовища» (ст. 50) як екологічна безпека. Об'єктом екологічної безпеки, згідно із законодавством, є людина та її конституційні права і свободи²⁴. До відносин, де має бути забезпечено екологічну безпеку відносять, зокрема, відносини у сфері виробництва і обігу продуктів харчування, лікарських засобів, відносини щодо запобігання та реагування на надзвичайні ситуації техногенного і природного характеру тощо²⁵.

Хоча, що є об'єктом екологічної безпеки – суспільні відносини, стан здоров'я індивідів, стан навколишнього середовища або вся зазначена сукупність об'єктів, – трактується дослідниками різноманітно. Досить визнаним у спеціальних дослідженнях є той факт, що предметний зміст екологічної безпеки є більш широким, ніж охорона навколишнього середовища, оскільки включає в себе не тільки забезпечення сприятливого стану навколишнього середовища, а й забезпечення екологічних інтересів і потреб людини, суспільства і держави. Таке узагальнююче сприйняття екологічної безпеки, безумовно, передбачає великий комплекс різноспрямованих механізмів її забезпечення: санітарно-епідеміологічних, гігієнічних, технологічних тощо²⁶.

Закон України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» від 24 лютого 1994 р.²⁷ справедливо відносять до одного з основних джерел екологічного права. Закон визначає санітарне та епідемічне благополуччя населення як стан здоров'я населення та середовища життєдіяльності людини, при якому показники захворюваності перебувають на усталеному рівні для даної території, умови проживання сприятливі для населення, а параметри факторів середовища життєдіяльності знаходяться в межах, визначених санітарними нормами. Середовище життєдіяльності людини – це сукупність об'єктів, явищ і факторів навколишнього середовища (природного і штучно створеного), що безпосередньо оточують людину і визначають умови її проживання, харчування, праці, відпочинку, навчання, виховання тощо. Фактори середовища життєдіяльності – це будь-які біологічні (вірусні, пріонні, бактеріальні, паразитарні, генетично модифіковані організми, продукти біотехнології тощо), хімічні (органічні і неорганічні, природні та синтетичні), фізичні (шум, вібрація, ультразвук, інфразвук, теплове, іонізуюче, неіонізуюче та інші види випромінювання), соціальні (харчування, водопостачання, умови побуту, праці, відпочинку, навчання, виховання тощо) та інші фактори, що впливають або можуть впливати на здоров'я людини чи на здоров'я майбутніх поколінь.

У разі вузького трактування поняття довкілля, не віднесення людини до об'єктів еколого-правової охорони, постає питання: якою галуззю права регулюються суспільні відносини щодо санітарного та епідемічного благополуччя населення, середовища життєдіяльності людини? До якої галузі права належать норми санітарного законодавства в юридичній літературі досліджено недостатньо. Можна стверджувати, що санітарного права як такого не існує. У літературі можна зустріти пропозицію щодо визнання існування в системі права України санітарно-епідеміологічного права²⁸. Однак ця позиція вбачається недостатньо аргументованою. Безумовно, галузі законодавства впливають на формування галузей права і виступають в якості їх передумов, являючи собою певну нормативно-правову базу для їх формування, однак для існування самостійної правової галузі у правовій системі необхідна наявність: предмета правового регулювання, методів їх регулювання, джерел законодавства та заінтересованості суспільства у виділенні відповідної галузі права як самостійної правової єдності²⁹.

На сьогодні визнаним є існування санітарного законодавства. А. М. Гринзовський санітарне законодавство визначає як сукупність нормативно-правових актів, що регулюють суспільні відносини, що виникають у сфері забезпечення санітарного та епідеміологічного благополуччя населення; які видаються органами державної влади, встановлюють санітарні правила і норми, а також права та обов'язки органів охорони здоров'я у сфері організації та проведення державного санітарного нагляду та санітарно-протиепідемічних заходів, які є обов'язковими для виконання усіма учасниками правовідносин, незалежно від їх юридичного статусу. Санітарним законодавством передбачено визначення показників безпеки, за якими здійснюють державний санітарно-епідеміологічний нагляд, встановлення медичних критеріїв безпеки (показників), особливостей умов використання, застосування, зберігання, транспортування, утилізації, знищення об'єктів, що підлягають санітарно епідеміологічній експертизі. У цілому санітарне законодавство охоплює практично всі сфери життєдіяльності людини, зокрема: охорону здоров'я (в тому числі організацію проведення санітарно-епідеміологічного нагляду); освіти; охорону навколишнього середовища; громадське харчування і організацію харчування; оборону та безпеку держави; будівництво, виробничо-промислову сферу тощо³⁰.

Слід зазначити, що підходи до визначення предмета медичного права неоднорідні, однак більшість авторів займають позицію, згідно з якою суспільні відносини, що регулюються за допомогою санітарного законодавства, не відносять до медичного права. Б. О. Логвиненко предмет медичного права визначає як суспільні відносини, що виникають у сфері медицини, до яких слід включити: відносини, що стосуються прав і обов'язків фізичних осіб; відносини внутрішньої організації; деліктні відносини; відносини щодо медичного страхування; відносини у сфері трансплантології, фармакології, протезування і т.п.; зовнішньоорганізаційні відносини³¹.

Н. Б. Болотіна під предметом медичного права розуміє якісно своєрідний комплекс суспільних відносин, які виникають у результаті безпосереднього впливу на людину медичними засобами. Тобто, предметом медичного права виступають суспільні відносини, що виникають при наданні медичної допомоги. До таких належать відносини з приводу надання усіх видів медичної допомоги; відносини щодо забезпечення хворих

лікарськими засобами, протезно-ортопедичними, корегуючими засобами, слуховими апаратами; відносини з приводу проведення медичної експертизи, біомедичних дослідів на людині. Усі інші відносини, що так чи інакше пов'язані з медичними, до предмета цього права не входять (наприклад, відносини щодо промислової санітарії, санітарного нагляду, медичного страхування, організації медичних закладів, співвідношення компетенції між окремими структурними ланками таких закладів)³².

Отже людина, її життя та здоров'я є найвищою соціальною цінністю, а яка галузь права займається питаннями її охорони, чітко не визначено. На наш погляд, норми, що містяться в санітарному законодавстві, є нормами екологічного права, відносини щодо забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення входять до складу суспільних відносин щодо забезпечення екологічної безпеки, які регулюються екологічним законодавством.

Таким чином, під час перегляду концептуальних наукових підходів в екологічному праві України: власне людину слід визнати об'єктом еколого-правової охорони (зокрема як складову частину природи та об'єкт екологічної безпеки); об'єктом еколого-правової охорони слід визнати навколишнє середовище або довкілля, до складу якого входять природне, побутове та виробниче середовище; відносини щодо безпечності для людини продуктів споживання (харчових продуктів, предметів побуту, лікарських засобів тощо) слід розглядати у складі відносин щодо забезпечення екологічної безпеки; відносини щодо забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення слід визнати такими, що входять до складу суспільних відносин щодо забезпечення екологічної безпеки, які регулюються екологічним правом.

¹ *Краснова М. В.* Об'єкти екологічного права: науково-методологічні аспекти / М. В. Краснова // Розвиток наук земельного, аграрного, екологічного та природоресурсного права : зб. наук. праць «Круглого столу» (19 жовтня 2012 р.) / за ред. Г. І. Балюк, М. В. Краснової, А. М. Мірошніченка, В. В. Носіка. – 2012. – С. 63–74. – С. 68. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://law.univ.kiev.ua/science.html>

² *Краснова М.* Методологічні засади сучасного екологічного права / М. Краснова // Вісник Київського національного університету ім. Т. Г. Шевченка. – 2012. – № 7. – Вип. 92. – С. 5–8. – С. 6. – (Серія «Юридичні науки»).

³ Екологічне право України: Академічний курс : підруч. – 2-ге вид. / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка. – К. : Видавництво «Юридична думка», 2008. – 720 с. – С. 13.

⁴ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

⁵ *Матвійчук А. О.* Об'єкт особистого немайнового права на сприятливе навколишнє природне середовище: проблемні питання / А. О. Матвійчук // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України [Текст] : зб. наук. праць. – 2013. – № 3. – С. 68–73. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Nzizvru_2013_3_15.pdf

⁶ *Арзуманян А. Б.* Нематериальные блага как объекты гражданских прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / А. Б. Арзуманян. – Ростов-на-Дону, 2008. – 33 с. – С. 12.

⁷ *Краснова М. В.* Об'єкти екологічного права: науково-методологічні аспекти / М. В. Краснова // Розвиток наук земельного, аграрного, екологічного та природоресурсного права : зб. наук. праць «Круглого столу» (19 жовтня 2012 р.) / за ред. Г. І. Балюк, М. В. Краснової, А. М. Мірошніченка, В. В. Носіка. – 2012. – С. 63–74. – С. 67. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://law.univ.kiev.ua/science.html>

⁸ *Каракаш І. І.* Проблеми предмета природоресурсового права та його формування як комплексної правової галузі / І. І. Каракаш // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. – Одеса : Юрид. л-ра, 2004. – Т. 3. – С. 134–146. – С. 134.

⁹ *Краснова М.* Методологічні засади сучасного екологічного права / М. Краснова // Вісник Київського національного університету ім. Т. Г. Шевченка. – 2012. – № 7. – Вип. 92. – С. 5–8. – С. 6. – (Серія «Юридичні науки»).

¹⁰ Екологічне право України: Академічний курс : підруч. – 2-ге вид. / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка. – К. : Вид-во «Юридична думка», 2008. – 720 с. – С. 11.

¹¹ *Голинченко А. К.* Понятие, предмет и система экологического права в широком смысле слова // Экологическое право России : сб. материалов научно-практической конференции 1995–1998 г. – М. : Зерцало, 1999. – С. 318–320. – С. 318.

¹² *Кобецька Н. Р.* Екологічне право України : навч. посіб. / Н. Р. Кобецька. – 2-ге вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 352 с. – С. 27.

¹³ Конституція України прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

¹⁴ *Євстігнєєв А. С.* Щодо підстав розмежування природоохоронних правовідносин та правовідносин забезпечення екологічної безпеки / А. С. Євстігнєєв // Розвиток наук земельного, аграрного, екологічного та природоресурсного права : зб. наук. праць «Круглого столу» (19 жовтня 2012 р.) / за ред. Г. І. Балюк, М. В. Краснової, А. М. Мірошніченка, В. В. Носіка. – 2012. – С. 26–30. – С. 29. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://law.univ.kiev.ua/science.html>

¹⁵ *Матвійчук А. О.* Особисте немайнове право на сприятливе навколишнє природне середовище: проблеми понятійного апарату / А. О. Матвійчук // Юридична наука. – 2012. – № 12. – С. 21–28. – С. 25. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/j-pdf/jnn_2012_12_7.pdf

¹⁶ Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25 червня 1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 41. – Ст. 546.

¹⁷ Environmental Liability Directive of 2004 Traditional Administrative Mechanisms with a New Name: LL.M. Master Degree Thesis / Reiners Katharina; Faculty of Law, University of Iceland, August 2009. – 111 p. (P. 8–13) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://skemman.is/stream/get/1946/4605/13287/1/Katharina_Reiners.pdf

¹⁸ Договір про заснування Європейської Спільноти від 25 березня 1957 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_017

¹⁹ *Thornton J., Beckwith S.* Environmental Law. – 2nd edition. – London: Sweet & Maxwell, 2004. – 447 p. – P. 4.

²⁰ Заключний акт Наради з безпеки та співробітництва в Європі від 1 серпня 1975 року // Офіційний вісник України. – 2005. – № 4. – Ст. 266.

²¹ *Reiners K.* The Environmental Liability Directive of 2004 Traditional Administrative Mechanisms with a New Name: LL.M. Master Degree Thesis / Reiners Katharina; Faculty of Law, University of Iceland, August 2009. – 111 p. (P. 13) http://skemman.is/stream/get/1946/4605/13287/1/Katharina_Reiners.pdf

²² Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року : Закон України від 21 грудня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011 – № 26. – Ст. 218.

²³ Системи екологічного керування. Вимоги та настанови щодо застосування: ДСТУ ISO 14001:2006 – На заміну ДСТУ ISO 14001-97 – [Чинний від 2006-05-15]. – К. : Держспоживстандарт України, 2006. – 17 с. – (Національний стандарт України).

²⁴ *Краснова Ю. А.* Деякі аспекти розвитку науково-правових підходів до визначення екологічної безпеки / Ю. А. Краснова // Розвиток наук земельного, аграрного, екологічного та природоресурсного права : зб. наук. праць «Круглого столу» (19 жовтня 2012 р.) / за ред. Г. І. Балюк, М. В. Краснової, А. М. Мірошниченка, В. В. Носіка. – 2012. – С. 74–86. – С. 83 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://law.univ.kiev.ua/science.html>

²⁵ *Євстігнєв А. С.* Вказана праця. – С. 28–29.

²⁶ *Клюканова Л. Г.* Об экологической безопасности гражданского общества / Л. Г. Клюканова // Ученые записки юридического факультета. – 2012. – Вып. 27 (37). – С. 5–16. – С. 5, 10.

²⁷ Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення : Закон України від 24 лютого 1994 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 27. – Ст. 218.

²⁸ *Корнієць В. В.* Адміністративно-правові основи відповідальності за правопорушення у санітарно-епідеміологічній сфері в контексті адміністративно-правової реформи в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. В. Корнієць. – Запоріжжя, 2010. – 20 с. – С. 9–10.

²⁹ *Каракаш І. І.* Щодо складових предмету та визначення поняття сучасного земельного права України / І. І. Каракаш // Розвиток наук земельного, аграрного, екологічного та природоресурсного права : зб. наук. праць «Круглого столу» (19 жовтня 2012 р.) / за ред. Г. І. Балюк, М. В. Краснової, А. М. Мірошниченка, В. В. Носіка. – К., 2012 – С. 263–270. – С. 267 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://law.univ.kiev.ua/science.html>

³⁰ *Гринзовський А. М.* Санітарне законодавство України: генезис та тенденції розвитку : дис. ... д-ра мед. наук: 14.02.01 / Анатолій Михайлович Гринзовський ; Національний медичний університет імені О. О. Богомольця. – К., 2015. – 523 с. – С. 293–294 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nmu.ua/files/radi/grinzovsky_disert.pdf

³¹ *Логвиненко Б. О.* До питання про предмет медичного права України / Б. О. Логвиненко // Європейські перспективи. – 2012. – № 4 (1). – С. 74–78 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/evpre_2012_4\(1\)_15.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/evpre_2012_4(1)_15.pdf)

³² *Болотіна Н. Б.* Медичне право у системі права України / Н. Б. Болотіна // Право України – 1999. – № 7. – С. 116–121. – С. 117.

Резюме

Юрескул В. О. Щодо концептуальних підходів до предмета екологічного права України.

У статті звертається увага на необхідність перегляду концептуальних наукових підходів щодо предмета екологічного права України, зокрема, стосовно об'єктного складу екологічних правовідносин. Автор робить висновок, що людину слід визнати об'єктом еколого-правової охорони (як складову частину природи та об'єкт екологічної безпеки); об'єктом еколого-правової охорони слід визнати навколишнє середовище або довкілля, до складу якого входять природне, побутове та виробниче середовище; відносини щодо безпечності для людини продуктів споживання (харчових продуктів, предметів побуту, лікарських засобів тощо) необхідно розглядати у складі відносин щодо забезпечення екологічної безпеки; відносини щодо забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення слід визнати такими, що входять до складу суспільних відносин щодо забезпечення екологічної безпеки, які регулюються екологічним правом.

Ключові слова: екологічне право, предмет екологічного права, об'єкти еколого-правової охорони, навколишнє середовище, довкілля, екологічна безпека.

Резюме

Юрескул В. А. Относительно концептуальных подходов к предмету экологического права Украины.

В статье обращается внимание на необходимость пересмотра концептуальных научных подходов к предмету экологического права Украины, в частности объектного состава экологических правоотношений. Автор делает вывод, что человека следует признавать объектом эколого-правовой охраны (как часть природы и объект экологической безопасности); объектом эколого-правовой охраны следует признавать окружающую среду, в состав которой входят естественная, бытовая и производственная среда; отношения по безопасности для человека продуктов потребления (пищевых продуктов, предметов быта, лекарственных средств и т.п.) необходимо рассматривать в составе отношений по обеспечению экологической безопасности; отношения по обеспечению санитарного и эпидемического благополучия населения следует признавать входящими в состав общественных отношений по обеспечению экологической безопасности, регулирующихся экологическим правом.

Ключевые слова: экологическое право, предмет экологического права, объекты эколого-правовой охраны, окружающая среда, экологическая безопасность.

Summary

Yureskul V. Regarding the conceptual approaches to the subject of environmental law of Ukraine.

The article draws attention to the necessity to revise the conceptual scientific approaches to the subject of environmental law of Ukraine, in particular, the object composition of environmental relationships. The author concludes that a person should be recognized as an object of protection by environmental law (as a part of nature and the object of environmental safety); the environment, that includes natural, home and work environment, should be recognized as an object of protection by environmental law; relationship in the field of safety of the consumption goods (food, household items, medicines, etc.) for man should be considered as relationships in the field of environmental safety; relationships in the field of sanitary and epidemic safety ensuring of the population should be recognized as part of the social relations on environmental safety regulated by environmental law.

Key words: environmental law, subject of environmental law, objects of protection by environmental law, environment, environmental safety.

УДК 347.965.825

Н. М. БАКАЯНОВА

Нана Мезенівна Бакаянова, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Національного університету «Одеська юридична академія», адвокат, секретар дисциплінарної палати Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії Одеської області

ФУНКЦІОНАЛЬНІ ОСНОВИ ОБ'ЄДНАННЯ АДВОКАТІВ В УКРАЇНІ

Формування системи органів адвокатського самоврядування в Україні здійснюється на підставі законодавчих новацій, які впроваджено Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». В адвокатській спільноті й досі існують протилежні точки зору щодо об'єднання адвокатів в єдину організацію на умовах обов'язкового членства, доцільності такого об'єднання, напрямів діяльності та обсягу повноважень органів адвокатського самоврядування. Три роки функціонування Національної асоціації адвокатів України демонструють в цілому певну консолідацію адвокатів у вирішенні проблем адвокатури, багатоаспектну та послідовну діяльність із захисту професійних прав адвокатів та відстоювання інтересів адвокатури. Проте прогалини та невдачі нормативного регулювання, дисбаланс у розмежуванні компетенції органів адвокатського самоврядування, прийняття спірних рішень призводять до відвертих конфліктів у адвокатському середовищі та обумовлюють увагу до розробки науково обґрунтованих, концептуальних засад об'єднання адвокатів в єдину адвокатську корпорацію з визначенням функцій органів, які забезпечують її належне функціонування.

Теоретичною основою дослідження стали праці вітчизняних науковців, зокрема, М. Р. Аракеяна, Т. В. Варфоломієвої, С. В. Гончаренка, А. В. Іванцової, О. Д. Святоцького, Л. В. Тацій, Д. П. Фіолєвського, С. Я. Фурси, О. Г. Яновської, а також зарубіжних дослідників адвокатури – А. П. Галоганова, Л. Ю. Грудциної, Н. В. Лазаревої-Пацької, А. Г. Кучерени, Г. М. Резника, І. С. Яртіха та ін. Крім того, вагомий внесок у визначення правового положення адвокатури в Україні належить адвокатам – П. А. Бойку, Й. Л. Бронзу, І. Ю. Гловацькому, І. В. Голованю, О. Л. Жуковській, В. В. Заборовському, О. П. Задніпровському, Я. П. Зейкану, Л. П. Ізовітовій, К. П. Коваль, І. В. Рафальській та ін.

Метою статті є дослідження функціональних підстав об'єднання адвокатів в Україні, законодавчої та нормативної регламентації функцій адвокатської корпорації, наукове обґрунтування реалізації права адвокатів на самоврядування.

Об'єднання адвокатів в єдину професійну організацію обумовлюється сутністю інституту адвокатури, характерними ознаками якого є його недержавна природа, самоврядність, самостійність, професійна основа діяльності адвокатів, а також особливе завдання адвокатури – забезпечення здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги.

В юридичній літературі неодноразово приверталася увага до багатоаспектного змісту поняття «адвокатура».

Як зазначає Л. В. Тацій, адвокатура є інститутом громадянського суспільства, який є не лише об'єднанням професіоналів-юристів, а й правозахисною інституцією, що реалізує свої повноваження у тісній взаємодії з органами юстиції – судовими установами, органами нотаріату, реєстрації актів громадянського стану, державної виконавчої служби, судово-експертними установами та іншими державними і недержавними установами¹.

У своїх працях як вітчизняні, так і зарубіжні науковці вказують на триєдність статусу та відповідно завдань адвокатури, розглядаючи адвокатуру:

- 1) як правозахисну діяльність адвокатів;
- 2) як інститут громадянського суспільства;
- 3) як самоврядну професійну організацію^{2,3}.

Українська правова доктрина під адвокатурою розуміє інститут громадянського суспільства, який покликаний забезпечувати гарантовані права та свободи людини.

Так, на думку В. О. Святоцької, як історична цінність адвокатура є системоутворюючим елементом сучасного громадянського суспільства та правової держави. Перспективи розвитку громадянського суспільства та правової держави в Україні пов'язані, зокрема, й з перспективами розвитку адвокатури⁴.

М. Р. Аракелян зазначає, що правова природа адвокатури полягає в її особливому статусі як самостійного, сформованого елемента правозахисної системи, який функціонує на принципах самоврядування, діяльність якого направлена на захист прав і свобод людини й громадянина, їх представництва та надання іншої необхідної правової допомоги, який покликаний захищати та представляти інтереси не лише окремих осіб, але й суспільства в цілому⁵.

А. В. Козьмінних визначає адвокатуру як незалежний інститут громадянського суспільства, публічну корпорацію професійних юристів, покликану брати участь у здійсненні правосуддя і надавати на професійній основі кваліфіковану правову допомогу, виконуючи покладену на неї публічно-правову функцію – контроль за дотриманням державою гарантій прав і свобод людини і громадянина⁶.

За ч. 1 ст. 2 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі – Закон): «Адвокатура України – недержавний самоврядний інститут, який забезпечує здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги на професійній основі, а також самостійно вирішує питання організації та діяльності адвокатури в порядку, встановленому цим Законом»⁷.

Поняття адвокатури, у будь-якому випадку, має визначатися без змішування із поняттями «адвокатська діяльність» та «асоціація адвокатів».

Адвокатура України – це інститут правозахисної системи, який функціонує у вигляді Національної асоціації адвокатів України, членами якої є всі адвокати країни. Правовий статус адвокатів та завдання адвокатської корпорації обумовлюють місце адвокатури у суспільному житті.

«Адвокатська спільнота», «адвокатське співтовариство», «адвокатське середовище», «адвокатська корпорація», «асоціація адвокатів» – терміни, які використовуються для визначення організації адвокатури та показують межі внутрішнього контролю, характер взаємозв'язку між адвокатами. Стан організації адвокатури відображає можливості інституту громадянського суспільства щодо реалізації його завдань.

Самостійне значення має термін «адвокатська діяльність», на що вказує й назва Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», який у п. 2 ч. 1 ст. 1 визначає: «Адвокатська діяльність – незалежна професійна діяльність адвоката щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту».

Адвокатська діяльність за своїм змістом охоплює всі види захисту, представництва та надання правової допомоги, які передбачені законодавством про адвокатуру та адвокатську діяльність.

Співвідношення зазначених понять відбувається наступним чином: інститут громадянського суспільства (адвокатура) на різних етапах розвитку суспільства отримує певний вигляд, форму своєї організації (самоврядна корпорація або розрізнені адвокати та адвокатські утворення) і здійснює певні функції (правозахисна діяльність).

Завдання інституту адвокатури, асоціації адвокатів та адвокатів при здійсненні адвокатської діяльності впливають із положень законодавства та є наступними.

У своєму інституційному статусі адвокатура покликана забезпечувати гарантовані права та свободи людини.

Завданнями асоціації адвокатів є:

- 1) забезпечення захисту, представництва та надання правової допомоги адвокатами;
- 2) захист професійних та соціальних прав членів асоціації – адвокатів.

Завдання безпосередньо адвокатів при здійсненні адвокатської діяльності полягає у захисті прав та законних інтересів клієнтів.

З урахуванням завдань адвокатури, сутності адвокатської діяльності організація адвокатури має здійснюватися у спосіб, який би забезпечив контроль за адвокатською діяльністю без порушення принципу незалежності адвокатури й адвокатів.

У своєму листі від 10 червня 2005 р. до Голови Верховної Ради України Рада адвокатських асоціацій та правничих товариств Європи (далі – ССВЕ) зазначає, що: «Концептуально самоврядування є невід'ємним від основної засади – незалежності. Самоврядування забезпечує колективну незалежність членів адвокатської професії»⁸.

Основними положеннями про роль адвокатів, прийнятими у серпні 1990 р. VIII Конгресом ООН з попередження злочинів, визначено, що адвокатам має бути надано право формувати самоврядні організації для представництва їх інтересів, постійного навчання та перепідготовки й підтримання професійного рівня. Виконавчі органи професійних організацій обираються їх членами і здійснюють свої функції без зовнішнього втручання. Професійні організації адвокатів відіграють життєву роль у підтриманні професійних стандартів та етичних норм, захищають своїх членів від переслідувань та необґрунтованих обмежень і посягань, забезпечують юридичну допомогу для усіх, хто її потребує, й кооперується із урядом та іншими інститутами для досягнення мети правосуддя та інтересів суспільства⁹.

Принцип V Рекомендації № REC(2000)21 Комітету Міністрів державам-членам про свободу професійної діяльності адвокатів, ухваленої Комітетом Міністрів Ради Європи 25 жовтня 2000 р., встановлює, що адвокатам слід дозволяти і спонукати їх до створення й приєднання до місцевих, національних і міжнародних професійних об'єднань, які власними силами або разом з іншими органами опікуватимуться посиленням професійних стандартів і забезпеченням захисту незалежності й інтересів адвокатів. Адвокатські колеги

та інші професійні об'єднання адвокатів мають бути органами, побудованими на засадах самоврядування, незалежними від влади і від широкого загалу¹⁰.

Хартія основоположних принципів діяльності європейських адвокатів 2006 р. вказує на те, що асоціації адвокатів та юридичні союзи, суди, законодавці, уряди і міжнародні організації повинні підтримувати й захищати засадничі принципи в інтересах суспільства.

Пункт 3 ч. 1 ст. 1 Закону визначає адвокатське самоврядування як гарантоване державою право адвокатів вирішувати питання її організації та діяльності у порядку, встановленому Законом.

За ст. 44 Закону завданнями адвокатського самоврядування є забезпечення незалежності адвокатів, захист від втручання у здійснення адвокатської діяльності; підтримання високого кваліфікаційного рівня адвокатів; утворення та забезпечення діяльності кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури; створення сприятливих умов для здійснення адвокатської діяльності; забезпечення відкритості інформації про адвокатуру та адвокатську діяльність; забезпечення ведення Єдиного реєстру адвокатів України; участь у формуванні Вищої ради юстиції у порядку, визначеному законом.

Крім того, цей перелік завдань може бути доповнений, виходячи з п.п. 4, 5 Принципу V Рекомендації № 21 Комітету Міністрів державам-членам про свободу професійної діяльності адвокатів, ухваленої Комітетом Міністрів Ради Європи 25 жовтня 2000 р.: «Адвокатські колегії та інші професійні об'єднання адвокатів слід заохочувати до забезпечення незалежності адвокатів і, окрім іншого, до:

- a) безстрашного відстоювання і підтримки справи правосуддя;
- b) захисту ролі адвокатів у суспільстві та, зокрема, обстоювання їхньої честі, гідності та доброчесності;
- c) сприяння участі адвокатів у програмах, які забезпечують доступ до правосуддя особам в економічно несприятливому становищі, зокрема надання адвокатами безоплатної правової допомоги та юридичних консультацій;
- d) сприяння реформам законодавства, підтримки таких реформ і обговорення чинного чи запропонованого законодавства;
- e) сприяння добробуту представників професії та допомоги їм або членам їх сімей, якщо того вимагають обставини;
- f) співпраці з адвокатами з інших країн, зокрема беручи до уваги роботу міжнародних організацій адвокатів і міжнародних міжурядових чи недержавних організацій;
- g) просування якомога вищих професійних стандартів компетентності адвокатів і забезпечення додержання адвокатами стандартів поведінки та дисципліни.

Адвокатським колегіям та іншим професійним об'єднанням адвокатів слід вдаватися до всіх необхідних дій, включаючи захист інтересів адвокатів у відповідному органі, у випадках:

- a) арешту або затримання адвоката;
- b) будь-якого рішення розпочати провадження, яке ставить під сумнів доброчесність адвоката;
- c) будь-якого розшуку адвокатів або їхнього майна;
- d) будь-якого вилучення документів або матеріалів, які перебували в розпорядженні адвоката;
- e) публікацій у пресі, які вимагають дій від імені адвокатів»¹⁰.

У п. 11 Висновку № 190 Парламентської Асамблеї Ради Європи щодо вступу України до Ради Європи від 26 вересня 1995 р. зазначається, що створення єдиної професійної організації слугуватимете гарантією незалежної діяльності адвокатури в Україні¹¹.

Статутні положення Національної асоціації адвокатів України (далі – НААУ) – єдиної професійної організації адвокатів України, яку було створено на Установчому з'їзді адвокатів України 17 листопада 2012 р., встановлюють, що НААУ є недержавною некомерційною неприбутковою професійною організацією, яка об'єднує всіх адвокатів України¹². НААУ ставить перед собою широкий спектр завдань, серед яких: сприяння процесу формування правової держави в Україні; сприяння гармонізації українського законодавства із законодавством Європейського Союзу та його реформуванню з використанням досвіду розвинених демократичних країн; забезпечення захисту законних прав та інтересів та сприяння зміцненню існуючих правових норм щодо захисту прав та забезпечення гарантій адвокатів; сприяння розвитку правових форм самоорганізації адвокатської спільноти; сприяння розвитку надання правової допомоги в Україні; сприяння професійному розвитку адвокатів та поширенню етичних стандартів професії; сприяння вдосконаленню системи підготовки та підвищенню кваліфікації адвокатів; забезпечення незалежності адвокатів, захист від втручання у здійснення адвокатської діяльності; інші завдання, що випливають зі змісту чинного законодавства України, Статуту НААУ, а також рішень з'їзду адвокатів України, НААУ, Ради адвокатів України (ст. 2 Статуту НААУ).

Аналіз статутних положень НААУ дає змогу визначити функції єдиної професійної організації адвокатів:

1) представницька функція (представляє адвокатуру України у відносинах з органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами, організаціями, установами, підприємствами незалежно від форм власності, громадськими об'єднаннями та міжнародними організаціями; делегує своїх представників до органів державної влади; взаємодіє з національними та іноземними громадськими організаціями та міжнародними неурядовими організаціями; здійснює співробітництво та підтримку правових громадських об'єднань в Україні);

2) захисна функція (сприяє досягненню адвокатурою повної самостійності, незалежності та самоврядування; забезпечує захист соціальних та професійних прав, законних інтересів адвокатів у органах влади, установах, організаціях, органах місцевого самоврядування, міжнародних організаціях і установах);

3) інформаційна функція (забезпечує доступ та відкритість інформації про адвокатуру України; забез-

печує доступ та відкритість інформації стосовно адвокатів України через Єдиний реєстр адвокатів України; поширює правову інформацію, населення, адвокатів, правових громадських організацій в Україні та за кордоном; здійснює надання інформації та роз'яснень з питань, пов'язаних із діяльністю органів адвокатського самоврядування, а також стосовно прийнятих ними рішень;

4) пропагандистська функція (сприяє підвищенню ролі інституту адвокатури в українському суспільстві; сприяє підвищенню статусу професії адвоката в Україні);

5) функція контролю (забезпечує належне виконання адвокатурою її конституційних завдань; забезпечує виконання адвокатами захисту за призначенням та надання безоплатної правової допомоги у випадках, передбачених законодавством України);

6) превентивна функція (застосовує заходи щодо недопущення та припинення недобросовісної конкуренції в сфері адвокатської діяльності);

7) законотворча функція (сприяє залученню адвокатури до процесу законотворення та інших процесів, пов'язаних з розбудовою правової держави, впровадження нових правових реформ; бере участь у розробці нормативно-правових актів організації та проведенні експертизи проектів законів, програм, рішень та інших документів і нормативних актів з питань адвокатури й адвокатської діяльності; вносить пропозиції щодо вдосконалення законодавства України та практики його застосування);

8) виховна функція (забезпечує дотримання етичних стандартів діяльності адвокатів; встановлює нагороди і заохочення адвокатів, вносить пропозиції стосовно представлення адвокатів до державних нагород України та інших відзнак державними органами та органами місцевого самоврядування; забезпечує високий професійний рівень адвокатів України);

9) освітянська функція (розроблює єдину методику професійної підготовки та перепідготовки адвокатів, помічників і стажерів адвокатів, поширює етичні стандарти професії; сприяє організації та впровадженню заходів щодо вдосконалення юридичної освіти, розвитку юридичної професії та підвищення кваліфікації адвокатів; роз'яснює чинне законодавство України з питань адвокатури та адвокатської діяльності та узагальнення практики Європейського суду з прав людини; розробляє й реалізує програми обміну досвідом та стажування адвокатів за кордоном);

10) дослідницька функція (поширює та сприяє вивченню історії адвокатури, літератури, традицій з питань адвокатської діяльності; сприяє науковій розробці питань, пов'язаних з діяльністю адвокатури, усуненню недоліків у правозастосовній діяльності; організовує та проводить експертизи проектів законів, програм, рішень та інших документів і нормативних актів; сприяє зміцненню зв'язків між юридичною наукою, освітою й практикою);

11) видавнича функція (засновує видавництва (редакції), в тому числі інтернет-видання, видання газет, журналів, науково-популярної, довідкової та іншої літератури);

12) функція міжнародного співробітництва (здійснює розвиток міжнародних зв'язків, обмін професійним досвідом, співробітництво з міжнародними організаціями, всебічне сприяння імплементації міжнародних норм і стандартів адвокатської діяльності; підтримує зв'язки та обмін делегаціями зарубіжних країн і їх представниками, проводить іншу міжнародну діяльність; здійснює заснування або вступ у міжнародні та всеукраїнські громадські організації, підтримку міжнародних зв'язків, укладання відповідних міжнародних угод, а також участь у проведенні інших міжнародних заходів);

13) організаційна функція (здійснює організацію та забезпечення проведення самостійно або спільно з державними органами, органами місцевого самоврядування та громадськими організаціями, у тому числі міжнародними, конгресів, конференцій, семінарів, тренінгів, круглих столів, оголошує конкурси тощо, бере участь у відповідних заходах за кордоном; здійснює організацію та координацію роботи органів адвокатського самоврядування).

Зазначені функції тісно взаємопов'язані, адже мають спільну мету. Метою об'єднання адвокатів є сприяння розвитку та зміцненню інституту адвокатури в Україні, підвищення рівня правової допомоги, що надається адвокатами, підвищення ролі та авторитету адвокатури в суспільстві, захисту прав і законних інтересів адвокатів.

У Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 рр., схваленої Указом Президента України від 20 травня 2015 р. № 276/2015, зазначається необхідність зміцнення на інституційному рівні Національної асоціації адвокатів України для забезпечення належної професійної діяльності адвокатури, управління юридичними професіями та представництва колективних інтересів адвокатів¹³.

Адвокатське самоврядування є чітким показником розвитку інституту адвокатури, міцної та незалежної адвокатської корпорації. На сучасному етапі судово-правової реформи, коли відбулося ставлення адвокатури як самоврядного інституту правової системи, завданням адвокатської спільноти є вдосконалення системи органів адвокатського самоврядування, виважений розподіл повноважень між органами адвокатського самоврядування та їх здійснення ефективно і відповідно до законодавства.

Розвиток функціональних основ адвокатського самоврядування має здійснюватися шляхом розширення повноважень регіональних органів місцевого самоврядування, відходу від концентрації правових можливостей, які б ефективніше вирішувалися на місцевому рівні, у національних органах адвокатського самоврядування¹⁴.

Об'єднання всіх адвокатів України на засадах професійної належності мало на меті розвиток та зміцнення інституту адвокатури в Україні, підвищення рівня правової допомоги, що надається адвокатами.

Функціональні основи об'єднання адвокатів повинні ґрунтуватися на міжнародних стандартах та розвиватися у напрямі чіткого визначення функцій органів адвокатського самоврядування. Практичне розв'язання завдань інституту адвокатури можливе за умови суспільних зусиль адвокатів щодо дотримання законодавчо визначених вимог організації адвокатури. Подальший розвиток досліджень основ об'єднання адвокатів в Україні передбачає виявлення закономірностей системи органів адвокатського самоврядування, аналіз теоретичного підґрунтя функцій адвокатської спільноти, особливостей взаємодії між членами єдиної професійної організації, осмислення перспектив адвокатської професії, її майбутнього.

¹ Тацій Л. В. Юридична природа адвокатури в системі захисту прав і свобод людини і громадянина : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Л. В. Тацій. – Х. : Б.В., 2008. – С. 16–17.

² Либанова С. Э. Триединство статусов российской адвокатуры / С. Э. Либанова // Адвокат. – М. : Законодательство и экономика, 2011. – № 5. – С. 5–10.

³ Аракелян М. Р. Институт адвокатуры в правозащитной системе Украины: теоретико-правовой аспект : моногр. / М. Р. Аракелян. – Одесса : Фенікс, 2014. – С. 155.

⁴ Святоцька В. О. Институт адвокатуры: становлення та розвиток : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / В. О. Святоцька. – Л., 2010. – 17 с.

⁵ Аракелян М. Р. Вказана праця.

⁶ Козьміних А. В. Роль інституту адвокатури в реалізації правозахисної функції громадянського суспільства : автореф. дис. ... канд. політ. наук / А. В. Козьміних. – Одеса, 2008. – 18 с.

⁷ Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 р. №5076-VI // Голос України. – 2012. – 14 серпня. – № 148–149.

⁸ Лист Ради адвокатських асоціацій та правничих товариств Європи (CCBE) до Голови Верховної Ради України від 10 червня 2005 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.attorneys.od.ua/datas/users/2-letter%20ccbe.pdf>

⁹ Основні положення про роль адвокатів: прийнято 8-м Конгресом ООН 27 серпня – 7 вересня 1990 р. // Юридичний вісник України. – 2002. – № 40.

¹⁰ Про свободу професійної діяльності адвокатів : Рекомендація № 21, прийнято Комітетом Міністрів Ради Європи 25 жовтня 2000 р. // Адвокат. – 2010. – № 11. – С. 11–12.

¹¹ Висновок № 190 (1995) Парламентської Асамблеї Ради Європи щодо заявки України на вступ до Ради Європи від 26 вересня 1995 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua>

¹² Статут Національної асоціації адвокатів України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://unba.org.ua>

¹³ Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки: затверджено Указом Президента України від 20 травня 2015 р. № 276/2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua>

¹⁴ Бакайнова Н. М. Про децентралізацію системи органів адвокатського самоврядування / Н. М. Бакайнова // Електронне наукове видання «Юридичний електронний журнал». – 2015. – № 3. – С. 170–172.

Резюме

Бакайнова Н. М. Функціональні основи об'єднання адвокатів в Україні.

У статті досліджуються функціональні основи об'єднання адвокатів в Україні. Автор аналізує основні напрями діяльності адвокатського співтовариства у світлі міжнародних стандартів. Функції єдиної професійної організації адвокатів в Україні класифіковано з урахуванням завдань асоціації адвокатів.

Ключові слова: адвокатура, адвокатське співтовариство, адвокатське самоврядування, об'єднання адвокатів, асоціація адвокатів.

Резюме

Бакайнова Н. М. Функциональные основы объединения адвокатов в Украине.

В статье исследуются функциональные основы объединения адвокатов в Украине. Автор анализирует основные направления деятельности адвокатского сообщества в свете международных стандартов. Функции единой профессиональной организации адвокатов в Украине классифицированы с учетом задач ассоциации адвокатов.

Ключевые слова: адвокатура, адвокатское сообщество, адвокатское самоуправление, объединение адвокатов, ассоциация адвокатов.

Summary

Bakayanova N. Functional fundamentals of unification of attorneys in Ukraine.

In this article the functional fundamentals of unification of attorneys in Ukraine are investigating. The author analyzes the main directions of attorney's community in the light of international standards. The functions of professional organization that comprises all of the attorneys of Ukraine are classified taking into consideration the objectives of Bar Association.

Key words: Bar, Attorney Community, Attorney's self-government, unification of Attorneys, Bar Association.

П. Д. БІЛЕНЧУК, А. А. ЯРМОЛЮК

Петро Дмитрович Біленчук, професор Київського університету права НАН України

Анастасія Андріївна Ярмолюк, керівник Науково-дослідного центру системних досліджень Інтелектуального форуму «Єдина Європа»

ПОЛІЦЕЙСЬКИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ. ЯКИМ ЙОМУ БУТИ?

Нещодавно Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про національну поліцію», який визначає правові основи організації та діяльності Національної поліції України, статус поліцейських, а також порядок проходження служби в Національній поліції України. Однак у зв'язку з прийняттям Верховною Радою України за останній час великої кількості законодавчих актів в галузі внутрішнього управління досить часто виникає плутанина щодо регулювання внутрішніх правовідносин в нашій державі, що в свою чергу не сприяє ефективному забезпеченню безпеки людини, суспільства і держави та дотриманню конституційних прав і свобод громадян. З метою вироблення єдиного консолідованого підходу щодо регулювання безпеки людини, суспільства, держави, забезпечення надійного правопорядку та добробуту громадян ми пропонуємо створити саме системний законопроект – Поліцейський Кодекс України.

Метою даної статті є доведення позиції, що Поліцейський Кодекс України, який законодавчо оформлює здійснення реформування міліції та інноваційне перетворення її на Національну поліцію України, повинен консолідовано вміщувати в себе три основні частини.

Завданням статті є системне висвітлення конкретного змісту основних структурних положень Поліцейського Кодексу України.

У цьому зв'язку слід згадати думку професора юридичного факультету, ректор Університету Святого Володимира М. Х. Бунге, який вказував, що Поліцейський Кодекс може гармонійно функціонувати тільки у поєднанні з Цивільним Кодексом. Виходячи з даних концептуальних положень М. Х. Бунге підкреслював, що структура Поліцейського Кодексу повинна бути викладена у вигляді двох частин: благоустрою та благочиння¹.

Водночас результати проведених нами системних історіографічних і джерелознавчих досліджень за останні 150 років (1863–2014 рр.) свідчать, що архітектура Поліцейського Кодексу України, на наш погляд, повинна сьогодні структурно складатися не з двох, а з трьох основних частин, а саме:

I. Концептуальні засади діяльності Національної поліції. II. Правове регулювання, організаційна структура, керівні принципи і стандарти діяльності Національної поліції. III. Пріоритетні напрями правового, наукового і ресурсного забезпечення безпеки людини, суспільства, держави в окремих галузях правосуддя, судочинства, правопорядку та правозахисної діяльності.

Розглянемо основні структурні положення даного законопроекту більш детально.

I. Концептуальні засади діяльності Національної поліції.

Вважаємо, що у першій частині Поліцейського Кодексу України повинні бути системно викладені: цілі, завдання і правові світоглядно-гносеологічні основи діяльності поліції відповідно до сучасних вимог принципів верховенства права, чесності й справедливості, а також керівні функції і конкретні професійні (правові і етичні) принципи та основні стандарти діяльності поліції: загальні положення поліцейської діяльності, сфери дії Кодексу та сутність основних його термінів, визначень, понять. Реалізація даних положень у новому законодавстві потребує узагальнення як вітчизняного, європейського, так і світового досвіду.

Слід підкреслити, що сьогодні діяльність поліції країн континентальної правової сім'ї унормована трьома системами правового забезпечення: 1) системи національно-правового, 2) міжнародно-правового, 3) міждержавного правового забезпечення. Зокрема, система національно-правового забезпечення діяльності поліції країн континентальної правової сім'ї (Франції, Німеччини, Польщі та ін.) представлена актами внутрішньодержавного законодавства. До цих законодавчих актів належить і запропонований нами Поліцейський Кодекс України, який регламентує правовий порядок поліцейської діяльності. Міжнародно-правова система нормативного забезпечення діяльності поліції цих країн представлена низкою фундаментальних міжнародних нормативно-правових документів Організації Об'єднаних Націй з прав людини, які прогресивна міжнародна спільнота визнала непорушними. Це передусім Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р., Міжнародний пакт про громадянські та політичні права від 16 грудня 1966 р., Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права від 16 грудня 1966 року. Відповідно до вимог міжнародно-правових стандартів поліція зобов'язана завжди неухильно дотримуватись вказаних вище норм міжнародно-правових актів у своїй діяльності. Що стосується системи міждержавного правового забезпечення, то вона структурно представлена специфічною групою правових актів – «актів міждержавного права». За своєю при-

родою міждержавне право наближене до міжнародного, однак має свої власні специфічні риси, що уподібнюють його і з внутрішньодержавним. Основним джерелом міждержавного права є статутарні установчі договори між країнами-членами ЄС. Так, у ст. 29 Розділу VI, що має назву «Положення про поліцейське та судове співробітництво у кримінальних справах» Договору про Європейський Союз 1992 р. (зі змінами, які були внесені до нього в 1997 р. Амстердамським і в 2007 р. Лісабонським договорами) визначено стратегічну мету діяльності поліції держав-членів ЄС і детально закріплено основні обов'язки поліції країн-учасниць ЄС². Однак оскільки Україна знаходиться в даний час на порозі вступу до ЄС, то очевидно, що вже сьогодні ці законодавчі положення і стандарти ЄС необхідно врахувати при розробці новітніх законопроектів про Національну поліцію і органи внутрішніх справ України.

Вважаємо, що при розробці законопроектів у галузі поліцейської діяльності слід погодитися з Натаном В. Піно та Майклом Д. Вятровскі, які зазначають, що такі принципи, як легітимність, прозорість, підзвітність, відданість демократизації суспільства та правам і свободам людини і громадянина є основними при створенні сучасної демократичної моделі системи поліції в світі³, а це означає, що міркування цих вчених є надзвичайно актуальними, а тому ці положення і принципи діяльності поліції слід закріпити в новому Поліцейському Кодексі України.

Особливий наголос на відкритості в роботі поліції здійснили автори Закону України «Про національну поліцію». Зокрема, окрім ст. 8 «Відкритість і прозорість», ст. 85 даного закону вимагає, щоб з метою інформування громадськості про діяльність поліції керівник Національної поліції та керівники територіальних органів Національної поліції раз на рік готували та опубліковували на офіційних веб-порталах органів Національної поліції звіт про діяльність Національної поліції.

Важливо також наголосити на тому, що загальний професійний предмет відання поліції країн континентальної системи права є похідним юридичним явищем від охоронної функції держави. Так, наприклад, законодавство про поліцію Франції, Німеччини, Польщі зобов'язує поліцію охороняти права та свободи людини і громадянина. Зокрема, аналіз Закону землі Баварія «Про завдання і повноваження Баварської державної поліції» від 14 вересня 1990 р. і Закону Республіки Польщі «Про поліцію» від 6 квітня 1990 р. свідчить, що реалізація такого завдання, як захист конституційних прав і свобод людини і громадянина передбачає виконання поліцією важливої функції – забезпечення громадської безпеки і порядку в державі. Очевидно, що ця функція завжди «супроводжує» лінію діяльності поліції щодо захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина. Відповідно, загальний предмет професійного відання поліції країн континентальної системи права (Франції, Німеччини, Польщі та ін.) включає два основних елементи: 1) захист конституційних прав і свобод людини і громадянина від протиправних загроз, ризиків, небезпек і посягань; 2) забезпечення громадської безпеки і порядку в суспільстві та державі⁴. Зокрема, деякі положення, які чітко вказують, що до сфери обов'язків поліції Польщі належать «забезпечення безпеки та громадського порядку» викладені в ч. 2 ст. 1 Закону Республіки Польщі «Про поліцію» від 6 квітня 1990 р., яка має назву «Загальні положення». До того ж, законодавець цієї країни уточнює, що розв'язання даного завдання передбачає проведення поліцією відповідної роботи щодо «забезпечення порядку в громадських місцях, транспортних засобах та засобах громадської комунікації, забезпечення безпеки дорожнього руху та руху на воді, а також налагодження співробітництва з органами державної влади та місцевого самоврядування з цих питань».

Згідно з положеннями чинного законодавства основними повноваженнями поліції європейських держав (Франції, Німеччини, Польщі) є такі: 1) проведення опитування громадян з метою з'ясування тих відомостей, які становлять інтерес для неї; 2) виклик громадян, які опинилися у полі зору поліції; 3) проведення спостереження за особами, які мають намір вчинити кримінальне правопорушення; 4) можливість здійснювати нагляд за особами, життю та здоров'ю яких загрожує небезпека; 5) здійснення короткострокового затримання особи; 6) проведення оперативно-розшукових заходів; 7) перевірка місць концентрації антисоціального елемента; 8) проведення роботи з дітьми, які залишилися без батьківського піклування та інші⁵.

Необхідно звернути увагу також і на оригінальний досвід законодавчого регулювання діяльності поліції в Ізраїлі. У Законі «Про поліцію» 1971 р. Ізраїлю чітко сформульовано основні завдання Національної поліції. Зокрема, у ньому встановлено такі основні завдання поліції: 1) охорона громадського порядку; 2) забезпечення особистої безпеки громадян; 3) захист майна громадян від незаконних посягань; 4) виявлення, розкриття, розслідування та попередження кримінальних правопорушень, насамперед злочинів; 5) затримання осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні злочинів; 6) віддання до суду осіб, які вчинили злочин; 7) надійне та безпечне утримання ув'язнених злочинців⁶.

На нашу думку, ці законодавчі новели ряду європейських країн, які сформульовані вище, доцільно використати при розробці та прийнятті Поліцейського Кодексу України.

Цікавими для законопроектної діяльності є також узагальнення, здійснені В. Л. Фільштейном. Так, він зазначає, що в діяльності Національної поліції Ізраїлю законодавчо визначено такі конкретні функції поліцейської діяльності, як: адміністративна, оперативно-розшукова, кримінально-процесуальна, виконавча та охоронна (на договірних засадах). Результати дослідження цього вченого показали, що в діяльності Національної поліції Ізраїлю значне місце посідає адміністративна діяльність, яку можна поділити на внутрішньосистемну та зовнішню адміністративну діяльність. Зокрема, внутрішньосистемна адміністративна діяльність забезпечує формування й функціонування самої поліції, а зовнішня адміністративна діяльність направлена на виконання завдань та функцій, які визначають соціальне призначення поліції і пов'язана із охороною громадського порядку, громадської безпеки, боротьби з кримінальними правопорушеннями⁷.

На нашу думку, вказані вище положення можуть слугувати важливим орієнтиром при розробці та прийнятті Поліцейського Кодексу України. Окрім цього, ми вважаємо, що Національна поліція України повинна займатися контролем за обігом зброї; контролем за приватною детективною й охоронною діяльністю; охороною майна та об'єктів за договорами; державним захистом учасників кримінального судочинства, суддів, посадових осіб правоохоронних і контролюючих органів; наданням правової допомоги громадянам, органам державної влади, органам місцевого самоврядування, громадським об'єднанням, а також підприємствам, установам, організаціям незалежно від форми власності, їх посадовим особам у захисті конституційних прав та законних інтересів.

Важливо також згадати й про те, що ще у 1972 р. відомий дослідник поліцій західноєвропейських держав В. М. Гіленсен у своїй праці «Поліція ФРН (організація та діяльність)» зазначав: «поняття «громадської безпеки» та «громадського порядку» ніколи не були чітко визначені в законодавстві, а їх, так би мовити, офіційні пояснення настільки невизначені, що допускають досить широке тлумачення»⁸. Тому ми вважаємо, що в Поліцейському Кодексі України потрібно чітко, конкретно й однозначно розкрити сутність визначення змісту цих понять.

Для реалізації поліцейської реформи в Україні цікавим є також досвід американських правників. Зокрема, всьому світі відома особа Алана Пінкертон (1819–1884 рр.), який був засновником першого детективного агентства, помічником президента Лінкольна. Фактично і юридично він створив департамент Секретної служби та організував спеціальний корпус нічної варті для боротьби зі злочинцями. Очевидно, що потрібно запровадити, на нашу думку, в якості основних принципів Поліцейського Кодексу України положення, про те, що поліція повинна здійснювати свою діяльність системно, комплексно у взаємодії з детективними, охоронними структурами цілодобово, тобто не тільки в денний, але обов'язково й у нічний час.

II. Правове регулювання, організаційна структура, керівні принципи і стандарти діяльності Національної поліції.

Що стосується другої частини даного Кодексу, то в ній слід визначити, уточнити і розкрити основні правові основи регулювання діяльності поліції та взаємодії Національної поліції і системи органів кримінальної юстиції; організаційні структури Національної поліції та її підпорядкованість; кваліфікацію, набір і утримання персоналу Національної поліції під час проходження служби; професійну підготовку персоналу Національної поліції; основні права й обов'язки персоналу Національної поліції; керівні правові і етичні принципи професійної діяльності поліції в окремих як типових, так і екстремальних ситуаціях; заходи гарантування безпеки людини, суспільства, держави від реальних загроз, ризиків і небезпек, які здійснюються безпосередньо тільки Національною поліцією; заходи державного примусу, що застосовуються Національною поліцією; гарантії особистої безпеки озброєного працівника Національної поліції; правовий та соціальний захист, пенсійне забезпечення працівників Національної поліції; фінансове, ресурсне та матеріально-технічне забезпечення Національної поліції; відповідальність, контроль і нагляд за діяльністю Національної поліції; наукові дослідження та основи міжнародної співпраці Національної поліції з Інтерполом, Європолом, МПА, ФАТФ, ВААФ, МААК та іншими європейськими й світовими правничими установами, відомствами і організаціями.

Зокрема, важливим та корисним положенням Закону України «Про національну поліцію», який прийнятий Верховною Радою України, є те, що поліцейські можуть залучатися до участі в міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки⁹.

Потрібно особливо наголосити на тому, що даний Кодекс повинен чітко установити співвідношення між найбільш суттєвими складовими частинами комплексу забезпечення виконання конкретних приписів, статутів, алгоритмів, правил поліцейських завдань: окремо – керівними особами та окремо – рядовими поліцейськими службовцями, а також громадянами та їх об'єднаннями¹⁰. Зокрема, в ньому має бути конкретно встановлено, що Національна поліція України при виконанні покладених на неї обов'язків повинна залучати громадян за їх згодою до співпраці для наведення порядку в державі, встановлювати чіткі правові механізми співробітництва громадян з поліцією, що виявили бажання сприяти діяльності поліції з метою забезпечення безпеки і добробуту суспільства.

Важливим положенням Закону України «Про національну поліцію» є те, що рівень довіри населення до поліції є основним критерієм оцінки ефективності діяльності органів і підрозділів поліції. Оцінка рівня довіри населення до поліції проводиться незалежними соціологічними службами в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України¹¹.

Слід зазначити й таку особливість закону, який було прийнято Верховною Радою України. У ньому є норма, яка визначає, що Верховна Рада Автономної Республіки Крим, Київська та Севастопольська міські ради, обласні та районні ради мають право за результатами оцінки діяльності органу Національної поліції на території Автономної Республіки Крим, міст Києва та Севастополя, відповідної області або району своїм рішенням прийняти резолюцію недовіри керівнику відповідного органу (підрозділу) Національної поліції, що є підставою для звільнення його із займаної посади.

Однак рішення про прийняття резолюції недовіри керівнику органу (підрозділу) Національної поліції може бути прийнято не раніше, ніж через один рік після його призначення на посаду. Ця норма, на думку Ю. В. Луценка, значно збільшує зону контролю над законністю і об'єктивністю Національної поліції України.

Також, на думку Ю. В. Луценка, позитивною особливістю Закону України «Про національну поліцію» є те, що в ньому чітко визначені права та обов'язки поліцейського. Вперше не в підзаконних актах, а в законі

прописано, коли поліцейський має право зупинити, оглянути, затримати особу, застосувати до неї певні заходи¹². Також у ньому зазначено, коли можна здійснювати перевірку документів, коли і в якому порядку можна проводити перевірку і огляд речей громадянина, коли можна зупинити транспортний засіб та проникати в житло. Слід підкреслити, що в Законі України «Про національну поліцію» прописані конкретні дії, які має право виконувати працівник поліції щодо громадян, та виписано порядок застосування всіх примусових заходів щодо них. У даному законі зазначається, коли він застосовує кайданки, гумові кийки, газові шумові гранати, вогнепальну зброю тощо¹³.

Однак щодо застосування вогнепальної зброї в Законі України «Про національну поліцію», який був прийнятий Верховною Радою України, існують певні нові моменти. Відповідно до цього закону, поліцейські, якщо порівнювати з міліціонерами, отримали більше підстав використовувати зброю. Поліцейський має право дістати пістолет, коли він запідозрив людину у вчиненні правопорушення. Однак у законі не конкретизовано, яке саме повинно бути правопорушення для того, щоб поліцейський дістав зброю і приготувався стріляти. Також Закон України «Про національну поліцію» змінив право поліцейського застосувати зброю при нападі. Співробітнику ППС для цього потрібно було дочекатися «несподіваного або збройного нападу», а в деяких ситуаціях відкривати вогонь дозволялося лише коли був здійснений напад «з використанням бойової техніки, транспортних засобів або літальних апаратів». Однак зараз будь-який напад дає поліцейському право спустити курок. Стріляти без попередження поліцейський може і в тому випадку, якщо небезпечний злочинець намагається сховатися за допомогою транспорту. Також з даного закону зникла вимога «негайно і письмово» повідомити про застосування зброї. У ньому існує лише норма «негайно повідомити», при цьому коло осіб, яких необхідно поставити до відома, теж змінився. Оскільки співробітник ППС повідомляв про це оперативному черговому та начальнику, а поліцейський здійснює інформування тільки свого керівника. А вже вищестоящий офіцер зобов'язаний повідомити центральний орган управління поліції і оповістити відповідального прокурора.

Слід вказати на необхідність обов'язково зазначити в Кодексі те, що поліцейський службовець законодавчо зобов'язаний не тільки захищати життя, здоров'я, права і свободи людини і громадянина, а й надавати невідкладну медичну та психологічну допомогу потерпілим від кримінальних правопорушень. Якщо, наприклад, потерпілий поранений, то поліцейський службовець повинен терміново рятувати насамперед потерпілого, а потім розслідувати це кримінальне правопорушення.

Тому вважаємо, що до структури Національної поліції України повинні входити як рятувальники МНС, так і оперативна медицина, що є медициною швидкого реагування зі збірним екіпажем. Це будуть багатифункціональні медики, рятувальники, які повинні мати засоби індивідуального захисту (наручники, кийки, газові засоби), що будуть допомагати захиститися навіть від скажених тварин. Також до структури Національної поліції України повинні входити фахівці у сфері судової психології, судової медицини та судової психіатрії. При патрулюванні або виклику поліцейські службовці мають бути розосереджені по всьому населеному пункту, в тому числі на вертольотах, катерах, надувних матрацах. Патрульні екіпажі та оперативна медицина повинні мати назву «сили швидкого реагування», їм необхідно мати постійний зв'язок зі спеціальними підрозділами в комплексі та працювати як єдине ціле. У зв'язку зі скоєнням теракту вони повинні співпрацювати з вибухотехнічною службою, звільняти заручників, а рятувальники – розбирати завали, витягувати людей з-під них та ідентифікувати їх.

Важливою складовою Національної поліції України, на нашу думку, повинна стати Прес-служба, на яку покладаються завдання не тільки поширювати потрібну оперативну інформацію, але, особливо, що важливо сьогодні, здійснювати патріотичне виховання за допомогою випуску відповідних відеофільмів, фахово висвітлювати реальні події в засобах масової інформації (пресі, радіо, телебаченні, інтернеті тощо), щоб не нашкодити діяльності Національної поліції України в процесі запобігання, протидії, розслідування правопорушень, кримінальних проступків, злочинів.

Очевидно, що настав час створити спеціальну службу, до якої потрібно залучити талановиту молодь, зокрема програмістів, для боротьби з хакерством, кракерством, шахрайством в інтернеті з метою проведення системної аналітичної розвідки, контррозвідки, дотримання цензури, викоринення порнографії, відстеження закликів до екстремізму, тероризму в світових телекомунікаційних мережах, в тому числі і в соціальних.

Потрібно звернути увагу також і на те, що, досліджуючи історію розвитку науки поліцейського права, К. С. Бельський особливо підкреслює наявність значної частини правових норм, які регламентують діяльність поліції щодо попередження кримінальних правопорушень. Дійсно, протягом тривалого часу в поліції бачили універсальний інструмент запобігання, профілактики, попередження злочинів. Недарма Поліцейський Кодекс, виданий у Росії ще в період царювання Миколи I (1832 р.), називається «Статутом про попередження і припинення злочинів»¹⁴.

Слід підкреслити, що Національна поліція Ізраїлю теж має більше дискретних повноважень, ніж сучасна міліція України, у питаннях профілактики, попередження, запобігання та протидії кримінальним правопорушенням й активно їх використовує на практиці. На нашу думку, доцільно використати набутий корисний досвід поліції Ізраїлю та прописати дані повноваження в новому Поліцейському Кодексі України. Зокрема, це передусім стосується можливості своєчасно попереджувати, запобігати та протидіяти масовим порушенням громадського порядку шляхом дієвого впливу на роботу розважальних закладів, ресторанів, барів, нічних клубів тощо. У такому випадку поліцейський службовець має право закрити установи з продажу спиртних напоїв, інші подібні заклади на певний період, щоб попередити подальший розвиток негатив-

них криміногенних подій. Йому також надаються особливі повноваження щодо вилучення зняряддя, що можуть стати предметами злочину та за допомогою яких можна завдати шкоди іншій особі тощо¹⁵.

Окрім того, в Поліцейський Кодекс України необхідно внести правові норми, які б забезпечували конкурсний відбір кандидатів у нову службу поліцейської діяльності, як це законодавчо визначено у більшості європейських країн.

Необхідно акцентувати також увагу і на тому, що в Поліцейському Кодексі України треба вказати, що до заходів соціального захисту поліцейських службовців слід віднести: грошове утримання, забезпечення форменим одягом, амуніцією і спеціальним обмундируванням, безоплатне отримання житла в місцевості проходження служби, безоплатні профілактичні медичні огляди та медичне обслуговування за рахунок держави, оздоровчі виплати у період реабілітації при отриманні травми чи каліцтва під час виконання службових обов'язків. У даному Кодексі необхідно визначити, що до кола заходів правового захисту належать: право поліцейських службовців на створення профспілок для захисту своїх прав, право на звернення особи до компетентних судових, адміністративних чи законодавчих органів, які покликані захищати права людини (наприклад, право оскаржити в незалежному та неупередженому суді заходи дисциплінарного стягнення чи кримінальний вирок, які винесені стосовно конкретного поліцейського службовця), обов'язок держави захищати особу у випадку необґрунтованих звинувачень проти неї у зв'язку з професійною діяльністю, неприпустимість стороннього впливу на поліцейських службовців при здійсненні ними професійних службових повноважень¹⁶.

Важливим кроком до застосування у діяльності Національної поліції України новітніх технічних засобів є, зокрема, оснащення кожного патрульного, який вже несе службу у місті Києві, портативними камерами, які вони задіють у разі конфліктних ситуацій з правопорушниками. Ека Згуладзе запевняє, що запис спілкування на камеру відразу знижує градус напруги у особливо нервових порушників. Також здійснюється оснащення патрульних автомобілів радіостанціями для зв'язку з черговою частиною та іншими патрулями; планшетами, що мають доступ до бази даних МВС України для перевірки наявної інформації про правопорушника. За допомогою планшетів планують оформляти й електронні адмінпротоколи. Найближчим часом патрульні автомобілі будуть оснащені камерами відеофіксації, завдяки яким поліцейські зможуть знімати відеодокази порушень та зчитувати номерні знаки автомобілів і виявляти в потоці транспорту проблемні автомобілі¹⁷.

Для того, щоб ідентифікувати конкретного поліцейського службовця, ми пропонуємо виготовити значок, який має єдину систему розпізнання МВС України та МНС України. На ньому повинні бути розміщені чіп, номер значка і вибита унікальна комбінація отворів, яка містить шифр на зразок штрих-коду, де буде знаходитися інформація про групу крові, дані ДНК, хвороби, переносимість лікарських препаратів, анестезії, номер телефону, звання тощо. Таким чином при пошкодженні чіпу ідентифікація поліцейського службовця буде проводитись за номером значка та вибитою унікальною комбінацією отворів, тобто здійснюється потрійний захист цього значка.

III. Пріоритетні напрями правового, наукового і ресурсного забезпечення безпеки людини, суспільства, держави в окремих галузях правосуддя, судочинства, правопорядку та правозахисної діяльності.

На нашу думку, в третій частині потрібно сформулювати основні пріоритетні напрями діяльності Національної поліції в процесі правового, наукового і ресурсного забезпечення безпеки людини, суспільства, держави на базі використання сучасних засобів пізнання, доказування, розслідування в сфері конституційного, цивільного, господарського, адміністративного і кримінального судочинства.

Висновки та перспективи подальших досліджень. Отже, з метою досконалого викорінення суперечностей, які існують сьогодні при прийнятті багатьох законодавчих актів щодо діяльності правоохоронних органів та внутрішнього функціонування держави в цілому, Поліцейський Кодекс України, на нашу думку, повинен стати єдиним консолідованим надійним помічником для оптимального і ефективного орієнтування при здійсненні внутрішнього управління як поліцейськими службовцями, так і звичайними громадянами, права і свободи яких захищаються поліцейськими органами.

Прийняття Поліцейського Кодексу України допомагатиме реалізації та участі у формуванні державної політики у сферах забезпечення інтересів суспільства і держави, протидії злочинності та надання поліцейських послуг, як і ухвалення Закону України «Про Національну поліцію», на думку глави МВС України Арсена Авакова.

Слід зазначити, що в Поліцейському Кодексі України обов'язково необхідно закріпити позицію, що діяльність Національної поліції України повинна здійснюватись у тісній співпраці та взаємодії з громадянами, територіальними громадами та інститутами громадянського суспільства на принципах партнерства і спрямовуватись на забезпечення потреб та вирішення їхніх проблем¹⁸.

¹ Бурячок О. В. Внесок М. Х. Бунге в розвиток поліцейської науки / О. В. Бурячок // Вітчизняна та зарубіжна наука на початку другої декади XXI століття : матеріали міжнар. конференції (м. Київ, 2 березня 2013 р.). – К., 2015. – Ч. 1. – С. 100.

² Передерій О. С. Правовий статус поліції країн континентальної правової сім'ї (загальнотеоретична характеристика на матеріалах Франції, Німеччини, Польщі) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Передерій Олександр Сергійович ; Харківський національний ун-т внутрішніх справ. – Х., 2009. – С. 11–12.

³ Pino N. The Principles of Democratic Policing / Nathan Pino and Michael D. Wiatrowski // Democratic Policing in Transitional and Developing Countries / ed. by Nathan Pino and Michael D. Wiatrowski. – Hampshire: Ashgate, 2006. – P. 69–97.

⁴ Передерій О. С. Вказана праця. – С. 13.

⁵ Там само.

- ⁶ *Плішкін В. М.* Теорія управління органами внутрішніх справ (у визначеннях, поняттях і схемах) : навч. посіб. / В. М. Плішкін, В. П. Лисюченко, І. В. Орт ; за заг. ред. В. М. Плішкіна. – К. : Націон. акад. внутр. справ, 1999. – 119 с.
- ⁷ *Фільштейн В. Л.* Організаційно-правові засади діяльності Національної поліції Держави Ізраїль (порівняльно-правовий аналіз) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Фільштейн Володимир Леонідович ; Київ. нац. ун-т внутр. справ. – К., 2009. – 643 с.
- ⁸ *Гиленсен В. М.* Полиция ФРГ (организация и деятельность) / В. М. Гиленсен. – М. : ВНИИ МВД СССР, 1973. – С. 18.
- ⁹ Рада прийняла закон про національну поліцію : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ua.korrespondent.net/ukraine/3534885-rada-pryniala-zakon-pro-natsionalnu-politsiui>
- ¹⁰ *Чистяков П. М.* Від міліції до поліції: європейський підхід управління внутрішніми справами / П. М. Чистяков // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2013. – № 3. – С. 215.
- ¹¹ Рада прийняла закон о Национальной полиции : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://rian.com.ua/politics/20150702/369918835.html>
- ¹² Рада ухвалила закон про національну поліцію : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.rbc.ua/ukr/news/rada-prinyala-zakon-natsionalnoy-politsii-1435851305.html>
- ¹³ Рада прийняла закон про національну поліцію : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://rian.com.ua/analytics/20150705/370040087.html>
- ¹⁴ Юридична психологія : підруч. / Д. О. Александров, В. Г. Андросюк, Л. І. Казміренко та ін.; заг. ред. Л. І. Казміренко, Є. М. Моїсєєва. – 2-ге вид., доопр. та доп. – К. : КНТ, 2008. – 352 с.
- ¹⁵ *Фільштейн В. Л.* Вказана праця.
- ¹⁶ *Передерій О. С.* Вказана праця. – С. 14.
- ¹⁷ За пять дней работы новой патрульной службы киевляне увидели, чем полиция отличается от милиции : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://fakty.ua/202512-za-ryat-dnej-raboty-novoj-patrunoj-sluzhby-kievlyane-uvide-li-chem-policiya-otlichaetsya-ot-milicii>
- ¹⁸ Рада прийняла закон о Национальной полиции : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://rian.com.ua/politics/20150702/369918835.html>

Резюме

Біленчук П. Д., Ярмолюк А. А. Поліцейський Кодекс України. Яким йому бути?

У статті вказується, що архітектоніка Поліцейського Кодексу України повинна сьогодні структурно складатися із трьох основних частин, а також детально та системно аналізуються основні структурні положення даного законопроекту.

Ключові слова: Поліцейський Кодекс України, Національна поліція України, поліцейська діяльність, внутрішнє управління.

Резюме

Біленчук П. Д., Ярмолюк А. А. Полицейский Кодекс Украины. Каким ему быть?

В статье указывается, что архитектоника Полицейского Кодекса Украины должна сегодня структурно состоять из трех основных частей, а также подробно и системно анализируются основные структурные положения данного законопроекта.

Ключевые слова: Полицейский Кодекс Украины, Национальная полиция Украины, полицейская деятельность, внутреннее управление.

Summary

Bilenchuk P., Yarmolyuk A. A. The Ukrainian Code of Police. What it should be?

The article states that today the architectonics of Ukrainian Code of Police should consist of the three major parts. In addition, the detailed and systematic analysis of the major structural provisions of the bill is considered.

Key words: the Ukrainian Code of Police, the National Police of Ukraine, policing, internal control.

УДК 342.9

З. О. КУКІНА

Зінаїда Олександрівна Кукіна, кандидат юридичних наук, здобувач Дніпропетровського національного університету імені Олеся Гончара

ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА КРИМІНАЛЬНОЇ КОРПОРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В КРАЇНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Якщо говорити про загальноєвропейський тренд у питанні притягнення до кримінальної відповідальності юридичних осіб, то в країнах Європи така відповідальність існує або в класичному вигляді корпоративної кримінальної відповідальності, або як квазікорпоративна кримінальна відповідальність. Єдиним винятком є Німеччина, де існує принцип, відповідно до якого накладення кримінальної відповідальності на юридичну особу є значним порушенням основоположних принципів Кримінального кодексу Німеччини.

Водночас треба зазначити, що в Німеччині існують такі грошові штрафи за порушення німецькими компаніями законів, що іноді вони наносять не меншу шкоду корпораціям, ніж кримінальна відповідальність.

Спільною рисою для всіх європейських країн, крім Великобританії та Нідерландів, є те, що концепція кримінальної відповідальності юридичної особи – відносно нова. Якщо не брати до уваги два згаданих вище винятки, то першою європейською країною, де в 1994 р. запровадили теорію корпоративної кримінальної відповідальності, була Франція. За нею в 1999 р. прослідувала Бельгія, в 2001 р. – Італія, 2003 р. – Польща, в 2006 р. – Румунія, в 2010 р. – Люксембург і Іспанія, в 2012 р. – Чехія. Навіть у Великобританії, країні, де юридичні особи вже давно несуть кримінальну відповідальність, більшість правопорушень, за які настає така відповідальність, були зафіксовані в законодавстві тільки в останні роки. У Голландії до 1976 р. юридичні особи несли відповідальність тільки за податкові правопорушення^{1,2}.

У європейських країнах, де визнається кримінальна відповідальність юридичних осіб, основою для виникнення такої відповідальності є зв'язок між діями співробітників компанії та самою компанією. У більшості юрисдикцій працівники, які можуть стати суб'єктами корпоративного злочину, виконують управлінські функції, а їхнє діяння (дія чи бездіяльність), як елемент складу цього злочину, завжди пов'язано з виконанням їхніх посадових обов'язків. Третьою загальною рисою для всіх країн є визнання необхідності виконання злочинної дії (або бездіяльності) в інтересах або заради користі компанії.

Ще однією спільною для всіх європейських юрисдикцій рисою є концентрація уваги на тому, чи мають юридичні особи ефективний механізм управління та систему контролю для упередження злочинної діяльності всередині компанії. Такі механізми та системи повинні:

- доводити, що намір скоїти злочин від імені корпорації був відсутній;
- надавати захист;
- виступати пом'якшувальним чинником при винесенні вироку;
- мати вплив на рішення щодо процесуальних дій кримінального провадження та видів покарання за злочин.

Що стосується наміру, в Люксембурзі, наприклад, якщо законодавство не передбачає чітко визначених способів захисту, всі види злочинів вимагають доведення наміру, надаючи право юридичній особі надавати докази того, що вона використовувала відповідні системи управління та контролю, а отже, не могла мати намір скоїти злочин.

У більшості правових систем компанії отримають захист, якщо доведуть, що вони використовували достатні системи управління та контролю, щоб запобігти скоєнню злочину. Наприклад, в Бельгії, за винятком випадків суворої відповідальності, юридична особа може уникнути кримінальної відповідальності, якщо її компанія доведе, що дотримувалася належної процедури під час призначення особи, яка скоїла відповідний злочин, а також, якщо цей злочин не був наслідком неправильної політики управління та контролю за діяльністю компанії.

В Італії компанія має підстави для захисту від позову, якщо вона доведе, що застосовувала у своїй діяльності механізм функціонування та системи контролю, які відповідають стандартам та є ефективними для уникнення злочинної діяльності. Так само в Іспанії компанія не буде нести кримінальну відповідальність, якщо в ній застосовується належна політика нагляду за діяльністю власних працівників.

У деяких юрисдикціях заходи, які застосовуються юридичною особою для запобігання злочинам, можуть вважатися пом'якшувальними обставинами при винесенні відповідного вироку. Наприклад, в Італії штрафи, накладені на компанію за вчинене правопорушення, знижуються на 50 %, якщо до проведення судового засідання у справі вона прийняла необхідні запобіжні внутрішні правила контролю та управління. Навіть якщо внутрішні правила та системи управління в компанії не можуть виступати підставою для захисту від позову чи пом'якшення покарання, ступінь адекватності такої політики компанії можуть використовувати при визначенні виду покарання чи під час прийняття рішення про відкриття провадження.

Питання важливості політики відповідальності компаній за внутрішні механізми управління і контролю, а також адекватності таких правил порушили у Великобританії в 2010 р. в рамках обговорення Закону «Про хабарництво» (Bribery Act)². Юридичні особи, в яких не було належних систем та адекватних процедур, могли притягатися до відповідальності за неспроможність попередити хабарництво серед співробітників компанії або будь-ким, хто надавав послуги для юридичної особи або від її імені.

Якщо говорити про рівень та види покарань за корпоративний злочин, вони варіюються від держави до держави. Водночас є спільні тенденції. Найпоширеніший вид покарання – штраф. Розміри штрафів коливаються, але можуть бути дуже високими (Великобританія) з метою виконання стримуючої функції покарання. Якщо менеджмент компанії знає, що штраф за злочинну діяльність веде до її повного банкрутства, обережність буде набагато вищою. Іншими видами покарання є ліквідація юридичної особи (Франція, Іспанія) та заборона брати участь в тендерах на державні закупівлі.

Ще однією спільною для всіх держав рисою є можливість пом'якшити міру покарання шляхом співпраці з представниками правоохоронних та інших державних органів. Так, у Великобританії Служба по боротьбі з економічними злочинами в особливо великих розмірах (Serious Fraud Office) пропонує компаніям заміну кримінальної відповідальності на цивільну – у вигляді стягнення незаконних активів за умови розкриття інформації про корупційну діяльність. Таким чином, компанія має змогу уникнути тавра засудження в кримінальному порядку. Крім того, коли справа доходить до винесення вироку, співробітництво з державними органами може також стати пом'якшувальною обставиною.

Якщо говорити про взаємодію корпорацій з державними органами, то неможливо не згадати ще про одну тенденцію – посилення контролю за діяльністю компаній з боку держави. У багатьох країнах за умови збільшення обсягів корпоративної злочинності та посилення шкідливого впливу злочинної поведінки корпорацій на населення органи державної влади (правоохоронні, судові) посилюють моніторинг корпоративного поля. У такій діяльності дуже важливо, щоб в державі застосовувалися чіткі, виважені та справедливі норми закону.

Концепцію корпоративної кримінальної відповідальності у французьке право вперше ввів кримінальний кодекс Франції 1994 року³. Спочатку вона застосовувалася до обмеженого кола злочинів, а з 31 грудня 2005 р. законом № 2004-204 від 9 травня 2004 р. розповсюджено на всі види злочинів.

За винятком держави та органів місцевого самоврядування (за певних умов) юридичні особи можуть нести кримінальну відповідальність за злочини, скоєні від їхнього імені її юридичними представниками. Юридична особа також може бути засуджена за кримінальні дії своїх співробітників, які діяли від її імені на основі довіреності (*délégation de pouvoir*), у якій юридична особа делегувала довіреному ряд своїх прав. Однак судово практика останніх років показує, що юридична особа може бути визнана винною у злочині на підставі недбалості, яка є наслідком легковажного ставлення до організації діяльності цієї юридичної особи. Така відповідальність настає, навіть якщо вина не може бути закинута представнику або співробітнику, якому компанія делегувала свої функції.

Компанія може нести кримінальну відповідальність за будь-який вид злочину, крім тих, які можуть бути скоєні виключно фізичними особами. Юридична особа може нести кримінальну відповідальність за злочини, за які єдиною мірою покарання відповідно до закону є ув'язнення. У таких випадках компанії може бути присуджено штраф в розмірі до 1 млн євро.

Компанія не буде підлягати кримінальній відповідальності, якщо вона зможе довести, що злочин був скоєний не від її імені. Наприклад, юридична особа не може бути звинувачена або засуджена за злочини, скоєні її представниками, якщо вони діяли у власних інтересах більшою мірою, ніж від імені компанії. Однак це правило не застосовується, якщо злочин був скоєний в процесі діяльності юридичної особи для її користі. Компанія може нести кримінальну відповідальність, навіть якщо вона не отримала фінансову вигоду від злочинної діяльності, у якій її звинувачують. У французькому праві відповідність механізмів управління та систем контролю всередині компанії всім нормам та стандартам хоч і береться до уваги при оцінці того чи іншого злочинного діяння, але сама по собі не є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності.

Кримінальна відповідальність юридичної особи не виключає той факт, що будь-яка фізична особа може бути визнана виконавцем або співучасником того самого злочину та нести за нього відповідальність. Наприклад, виконавчий директор компанії може нести кримінальну відповідальність за той же самий злочин, що і його компанія, якщо злочин був скоєний за його згодою, допомогою або при ігноруванні злочинних дій. Однак відповідальність юридичної особи автоматично не спричинює відповідальності її директорів та співробітників.

За розслідування та ведення кримінального провадження корпоративних злочинів у французькій правовій системі відповідає державний прокурор. У деяких складних справах до участі в провадженні залучають суддю-слідчого з метою проведення належного розслідування. Французькі контрольно-наглядові органи не уповноважені розслідувати кримінальні правопорушення. Так, Управління з питань фінансових ринків (*Autorité des Marchés Financiers*) фокусується на нормативних порушеннях, за які передбачено адміністративну відповідальність. Якщо в ході своєї діяльності Управління стикається з ознаками кримінального правопорушення, воно зобов'язане повідомити про це державному прокурору.

Французький закон встановлює, що максимальний штраф, який застосовується становить суму, яка накладається на фізичну особу, але в п'ятикратному розмірі. Наприклад, якщо штраф за зловживання активами компанії, який накладається на фізичну особу становить 375 000 євро, то штраф за такий самий злочин, який накладається на компанію становитиме – 1 875 000 євро.

За певних обставин закон встановлює наступні додаткові стягнення:

- ліквідація компанії, якщо мета її створення – злочинна діяльність тяжкого та особливо тяжкого ступеня; або коли за скоєний злочин передбачається відповідальність у вигляді трьох або більше років ув'язнення, коли юридична особа відійшла від своїх цілей з метою скоєння злочину;
- заборона займатися, прямо чи опосередковано, однією або більше видами соціальної чи професійної діяльності, або на постійній основі, або строком до п'яти років;
- встановлення судового нагляду на період максимум до п'яти років;
- закриття (остаточне або на строк до п'яти років) одного чи більше об'єктів нерухомості компанії, які використовувалися для здійснення злочинів;
- заборона брати участь у державних тендерах, постійно або строком до п'яти років;
- заборона робити публічні звернення за грошовою допомогою, постійно або строком до п'яти років;
- заборона виписувати чеки (з певними винятками), користуватися платіжними картками на строк до п'яти років;
- конфіскація об'єкта, який був використаний або повинен був бути використаний для вчинення злочину, або активів, які є наслідком такого злочину;
- оприлюднення судового вироку.

Фізичні особи – представник компанії, директор, співробітники – яким були делеговані певні права та обов'язки юридичної особи, несуть кримінальну відповідальність у вигляді ув'язнення, штрафів або заборо-

ни займатися певною комерційною діяльністю та/або управляти чи контролювати компанію, яка веде комерційну діяльність.

Визначаючи вид покарання юридичної особи за корпоративний злочин, суд серед інших факторів, бере до уваги:

- обставини, за яких був скоєний злочин;
- суму отриманого прибутку;
- шкоду, нанесену в результаті скоєння злочину;
- фінансові умови, в яких опинилася юридична особа.

При розгляді справ про корпоративні злочини суд враховує обтяжуючі фактори, такі як повторне скоєння злочину чи його спланованість. Так само суд бере до уваги прагнення співпрацювати з прокурором або суддею-слідчим як пом'якшуючі фактори. Однак французьке законодавство не містить норм, що регулюють відносини співпраці відповідача з владою чи повідомлення ним про скоєний злочин.

Французький кримінально-процесуальний кодекс дозволяє відповідачу «вести переговори» з державним прокурором про пом'якшення покарання за умови попереднього визнання відповідачем своєї вини. У той момент, коли факт вини є прийнятим, державний прокурор пропонує певний вид покарання відповідачу в присутності адвоката. Якщо відповідач згоден на пропозицію прокурора, «угода» передається Голові Кримінального суду на погодження. Однак на практиці в справах про корпоративні злочини угоди між прокурорами та звинуваченими є рідким явищем.

Судова практика розповсюдила корпоративну кримінальну відповідальність на ситуації, коли докази вини/необережності представника юридичної особи або осіб, які мають право діяти від її імені, відсутні. При вирішенні питання щодо кримінальної відповідальності юридичної особи французькі суди беруть до уваги той факт, чи була вина/необережність частиною професійної діяльності/організації компанії. Наприклад, Верховний суд визнав лікарню винною у скоєнні злочину за необережності без встановлення зв'язку з будь-якою неналежною поведінкою її співробітників чи представників.

Треба зазначити, що у Франції і фізичні, і юридичні особи можуть бути засуджені на підставі одних і тих самих фактів. Рішення щодо визнання винним фізичної або юридичної особи залишається за прокурором.

У Німеччині вже давно тривають дебати навколо питання, чи потрібно вводити кримінальну відповідальність для юридичних осіб. Корпоративні скандали, величезні штрафи, які накладаються іноземними органами влади на німецькі компанії, є основними аргументами захисників ідеї введення корпоративної кримінальної відповідальності. Вони вважають, що цивільна відповідальність, зокрема у вигляді штрафів, є недостатньою для покарання юридичних осіб за скоєні ними масштабні злочинні діяння. Водночас прибічники введення кримінальної відповідальності для німецьких компаній мотивують свою позицію активним розвитком і застосуванням цього інституту як на рівні Європейського Союзу, так і в окремих європейських країнах. Зокрема, міри покарання, які накладаються на юридичну особу внаслідок визнання її винною у скоєнні злочину, є більш ефективними та широко застосовуються у Франції, Голландії, Великобританії. Також особливе значення корпоративній кримінальній відповідальності правоохоронні та судові органи надають у Сполучених Штатах Америки.

За останнє десятиріччя правоохоронні органи Німеччини ініціювали регулятивні провадження проти численних компаній, звинувачених у корупційній діяльності. Так, у 2007 р. компанії Siemens AG присудили штраф у розмірі 201 млн євро, а в 2009 р. компанії MAN AG – 151 млн євро. У 2011 р. суд Мюнхена у справі про хабарництво наклав на корпорацію Ferrostaal AG штраф у розмірі 140 млн євро. Такий штраф став результатом домовленості між представниками компанії, прокурорів та суду. Покарання у вигляді штрафу було частиною вироку у справі проти двох колишніх менеджерів компанії, звинувачених в передачі хабарів в Греції і Португалії. Компанія Ferrostaal після переговорів з представниками органів влади погодилася сплатити узгоджений штраф. Визнані винними в хабарництві менеджери були засуджені до двох років умовного ув'язнення. Крім того, одного з менеджерів зобов'язали сплатити штраф сумою 36 000 євро, а також зробити благодійний внесок на 30 000 євро за право умовного ув'язнення. Другий засуджений був оштрафований на 18 000 євро та на 20 000 євро благодійного внеску⁴.

Противники введення концепції кримінальної відповідальності юридичних осіб у німецьке право обґрунтовують свою позицію повною невідповідністю корпоративної кримінальної відповідальності сутності німецького кримінального права. Адже в основу німецького кримінального кодексу покладено концепцію індивідуальної вини, а тому юридичні особи не можуть бути визнані винними у злочині в силу відсутності відповідної правосуб'єктності в розумінні кримінального права⁵.

За загальним правилом, оскільки німецьке кримінальне право регламентує відносини тільки фізичних осіб, юридичні особи не можуть вчинити правопорушення, яке буде кваліфікуватися відповідно до кримінального права. Однак кримінальні санкції (наприклад, судовий наказ про позбавлення майна) можуть бути застосовані до юридичної особи, якщо це правопорушення було вчинено співробітником або посадовою особою такої юридичної особи. Такі санкції можуть застосовуватися незалежно від того, було винному в злочині працівнику присуджено покарання у вигляді штрафів чи ув'язнення.

У той час як накладання покарання у вигляді конфіскації майна або штрафу не вимагає обов'язкового попереднього винесення вироку фізичній особі-співробітнику, воно вимагає визнання факту вчинення правопорушення. Штраф (Geldbuße) розміром 1 млн євро може бути присуджений юридичній особі за умови, якщо правоохоронні органи чи суд доведуть, що топ-менеджер або рядовий співробітник юридичної особи, вчинивши

злочин чи правопорушення, поставив під загрозу або порушив особливі юридичні зобов'язання компанії. Сума штрафу може бути збільшена, якщо внаслідок скоєного злочину компанія отримала прибуток більше 1 млн євро.

Як альтернативу, суд може накласти арешт на майно (Verfallsanordnung) юридичної особи, якщо доведе, що юридична особа збагатилася шляхом скоєння злочину чи правопорушення, вчиненого фізичною особою – працівником компанії. Такі судові арешти дуже негативно відображаються на валовому продукті компанії (Brutto-Erlanges) та можуть з часом перетворитися на величезні суми збитків.

Розміри відповідних штрафів можуть досягати від 1 млн євро і збільшуватися пропорційно прибуткам, отриманим внаслідок скоєння злочинного діяння. Рішення суду про конфіскацію майна ліквідує всі прибутки, отримані внаслідок злочинного діяння, через приєднання такого прибутку до майна, яке підлягає конфіскації. Потенційними видами покарання також можуть виступати включення в «чорні списки» з питань участі в тендерах та державних закупівлях. Присуджений штраф буде зазначений поряд із назвою компанії в німецькому федеральному торговому реєстрі (Gewerbezentralregister) за умови, якщо розмір штрафу не перевищує 200 євро. Запис повинен бути вилучений через три роки, якщо штраф менше, ніж 300 євро, і через п'ять років, якщо штраф перевищує 300 євро.

Наразі в Німеччині існує тенденція щодо росту кількості випадків накладання регулятивних штрафів на юридичних осіб, а також поширення обов'язків органів прокуратури на такий тип справ.

Власників та керівників юридичної особи можуть визнати винними, якщо вони не змогли належним чином застосовувати наглядові заходи для упередження порушення професійних обов'язків працівниками компанії. Така відповідальність настає в разі, коли за таке порушення обов'язку до винного працівника можна застосувати кримінальне покарання або регулятивний штраф. Водночас таке правило може стати підставою для захисту власника або представників компанії, якщо вони доведуть, що вжили всіх необхідних заходів для упередження скоєння злочину.

Якщо власник або представники компанії доведуть, що вони вдалися до всіх існуючих заходів з метою попередження порушення закону, вони можуть бути звільнені від відповідальності за таке порушення. До таких заходів належить ретельний добір штатних співробітників, організація оперативної діяльності компанії, наявність методичних рекомендацій та тренінгів, моніторинг і контроль та швидка реакція на порушення правил поведінки працівниками компанії.

¹ Корпоративна кримінальна відповідальність в Європі, дослідження юридичної компанії Clifford Chance, – січень 2012 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/PDFs/Corporate_Liability_in_Europe.pdf

² Bribery Act 2010 : [Electronic resource]. – Access mode : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>

³ Code pénal, Version consolidée au 16 octobre 2015 : [Electronic resource]. – Access mode: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>

⁴ Ferrostaal Fined \$183 Million by Court at Ex-Managers' Trial, Karin Matussek. – December 20, 2011, – Bloomberg Business : [Electronic resource]. – Access mode : <http://www.bloomberg.com/news/articles/2011-12-20/ferrostaal-fined-183-million-by-court-at-ex-managers-trial>

⁵ Translation of the German Criminal Code provided by Prof. Dr. Michael Bohlander : [Electronic resource]. – Access mode: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/

Резюме

Кукіна З. О. Порівняльно-правова характеристика кримінальної корпоративної відповідальності в країнах Європейського Союзу.

Стаття присвячена аналізу відповідальності за вчинення злочину юридичною особою в різних юрисдикціях Європейського Союзу. За останні 10 років майже у всіх країнах ЄС було запроваджено інститут корпоративного злочину, за яке відповідальність може нести визнана винною юридична особа.

Ключові слова: відповідальність, корпоративний злочин, кримінальна відповідальність, покарання, юридична особа.

Резюме

Кукіна З. А. Сравнительно-правовая характеристика уголовной корпоративной ответственности в странах Европейского Союза.

Статья посвящена анализу ответственности за совершение преступления юридическим лицом в разных юрисдикциях Европейского союза. За последние 10 лет почти во всех странах ЕС был введен институт корпоративного преступления, за которое ответственность может нести признанное виновным юридическое лицо.

Ключевые слова: ответственность, корпоративное преступление, уголовная ответственность, наказание, юридическое лицо.

Summary

Kukina Z. Comparative description of corporate criminal liability European Union countries.

The article is devoted to the analysis of the corporate criminal liability in different EU jurisdictions. During the last 10 years the EU member states adopted legal background for criminal liability of the legal entities.

Key words: Liability, corporate crime, punishment, legal entity.

О. М. ЛЯШУК

Олеся Миколаївна Ляшук, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету державної податкової служби України

ОСОБЛИВОСТІ ПОЧАТКОВОГО ЕТАПУ МІЖНАРОДНОГО РОЗШУКУ ОСІБ, ЯКІ ВЧИНИЛИ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ

Посилення міжнародного співробітництва держав у сфері надання правової допомоги в кримінальному провадженні зумовило низку актуальних проблем, пов'язаних з необхідністю створення нормативно-правової бази на національному рівні. Насамперед це стосується міжнародного розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення на території України, адже цей правовий інститут не є досконалим та таким, що повністю відповідає чинному КПК України.

Цілком зрозуміло, що таке співробітництво України з країнами світу, міжнародними організаціями є ваговою умовою успішного вирішення багатьох проблем не лише зовнішньополітичного, зовнішньоекономічного, а й внутрішнього характеру¹. Тому для ефективнішої взаємодії потрібно визначити процесуальний механізм здійснення розшукових дій за межами України.

Серед вчених, що займалися вказаним вище питанням, є: О. М. Бандурка, П. Д. Біленчук, О. І. Виногорова, Т. С. Гавриш, В. М. Гребенюк, К. К. Горяїнов, І. В. Лешукова, І. І. Лукашук, А. Г. Маланюк, В. Т. Маляренко, А. С. Мацко, В. С. Овчинський, М. І. Пашковський, Н. В. Пронюк, А. С. Сизоненко, Г. К. Сінілов, В. М. Тертишник, Ю. М. Черноус та інші.

Аналіз нормативних документів, думок науковців та правозастосовної практики свідчить про те, що в Україні діє застарілий механізм організації міжнародного розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення на території нашої країни, що був розрахований на обслуговування КПК України 1960 року².

Однією з гарантій забезпечення конституційного принципу законності під час досудового розслідування є належна організація діяльності слідчого, прокурора щодо встановлення фактичних обставин кримінального правопорушення³. Однак коли виникають об'єктивні умови, за яких продовження досудового розслідування неможливе, органи досудового розслідування виносять постанову про його зупинення. Однією з підстав зупинення досудового розслідування є переховування підозрюваного від органів досудового розслідування та суду при необхідності здійснення дій в рамках міжнародного співробітництва⁴. Застосування цієї підстави нерозривно пов'язано з організацією міжнародного розшуку осіб, які ухиляються від кримінальної відповідальності.

Згідно зі ст. 281 КПК України, якщо під час досудового розслідування місцезнаходження підозрюваного невідоме, то слідчий, прокурор оголошує його розшук.

У КПК 1961 р., який діяв в Україні до прийняття у 2012 р. нового кримінального процесуального законодавства, підставою для зупинення досудового провадження також був факт відсутності відомостей про місцезнаходження (п. 1 ст. 206) обвинуваченого (нині – підозрюваний). Проте законодавець на стадії досудового розслідування до обвинувачених осіб зараховував уже тих суб'єктів кримінального провадження, стосовно яких слідчим винесено постанову про притягнення їх як обвинувачених (ст. ст. 131, 133, 138 КПК України). Отже, зупинення досудового провадження відбувалося незалежно від того, було фактично пред'явлено обвинуваченому саму постанову про притягнення особи як обвинуваченої чи ні⁵.

Водночас, керуючись ч. 1 ст. 42 КПК України, підозрюваним вважається особа, якій у порядку, передбаченому ст. ст. 276–279 КПК України, повідомлено про підозру, або особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення. Це означає, що для оголошення розшуку особи їй необхідно вручити письмове повідомлення про підозру, або ж повідомити їй про підозру шляхом надіслання його поштою, електронною поштою чи факсимільним зв'язком. При цьому належним підтвердженням отримання особою повідомлення про підозру є розпис особи про отримання повідомлення, в тому числі на поштовому повідомленні, відеозапис вручення особі повідомлення, будь-які інші дані, які підтверджують факт вручення особі повідомлення про підозру або ж у разі підтвердження його отримання особою відповідним листом електронної пошти (ст. 136 КПК України). Проте слідчий, прокурор виносить постанову про розшук підозрюваного за наявності в сукупності трьох підстав:

- 1) місцезнаходження підозрюваного невідоме;
- 2) всі вжиті заходи не дали змоги одержати достовірні дані про його точне місце перебування;
- 3) складено письмове повідомлення про підозру стосовно розшукуваної особи.

У цьому зв'язку на практиці існують випадки, коли в матеріалах кримінального провадження наявні достатні докази для підозри певної особи у вчиненні кримінального правопорушення, однак повідомити їй про це неможливо, оскільки не встановлено її місцезнаходження. Тобто, фактично статусу підозрюваного така особа не набуває і оголосити її в розшук відповідно до норм КПК України неможливо. Отже, нині вини-

кає проблема оголошення підозрюваного як в загальнодержавний, так і міждержавний/міжнародний розшук, оскільки особа процесуального статусу підозрюваного набуває не з моменту складання повідомлення про підозру, а з моменту вручення цього документа особі з роз'ясненням його суті та процесуальних прав підозрюваного. Це підтверджують результати проведеного нами анкетування практичних працівників, з яких 70 % прокурорів та 81 % слідчих зазначили наявність такої проблеми.

З цього приводу О. С. Степанов пропонує визначити підозрюваного як особу, щодо якої в установленому КПК України порядку складене повідомлення про підозру, або особу, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення. На думку вченого, таке формулювання дасть змогу розв'язати зазначену вище проблему, оскільки особа набуде статусу підозрюваного вже після складання повідомлення про підозру та не буде виникати законодавчих труднощів для оголошення її в розшук у встановленому порядку⁶.

І дійсно, у наукових колах досить поширена думка про те, що статус підозрюваного потрібно надавати не з моменту оголошення особі про підозру, а з моменту складання процесуального документа. Так, Б. В. Романюк вважає, що коли «сприйняти задум законодавця» про те, що особа вважається підозрюваною з моменту вручення їй відповідного повідомлення, це дає змогу після встановлення місцезнаходження цієї особи та виклику (доставляння) до слідчого спочатку допитувати її як свідка й вимагати правдивих показань навіть проти самої себе під загрозою кримінальної відповідальності за неправдиві показання, а відтак, коли таким чином будуть отримані необхідні слідчому показання по суті підозри, виконати формальність – вручити саме повідомлення про підозру й надати особі інший процесуальний статус⁷. Тому науковець вважає, що особа має отримати статус підозрюваного не з дня оголошення повідомлення про підозру, а з моменту складання цього процесуального акта. На його думку, це сприятиме розв'язанню й інших викладених нами проблемних питань, які стосуються зупинення слідства та оголошення розшуку підозрюваного.

Хотілося б дещо уточнити позицію автора щодо набуття статусу підозрюваного. На нашу думку, в ст. 42 КПК України правильно визначається поняття підозрюваного, адже визнання особи підозрюваним після складання повідомлення про підозру може сприяти порушенню його прав. У цьому випадку оптимальним варіантом є визначення випадків розшуку особи, яка вчинила кримінальне правопорушення. Передусім потрібно внести зміни до КПК України, які полягатимуть у визначенні в ч. 4 цієї статті випадків оголошення такої особи в розшук: 1) є достатні підстави вважати, що особа вчинила кримінальне правопорушення; 2) відсутність даних про місцезнаходження такої особи; 3) є достатні дані, що особа, яка вчинила кримінальне правопорушення, переховується від правоохоронних органів.

Зазначимо, що ефективне здійснення міжнародного розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення на території України, значною мірою залежить від інформаційного забезпечення. Як свідчить практика, перед оголошенням розшуку слідчий зобов'язаний зібрати великий обсяг систематизованих відомостей про підозрюваного, до яких належать: його дані (прізвище, ім'я, по батькові, прізвисько, день, місяць, рік та місце народження; національність, громадянство, освіта; сімейний стан; місце постійного або тимчасового проживання; місце роботи, вид занять, спеціальність; судимість тощо), відомості про зовнішність, особливі прикмети, перелік родичів, товаришів, знайомих; фотографії та інші матеріали, що можуть сприяти розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення.

Рішення про оголошення розшуку може бути реалізовано в одному з двох рівнозначних варіантів: виноситися слідчим чи прокурором постановою про розшук підозрюваного, а в разі зупинення досудового розслідування – окремим пунктом про розшук підозрюваного зазначається в резолютивній частині цієї постанови⁸.

У міжнародний розшук особа оголошується, якщо для того є підстави, з одночасним оголошенням її в загальнодержавний розшук. З цього приводу законодавство зарубіжних країн вказує на таке. У випадку ухилення особи від досудового розслідування в деяких країнах ближнього зарубіжжя особа оголошується в місцевий розшук. Проте якщо є достовірні дані, що вона перетнула державний кордон або знаходиться за межами країни, вона оголошується в міжнародний розшук, про що виноситься постановою. Окремим пунктом зазначається, що така особа автоматично оголошується в федеральний розшук. Тобто, законодавець керується тим, що спочатку потрібно використати всі правові засоби відшукування особи на території своєї держави, а вже тоді – використовувати можливості міжнародних організацій у розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення.

На нашу думку, такої необхідності немає, якщо достеменно відомо, що особа, яка ухиляється від досудового розслідування, перетнула державний кордон або знаходиться на території іншої держави⁹. У цьому випадку її можна оголосити у міжнародний розшук. Це дасть змогу зекономити час, фінансові, технічні та матеріальні ресурси. Про це також зазначається в згаданій Інструкції: підставами для міжнародного розшуку осіб є: 1) наявність достовірних даних про те, що розшукувана особа виїхала за межі України, але конкретна країна її перебування невідома; 2) наявність достовірних даних про перебування розшукуваної особи на території однієї із зарубіжних країн. У цьому контексті варто звернути увагу на те, що необхідності в оголошенні такої особи в загальнодержавний розшук немає, адже це зайва трата часу, фінансових, технічних та матеріальних ресурсів.

Підстави для здійснення міжнародного розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення на території України, є однаковими для всіх держав-членів Інтерполу. Органи внутрішніх справ України направляють запит до НЦБ Інтерполу в таких випадках:

1) наявність достовірних даних про те, що особа, яка розшукується, виїхала за межі України, але конкретне місце її перебування невідоме;

2) наявність достовірних даних про перебування розшукуваної особи на території однієї з країн далекого зарубіжжя. З цього приводу зазначимо, що в країнах близького зарубіжжя здійснюється міждержавний розшук відповідно до Договору країн-учасниць СНД про міждержавний розшук від 10 липня 2010 р.;

3) надходження запиту з Укрбюро Інтерполу про розшук осіб, які в'їхали в Україну з інших країн (за ініціативою правоохоронних органів зарубіжних країн-членів Інтерполу).

Позитивним у Інструкції для організації розшуку за кордоном осіб, які переховуються від правоохоронних органів України за вчинення кримінальних правопорушень, є чітко передбачені вихідні дані, що надсилаються в Укрбюро Інтерполу:

1) номер кримінального провадження, ким та коли воно відкрито, прізвище, ім'я, по батькові слідчого, який здійснює розслідування, робочий телефон;

2) номер, дата заведення оперативно-розшукової справи категорії «Розшук», прізвище та телефон оперативного працівника, який здійснює провадження в справі;

3) обставини кримінального провадження: які конкретні протиправні дії вчинені, де, коли, спосіб вчинення кримінального правопорушення, юридична кваліфікація (за якою статтею Кримінального кодексу України кваліфікується діяння), особи, причетні до кримінального правопорушення, роль кожного з них;

4) дані про особу, стосовно якої здійснюється запит;

5) прізвище, ім'я та по батькові (за можливості – дані обох батьків);

6) дата і місце народження;

7) громадянство, національність;

8) номер національного та закордонного паспортів, дати їх видачі, яким органом видані;

9) прізвиська розшукуваного, під яким він може бути відомим у злочинному середовищі (якщо такі є);

10) прикмети (зріст, будова тіла, колір волосся та очей); особливі прикмети (шрами, татуювання, фізичні вади, окуляри тощо);

11) функціональні ознаки: заїкається, особливості ходи, звички тощо;

12) дві фотокартки (за можливістю – анфас та профіль), зазначивши дати їх виготовлення, а також при наявності, дві дактилокарти;

13) чи являє собою загрозу для оточення як психічно хворий, наркоман, озброєний, потенційний вбивця, має захворювання інфекційного характеру, гвалтівник тощо;

14) професії, якими видами діяльності може займатися;

15) мови, якими володіє;

16) у яких країнах імовірно може перебувати, яка є щодо цього інформація, з ким із громадян інших країн має зв'язки;

17) якщо встановлені співучасники, перелічити їх, вказавши ім'я та повну дату народження;

18) який запобіжний захід обрано стосовно розшукуваної особи, ким та коли винесено ухвалу про його застосування, а також чи буде в разі встановлення місця перебування розшукуваного направлятися клопотання в Генеральну прокуратуру України про його видачу, з яких держав.

Для того, що вказати в запиті ці факти, необхідно провести гласні чи негласні слідчі (розшукові) дії з метою встановлення даних про особу, яка вчинила кримінальне правопорушення.

Зазначимо, що досить часто особи, які вчинили кримінальне правопорушення, самі не розуміючи того, полегшують процес їх пошуку, широко використовуючи соціальні мережі, мобільні телефони тощо. На нашу думку, слідчому також необхідно встановити контроль за засобами зв'язку, які використовує особа, що розшукується, в тому числі, й за допомогою інтернет-ресурсів. У багатьох випадках це сприяє встановленню особливих прикмет осіб, які вчинили кримінальне правопорушення (фото в соціальних мережах), їх місцезнаходження (за мобільним телефоном), зв'язків (родичі, близькі друзі, співучасники, які можуть повідомити інформацію про розшукувану особу), іноді навіть скласти психологічний портрет. У цих випадках слідчий має право залучати спеціаліста.

Отже, першою дією, яку потрібно здійснити правоохоронними органами щодо організації міжнародного розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, є винесення процесуального рішення, що містило б прохання про встановлення місцезнаходження особи в іноземних державах.

Тому першим етапом здійснення міжнародного розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, є надсилання запиту про здійснення розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення на території України. Відповідно до Інструкції підставою для оголошення міжнародного розшуку особи є запит правоохоронного органу, надісланий до Робочого апарату НЦБ Інтерполу.

¹ Див. докладніше: *Гавриш Т. С.* Проблеми допустимості доказів, отриманих в ході міжнародної правової допомоги в кримінальних справах : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / Т. С. Гавриш. – Х., 2004. – 20 с. – С. 10.

² *Похил В. В.* Міжнародне співробітництво у сфері боротьби зі злочинністю: напрями та форми / В. В. Похил // Державне управління та місцеве самоврядування: історія та сучасність : зб. тез наук.-практ. конф. за підсумками стажування слухачів (м. Харків, 26 вересня 2013 р.). – Х., 2013 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/conf/2013-4/doc/2/12.pdf>

³ *Топчій В. В.* Зупинення досудового розслідування у зв'язку з виконанням процесуальних дій у межах міжнародного співробітництва / В. В. Топчій // Правова політика в Україні: питання теорії та практики : матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 24 жовтня 2014 р.). – К., 2014. – С. 383–386. – С. 383.

⁴ Степанов О. С. Розшук підозрюваного за новим кримінальним процесуальним кодексом України / О. С. Степанов // Юрид. часопис Нац. акад. внутр. справ. – 2013. – № 2. – С. 216–219. – С. 216.

⁵ Романюк Б. Зупинення досудового розслідування з підстав, передбачених п. 2 ч. 1 ст. 280 Кримінального процесуального кодексу України / Офіц. сайт журналу Верховної Ради України «Віче». – 2014. – № 6. – берез. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.viche.info/journal/4104>

⁶ Степанов О. С. Вказана праця. – С. 219.

⁷ Романюк Б. Вказана праця.

⁸ Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / за заг. ред. В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. – К. : Юстініан, 2012. – 1224 с. – С. 614–615.

⁹ Ляшук О. М. Процесуальні аспекти надсилання запиту про міжнародний розшук осіб, які вчинили кримінальне правопорушення на території України / О. М. Ляшук // Особенности адаптации законодательства Молдовы и Украины в законодательству Европейского Союза : матер. Міжнар. наук.-практ. конф.(м. Кишинів, 27–28 березня 2015 р.). – Кишинів, 2015. – С. 79–82. – С. 80.

Резюме

Ляшук О. М. Особливості початкового етапу міжнародного розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення.

У статті розглядаються думки науковців та норми права щодо визначення етапів міжнародного розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення на території України. Аналізується початковий етап міжнародного розшуку зазначених осіб, який починається з винесення процесуального рішення слідчим, що містить прохання про встановлення місцезнаходження особи в іноземних державах. Визначаються недоліки законодавства з приводу даного питання та пропонуються напрями їх вирішення, зокрема через неузгодженість норм КПК України та підзаконних нормативно-правових актів щодо визнання особи як підозрюваного, наголошується на проблемі визначення моменту початку розшукових дій за межами України. У зв'язку з цим пропонується внесення змін до КПК України щодо визначення підстав оголошення особи в міжнародний розшук.

Ключові слова: міжнародний розшук, запит, Національне центральне бюро Інтерполу, досудове розслідування, кримінальне правопорушення.

Резюме

Ляшук О. Н. Особенности начального этапа международного розыска лиц, совершивших уголовное правонарушение.

В статье рассматриваются мнения ученых и нормы права по определению этапов международного розыска лиц, совершивших уголовное правонарушение на территории Украины. Анализируется начальный этап международного розыска указанных лиц, который начинается с вынесения процессуального решения следователем с просьбой об установлении местонахождения лица в иностранных государствах. Определяются недостатки законодательства по данному вопросу и предлагаются направления их решения, в частности из-за несогласованности норм УПК Украины и подзаконных нормативно-правовых актов о признании лица в качестве подозреваемого, отмечается проблема определения момента начала розыскных действий за пределами Украины. В связи с этим предлагается внести изменения в УПК Украины относительно определения оснований объявления лица в международный розыск.

Ключевые слова: международный розыск, запрос, Национальное центральное бюро Интерпола, досудебное расследование, уголовное правонарушение.

Summary

Liashuk O. Features of the initial stage of the international wanted of persons who committed a criminal offense.

In article opinions of scientists and rule of law on definition of stages of the international wanted of persons who committed a criminal offense on the territory of Ukraine are considered. The initial stage of the international wanted of specified persons which begins with pronouncement of the proceeding decision by the investigator which contains a request for establishment of location of the person in the foreign states is analyzed. Legislation shortcomings are determined by the matter and the directions their solutions are proposed, in particular because of inconsistency of standards of the Criminal Procedure Code of Ukraine and subordinate normative legal acts about recognition of the person as the suspect it is noted to a problem of definition of the moment of the beginning of search actions outside Ukraine. In this regard it is offered to make changes in the Criminal Procedure Code of Ukraine concerning definition of the bases of the announcement of the person to the international wanted

Key words: international wanted, inquiry, National central bureau of the Interpol, pre-judicial investigation, criminal offense.

Л. В. ОМЕЛЬЧУК

Любов Василівна Омельчук, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету державної податкової служби України

ТАКТИКА ПРОВЕДЕННЯ ДОПИТУ ПІДОЗРЮВАНОВОГО ПІД ЧАС КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЩОДО НЕНАЛЕЖНОГО ВИКОНАННЯ ПРОФЕСІЙНИХ ОBOB'ЯЗКІВ МЕДИЧНИМИ ПРАЦІВНИКАМИ

Допит при розслідуванні злочинів, пов'язаних із неналежним виконанням професійних обов'язків медичними працівниками, є тією слідчою дією, що дозволяє як отримати нові докази, так і перевірити інформацію, отриману із медичної документації та інших джерел. Аналіз наукових праць свідчить про те, що допит є доволі складною та багатогранною слідчою (розшуковою) дією.

Загалом питання тактики проведення допиту досліджувалися такими вченими, як Р. С. Белкін, В. О. Коновалова, Н. І. Порубов, Л. Д. Удалова, В. Ю. Шепітько та інші. Особливостям проведення допиту у кримінальних провадженнях щодо злочинів, вчинених медичними працівниками частково приділяли увагу Ф. Ю. Бедричевський, Л. Г. Дунаєвська, проте дане питання і досі не втратило своєї актуальності.

Так, Н. І. Порубов визначає допит як процесуальний засіб отримання та перевірки інформації, який містить в собі процесуальний, криміналістичний, організаційний, психологічний та етичний аспекти¹. В. Ю. Шепітько характеризує допит як процесуальну дію, що представляє собою регламентований кримінально-процесуальними нормами інформаційно-психологічний процес спілкування між особами, які беруть у ній участь, спрямований на отримання свідчень про відомі допитуваному факти, які мають значення для встановлення істини по справі². Л. Д. Удалова зазначає, що допит у процесуальному доказуванні є зв'язуючою ланкою між засобами збирання доказів, які направлені на отримання показань, та їх перевіркою, яка здійснюється шляхом проведення слідчих дій. На її думку, це обумовлено тим, що гносеологічна природа допиту, яка заснована на методі пізнання, стосується й інших слідчих дій, що їх зближує та обумовлює їх тісний взаємозв'язок³. При цьому для допиту характерно те, що слідчий постійно повинен зберігати ініціативу у спрямованості спілкування, у регулюванні процесу обміну інформацією⁴. Це твердження є особливо актуальним в умовах сьогодення відносно розслідування злочинів, пов'язаних із неналежним виконанням професійних обов'язків медичними працівниками.

Допит є досить тактично та психологічно складною слідчою дією, який в переважній більшості випадків проходить за умов конфліктності та протистояння допитуваного. За твердженням Р. С. Белкіна, це зумовлено не тільки тим, що слідчому в низці випадків протидіє особа, що не бажає говорити правду або давати показання загалом, а й можливістю наявності в свідченнях особи, яка повідомляє слідчому всі відомі їй відомості стосовно справи, помилки та спотворень, які під час допиту потрібно своєчасно виявити та врахувати при оцінці та використанні свідчень⁵.

Результативність допиту в ході досліджуваної категорії кримінальних проваджень щодо неналежного виконання професійних обов'язків медичними працівниками залежить від професійних навичок слідчого, прокурора щодо застосування тактичних прийомів залежно від процесуального статусу та володіння спеціальними медичними знаннями допитуваних. Також на інформативність розглядуваної вербальної слідчої дії впливає якість підготовки до її проведення. До таких підготовчих дій або тактичних прийомів організаційного характеру належать: визначення предмету допиту; вивчення особи допитуваного; складання орієнтовного письмового плану майбутнього допиту; визначення кола та вжиття заходів щодо забезпечення участі у слідчій дії інших учасників відповідно до закону; визначення тактично оптимальних місця та часу проведення слідчої дії; підготовка для тактичного використання матеріали справи та речові докази; визначення тактичної необхідності та забезпечення використання звуко- та відеозаписуючої техніки для фіксації перебігу допиту⁶. Вважаємо, що окремим пунктом підготовчого етапу допиту має стати обов'язкове ознайомлення слідчим із нормативно-правовими та організаційно-розпорядчими актами, що регулюють відповідну сферу медичної діяльності, а також зі спеціальною медичною літературою.

Щодо предмета допиту, то слушно зазначає В. О. Коновалова, що він охоплює обставини, які необхідно встановити під час розслідування, і на його формування в кожному випадку впливають два фактори: перелік обставин, які підлягають з'ясуванню у справі, та дані, які повинні бути відомі або можуть бути відомі особам, що мають відношення до події злочину⁷. При розслідуванні злочинів, пов'язаних із неналежним виконанням професійних обов'язків медичними працівниками, можна виділити такі види допиту, як: допит потерпілого (як першочергова слідча дія), допит свідків, допит спеціаліста (експерта) та допит підозрюваного. При підготовці до кожного із видів допитів доцільно залучати спеціаліста, який допоможе слідчому правильно сформулювати та визначити черговість постановки питань допиту, що дозволить мінімізувати кількість тактичних помилок.

Окрему увагу слід приділити допиту підозрюваного, що є однією із найбільш складних та конфліктних слідчих дій. З аналізу судової практики можна зробити висновок, що зазвичай підозрювані або визнають свою вину частково, або не визнають її повністю, а також часто надають завідомо неправдиві відомості про обставини наданої медичної допомоги або відмовляються давати показання. Така ситуація зумовлена складністю доказування по даній категорії проваджень, що повною мірою розуміє підозрюваний медичний працівник.

При підготовці до допиту підозрюваного слід детально вивчити матеріали кримінального провадження, зокрема, вилучені медичні документи, особливо складені самим підозрюваним, довідки спеціалістів та висновки судово-медичної експертизи, протоколи допитів потерпілого, свідків, експертів тощо. Доцільно також за допомогою спеціаліста визначити тактику постановки питань при допиті, визначивши їх зміст та черговість. Слід продумати можливість пред'явлення чи оголошення допитуваному окремих матеріалів досудового розслідування з метою подолання протидії останнього. Своєчасне пред'явлення всіх або окремих доказів залежно від особистості допитуваного, зайнятої ним позиції та ситуації допиту може стати ефективним засобом подолання слідчим вибраної обвинуваченим лінії поведінки стосовно шуканої інформації⁸. Таке використання доказів є тактичним прийомом щодо реалізації слідчим наявної доказової інформації як шляхом безпосереднього пред'явлення, так і опосередкованими способами ознайомлення із нею допитуваного з метою зміни помилкової позиції, а також отримання свідчень щодо пред'явлених доказів і пов'язаних із ними обставин кримінальної справи, що розслідується⁹.

Допит підозрюваного щодо кожного етапу лікування пацієнта слід будувати «від загального до особливого». Наприклад, встановлюючи обставини проведення обстеження потерпілого, спочатку в допитуваного з'ясовуються загальні положення методики обстеження при відповідних симптомах, надалі – детально з'ясовується порядок проведення діагностуючих заходів з прив'язкою до конкретного випадку.

Зазначимо, що допит підозрюваного особливий тим, що він є особою, якій краще за інших відомо всі обставини неналежної наданої медичної допомоги, а тому слід звернути увагу на повідомлення допитуваним інформації, яку не могла знати особа, що не проводила особисто відповідний медичний захід. В. К. Весельський рекомендує в таких випадках спрямувати допит на отримання таких відомостей, які, по-перше, неучасник не може знати, а, по-друге, можна перевірити й підтвердити конкретними доказами¹⁰.

Враховуючи обмеженість знань слідчого щодо закономірностей лікувальної діяльності та можливість перекручування підозрюваним тих чи інших відомостей, доцільно до допиту залучати спеціаліста, що володіє необхідними медичними знаннями. Ф. В. Глазирін заперечує ефективність такого тактичного прийому, вважаючи, що найсприятливішим психологічним чинником є допит «один на один»¹¹. Проте встановлення сприятливої психологічної атмосфери допиту за наявності інших його учасників, крім підозрюваного, буде менш складним для слідчого, ніж самостійне спілкування в рамках цієї слідчої дії з особою-медиком, яка володіє обсягом спеціальних медичних знань та прагне уникнути кримінальної відповідальності за неналежні дії свої чи колег. У такому випадку спеціаліст-медик сприятиме більш точному та повному розумінню допитуваного, який вживає в показаннях спеціальну термінологію; допоможе проаналізувати чинні спеціальні правила, інструкції та інші документи; встановити спосіб скоєння злочину; викрити неправдиві показання, які стосуються спеціальних питань¹².

У ході допиту підозрюваного слід з'ясувати інформацію щодо його професійної кваліфікації, зокрема відомості щодо спеціальної медичної підготовки, медичного стажу загалом, а також стажу роботи за відповідною спеціалізацією. Отримана інформація дозволить, по-перше, визначитися із тактичною лінією допиту та методами встановлення психологічного контакту, по-друге, надасть можливість оцінити позицію потерпілого щодо спричинення негативних наслідків для пацієнта через відсутність належних теоретичних та практичних навичок. Як нами зазначалося, також потрібно отримати відомості щодо технології надання медичної допомоги відповідного виду пацієнтам.

Після з'ясування загальних відомостей допитуваному ставляться питання щодо характеристики особи потерпілого, його індивідуальних фізіологічних особливостей та рис наявного патологічного процесу. Допитуваний має описати місце, час та обставини надання медичної допомоги відповідній особі; заходи діагностики, що були застосовані, а також медичні показання для їхнього застосування. Підозрюваний має пояснити взаємозв'язок отриманих результатів обстеження із обраною методикою лікування, пояснивши вплив на вибір кожного із показників дослідження.

Надалі детально має бути відновлена картина застосування лікувальних заходів: які, в який час, ким, на основі яких показників стану пацієнта. Якщо медичні маніпуляції проводилися не безпосередньо підозрюваним, слід з'ясувати чи був він зобов'язаний проконтролювати їх результати, а якщо ні, то на кого покладено такий обов'язок.

З'ясуванню підлягає інформація стосовно динаміки перебігу захворювання і відповідно лікування хворого. Яким чином вони контролювалися, чи проводилися дослідження щодо впливу медичних заходів на стан пацієнта, якщо так, то які були результати та яким чином корегувалася обрана методика лікування.

Після допиту підозрюваного щодо ходу лікувальної діяльності можна переходити до питання виникнення дефектів, що завдали шкоди здоров'ю чи життю пацієнта. З'ясовується позиція допитуваного щодо виникнення недоліків у лікуванні та можливості їх усунення. Якщо відповідний дефект не було усунуто, то з чим це пов'язано. Підозрюваний допитується щодо характеру наслідків, які настали для пацієнта, чи вживалися заходи до їх виправлення, якщо так – ким, які та чому саме такі, якщо ні – то з яких причин. Нарешті, потрібно отримати свідчення підозрюваного щодо, по-перше, виникнення дефектів у наданні медичної

допомоги та причини їх неусунення в повній мірі та своєчасно. По-друге, щодо причин заподіяння відповідної шкоди для здоров'я чи життя пацієнта, причин їх несвоєчасної протидії тощо.

Серед орієнтовних питань, які ставляться при розслідуванні розглядуваної категорії справ під час допиту підозрюваного, обвинуваченого, виділяють: чи вірно було встановлено діагноз хворому, якщо ні, то чим це зумовлено та до яких наслідків призвело; чи в повному обсязі було в умовах лікувального закладу було проведено обстеження хворого; чи відповідало застосоване лікування встановленому для хворого діагнозу; чи не було протипоказаним лікування, застосоване до хворого; чи мали місце порушення діючих інструкцій про лікування, які конкретно відхилення спостерігалися, до яких наслідків вони призвели і хто за відповідне порушення має нести відповідальність; чи правильно проводились післяопераційний догляд та лікування хворого¹³. Проте слід мати на увазі, що лікарі досить часто не визнають свою вину, знаючи про складність встановлення причинно-наслідкових зв'язків між діями, здійсненими при наданні медичної допомоги, та заподіяною для пацієнта шкодою. Тому не доводиться розраховувати на отримання об'єктивних та правдивих відповідей при допиті даної категорії осіб.

Під час допиту для встановлення істини доцільно пред'являти медичні документи, висновки експертних досліджень чи свідчення осіб, які суперечать позиції підозрюваного, з'ясовуючи причини таких розбіжностей. Вся отримана в ході допиту підозрюваного повинна бути детально та об'єктивно перевірена за допомогою співставлення із наявними доказами та розшукування нових.

Таким чином, власне план допиту підозрюваного при розслідуванні злочинів, пов'язаних із неналежним виконання професійних обов'язків медичними працівниками можна подати у такій схемі: 1) допит особи у формі вільної розповіді, коли допитуваний повідомляє все, що йому відомо про обставини кримінального провадження; 2) допит підозрюваного у формі «питання-відповідь», коли ставляться як уточнюючі чи доповнюючі питання щодо повідомлених особою відомостей, так і питання, які стосуються нових обставин; 3) пред'явлення наявної в матеріалах досудового розслідування медичної документації, з метою викрити неправдиві показання допитуваного або отримати його пояснення стосовно їх змісту; 4) демонстрація закріплених процесуально показань потерпілого, інших свідків щодо факту надання медичної допомоги, в результаті якої особі заподіяно шкоду; 5) фіксація отриманих показань відповідно до кримінального процесуального закону шляхом протоколювання, аудіо- та відеофіксації з подальшою демонстрацією допитуваному.

¹ Порубов Н. И. Допрос на предварительном следствии / Н. И. Порубов // Публичное и частное право. – 2010. – Вып. II (VI). – С. 127–133. – С. 129.

² Шепитько В. Ю. Теория криминалистической тактики: монография / В. Ю. Шепитько. – Х. : Гриф, 2002. – 349 с. – С. 73.

³ Удалова Л. Д. Допит як засіб процесуального доказування на досудовому слідстві / Л. Д. Удалова // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – Донецьк, 2002. – № 4. – С. 123–126. – С. 125–126.

⁴ Дулов А. В. Судебная психология / А. В. Дулов. – Минск. : Вышэйшая школа, 1975. – 462 с. – С. 96.

⁵ Лившиц Е. М. Тактика следственных действий / Е. М. Лившиц, Р. С. Белкин. – М. : Новый Юрист, 1997. – 176 с. – С. 97.

⁶ Луценко О. А. Расследование хищений в сфере банковской деятельности: научно-практическое пособие / О. А. Луценко. – Ростов-на-Дону : Изд-во Рост. ун-та, 1998. – 138 с. – С. 6–7.

⁷ Коновалова В. Е. Допрос: тактика и психология: учеб. пособие / В. Е. Коновалова. – Х. : Консум, 1999. – 156 с. – С. 6.

⁸ Луценко О. А. Вказана праця. – С. 112.

⁹ Соловьев А. Б. Использование доказательств при допросе / А. Б. Соловьев. – М. : Юрид. лит., 1981. – 101 с. – С. 5–6.

¹⁰ Весельський В. К. Сучасні проблеми допиту (процесуальні, організаційні і тактичні аспекти) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Весельський Віктор Казимирович. – К., 1999. – 212 с. – С. 20.

¹¹ Глазырин Ф. В. Изучение личности обвиняемого и тактика следственных действий: учеб. пособие / Ф. В. Глазырин. – Свердловск : Свердловск. юрид. ин-т, 1973. – 156 с. – С. 109.

¹² Ищенко П. П. Специалист в следственных действиях (уголовно-процессуальные и криминалистические аспекты) / П. П. Ищенко. – М. : Юрид. лит., 1990. – 160 с. – С. 39–40.

¹³ Селиванов Н. А. Справочник следователя. Выпуск третий. Практическая криминалистика: подготовка и назначение судебных экспертиз / Н. А. Селиванов. – М. : Российское право, 1992. – 320 с. – С. 166–167.

Резюме

Омельчук Л. В. Тактика проведення допиту підозрюваного під час кримінального провадження щодо неналежного виконання професійних обов'язків медичними працівниками.

Стаття присвячена актуальним питанням діяльності слідчого щодо підготовки та проведення допиту як однієї з найпоширеніших вербальних слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні. Особу увагу приділено особливостям тактики проведення допиту підозрюваного у вчиненні злочину, передбаченого статтею 140 Кримінального кодексу України.

Ключові слова: медичний працівник, допит, тактика допиту, неналежне виконання професійних обов'язків.

Резюме

Омельчук Л. В. Тактика проведения допроса подозреваемого в ходе уголовного производства относительно ненадлежащего исполнения профессиональных обязанностей медицинским работником.

Статья посвящена актуальным вопросам деятельности следователя по подготовке и проведению допроса в качестве одного из самых распространенных вербальных следственных (розыскных) действий. Особое внимание уделено особенностям тактики допроса подозреваемого в совершении преступления, предусмотренного статьей 140 Уголовного кодекса Украины.

Ключевые слова: медицинский работник, допрос, тактика допроса, ненадлежащее исполнение профессиональных обязанностей.

Summary

Omelchuk L. Tactic of interrogation of the criminal proceeding of rather inadequate performance of professional duties by health workers suspected of the course.

The article is devoted to topical issues of activities of the investigator for preparation and carrying out interrogation as one of the most widespread verbal investigative (search) actions. The special attention is paid to features of tactics of interrogation of the suspect of the commission of crime provided by article 140 Criminal Code of Ukraine.

Key words: health worker, interrogation, interrogation tactics, inadequate execution of professional duties.

УДК 343.2 (477)

О. А. ЧУВАКОВ

Олег Анатольевич Чуваков, кандидат юридических наук, доцент, доцент Одесского национального университета им. И. И. Мечникова

К ВОПРОСУ О ВИДАХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПРОТИВ ОСНОВ НАЦИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ УКРАИНЫ

В настоящее время, в связи с существенными изменениями в социально-политической, экономической, духовной и культурной жизни Украины произошли коренные изменения не только в структуре, динамике и содержании всей существующей преступности, но и изменился характер преступлений против украинского государства. Если прежде они характеризовались враждебной деятельностью отдельных граждан Украины, иностранных граждан или лиц без гражданства, то в современной действительности они нередко отражают стремление отдельных граждан или социальных групп, поддавшихся влиянию чуждой идеологии, или воздействию отдельных государств в осуществлении враждебной деятельности во вред внешней или внутренней безопасности нашего государства. Соответственно, в процессе осуществления такой преступной деятельности может иметь место посягательство, как на внутреннюю, так и внешнюю безопасность государства.

Подобная проблематика в части исследования преступлений против основ национальной безопасности Украины рассматривалась в трудах таких украинских ученых, как В. Ф. Антипенко, А. Ф. Бантишева, В. А. Глушкова, В. П. Емельянова, В. А. Липкана, М. И. Мельника, В. А. Навроцкого, А. В. Савченко, В. Я. Тация, М. И. Хавронюка, А. В. Шамара и др.

В связи с представленными положениями возникает необходимость в установлении основных критериев, определяющих наличие таких видов преступлений и, соответственно, видовых объектов, способствующих делению таких преступлений на соответствующие виды.

Установление видовых объектов преступлений против основ национальной безопасности Украины непосредственно связано с разрешением всевозможных проблем. Так, например, такие элементы рассматриваемых преступлений, как объективная сторона, субъективная сторона или субъект непосредственно находят свое проявление в признаках общественно опасного деяния, тогда как объект таких преступлений выявляется, в большинстве случаев, не обособленно, не изолированно от остальных элементов, а в процессе детального анализа таких признаков в их непосредственном проявлении.

Подобные сложности в определении объекта посягательства исследуемых деяний объясняются, в том числе, и отсутствием единообразного понимания в теории уголовного права видовых объектов преступлений, закрепленных в разделе I Особенной части Уголовного Кодекса Украины (далее УК).

Видовой объект преступления в качестве «существенного и специфичного признака»¹, устанавливаемого в процессе квалификации преступления, способствует разделению деяний на отдельные группы внутри конкретного раздела Особенной части УК, а его определение осуществляется в процессе детального анализа текста уголовно правовых норм, расположенных внутри того или иного раздела уголовного законодательства. Следовательно, «законодательной базой при этом является наименование анализируемой статьи Особенной части УК и, конечно, содержание, текст диспозиции самой статьи»². Процесс установления конкретной группы социально значимых благ или интересов в качестве видового объекта посягательства требует соблюдение целого ряда правил. Так, например, необходимо установить, какому благу или интересу причинен наиболее значительный вред, какой из указанных интересов представляется наиболее важным и т.п.

Согласно утверждению С. В. Дьякова, в основе классификации подобных преступлений должна лежать направленность источников угроз. В обобщенной форме эти источники угроз могут быть извне, внутри страны, а также иметь место в экономической сфере³.

Подобная версия деления таких преступлений на указанные виды представляется весьма обоснованной, но, тем не менее, не является доминирующей в теории отечественного уголовного права, о чем свиде-

тельствуют некоторые варианты классификации таких преступлений, представленные известными исследователями.

Так, в зависимости от вероятных источников угроз В. А. Липкан, выделяет следующие виды преступлений против основ национальной безопасности: 1) преступления против основ национальной безопасности в политической сфере: действия, направленные на насильственное изменение или свержение конституционного строя либо на захват государственной власти (ст. 109 УК); посягательство на территориальную целостность и неприкосновенность Украины (ст. 110 УК); посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля (ст. 112 УК); 2) против основ национальной безопасности в информационной, экономической, научно-технической и военной сферах: государственная измена (ст. 111 УК); шпионаж (ст. 114 УК); 3) против основ национальной безопасности в экономической, экологической и военной сферах: диверсия (ст. 113 УК)⁴.

Немного иной представляется система таких преступлений, представленная А. А. Игнатьевым (согласно УК УССР). В основе ее построения он обоснованно ввел непосредственный объект посягательства. Система имела следующий вид:

1. Особо опасные государственные преступления, посягающие на государственную независимость, территориальную неприкосновенность или военную мощь СССР. К ним относятся: измена Родине и шпионаж (ст.ст. 56, 57 УК УССР).

2. Особо опасные государственные преступления, посягающие на политическую основу СССР: террористический акт и антисоветская агитация и пропаганда (ст.ст. 58, 62 УК).

3. Особо опасные государственные преступления, посягающие на экономическую систему СССР: диверсия и вредительство (ст.ст. 60, 61 УК).

4. Особо опасные государственные преступления, посягающие на мир и мирное сосуществование государств: террористический акт против представителя иностранного государства и пропаганда войны (ст.ст. 59, 63 УК).

5. Организационная деятельность, направленная к совершению особо опасных государственных преступлений, а равно участие в антисоветской организации (ст. 64 УК).

6. Особо опасные государственные преступления, совершенные против другого государства и трудящихся (ст. 65 УК)⁵.

С. В. Дьяков такие преступления (с учетом положений УК Российской Федерации) делит на следующие виды: 1. Преступления, посягающие на внешнюю безопасность: (государственная измена (ст. 275 УК); шпионаж (ст. 276 УК); разглашение государственной тайны (ст. 283 УК); утрата документов, содержащих государственную тайну (ст. 284 УК)). 2. Преступления, посягающие на внутреннюю безопасность: (публичные призывы к осуществлению экстремистской деятельности (ст. 280 УК); возбуждение ненависти либо вражды, а равно унижение человеческого достоинства (ст. 282 УК); организация экстремистского сообщества (ст. 282-1 УК); организация деятельности экстремистской организации (ст. 282-2 УК); посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля (ст. 277 УК); насильственный захват власти или насильственное удержание власти (ст. 278 УК); вооруженный мятеж (ст. 279 УК). 3. Преступления, посягающие на экономическую безопасность: (диверсия (ст. 281 УК))⁶.

Из чего следует, что в отечественной теории уголовного права отсутствует единообразное понимание видов преступлений против основ национальной безопасности Украины (в т.ч. преступлений против основ конституционного строя и безопасности государства).

В действующем уголовном законодательстве, а также в Законе Украины «Об основах национальной безопасности Украины» от 19.06.2003 г. (далее Закон) положения о видах преступлений против основ национальной безопасности, к сожалению, также отсутствуют. При этом, в п. 1., ч. 1 ст. 8 Закона – «Основные направления государственной политики по вопросам национальной безопасности» Закона, речь идет о том, что с учетом геополитической и внутренней обстановки в Украине деятельность всех государственных органов должна быть сосредоточена на прогнозировании, своевременном выявлении, предупреждении и нейтрализации внешних и внутренних угроз национальной безопасности...⁷

Соответственно, законодатель в зависимости от внутренних или внешних источников опасности использует смысловую связку «внешние – внутренние» угрозы в контексте с реальной или потенциальной угрозой элементам безопасности государства: конституционному строю, суверенитету, территориальной целостности или неприкосновенности (п. 3 ст. 3 Закона).

Следовательно, в объективной действительности источники угроз могут быть сконцентрированы как внутри государства (осуществление не легитимной смены власти - государственного переворота), так и за его пределами (фотосъемка военных объектов посредством космического спутника иностранного государства). Такое обстоятельство указывает на то, что наличие таких разносторонних источников угроз тем или иным образом, в той или иной степени могут повлиять в конечном итоге на причинение ущерба государству, а, соответственно, будут находиться в непосредственной связи с причинением такого ущерба национальным интересам.

В данном случае, законодатель, признавая наличие внутренних и внешних угроз национальной безопасности в целом, косвенно или даже непосредственно предполагает защиту национальной безопасности как внутри самого государства, так и за его пределами, т. е. речь идет о внутренней и внешней безопасности государства.

Таким образом, как правило, угроза, существующая во внешней безопасности – способна посягать одновременно и на внутреннюю безопасность, также как и внутренняя угроза может привести к ослаблению внешней безопасности. Соответственно деление на такие виды безопасности, безусловно, является весьма и весьма условной.

В этой связи, предположим, что если в действиях виновного лица, характеризующихся признаками преступлений, предусмотренных ст.ст. 111 или 114 УК, будет установлено причинение ущерба только внутренней безопасности, а внешняя безопасность при этом не пострадает, то, получается, такое лицо не должно понести ответственность за совершенное преступление...?

И наоборот, сложно представить, что подобный ущерб может быть причинен исключительно только внешней безопасности, несмотря на то, что видовым объектом, как указывалось ранее, таких преступлений является внешняя безопасность, такими действиями одновременно может быть причинен ущерб и внутренней безопасности. Так, например, гражданин Украины, осуществляя сбор и передачу секретной информации иностранному гражданину, своими действиями может причинить вред не только внешней, но и внутренней безопасности.

Или же, если посягательство на жизнь государственного деятеля будет осуществлено иностранными наемниками, то это не значит, что такое преступление посягает только на внутреннюю безопасность, учитывая то обстоятельство, что угроза в таком случае возникла извне.

Следовательно, рассматриваемые положения Закона свидетельствуют о том, что угрозы могут исходить как извне, так и внутри государства, а национальная безопасность – едина и неделима. Поэтому, для законодателя не имеет особого значения, какие виды безопасности государства подвергаются большей опасности: внутренняя или внешняя – главное здесь то, что основной опасности подвергаются его фундаментальные интересы.

Такое обстоятельство, также дает возможность, в определенном смысле, установить круг элементов, способствующих познанию природы, структуры безопасности государства, как объекта национальной безопасности. Так, например, если бы безопасность государства возможно было бы изобразить структурно, то она имела бы следующий вид: по вертикали располагались бы ее элементы (безопасность конституционного строя, суверенитета, территориальной целостности и неприкосновенности), а по горизонтали, соответственно, были бы расположены ее внутренняя и внешняя безопасность, как разноректорные, но при этом одноуровневые объекты уголовно-правовой охраны.

В итоге, указанная процедура установления соответствующих видовых объектов в данной сфере способствует определению видов преступлений, посягающих на такие объекты.

Так, с учетом сформулированных ранее положений и в зависимости от источников угроз основам национальной безопасности Украины, условно, все рассматриваемые преступления можно разделить на два вида: 1) преступления, посягающие на внешнюю безопасность (государственная измена (ст. 111 УК) и шпионаж (ст. 114 УК) и 2) преступления, посягающие на внутреннюю и экономическую безопасность (ст.ст. 109, 110, 112 и 113 УК Украины).

В этой связи может возникнуть вполне естественный вопрос: почему именно эти общественно опасные деяния можно отнести к указанным видам преступлений и, какие признаки (критерии) способствуют делению рассматриваемых преступлений на такие группы?

Установление подобных критериев, возможно, позволит более четко разграничить преступления против внешней безопасности от, например, преступлений против внутренней безопасности, а также от других видов преступлений.

1. *Вектор угрозы.* Так, рассматривая преступления, предусмотренные ст.ст. 111 и 114 УК как в качестве общественно опасных деяний против внешней безопасности, тем самым подразумеваем то обстоятельство, что угроза в процессе осуществления указанных преступлений исходит извне, то есть она присутствует за пределами границ территории Украины, а, следовательно, существующая извне угроза направлена только на указанный объект – внешнюю безопасность Украины. То есть, как указывается в диспозициях ст.ст. 111 и 114 УК, угроза безопасности связана с деятельностью иностранных государств, иностранных организаций или их представителей. При этом, если, например, представитель иностранного государства, прибыв на территорию Украины, по заданию такого государства и осуществляет посягательство на интеллектуальную собственность, то его действия не охватываются признаками преступлений против внешней безопасности государства, даже, несмотря на то, что угроза исходила извне. Следовательно, при совершении деяний, предусмотренных ст.ст. 109, 110, 112 и 113 УК, речь идет о наличии внутренней угрозы, направленной на внутреннюю или экономическую безопасность Украины.

2. *Наличие или отсутствие иностранного адресата.* Преступления против внешней безопасности государства, в большинстве случаев, характеризуются наличием иностранного адресата, то есть наличием соответствующей связи субъекта таких преступлений с иностранным государством, иностранной организацией или их представителями в осуществлении враждебной деятельности против Украины.

В этой связи, интересной представляется позиция, представленная Л. Игнагьевым. Так, согласно утверждениям исследователя, представляется целесообразным не указывать на то, что враждебная деятельность, проводимая адресатами измены, направлена в ущерб внешней безопасности государства. А если она ведется в ущерб внутренней безопасности (например, устранение неугодных государственных деятелей), тогда что же, не будет измены со стороны гражданина, который выполнял задание иностранных организаций?⁸

В данном случае необходимо обратить внимание на то, что, если виновное лицо совершало посягательство на указанных деятелей не по заданию представителей иностранных организаций (то есть угроза бы не имела иностранного адресата), а обособленно (без связи с иностранными представителями), то такие действия должны быть квалифицированы по ст. 112 УК. В данном случае имеет место преступление, посягающее на внутреннюю безопасность государства. Однако, в нашей ситуации, гражданин осуществлял посягательство на государственного деятеля по заданию иностранной организации. Соответственно, речь идет о посягательстве на суверенитет государства – один из элементов внешней безопасности Украины. При этом угроза исходила извне (задание осуществлялось иностранным адресатом), где гражданин Украины действовал во исполнение полученного задания (имело место связь с иностранным адресатом). Таким образом, действия гражданина Украины подлежат квалификации по совокупности преступлений, предусмотренных ст. 111 УК (государственная измена в форме оказания помощи в проведении подрывной деятельности против Украины) и ст. 112 УК.

Таким образом, наличие совокупности указанных критериев представляет дополнительную возможность для разделения преступлений против Основ национальной безопасности государства на отдельные виды: посягающие на внешнюю и внутреннюю безопасность Украины, из которых два состава преступлений посягают на внешнюю безопасность: государственная измена (ст. 111 УК) и шпионаж (ст. 114 УК), а остальные, в зависимости от источников угроз, посягают на внутреннюю или экономическую безопасность.

Итак, представленная версия классификации таких преступлений, дает возможность представления о вероятном делении на отдельные виды преступлений против основ национальной безопасности. При этом следует подчеркнуть, что такое разделение является весьма условным и достаточно «сырым», что, вне всякого сомнения, требует дальнейшей нормотворческой дополнительной работы, направленной на усовершенствование такой системы преступлений.

¹ Коржанский Н. И. Объект и предмет уголовно-правовой охраны. – М.: Акад. МВД СССР, 1980. – С. 101.

² Куринов Б. Л. Научные основы квалификации преступлений: Учеб. пособие для вузов. – М.: Изд-во МГУ, 1984. – С. 81–82.

³ Дьяков С. В. Преступления против основ конституционного строя и безопасности государства: уголовно-правовое и криминологическое исследование. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2009. – С. 30–31.

⁴ Літкан В. А., Діордіца І. В. Національна безпека України: кримінально-правова охорона. – К.: КНТ, 2007. – С. 132.

⁵ Игнатьев А. А. Особо опасные государственные преступления. – К.: Изд-во КВШ МВД СССР, 1975. – С. 9–10.

⁶ Дьяков С. В. Указ. соч.

⁷ Про основи національної безпеки України: Закон України // Офіційний Вісник України. – 2003. – № 29. – Ст. 1433.

⁸ Игнатьев А. А. Статьи 275 и 276 УК РФ нуждаются в совершенствовании // Уголовное право. – 2002. – № 1. – С. 16–17.

Резюме

Чуваков О. А. К вопросу о видах преступлений против основ национальной безопасности Украины.

В статье исследуется проблема установления видов преступлений против основ национальной безопасности Украины в контексте с действующим уголовным законодательством и с учетом положений Закона Украины «Об основах национальной безопасности Украины». Изучается роль видового объекта в классификации таких преступлений. Устанавливается комплекс факторов, влияющих на возникновение видовых объектов рассматриваемых преступлений. Анализируются авторитетные мнения известных исследователей в части деления таких преступлений на отдельные виды. Формулируется структура безопасности государства, а также критерии, способствующие делению преступлений против основ национальной безопасности Украины на отдельные виды.

Ключевые слова: безопасность государства, видовой объект, внутренние-внешние угрозы, источники угроз, национальная безопасность, преступления, критерии, классификация.

Резюме

Чуваков О. А. До питання про види злочинів проти основ національної безпеки України.

У статті досліджується проблема встановлення видів злочинів проти основ національної безпеки України в контексті з чинним кримінальним законодавством і з урахуванням положень Закону України «Про основи національної безпеки України». Вивчається роль видового об'єкта в класифікації таких злочинів. Встановлюється комплекс факторів, що впливають на виникнення видових об'єктів розглянутих злочинів. Аналізуються авторитетні думки відомих дослідників у частині поділу таких злочинів на окремі види. Формулюється структура безпеки держави, а також критерії, що сприяють поділу злочинів проти основ національної безпеки України на окремі види.

Ключові слова: безпека держави, видовий об'єкт, внутрішні-зовнішні загрози, джерела загроз, національна безпека, злочини, критерії, класифікація.

Summary

Chuvakov O. To a question about the kinds of crimes against the foundations of national security of Ukraine.

The article investigates the problem of establishing crimes against the foundations of national security of Ukraine in the context of the current criminal law and subject to the provisions of the Law of Ukraine “On the Fundamentals of National Security of Ukraine”. We study the role of specific object in the classification of such crimes. It sets the range of factors that affect the occurrence of the typical objects of the considered crimes. Analyzes the authoritative opinion of the well-known researchers in the division of such offenses

into separate types. We formulate the structure of state security, as well as criteria to facilitate the division of crimes against the foundations of national security of Ukraine into separate types.

Key words: State security, object types, internal-external threats, sources of threats, national security, crime, the criteria for classification.

УДК 343.14

Л. С. КОЗАК

Лариса Сергіївна Козак, аспірантка Національного університету ДПС України

ОСОБЛИВОСТІ ПРЕДМЕТА ДОКАЗУВАННЯ У ПРОВАДЖЕННЯХ ЩОДО КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ВЧИНЕНИХ ШЛЯХОМ ДОКУМЕНТАЛЬНОГО ОФОРМЛЕННЯ ФІНАНСОВО-ГОСПОДАРСЬКИХ ОПЕРАЦІЙ

Основний зміст кримінальної процесуальної діяльності становить робота, пов'язана із збиранням доказів, їх перевіркою, оцінкою, прийняттям процесуальних рішень та їх обґрунтуванням. Саме на основі сукупності зібраних доказів уповноважені на те особи приймають рішення про наявність або відсутність у діянні події та складу кримінального правопорушення, вирішують питання щодо винуватості або невинуватості особи, яка притягується до кримінальної відповідальності, встановлюють інші обставини, що мають значення для кримінального провадження. Безумовно, для того, аби відомості про факти могли бути використані для обґрунтування висновків, їх слід дослідити. Однак встановлення достовірності доказів має інше значення, ніж встановлення події кримінального правопорушення, винуватості особи та інших обставин, які входять до предмета доказування, і їх доказування відбувається з іншою метою. Доказові факти являють собою перевірені дані, за допомогою яких встановлюються обставини, що входять до предмета доказування. А тому використання фактичних даних у будь-якому провадженні, в тому числі і щодо кримінальних правопорушень, вчинених шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій, не мета доказування, а засіб встановлення обставин предмета доказування¹.

У зв'язку із цим в теорії доказів одне із центральних місць займає саме поняття предмета доказування у кримінальному провадженні. Правильне його з'ясування дає змогу встановити конкретні завдання, напрями та обсяг досудового розслідування, зробити його цілеспрямованими та планомірним, що в кінцевому результаті приведе до встановлення об'єктивної істини у кримінальному провадженні.

Одним із елементів встановлення об'єктивної істини, поряд із суб'єктами та методами доказування, є предмет доказування – коло обставин, що підлягають встановленню у кожному кримінальному провадженні, які створюють юридично значимі елементи такої об'єктивної істини².

Питання щодо змісту, елементів та особливостей предмета доказування у кримінальному провадженні загалом досліджувалися таким вченими, як Ю. І. Азарова, В. Д. Арсенєва, В. А. Баніна, Р. С. Белкіна, А. Р. Белкіна, А. Н. Васильєва, А. І. Вінберга, Г. А. Воробйова, М. І. Гошовського, В. С. Джатієва, О. О. Ейсманна, В. С. Зеленецького, О. С. Коблікова, О. М. Ларіна, І. М. Лузгіна, П. А. Лупинської, Г. М. Миньковського, М. М. Михеєнко, В. О. Попелюшко, М. В. Салтєвського, С. М. Стахівського, М. С. Строговича, В. М. Тertiшника, А. І. Трусова, Ф. Н. Фаткулліна, О. О. Хмирова та іншими авторами. Щодо особливостей визначення змісту предмета доказування кримінальних правопорушень, вчинених шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій, то дане питання залишається мало дослідженим, оскільки його фрагментарно вивчали А. Ф. Волобуєв, Л. Д. Гаухман, В. А. Журавель, С. Ю. Журавльов, М. С. Казаренко, Р. В. Комісарчук, В. В. Лисенко, А. Ф. Лубің, Г. А. Матусовський, В. А. Образцов, В. В. Тищенко, Н. П. Яблоков, О. В. Пчеліна, а тому його актуальність не викликає сумнівів.

На даний час законодавець не дає визначення предмета доказування. Натомість у ст. 91 КПК України, яка має назву «Обставини, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні», наводить зміст предмета доказування, який у загальному вигляді визначає необхідні напрями дослідження матеріалів провадження, що стосуються події кримінального правопорушення, винуватості обвинуваченого, виду і розміру шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а також розміру процесуальних витрат, обставин, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують чи пом'якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження чи для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання.

Таким чином, на сьогодні існують цілком достатні законодавчі підстави вважати, що функціональним призначенням предмета кримінального процесуального доказування загалом є всебічне, повне й неупереджене дослідження обставин кримінального провадження, що як підтверджують, так і спростовують наявність головного факту – вчинення кримінального правопорушення.

Фактичний склад кримінальних правопорушень, вчинених шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій, як предмет доказування даної категорії кримінальних проваджень, встановлюється за визначеними в КПК України процедурами шляхом виявлення й дослідження фактів і обставин, які створюють неспростовну систему доказів, що охоплюють повною мірою склад кримінального правопорушення та інші дані, необхідні для прийняття остаточного рішення у провадженні³.

Кримінальні правопорушення, вчинені шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій, передусім являють собою корисливі діяння з використанням легальних форм ведення господарської діяльності в поєднанні з повноваженнями щодо контролю за такою діяльністю⁴. Їх особливістю є те, що вони насамперед посягають на порядок здійснення державою та суб'єктами господарювання фінансової, зовнішньоекономічної, підприємницької, господарської діяльності. Такий поділ дає можливість виділити особливості предмета доказування кримінальних правопорушень, вчинених шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій, та звертає увагу на те, що специфіка предмета доказування за цими кримінальними правопорушеннями може виявлятися стосовно будь-якої обставини, яка підлягає доказуванню.

За вказаними вище критерієм можна виділити загальний, родовий, безпосередній та спеціальний предмет доказування кримінальних правопорушень, вчинених шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій. Кожному рівню конкретизації суспільних відносин щодо тих чи інших обставин відповідає певний рівень узагальнення ознак предмета.

1. Загальний предмет доказування – це сукупність суспільних відносин з приводу закріплених у законі обставин, на які повинно бути спрямоване кримінальне процесуальне доказування. Перелік передбачених КПК України обставин є цілком визначеним, однак усі вони мають лише модельний, орієнтовний характер, оскільки: по-перше, підлягають доказуванню як на стадії досудового розслідування, так і на стадії судового розгляду; по-друге, становлять основу не тільки обвинувального акта, а й вироку чи ухвали про закриття кримінального провадження; по-третє, підлягають доказуванню в кожному кримінальному провадженні незалежно від кваліфікації вчиненого кримінального правопорушення та конкретних фактичних обставин. Такий рівень узагальнення є важливим для визначення загальних цілей доказування, а також дотримання вимог законності щодо всебічності дослідження обставин кримінального провадження⁵.

2. Родовий предмет доказування – це певна частина суспільних відносин з приводу обставин вчинення таких же або подібних кримінальних правопорушень. Він визначається на рівні норм Особливої частини кримінального закону, в яких сформульовано конкретні юридичні ознаки вчинених кримінальних правопорушень. Саме щодо цього рівня градації предмета доказування розробляються методичні рекомендації та криміналістичні методики розслідування того чи іншого правопорушення, а також роз'яснення вищих судових інстанцій⁶.

3. Спеціальний предмет доказування – це певна частина суспільних відносин з приводу обставин вчинення кримінальних правопорушень, характер яких залежить від певного провадження. Він визначається на рівні норм Особливої частини кримінального закону, в яких сформульовані конкретні юридичні ознаки вчинених кримінальних правопорушень, та норм ст. 91 КПК і окремих глав КПК України, які регламентують порядок так званих особливих проваджень⁷.

4. Безпосередній (індивідуальний) предмет доказування – це сукупність суспільних відносин щодо обставин, які повинні бути встановлені в конкретному кримінальному провадженні залежно від певних, притаманних саме вчиненню конкретного кримінального правопорушення, фактичних обставин. На цьому рівні вимоги закону щодо загальних обставин, які підлягають доказуванню, а також щодо обставин вчинення «проектуються на обставини» конкретного кримінального правопорушення, набуваючи неповторних, індивідуальних ознак⁸.

Свій індивідуальний предмет доказування відповідно до вимог закону мають також окремі процесуальні рішення, що приймаються, та дії, які здійснюються у кримінальному провадженні. Вони не вимагають встановлення всіх указаних у ст. 91 КПК обставин, але потребують встановлення в певному обсязі інших, що, як правило, є підставами для прийняття певних рішень чи проведення певних дій⁹. Так, зокрема, для початку досудового розслідування (внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань) мають бути встановлені обставини, що свідчать про вчинення кримінального правопорушення. Ці обставини передусім повинні підтверджувати наявність таких елементів складу кримінального правопорушення, як його об'єкт і об'єктивна сторона. Так, об'єктом кримінальних правопорушень, вчинених шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій, можна визначити: нормальну господарську діяльність; суспільні відносини у сфері економіки (економічної діяльності); весь спектр відносин, що складаються в процесі руху коштів, речей, прав, дій у сфері цивільного обороту; існуючу систему господарювання; суспільні відносини, що утворюють систему господарювання. З об'єктивної сторони більшість досліджуваних кримінальних правопорушень вчинюються шляхом дії (наприклад, фіктивне підприємництво). Окремі ж кримінальні правопорушення можуть виражатися як в дії, так і в бездіяльності (ухилення від сплати податків, зборів, обов'язкових платежів).

Іншим питанням, що викликає упродовж багатьох років досить гострі дискусії серед процесуалістів, є проблема так званих доказових (проміжних), допоміжних та головного фактів. Під доказовими (проміжними) розуміються факти, які самі по собі не мають правового значення, а слугують лише для встановлення інших, кінцевих фактів, які таке значення мають¹⁰.

У юридичній літературі висловлюються думки про заперечення виділення і взагалі необхідності існування самого поняття «головного факту». Прихильники цієї позиції вважають, що по суті всі обставини, які включаються в предмет доказування, вважаються «головними», тобто такими, що рівною мірою підлягають доказуванню¹¹. Головний факт, до якого входять усі обставини, які підтверджують або спростовують подію кримінального правопорушення, вину обвинуваченого, встановлюють обставини, що його характеризують. Усі ж інші обставини, що підлягають доказуванню, однак не входять до головного факту, також мають важливе значення, оскільки вони пов'язані з головним фактом, доводять його наявність чи спростовують його.

Безумовно, предмет доказування для кримінальних проваджень щодо правопорушень, вчинених шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій, – єдиний. У той же час обставини, що підлягають доказуванню в кожному конкретному провадженні – різні, і до них можна віднести: безпосередній об'єкт кримінального правопорушення (суспільні відносини та порядок господарської діяльності, які порушуються в результаті вчинення кримінального правопорушення), предмет посягання, подія суспільно небезпечного діяння, мотив та мета кримінального правопорушення.

Водночас єдиний предмет доказування у кримінальних провадженнях даної категорії має специфічне, але загальне для всіх проваджень цієї категорії наповнення, обумовлене юридичними ознаками кримінальних правопорушень.

Сторонами будь-якого кримінального правопорушення виступають дві сторони: суб'єкт злочину та потерпілий. Виходячи з цього, обставинам, які характеризують особу потерпілого, слід приділити достатню увагу та включити до предмета доказування, особливо в світлі того, що законодавець закріпив можливість надання статусу потерпілого саме юридичній особі. Така положення є актуальним під час досудового розслідування кримінальних правопорушень, вчинених шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій¹². Крім того, говорячи про деякі кримінальні правопорушення вказаної категорії, доцільно законодавчо закріпити та визнати потерпілим саме державу в особі її представників та компетентних органів.

Основною особливістю предмета доказування у кримінальних правопорушеннях, вчинених шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій, є те, що переважно одночасному доказуванню підлягає сукупність кримінальних правопорушень. Одним із головних факторів існування комплексу кримінальних правопорушень як системи є наявність між ними тісного зв'язку, який об'єднує такі кримінальні правопорушення в єдиний ланцюг, що характеризується наявністю основних та підпорядкованих кримінальних правопорушень, де останні являють собою спосіб чи необхідну умову вчинення основного кримінального правопорушення¹³.

Встановлення обставин, що входять до складу предмета доказування кримінальних правопорушень, вчинених шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій, можна розглядати як проміжне завдання з огляду на те, що стратегічним завданням у кожному кримінальному правопорушенні є визначене у ст. 2 КПК України положення, де йдеться про швидке й повне та неупереджене розслідування та викриття винних осіб. Логічно, що для розв'язання такого узагальненого завдання потрібно виділити низку обставин, що входять у предмет доказування саме кримінальних правопорушень, вчинених шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій, та встановити, чи є вчинене діяння суспільно небезпечним; які суспільно небезпечні діяння є основними, а які – підпорядкованими; яким способом вчинено кримінальне правопорушення; місце вчинення кримінального правопорушення; що саме стало предметом посягання; чи завдано кримінальним правопорушенням шкоду, в чому саме вона полягає; із використанням якого саме суб'єкта підприємницької діяльності вчинено кримінальне правопорушення; чи із дотриманням законодавства створено (зареєстровано) суб'єкт підприємницької діяльності (юридичну особу); хто саме є фактичним власником суб'єкта підприємницької діяльності (юридичної особи); хто є керівником суб'єкта підприємницької діяльності (юридичної особи) відповідно до реєстраційних даних; хто фактично здійснював фінансово-господарську діяльність із використанням реквізитів юридичної особи; який основний вид діяльності суб'єкта підприємницької діяльності (юридичної особи); чи відповідає основний вид діяльності суб'єкта господарювання, передбачений установчими документами, фактично здійснюваній; які саме та перед ким існують договірні зобов'язання у суб'єкта підприємницької діяльності (юридичної особи) та в якому обсязі фактично виконуються; яке майно належить до основних фондів суб'єкта господарювання; в яких банківських установах відкрито рахунки суб'єкта підприємницької діяльності (юридичної особи)¹⁴.

Особливості предмета доказування у кримінальних правопорушеннях, вчинених шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій, обумовлені також і тим, що вони вчиняються, як правило, групами осіб з чітким розподілом функцій щодо основних та підпорядкованих правопорушень (наприклад, фінансово-господарські угоди укладаються керівником в то час, як відображення в податковому та бухгалтерському обліках операцій про результати роботи підприємства, переважно, є прерогативою головного бухгалтера). Така особливість безпосередньо впливає на предмет доказування вказаної категорії кримінальних правопорушень та допомагає визначити наступні обставини, що підлягають доказуванню, а саме: скільки саме осіб брало участь у вчиненні кримінального правопорушення; чи кожному учаснику кримінального правопорушення притаманна умисна форма вини; чи існує взаємна усвідомленість співучасників стосовно суспільно небезпечного характеру власних дій (бездіяльності) та дій (бездіяльності) виконавця; яку роль виконував кожен із співучасників; хто із співучасників вчинив основне, а хто – підпорядковане кримінальне правопорушення.

До складу предмета доказування у кримінальних правопорушеннях, вчинених шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій, повинні бути віднесені криміногенні фактори (причини та умови, що сприяли вчиненню кримінального правопорушення зазначеної категорії), а тому слід з'ясувати, які фактори сприяли протиправній поведінці особи для подальшого вжиття заходів профілактики кримінальних правопорушень вказаної категорії. Так, найпоширенішим фактором, що спонукає суб'єктів підприємницької діяльності до вчинення таких кримінальних правопорушень, є бажання отримати економічну вигоду, що перевищуватиме дохід, отриманий від легальної підприємницької діяльності. Основним методом подолання криміногенних факторів у сфері підприємництва є рішення здійснення радикальних соціально-економічних реформ з метою переходу до цивілізованих ринкових відносин. Водночас важлива роль належить адміністративним і кримінально-правовим та спеціально-кримінологічним засобам впливу на негативні явища в зазначеній сфері¹⁵.

Крім того, недостатній рівень юридичної та економічної підготовки працівників правоохоронних органів, відсутність достатнього досвіду боротьби із кримінальними правопорушеннями, вчиненими шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій, також створює сприятливі умови до вчинення відповідних суспільно небезпечних діянь. На остаточний результат розслідування кримінальних правопорушень негативно впливає і відсутність достатнього досвіду у правоохоронних органів у частині виявлення та збору належних доказів в рамках кримінального провадження.

Таким чином, можна зазначити, що сукупність вищевказаних недоліків у поєднанні з морально-психологічними особливостями суб'єктів господарювання (підприємницької діяльності) можуть стати конкретними обставинами, які сприяють вчиненню кримінальних правопорушень під виглядом документального оформлення фінансово-господарських операцій.

Очевидно, що сукупність обставин, які підлягають доказуванню з кримінальних правопорушень, вчинених шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій, складаються з безлічі взаємозалежних та взаємообумовлених елементів різного рівня і різної значущості, тією чи іншою мірою необхідних для формування кінцевого висновку про наявність або відсутність у конкретному діянні складу кримінального правопорушення. Поєднання всіх елементів в матеріалах кримінального провадження є кінцевою метою доказування та являє собою узагальнене (нормативне) вираження всіх обставин кримінального правопорушення. Цим самим конкретизується, поглиблюється та наповнюється змістом предмет доказування кримінальних правопорушень, вчинених шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій.

¹ Барабаш Т. М. Предмет доказування у кримінальних справах про ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / Т. М. Барабаш. – Ірпінь, 2002. – 210 с.

² Там само.

³ Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI // *Голос України*. – 2012. – 19 травня. – № 90–91.

⁴ Протидія економічній злочинності / П. І. Орлов, А. Ф. Волобуєв, І. М. Осика та ін. – Х. : Нац. ун-т внутр. справ, 2004. – 568 с.

⁵ Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования / С. А. Шейфер. – М. : Норма, 2008. – 240 с.

⁶ Там само.

⁷ Там само.

⁸ Там само.

⁹ Вапнярчук В. Загальна характеристика предмета кримінально-процесуального доказування / В. Вапнярчук // *Вісник Національної академії правових наук України*. – 2013. – № 3 (74). – С. 238–248.

¹⁰ Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса / М. С. Строгович. – М. : Наука, 1968. – Т. 1. – 469 с.

¹¹ Теория доказательств в советском уголовном процессе [2-е изд., испр. и доп.] / под ред. Н. В. Жогина. – М. : Юрид. лит., 1973. – 736 с.

¹² Пожар В. Г. Процесуальний статус потерпілого за новим КПК України: позитивні кроки та прогалини правової регламентації / В. Г. Пожар // *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. – 2013. – № 2. – С. 126–131.

¹³ Пчеліна О. В. Спосіб вчинення економічного злочину як елемент предмета доказування у кримінальній справі / О. В. Пчеліна // *Актуальні проблеми сучасної науки в дослідженнях молодих учених : матеріали наук.-практ. конф. (м. Харків, 23 травня 2009 р.)*. – Х. : Вид-во Харк. нац. ун-ту внутр. справ, 2009. – С. 73–76.

¹⁴ Пчеліна О. В. Тактичні завдання розслідування економічних злочинів / О. В. Пчеліна // *Право і безпека*. – 2010. – № 5. – С. 205–208.

¹⁵ Смирнов А. А. Загальна характеристика деяких видів злочинів в сфері підприємництва та осіб, що їх вчиняють / А. А. Смирнов // *Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності : зб. наук. ст. / ДІВС МВС України*. – Донецьк, 2000. – № 3. – С. 74–86.

Резюме

Козак Л. С. Особливості предмета доказування у провадженнях щодо кримінальних правопорушень, вчинених шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій.

У статті приділено увагу сукупності передбачених Кримінальним процесуальним кодексом України обставин, що підлягають доказуванню, необхідних для об'єктивного розв'язання завдань кримінального провадження, з урахуванням специфі-

ки кримінальних правопорушень, вчинених шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій, а також проаналізовано зміст окремих елементів предмета доказування даної категорії кримінальних правопорушень.

Ключові слова: предмет доказування, обставини, що підлягають доказуванню, кримінальні правопорушення, вчинені шляхом документального оформлення фінансово-господарських операцій.

Резюме

Козак Л. С. Особенности предмета доказывания производств по уголовным правонарушениям, совершенных путем документального оформления финансово-хозяйственных операций.

В статье уделено внимание совокупности предусмотренных Уголовным процессуальным кодексом Украины обстоятельств, подлежащих доказыванию, и необходимых для объективного решения и выполнения задач уголовного судопроизводства, с учетом специфики уголовных правонарушений, совершенных путем документального оформления финансово-хозяйственных операций, а также проанализировано содержание отдельных элементов предмета доказывания данной категории уголовных правонарушений.

Ключевые слова: предмет, обстоятельства, доказывание, уголовное правонарушение.

Summary

Kozak L. Features of subject of proof of crimes committed by documenting financial - business transactions.

The article discusses a set of stipulated by the Criminal Procedure Code of Ukraine circumstances to be proved, and the necessary decisions for the objective and tasks of criminal proceedings, taking into account the specifics of criminal offenses

Committed by documenting business transactions, as well as analyzed the content of individual elements of the subject of proof of this category of criminal offenses.

Key words: object, details, evidence, crimes.

УДК 343.98

Р. С. КОЗЬЯКОВ

Роман Сергійович Козьяков, начальник Бориспільського МВ ГУМВС України в Київській області

БИОМЕТРИЧНІ МЕТОДИ ІДЕНТИФІКАЦІЇ БЕЗВІСНО ЗНИКЛИХ ОСІБ

Питання забезпечення ефективності і результативності розшуку безвісно відсутніх осіб постійно перебуває в полі зору держави і суспільства. Відомо, що певна частина громадян, які зникли за нез'ясованих обставин, стає жертвами злочинів у результаті вчинення стосовно них кримінальних правопорушень, зокрема вбивства, викрадення, незаконного позбавлення волі. Не менш важливим є розшук таких осіб в аспекті вирішення звернень громадян щодо встановлення місця знаходження рідних чи близьких людей, з котрими за різних причин утрачені родинні зв'язки; відновлення соціального статусу, цивільних та інших гарантованих державою прав осіб, які за віком або через травму чи захворювання втратили пам'ять, дезорієнтовані тощо.

Варто вказати на той факт, що в Україні кількість нерозшуканих громадян, які безвісно зникли, і кількість невпізнаних трупів невідомих осіб, що перебувають на обліках органів внутрішніх справ, збігаються з дивною точністю. Наприклад, на початок 2015 р. перебувало на обліку 12017 безвісно зниклих осіб і 12 128 справ щодо встановлення особи громадян по невпізнаних трупах¹. Але при встановленні місцезнаходження безвісно відсутніх осіб у слідчій та оперативно-розшуковій практиці широко застосовується лише метод «словесного портрету», що не забезпечує всіх можливостей використання даних про зовнішній вигляд людини для її розшуку. Сьогодні ж стрімкий розвиток науково-технічного прогресу зумовлює необхідність у дослідженні все нових об'єктів, що відображають зовнішні дані особи, забезпечує можливість їхньої безпосередньої ідентифікації в процесі правоохоронної діяльності з протидії злочинності, а тому коло ідентифікаційних дій має розширюватися.

Окремі аспекти криміналістичного дослідження зовнішності з метою ідентифікації особи висвітлено у працях, авторами яких є: Ф. Апшай, Н. Ахтирська, В. Бахін, Р. Белкін, П. Біленчук, І. Борисенко, І. Винниченко, В. Гарбар, М. Герасимов, В. Гончаренко, Ю. Дубягін, О. Дубягіна, В. Житніков, В. Захаров, О. Зінін, В. Колдін, В. Колмаков, І. Крилов, П. Кузнецов, В. Кузьмічов, В. Лукашевич, Г. Мамедов, І. Мартиненко, С. Моїсєєв, В. Образцов, М. Салтєвський, З. Самошина, В. Снетков, О. Сокиринська, М. Терзієв, А. Топорков, А. Ухаль, П. Цветков, М. Чернець, В. Шепітько, М. Яблоков та ін. Водночас питання ідентифікації безвісно зниклої людини за зовнішніми ознаками, із застосування сучасних методів і технологій залишається не до кінця розкритим, що й зумовлює актуальність даного дослідження.

У даній статті з метою перспективного застосування в розшуковій діяльності правоохоронних органів розглянуті сучасні біометричні методи ідентифікації особи, які побудовані на окремих біометричних характеристиках людини.

Методологічну основу розшукової діяльності створює ідентифікація особи². На досудовому слідстві також найчастіше використовується метод криміналістичної ідентифікації (ототожнення) живих осіб і трупів. Серед розмаїття його форм виділяють ототожнення за слідами пальців рук, ніг, ДНК-зразками, зовнішністю. За статистикою саме останньому виду належить визначальна роль у встановленні вище вказаних об'єктів³. Відтак, у сучасній криміналістиці є актуальною задача ідентифікації особистості за зовнішністю людини – фотопортретом або словесним описом, складеним потерпілим, свідком. Разом із тим, в умовах розвитку інформаційних технологій створюються комп'ютерні системи глобального спостереження, в яких головна роль належить питанням ідентифікації та персоніфікації. Останнім часом значного поширення в діяльності правоохоронних органів набули інформаційно-пошукові системи біометричної ідентифікації особистості по зображенню обличчя за оперативними даними від камер, розмішених у громадських місцях, за словесним описом, або портретом, складеним за допомогою фоторобота.

Сучасні системи криміналістичного обліку, наприклад, такі як автоматизована дактилоскопічна інформаційна система⁴ (зокрема, АДІС «Папілон») та Інтегрована інформаційно-пошукова система органів внутрішніх справ України⁵, які містять у своєму складі модулі, що забезпечують внесення інформації про зовнішність людини як у формі словесного портрета, так і фотографії. Однак можливість автоматизованого пошуку за фотопортретом у цих системах не реалізована, а створення словесного портрета на практиці викликає певні складнощі⁶.

Крім указаного, існує велика кількість методів сучасної біометрії – технології ідентифікації особи, яка використовує фізіологічні параметри суб'єкта (код ДНК, відбитки пальців, райдужну оболонку ока, зображення обличчя, тембр голосу тощо). Біометричні технології активно використовуються в багатьох галузях, зокрема, пов'язаних із захистом доступу до конфіденційної інформації, до матеріальних цінностей, при перетині державного кордону. Сьогодні інтерес суспільства до цієї проблематики збільшується через універсальність рішень, які ґрунтуються на біометрії. У багатьох державах вводяться чи вже введені в обіг паспорти з біометричними даними.

В Україні у 2012 р. запроваджено Єдиний державний демографічний реєстр. Це електронна інформаційно-телекомунікаційна система, призначена для зберігання, захисту, обробки, використання і поширення визначеної цим Законом інформації про особу та про документи, що оформлюються із застосуванням засобів цього реєстру⁷. Його основу створюють біометричні дані – сукупність даних про особу, зібраних на основі фіксації її характеристик, що мають достатню стабільність та істотно відрізняються від аналогічних параметрів інших осіб (основні біометричні дані, параметри – відцифрований підпис особи, відцифрований образ обличчя особи, додаткові біометричні дані, параметри – відцифровані відбитки пальців рук).

У науковій літературі з точки зору поширеності біометричних методик виділяють «три великі біометрики»: ідентифікація за відбитками пальців, за геометрією обличчя та за райдужною оболонкою ока⁸. Сьогодні системи ідентифікації за відбитками пальців охоплюють більше половини ринку біометричних технологій, системи на основі технології розпізнавання за геометрією обличчя – 13–18 %, а системи на основі ідентифікації за райдужною оболонкою ока – 6–9 %⁹.

Дактилоскопічний метод базується на унікальності та незмінності протягом життя відбитків пальців людини, що доведено криміналістичною наукою та підтверджено експертною практикою. На відбитку пальця знаходяться мінуції – унікальні для кожного узору точки зміни структури папілярних ліній – їх закінчення, роздвоєння, розрив, тощо. Система визначає для кожної мінуції її координати і орієнтацію папілярних ліній у цій точці. Еталонний відбиток містить приблизно 70 мінуцій. Підкреслюючи практичну значимість дактилоскопічного методу, В. В. Бірюков указує на успішно функціонуючі в Україні автоматизовані дактилоскопічні системи «Дакта – 2000» «Сонда» і «Папілон». Державні бази даних зберігають дактилоскопічну інформацію про мільйони осіб за десятипальцевою схемою та успішно перевіряють сліди пальців з місць нерозкритих злочинів по масиву дактилокарт¹⁰.

Біометричний метод ідентифікації за формою обличчя (автоматичний face-контроль) полягає в тому, що за допомогою відеокамери будується 2D або 3D образ обличчя, при цьому виявляються контури брів, очей, носа, губ, підборіддя, вух та ін. Потім між ними обчислюється відстань і будується множина варіантів у залежності від повороту обличчя, нахилу, зміни міміки. Достовірність такого порівняння оцінюється у 86–93 %. Для сканування потрібна камера високої роздільної здатності, щоб відстань між центрами зіниць була еквівалентна 200 пікселям, і відповідне освітлення і певна відстань до обличчя¹¹.

Основним завданням системи комп'ютерного розпізнавання обличчя є автоматичне віднесення досліджуваного об'єкта (зображення обличчя), заданого сукупністю спостережень, до одного із взаємовиключних класів (людей), або формування висновку про те, що об'єкт не належить до жодного із відомих класів. Такі системи, як правило, складаються із двох основних частин: виявлення і, власне, розпізнавання обличчя. Метою процедури виявлення є знаходження координат усіх обличчя, присутніх на зображенні та максимальне відкидання фонових ділянок для зменшення об'єму оброблюваної інформації для процедури ідентифікації¹².

У практиці використовується кілька методів розпізнавання обличчя, що аналізують зображення в градаціях сірого для виявлення унікальних характеристик особи, аналіз розпізнавальних рис (використовується більш всього метод розпізнавання, адаптований до зміни міміки), аналіз на основі нейронних мереж (порівняння за «особливими точками»), метод застосовують для ідентифікації обличчя у важких умовах) й автоматична обробка зображення обличчя (визначення відстаней і співвідношення відстаней між особливостями обличчя людини, що легко визначаються), яку можна ефективно використати в слабо освітлених приміщеннях¹³.

В Україні запропонований і розроблений офтальмогеометричний спосіб ідентифікації людини за антропометричними точками з області очей, сутність якого полягає в визначенні за спеціальною процедурою характеристичних точок обличчя тільки з області очей, який відрізняється від вже існуючих можливістю використання меншої кількості характеристичних ознак для розпізнавання людини без втрати якості розпізнавання¹⁴.

Наразі існує велика кількість обладнання та приладів, в яких використовуються методи розпізнавання обличчя, таких як: ідентифікація особи, контроль посвідчень особи, застосування інтерфейсу «людина-комп'ютер», тощо. Головними труднощами при розпізнаванні обличчя є значна кількість змін: різне освітлення, вираз обличчя, поворот голови, вікові зміни та ін. Тому проблема автоматизованої ідентифікації особистості людини по зображенню обличчя повністю не вирішена до сьогодні¹⁵.

Биометричний метод ідентифікації за термограмою обличчя базується на неповторності розподілу на обличчі кровоносних судин, які виділяють тепло. Для сканування необхідна термочутлива камера інфрачервоного діапазону. Система може працювати в цілковитій темряві, на результати розпізнавання не впливають переохолодження обличчя або його перегрів, природне старіння шкіри, пластичні операції, грим, накладні елементи¹⁶.

Биометричний метод ідентифікації за сітківкою ока базується на унікальності малюнку судин очного дна. При скануванні всередину ока направляється пучок світла (іноді інфрачервоного), а обличчя повинно бути розташоване з високою точністю відносно сканера, що можна визнати незручністю методу. Недоліком методу є негативний вплив деяких захворювань ока (катаракти або глаукоми) на розпізнавання особи. Також поширена небезпідставна думка, що регулярне підсвічування ока шкодить здоров'ю. Биометричний метод ідентифікації за райдужною оболонкою ока побудований на унікальній та неповторній характеристиці її малюнка. Сканування відбувається шляхом фотографування обличчя та виділення на ньому райдужної оболонки, зображення якої перетворюється на цифровий код¹⁷. Для цього потрібна камера високої роздільної здатності, але фото може бути зроблено непомітно для особи. Деякі захворювання викликають появу пігментних плям або зміну кольору райдужної оболонки, тому для верифікації використовують чорно-біле зображення. Негативно впливають на ідентифікацію незначні травми ока, безсоння, великі фізичні навантаження. За даними фірм-виробників, похибка помилкового допуску особи в таких системах досягає 0,0001 %¹⁸.

Биометричний метод ідентифікації за характеристиками долоні пов'язаний з тим, що робиться тривимірний відбиток кисті руки (геометрія кисті, об'єм пальців, нерівності долоні, розміщення складок шкіри, тощо). Другий метод базується на знятті термограми розташування судин на зовнішній стороні долоні. Такий малюнок характеризується неповторністю та стабільністю протягом усього життя, невеликі порізи або забруднення не є перешкодою для порівняння. Останній з цих методів безконтактний та досить надійний і перспективний¹⁹.

Надзвичайно швидко нині розвиваються технології голосової біометрії. Наприклад, світовий обсяг сегмента голосової верифікації зріс з 31,6 млн доларів США у 2004 р. до 533 млн доларів у 2011 році. Це пояснюється тією обставиною, що голосова верифікація за своєю природою на порядок надійніша. Верифікація по голосу припускає, що користувач вимовляє пароль вголос, а спеціальні алгоритми аналізують аналоговий сигнал і виділяють з нього ключові параметри, які унікально ідентифікують даний конкретний голос та дану фразу-пароль. Сьогодні розробляється офіційний стандарт для розпізнавання голосу через Інтернет – VoiceXML до якого будуть включені специфікації для голосової верифікації²⁰.

До загальних ознак голосу можна віднести тембральне забарвлення, наявність патології у вигляді певних захворювань горла, носа, дихальних шляхів тощо. Сюди ж потрібно віднести дзвінкість і силу голосу, його мелодіку та висоту тощо. З метою подальшої ідентифікації створюється база даних, в якій описуються і шифруються характеристики усного мовлення особи в різних умовах (розмова, розповідь, читання, переказ та ін.). На цьому етапі встановлюються особливості усного мовлення людини, особливості її промовляння, повнота словникового запасу, користування ним, уміння формулювати свої думки, будувати речення тощо, виділення патології промовляння (заїкання, гунявість, незв'язність мовлення тощо). Також встановлюються загальні й окремі ознаки усного мовлення, які проявляються на граматичному, лексичному, синтаксичному та стилістичному рівнях. Використання бази даних створює умови для подальшої ідентифікації особи та виділення її з групи подібних голосів і усного мовлення²¹.

¹ Розділ 2. Відомості про результати роботи органів внутрішніх справ по розшуку безвісно зниклих громадян / Звітність про результати розшуку громадян, які переходять від органів влади, безвісно зниклих та встановлення особи громадян за невідомими трупамі за 6 місяців 2015 року. Форма № 3 (місячна). Затверджено наказом МВС України від 24.05.2013 № 501 / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/index>

² Чечетин А. Е. Теория розыскной работы / Теория оперативно-розыскной деятельности : учебник / под ред. К. К. Горяинова, В. С. Овчинського, Г. К. Синилова. – М., 2006. – С. 508.

³ Шепітько В. Ю. Ідентифікація людини за ознаками зовнішності : наук.-практ. посіб. / В. Ю. Шепітько, І. В. Борисенко, С. О. Когут, О. М. Могильніков; Акад. прав. наук України, Ін-т вивч. пробл. злочинності. – Х. : Гриф, 2003. – 112 с.

⁴ Про затвердження Інструкції про порядок формування, ведення та використання оперативно-довідкового і дактилоскопічного обліку в органах внутрішніх справ та органах (установах) кримінально-виконавчої системи України : наказ МВС України, Департаменту виконання покарань від 23.08.2002 № 823/188 // Офіційний вісник України. – 2002. – № 37. – Ст. 1762.

⁵ Про затвердження Положення про Інтегровану інформаційно-пошукову систему органів внутрішніх справ України : наказ МВС України від 12.10.2009 № 436 // Офіційний вісник України. – 2010. – № 101. – Ст. 3569.

- ⁶ Вахета О. В. Аналіз методів автоматизованої обробки зображень відбитків пальців / О. В. Вахета, В. М. Струков // Право і безпека. – 2005. – № 3. – С. 167–169.
- ⁷ Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус : Закон України від 20.11.2012 № 5492-VI // Офіційний вісник України. – 2012. – № 93. – Ст. 3771.
- ⁸ Захаров В. П. Тенденції використання біометричних технологій, що не входять до «трьох великих біометрик», у діяльності правоохоронних органів / В. П. Захаров, О. І. Зачек // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. – 2014. – Вип. 2. – С. 257–263.
- ⁹ Мороз А. О. Біометричні технології ідентифікації людини. Огляд систем / А. О. Мороз // Математичні машини і системи / Інститут проблем математичних машин і систем НАН України. – 2011. – № 1. – С. 39–45.
- ¹⁰ Бірюков В. В. Теоретичні основи інформаційно-довідкового забезпечення розслідування злочинів : монографія / В. В. Бірюков ; Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. – Луганськ : ЛДУВС, 2009. – С. 264–265.
- ¹¹ Чередниченко В. Б. Біометричні методи у системах захисту інформації / В. Б. Чередниченко, К. Е. Чередниченко // Системи обробки інформації. – 2012. – Вип. 4 (102). – Т. 1. – С. 145–148.
- ¹² Дикий О. І. Сучасні методи ідентифікації особистості по зображенню обличчя / О. І. Дикий, О. В. Мазурець // Збірник наукових праць за матеріалами шостої міжнародної науково-технічної конференції «Актуальні проблеми комп'ютерних технологій 2012». – Хмельницький, 2012. – С. 98–106.
- ¹³ Захаров В. П. Можливості застосування біометричного методу ідентифікації за геометрією обличчя в системах відеоспостереження правоохоронних органів / В. П. Захаров, О. І. Зачек // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. – 2014. – № 1. – С. 108–110.
- ¹⁴ Дорогий Я. Ю. Інформаційна технологія біометричної ідентифікації людини за зображенням обличчя : автореф. дис. ... канд. техн. наук : 05.13.06 – інформаційні технології / Я. Ю. Дорогий ; Нац. техн. ун-т України «Київський політехнічний інститут». – К., 2013. – 16 с.
- ¹⁵ Крак Ю. В. Комп'ютерна габітоскопія / Ю. В. Крак, О. В. Бармак // Штучний інтелект. – 2006. – № 1. – С. 39–46.
- ¹⁶ Лисенко А. М. Застосування біометричних систем для ідентифікації особи / А. М. Лисенко, О. С. Мельник // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія «Юридичні науки». – 2004. – № 60–62. – С. 87–91.
- ¹⁷ Ісаєва Ю. Деякі питання використання біометричного аналізу райдужної оболонки ока / Ю. Ісаєва // Актуальні питання державотворення в Україні: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (Київ, 30 березня 2012 року) / Редкол.: д.ю.н. І. С. Гриценко (голова), проф. П. С. Берзін (заст. голови), к.ю.н. І. С. Сахарук (відп. ред.) – К.: Прінт-Сервіс, 2014. – С. 443–444.
- ¹⁸ Захаров В. П. Використання біометричних технологій правоохоронними органами у XXI столітті : наук.-практ. посіб. / В. П. Захаров, В. І. Рудешко ; Львів. держ. ун-т внутр. справ. – Л. : ЛьвДУВС, 2009. – 439 с.
- ¹⁹ Мороз А. О. Вказана праця.
- ²⁰ Осипенко І. П. Інноваційні засоби ідентифікації людини / І. П. Осипенко // Ukraine – EU. Modern technology, business and law. In 2 parts. Part 2. Modern engineering. Sustainable development. Innovations in social work: philosophy, psychology, sociology. Current problems of legal science and practice: collection of international scientific papers, (Kosice, Slovakia, March 30 – April 2, 2015). – Chernihiv: CNUT, 2015. – С. 307–310.
- ²¹ Коломицев В. В. Перспективи створення криміналістичних автоматизованих інформаційно-пошукових систем за голозом та усним мовленням людини / В. В. Коломицев // Актуальні питання судової експертизи та криміналістики: Збірник матеріалів засідання «круглого столу», присвяченого 85-річчю створення Харківського науково-дослідного інституту судових експертиз ім. засл. проф. М. С. Бокаріуса (11–12 листопада 2008 р.). – Х., 2008. – С. 217–221.

Резюме

Козьяков Р. С. Біометричні методи ідентифікації безвісно зниклих осіб.

У статті актуалізовано потребу в розвитку криміналістичних засобів інформаційного забезпечення розшуку безвісно зниклих громадян. З метою перспективного застосування в розшуковій діяльності правоохоронних органів розглянуті сучасні біометричні методи ідентифікації особи, які побудовані на окремих біометричних характеристиках людини: ДНК, відбитки пальців; форма та геометрія обличчя; сітківка ока; райдужна оболонка ока; геометрія долоні, кисті руки або пальця; термографія особи, термографія руки; малюнок вен на долоні або пальці руки; голос, психофізіологічний стан.

Ключові слова: безвісно зниклі особи, розшук, ідентифікація, криміналістика, біометричні методи.

Резюме

Козьяков Р. С. Биометрические методы идентификации безвестно исчезнувших лиц.

В статье актуализирована потребность в развитии криминалистических средств информационного обеспечения розыска безвестно исчезнувших лиц. С целью перспективного применения в розыскной деятельности правоохранительных органов рассмотрены современные биометрические методы идентификации личности, которые построены на отдельных биометрических характеристиках человека: ДНК, отпечатки пальцев; форма и геометрия лица; сетчатка и радужная оболочка глаза; геометрия ладони, кисти руки или пальца; термография лица, термография руки; рисунок вен на ладони или пальце руки; голос, психофизиологическое состояние.

Ключевые слова: безвестно исчезнувшие лица, поиск, идентификация, криминалистика, биометрические методы.

Summary

Koziakov R. Biometric identification methods untraceable missing persons.

The article actualized the need to develop information support forensic investigation of disappeared persons is unknown. With a view to long-term use in the investigation of law enforcement agencies. The modern methods of biometric identification. Which is based on individual biometric characteristics of a person: DNA fingerprints; the shape and geometry of the faces; retina and iris; the

geometry of the palm of the hand or finger; Thermography person Thermography hand; vein pattern in the palm of your hand or finger; voice, psychophysiological state.

Key words: untraceable missing persons, search, identification, forensics, biometrics.

УДК 343.43

О. С. НАУМОВА

*Ольга Сергіївна Наумова, здобувач Київського
університету права НАН України*

ГАРМОНІЗАЦІЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ВОЛІ ОСОБИ З МІЖНАРОДНИМИ ЗОБОВ'ЯЗАННЯМИ УКРАЇНИ

Право на свободу, складовою якого є воля людини, належить до невід'ємних прав, що гарантуються та охороняються державою. При цьому, це право визнано одним із основоположних у багатьох міжнародних актах. Разом з тим, на сьогодні світовим співтовариством прийнято низку декларацій, конвенцій та протоколів, спрямованих на уніфіковане розуміння різними державами змісту права на волю людини, засоби його охорони, що складають собою стандарти забезпечення та реалізації цього права незалежно від юрисдикції держав, окремих спірних територій.

Забезпечують кримінально-правову охорону волі особи у нормах Особливої частини КК України окремі статті Розділу III «Злочини проти волі, честі та гідності особи». Зокрема до них належать: ст. 146 КК України (незаконне позбавлення волі або викрадення людини); ст. 147 (захоплення заручників); ст. 148 (підміна дитини); ст. 149 (торгівля людьми або інша незаконна угода щодо людини); ст. 150-1 (використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом); ст. 151 (незаконне поміщення в психіатричний заклад). На нашу думку, ці статті Особливої частини КК України утворюють систему кримінально-правової охорони волі особи, оскільки в них проведена законодавча диференціація кримінальної відповідальності за різновидами кримінально-караних посягань на волю людини.

Водночас кримінально-правова охорона волі особи здійснюється і на міжнародному рівні шляхом закріплення в різноманітних міжнародних актах (конвенціях, протоколах тощо) вимог до криміналізації у національних правових системах тих чи інших суспільно небезпечних діянь. Згідно ч. 5 ст. 3 КК України закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України. Таким чином, можемо констатувати, що у статтях Особливої частини КК України, що утворюють систему кримінально-правової охорони волі, мають бути враховані міжнародно-правові вимоги, що містяться в міжнародних договорах, ратифікованих Верховною Радою України.

Питання гармонізації законодавства України про кримінальну відповідальність в частині кримінально-правової охорони волі особи із міжнародними договорами були предметом дослідження багатьох науковців. Серед них можна виділити наукові праці Ю. В. Бауліна, О. М. Броневицької, О. О. Володіної, Н. О. Гуторової, В. О. Навроцького, В. Я. Тація, В. П. Тихого, А. С. Політової та інших. Проте ратифіковані за останні кілька років міжнародні договори, в яких містяться вимоги до криміналізації окремих посягань на волю людини, не були предметом окремих наукових досліджень.

У зв'язку із наведеним, метою цієї наукової статті є встановлення положень міжнародних зобов'язань держави Україна у сфері криміналізації окремих суспільно небезпечних діянь, що посягають на волю особи, та відповідності національної системи кримінально-правової охорони волі особи таким міжнародним зобов'язанням.

Перш за все слід зазначити, що гармонізація законодавства України про кримінальну відповідальність в частині кримінально-правової охорони волі особи із міжнародним договорами є одним із першочергових завдань на сьогодні, що знайшло своє втілення в законодавчих актах. Так, зокрема, в різних аспектах такі завдання визначені в статтях Розділу III «Юстиція, Свобода та Безпека» Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 27 червня 2014 р. (ратифікована Верховною Радою України 16 вересня 2014 р.)¹. У науці кримінального права це питання також визначене як один із найпріоритетніших напрямів розвитку. Зокрема, Є. Фесенко визначає дослідження міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, з метою імплементації норм цих актів у КК України як один із обов'язкових напрямів наукових досліджень². Крім цього, науковці В. Тацій, В. Борисов та В. Тютюгін наголошують, що «одним із ключових напрямів розвитку кримінального права є розробка теорії гармонізації національного кримінального права із кримінальним правом країн Європи та теорії імплементації норм про кримінальну відповідальність, що містяться в чинних для України міжнародних договорах»³.

Основними міжнародно-правовими актами, що ратифіковані Верховною Радою України та визначають загальноєвропейські та світові стандарти у сфері охорони волі особи, в тому числі і кримінально-правовими

засобами, є такі: 1) Конвенція про рабство від 25 вересня 1926 р. із змінами, внесеними Протоколом від 7 грудня 1953 р.; 2) Додаткова Конвенція про ліквідацію рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв, подібних до рабства від 7 вересня 1956 р.; 3) Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 19 жовтня 1973 р.; 4) Конвенція про примусову чи обов'язкову працю № 29 від 28 червня 1930 р.; 5) Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.; 6) Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності від 15 листопада 2000 р.; 7) Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності від 15 листопада 2000 р.; 8) Конвенція Ради Європи 2005 р. про заходи щодо протидії торгівлі людьми від 16 травня 2005 р.; 9) Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників, схвалена резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 34/146 від 17 грудня 1979 р.; 10) Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень від 20 грудня 2006 р. та інші.

Відповідно до ч. 1 ст. 9 Конституції України та ст. 19 Закону України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV «Про міжнародні договори України» чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України і застосовуються вони в порядку, передбаченому для норм національного законодавства. Проте, у сфері встановлення кримінальної відповідальності за окремі види суспільно небезпечних діянь примат міжнародного права має свою специфіку, яка полягає в тому, що відповідальність настає лише за статтями Особливої частини КК України і тому норми міжнародних договорів, присвячені забезпеченню кримінально-правової охорони волі особи, потребують включення до КК України.

Зазначимо, що на сьогодні законодавство України про кримінальну відповідальність в частині криміналізації злочинів, що посягають на волю особи, не повною мірою відповідає вимогам міжнародних договорів. Так, диспозиція ст. 147 КК України «Захоплення заручників» в цілому враховує положення ст. 1 Міжнародної конвенції про боротьбу із захопленням заручників від 17 грудня 1979 р., відповідно до якої «будь-яка особа, яка захоплює або утримує іншу особу й погрожує вбити, завдати пошкодження або продовжувати утримувати іншу особу («заручник») для того, щоб примусити третю сторону, а саме: державу, міжнародну міжурядову організацію, будь-яку фізичну, юридичну особу або групу осіб, – здійснити чи утриматись від здійснення будь-якого акту як прямої, так і опосередкованої умови для звільнення заручника, вчиняє, відповідно до змісту цієї Конвенції, злочин захоплення заручників»⁴. Водночас, у ст. 147 КК України відсутня вказівка на такий вид третьої сторони як міжнародна міжурядова організація.

Основні проблемні питання, пов'язані із гармонізацією норм Особливої частини КК України у сфері забезпечення кримінально-правової охорони волі особи, пов'язані із необхідністю диференціації кримінальної відповідальності. До прикладу, відповідно до ст. 19 Конвенції Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми від 16 травня 2005 р. (Криміналізація користування послугами жертви) «кожна сторона розглядає питання про вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання згідно з її національним законодавством злочинами користування послугами, які є предметом експлуатації та які згадуються в пункті «а» ст. 4 цієї Конвенції, коли було відомо, що ця особа є жертвою торгівлі людьми»⁵. При цьому, згідно зі ст. 4 Конвенції поняття «торгівля людьми» означає найм, перевезення, передачу, приховування або одержання осіб шляхом погрози або застосування сили чи інших форм примусу, насильницького викрадення, шахрайства, обману, зловживання владою або безпорадним станом або наданням чи отриманням плати чи вигоди для досягнення згоди особи, яка має владу над іншою особою, для експлуатації. Експлуатація включає в себе, принаймні, експлуатацію проституції інших осіб чи інші форми сексуальної експлуатації, примусову працю чи послуги, рабство чи подібну до рабства практику, поневолення або вилучення органів.

Аналіз ст. 149 КК України дає можливість зробити висновок про те, що криміналізація торгівлі людьми з метою експлуатації проведена завдяки визначенню поняття експлуатація у примітці 1 до ст. 149 КК України. Проте, диспозиція ст. 149 КК України не включає в себе питання необхідності криміналізації користування послугами жертви. Окрім цього, ст. 20 цієї Конвенції містить вимоги до криміналізації діянь стосовно проїзних документів або документів, що посвідчують особу, зокрема жодна Сторона вживає таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинами таких діянь, якщо вони вчинені умисно й для сприяння торгівлі людьми: а) підробки проїзного документа або документа, що посвідчує особу; б) придбання або надання такого документа; в) утримання, відбирання, переховування, пошкодження та знищення проїзного документа або документа, що посвідчує особу, який належить іншій особі. На нашу думку, такі дії саме з метою сприяння торгівлі людьми повинні бути враховані у ст. 149 КК України на виконання міжнародного договору. При цьому наявність загальної статті щодо службового підроблення (ст. 366 КК України) не усуває зазначене проблемне питання.

Слід зазначити, що частина із цих аналізованих міжнародних договорів містять загальні положення щодо необхідності законодавчого закріплення заборони рабства, звичаїв, подібних до рабства, підневільного стану тощо. Окремої уваги заслуговують положення ст. 4 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (Заборона рабства і примусової праці), яка передбачає наявність контрольного механізму за дотриманням прав людини у вигляді функціонування Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ). Як зазначив ЄСПЛ у справі «Сільяден проти Франції», «дотримання цієї статті (ст. 4 Конвенції) означає не стільки обов'язок з боку держави не вдаватися до дій на її порушення, скільки зобов'язання активно вживати належних заходів, зокрема забезпечувати прийняття та ефективного застосування законодавчих положень, які

б визнавали караними злочинами ті дії, що порушують ст. 4 Конвенції <...> держави зобов'язані криміналізувати та карати будь-яке діяння, спрямоване на утримання людини у становищі, яке є несумісним із вимогами ст. 4 Конвенції»⁶.

Також заслуговує на увагу і практика ЄСПЛ за ст. 5 Конвенції (Право на свободу та особисту недоторканність). Цей міжнародний судовий орган за результатами розгляду скарг громадян проти України за ст. 5 Конвенції сформулював окремі правові позиції щодо свавільного позбавлення волі особи правоохоронними та судовими органами під час розслідування та розгляду кримінальних справ (проваджень). Окремі з них можуть бути враховані при кваліфікації за ст. 146 та 147 КК України. Окрім цього, одним із останніх рішень цього міжнародного судового органу проти України є рішення від 26 лютого 2015 р. у справі «Заїченко проти України № 2», у якому констатовано порушення ч. 1 ст. 5 Конвенції у зв'язку із безпідставним поміщенням заявника до психіатричної лікарні на строк до 30 діб для проведення стаціонарної психіатричної експертизи⁷. На основі цього ЄСПЛ фактично сформулював правову позицію щодо підстав для прийняття рішення про примусову госпіталізацію і така правова позиція може використовуватись при кваліфікації дій за ст. 151 КК України, оскільки відповідно до положень ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди застосовують практику ЄСПЛ як джерело права. Таким чином, наведена практика може використовуватись для з'ясування диспозицій кримінально-правових норм, вміщених у статтях розділу III Особливої частини КК України.

Також 17 червня 2015 р. прийнято Закон України «Про приєднання України до Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень». Відповідно до вимог цього закону Україна приєднується до Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень, учиненої 20 грудня 2006 р. в м. Нью-Йорку (набрала чинності 17 липня 2015 року)⁸.

Відповідно до ст. 2 цієї Конвенції для її цілей насильницьким зникненням вважається арешт, затримання, викрадення чи позбавлення волі в будь-якій іншій формі представниками держави чи особами або групами осіб, які діють з дозволу, за підтримки чи за згодою держави, при подальшій відмові визнати факт позбавлення волі або приховування даних про долю чи місцезнаходження зниклої особи, унаслідок чого цю особу залишено без захисту закону. За правилами ст. 4 Конвенції кожна держава-учасниця зобов'язана вживати необхідних заходів для того, щоб насильницьке зникнення кваліфікувалося як правопорушення в її кримінальному праві.

Стаття 6 цієї Конвенції встановлює окремі вимоги до криміналізації дій, пов'язаних із незаконним зникненням осіб. Так, кожна держава-учасниця вживає необхідних заходів для притягнення до кримінальної відповідальності принаймні: а) будь-якої особи, яка вчиняє акт насильницького зникнення, наказує, підбурює чи спонукає вчинити його, учиняє замах на його вчинення, є його пособником чи бере участь у ньому; б) начальника, який: 1) знав, що підлеглі, які знаходяться під його реальною владою та контролем, скоювали або мали намір учинити злочин насильницького зникнення, або свідомо проігнорував очевидну інформацію, що свідчить про це; 2) ніс реальну відповідальність та здійснював реальний контроль стосовно діяльності, з якою був пов'язаний злочин насильницького зникнення, а також який не вжив усіх необхідних і розумних заходів у рамках його повноважень з метою недопущення або припинення вчинення акту насильницького зникнення або для передачі цього питання до компетентних органів для розслідування та кримінального переслідування⁹.

Гармонізація статей розділу III Особливої частини КК України із наведеними положеннями Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень повинна передбачати диференціацію кримінальної відповідальності за такі злочини за ознакою їх вчинення службовими особами з використанням службового становища, а також через врахування при кваліфікації цих злочинів, окремої кваліфікації «ролі начальника осіб, які здійснюють акт насильницького зникнення особи».

Слід зазначити, що окремі міжнародні договори визначають вимоги до законодавчого забезпечення диференціації кримінальної відповідальності у злочинах проти волі особи шляхом встановлення такої диференціації в залежності від форми співучасті у злочині, а також забезпечення механізмів спеціальної конфіскації. Такі вимоги містить Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності від 15 листопада 2000 р. та Конвенція Ради Європи 2005 р. про заходи щодо протидії торгівлі людьми від 16 травня 2005 року.

Як цілком слушно зазначає О. М. Броневицька, «необхідність приведення у відповідність із міжнародними нормами національних систем обґрунтовується і тим, що вони регулюють міжнародні відносини в рамках міжнародно-правової системи загалом. Кожна держава, беручи зобов'язання, що витікають з норм тих чи інших міжнародно-правових актів, забезпечує їх виконання шляхом реалізації їх у своїх національно-правових системах, приймаючи внутрішньодержавні норми»¹⁰. Вважаємо, що способи приведення у відповідність до міжнародних договорів системи кримінально-правової охорони волі особи мають бути визначені виходячи із мети їх ратифікації, оскільки в багатьох випадках ці договори лише в загальному визначають питання, що потребують криміналізації в національних правових системах, залишаючи питання врахування у внутрішньому законодавстві на розсуд держав-членів таких міжнародних договорів.

Таким чином, за результатами проведеного аналізу встановлено, що з метою гармонізації кримінально-правової охорони волі особи з міжнародними зобов'язаннями держави у статтях Розділу III Особливої частини КК України необхідно забезпечити: 1) криміналізацію тих суспільно небезпечних діянь, які встановлені в міжнародних договорах; 2) диференціацію кримінальної відповідальності у злочинах проти особи шляхом виокремлення кваліфікованих та особливо кваліфікованих складів цих злочинів за ознакою їх вчинення в

організованих формах співучасті; 3) забезпечити можливість притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які користувалися послугами, які є предметом експлуатації людини; 4) поширити на окремі статті Розділу III Особливої частини КК України спеціальну конфіскацію як вид інших заходів кримінально-правового впливу; 5) забезпечити гармонізацію законодавства України про кримінальну відповідальність із статтями Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень, яка набула чинності для України 17 липня 2015 р.; 6) враховувати під час проведення кримінально-правової кваліфікації за статтями Розділу III Особливої частини КК України правові позиції ЄСПЛ, сформульовані за статтями 4 та 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року.

¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/984_011

² Фесенко Є. Сучасні завдання кримінально-правової науки (Загальна частина) / Є. Фесенко // Право України. – 2010. – № 9. – С. 66–72. – С. 69.

³ Тацій В. Актуальні проблеми сучасного розвитку кримінального права / В. Тацій, В. Борисов, В. Тютюгін // Право України. – 2010. – № 9. – С. 4–15. – С. 13.

⁴ Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників, схвалена резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 34/146 від 17 грудня 1979 року / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_087

⁵ Конвенція Ради Європи 2005 року про заходи щодо протидії торгівлі людьми від 16 травня 2005 року / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_858

⁶ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Сільяден проти Франції»: [Електронний ресурс]. Інформаційний сервер Верховного Суду України. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/1B2F9CDD6221E830C325712C004ED5BB?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=1B2F9CDD6221E830C325712C004ED5BB&Count=500&>

⁷ Рішення Європейського суду з прав людини від 26 лютого 2015 року у справі «Заїченко проти України № 2». – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SOO00736.html

⁸ Про приєднання України до Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень: Закон України від 17.06.2015 № 525-VIII/ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/525-19>

⁹ Міжнародна конвенція ООН про захист усіх осіб від насильницьких зникнень. Міжнародний документ від 20.12.2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_154/paran2#n2

¹⁰ Броневицька О. М. Відповідність норм кримінального законодавства України чинним міжнародним договорам: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Броневицька Оксана Михайлівна. – Л., 2011. – 236 с. – С. 71.

Резюме

Наумова О. С. Гармонізація кримінально-правової охорони волі особи з міжнародними зобов'язаннями України.

У статті досліджено питання гармонізації законодавства України про кримінальну відповідальність у сфері кримінально-правової охорони волі особи з міжнародними зобов'язаннями України. На підставі проведеного аналізу визначено способи врахування в нормах Розділу III Особливої частини КК України вимог міжнародних договорів в частині кримінально-правової кваліфікації дій, що посягають на волю людини, а також запропоновано внесення змін до статей Розділу III КК України для забезпечення гармонізації законодавства України про кримінальну відповідальність в цій частині із міжнародними зобов'язаннями.

Ключові слова: права людини; міжнародний договір; гармонізація; система кримінально-правової охорони; кримінально-правова кваліфікація; злочини проти волі, честі і гідності особи.

Резюме

Наумова О. С. Гармонизация уголовно-правовой охраны свободы личности с международными обязательствами Украины.

В статье исследованы вопросы гармонизации законодательства Украины об уголовной ответственности в сфере уголовно-правовой охраны свободы личности с международными обязательствами Украины. На основании проведенного анализа определены способы учета в нормах раздела III Особенной части УК Украины требований международных договоров в части уголовно-правовой квалификации действий, посягающих на свободу человека, а также предложено внесение изменений в статьи раздела III УК Украины для обеспечения гармонизации законодательства Украины об уголовной ответственности в этой части с международными обязательствами.

Ключевые слова: права человека; международный договор; гармонизация; система уголовно-правовой охраны; уголовно-правовая квалификация; преступления против свободы, чести и достоинства личности.

Summary

Naumova O. Harmonization of criminal protection liberty with international obligations of Ukraine.

The article deals with the question of harmonization of the legislation of Ukraine on criminal liability in the field of criminal law protection of liberty of Ukraine's international obligations. Based on the analysis the methods of incorporation in the rules of Chapter III of the Criminal Code Ukraine with international treaties regarding criminal legal qualification of actions that infringe on the will of man, and proposed amendments to the Articles of Title III of the Criminal Code of Ukraine to ensure the harmonization of legislation of Ukraine on criminal responsibility in this part of international obligations.

Key words: human rights; international treaty harmonization; the system of criminal protection; criminal legal qualifications; crimes against freedom, honor and dignity.

В. О. ПОПОВИЧУК

*Вячеслав Олександрович Поповичук, здобувач
Національного університету «Юридична академія
імені Ярослава Мудрого»*

**ВИЗНАЧЕННЯ КАТЕГОРІЇ «ЗЛОЧИНИ ПРОТИ МИРУ, БЕЗПЕКИ ЛЮДСТВА
ТА МІЖНАРОДНОГО ПРАВОПОРЯДКУ»**

Актуальність дослідження опосередковано виділенням міжнародної безпеки в окремий об'єкт кримінально-правової охорони, що є помітним показником усе більшої інтегрованості України у світове співтовариство. Саме на основі об'єкта злочинних посягань здійснено розподіл злочинів по групах в Особливій частині Кримінального кодексу України. Розділом XX Кримінального кодексу України виділено тринадцять окремих злочинів, яких об'єднує загальний об'єкт незаконного посягання – мир, безпека людства та міжнародний правопорядок. Правильне окреслення його сутності допоможе обрати ефективні форми і методи боротьби зі злочинами цієї групи. Крім того, виділення специфічних ознак загального об'єкта злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку є невід'ємною частиною характеристики кожного складу злочину, який передбачено Розділом XX Кримінального кодексу України та потребує детального теоретичного розгляду.

У вітчизняній і зарубіжній юридичній літературі значна увага приділялась сутності об'єкта злочину та встановленні його загальних, родових і конкретних проявів. У різний період ці проблеми вивчали такі вчені, як: М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Г. Волкотруб, О. М. Омельчук, С. М. Мохончук, В. М. Ярін та ряд інших. Проте нині відсутнє теоретичне дослідження об'єкту злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку в умовах сьогодення. Саме тому, **метою статті** виступає встановлення сутності та особливостей загального об'єкта злочинів, що віднесено до Розділу XX Кримінального кодексу України.

Втілення в національному кримінальному законодавстві міжнародно-правових норм захисту миру та безпеки людства відбулося в 2001 р., коли до Кримінального кодексу України було вперше включено окремий розділ, присвячений злочинам проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку. До цього моменту кримінальне законодавство містило лише окремі заборони в цьому напрямі, спрямовані на обмеження засобів та методів ведення війни і на захист прав людини під час збройного конфлікту. Норми вітчизняного кримінального законодавства фактично є результатом імплементації окремих положень відповідних міжнародних документів, що створює додаткові труднощі при кваліфікації розглядуваної групи злочинів, адже в багатьох випадках слід звертатися до міжнародно-правових джерел для з'ясування змісту норм або окремих понять. Наприклад, джерелами норм про злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку є статuti Нюрнберзького (1945 р.) і Токійського (1946 р.) військових трибуналів, статuti міжнародних кримінальних трибуналів по Югославії (1993 р.) та по Руанді (1994 р.), Римський Статут Міжнародного кримінального суду 1998 р., інші конвенції і резолюції ООН¹.

На шостій сесії Комісії ООН з попередження злочинності і кримінального судочинства у 1997 р. було прийнято спеціальну резолюцію «Міжнародне співробітництво з питань кримінального права», яка передбачає заходи із вдосконалення участі держав у системі міжнародної співпраці. Їх використання безумовно призведе до однотипного регулювання суспільних відносин, пов'язаних із криміналізацією злочинів. Як вірно відмічає С. М. Мохончук, оцінка існуючих термінологічних визначень у західних наукових колах, приведення норм Кримінального кодексу України у відповідність до міжнародно-правових норм є одним із пріоритетів розвитку законодавчого процесу в галузі кримінального права. Саме цей шлях веде до правильної кваліфікації злочинів проти миру і безпеки людства при здійсненні кримінального судочинства².

На думку В. О. Іващенко, характерним для злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку є те, що вони посягають на міждержавні інтереси, тобто мають міжнародний характер. Очевидним є те, що проти злочинів міжнародного характеру жодна держава світу не може самостійно вести боротьбу в силу особливостей цих протиправних діянь, що вчиняються на території різних країн. У багатьох випадках держави вже досягли згоди щодо співпраці у боротьбі зі злочинами міжнародного характеру шляхом укладення відповідних міжнародно-правових договорів³. Відповідно до Проекту кодексу про злочини проти миру та безпеки людства ООН, кваліфікація будь-якої дії чи бездіяльності як злочину проти миру та безпеки людства не залежить від внутрідержавного права. Той факт, що будь-яка дія чи бездіяльність карається чи не карається відповідно до внутрідержавного права, не стосується цієї кваліфікації⁴.

До злочинів проти миру та безпеки людства – не застосовуються строки давності. Так, відзначаючи, що застосування до військових злочинів і злочинів проти людства внутрішніх правових норм, що стосуються терміну давності притягнення до юридичної відповідальності як до звичайних злочинів, є питанням, що викликає серйозну тривогу у світової спільноти, та через те, що дане положення перешкоджає судовому переслідуванню

і покаранню осіб, відповідальних за такі злочини, у 1968 р. було прийнято Конвенцію про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства (України ратифікувала Конвенцію 25.03.1996 р.)⁵.

Кваліфікація злочинів проти миру та безпеки людства пов'язана з вирішенням двох задач:

– з одного боку, слід визначити те основне, загальне, що поріднює злочини проти людства з іншими злочинами;

– з іншого – установити те специфічне, що складає особливість таких злочинів.

Складність досліджуваної проблеми і в тому, що на міжнародному рівні не існує чітких критеріїв змісту міжнародних злочинів і злочинів міжнародного характеру. Такі злочини часто називають «конвенційними злочинами», «кримінальними злочинами міжнародного характеру», «злочинами, що порушують міжнародний правопорядок» тощо. Цілком зрозуміло, що попри певну схожість названих термінів під ними часом розуміються різні види злочинів, а відповідно і різний ступінь визнання суспільно небезпечних діянь як злочинних при їх кваліфікації.

Виходячи з норм Кримінального кодексу України щодо злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку стає очевидним, що загальним об'єктом вказаних злочинів може виступати мир, безпека людства та міжнародний правопорядок⁶.

Статтею 6 Статуту Міжнародного воєнного трибуналу визначено систему аналізованих злочинів таким чином:

– до злочинів проти миру слід віднести: планування, підготовку, розв'язання або ведення агресивної війни або війни, яка порушує міжнародні договори, угоди, або участь в загальному плані чи змові, які спрямовані до здійснення кожного з вищевказаних дій;

– до воєнних злочинів слід віднести порушення законів або звичаїв війни. До цих порушень відносяться вбивства, катування чи поміщення в рабство або для інших цілей цивільного населення окупованої території; вбивства чи катування військовополонених або осіб, що знаходяться на морі; вбивства заручників; пограбування громадської чи приватної власності; безглузде руйнування міст чи сіл; розорення, не виправдане військовою необхідністю, та інші злочини;

– до злочинів проти людяності слід віднести: вбивства, винищення, поневолення, заслання та інші жорстокі дії, вчинені щодо цивільного населення до або під час війни, або переслідування за політичними, расовими чи релігійними мотивами з метою здійснення або у зв'язку з будь-яким злочином⁷.

Відповідно до Проекту кодексу про злочини проти миру та безпеки людства ООН до цих злочинів повинно бути віднесено: будь-які акти агресії, включаючи застосування владою якоїсь держави збройної сили проти іншої держави з якою б то не було метою, крім національної або колективної самооборони або виконання рішення або рекомендації компетентного органу ООН; будь-яка загроза влади будь-якої держави вдатися до акту агресії проти іншої держави; підготовка владою якоїсь держави застосування збройної сили проти іншої держави з якою б то не було метою, окрім національної або колективної самооборони або виконання рішення або рекомендації компетентного органу ООН; організації владою якоїсь держави або заохочення ними організації збройних угруповань в межах її території або який-небудь інший території для вторгнення на територію іншої держави, або допущення організації таких угруповань на його власній території, або допущення використання такими збройними бандами його території як операційної бази або відправного пункту для вторгнення на територію іншої держави, так само як і пряму участь в такому вторгненні або підтримка такого і т.д.⁸.

У науці міжнародного права злочини проти людяності і воєнні злочини часто поєднують в більш широкую групу – злочини проти безпеки людства⁹.

Під міжнародним правопорядком розуміється певний порядок у взаємовідносинах між державами, передбачений і встановлений міжнародним правом. Як слушно зазначає В. Р. Макара, міжнародний правопорядок – це такий порядок відносин, який функціонує на основі норм та принципів міжнародного права для регламентації правовідносин між його суб'єктами. Такий правопорядок є універсальним. Міжнародний правопорядок як міжнародно-правове явище не співпадає змістовно з такими поняттями, як «світовий порядок» та «світовий правопорядок». «Світовий порядок» являє собою геополітичну категорію, що відображає методи та засоби політичного регулювання міжнародних відносин у рамках глобалізованої світової спільноти. Разом із тим, використовуючи міжнародно-правовий інструментарій, світовий порядок може виступити як спосіб організації та реорганізації міжнародного правопорядку¹⁰.

На думку І. І. Карпець, злочини, які посягають на міжнародний правопорядок – це діяння, передбачені міжнародними угодами (конвенціями), що не відносяться до злочинів проти людства, але посягають на нормальні відносини між державами, завдають шкоду мирному співробітництву в різних галузях суспільних відносин (економічних, соціально-культурних, майнових і т.п.), а також організаціям і громадянам, карані або згідно норм, встановлених у міжнародних угодах (конвенціях), ратифікованих в установленому порядку, або згідно норм національного кримінального законодавства згідно з цими угодами¹¹.

Останнім часом перелік злочинів проти міжнародного правопорядку поповнюється. В. П. Панов, зокрема, зазначає, що при постійному зростанні міжнародної злочинності і невтішних прогнозах спеціалістів у цій галузі перелік злочинів міжнародного характеру не може бути вичерпним. Автор не виключає появи змін у їх якісних та кількісних характеристиках в умовах посилення нестабільності міждержавних відносин¹².

Режим, за якого функціонування системи міжнародних відносин здійснюється на основі сумлінного виконання зобов'язань суб'єктів, називається міжнародною законністю. В основі законності знаходиться механізм, сутність якого полягає в тому, що суб'єкт, який володіє правом, зацікавлений у виконанні зобо-

в'язання іншою стороною, у її правомірній поведінці та додає наявні в його розпорядженні засоби для досягнення мети. Але виконання зобов'язань іншою стороною можливо в тому випадку, якщо сам суб'єкт буде вірний своїм зобов'язанням. Відстоюючи свої права, держава затверджує режим міжнародної законності.

Однією з основних умов законності є наявність гарантій, за допомогою яких підтримується, а в разі потреби – відновлюється законність. Отже, гарантії законності – це спеціальні засоби і умови, які реально забезпечують вимоги законності. До них належать: попередження, виявлення та припинення правопорушень, а також невідворотність юридичної відповідальності¹³.

Таким чином злочини, які посягають на міжнародний правопорядок – це ті злочини, які порушують порядок відносин, які функціонують на основі норм та принципів міжнародного права.

Специфікуючи міжнародні стандарти до злочинів, передбачених Розділом XX Кримінального кодексу України можна згрупувати їх у залежності від загального об'єкта таким чином:

1) мир виступає загальним об'єктом для таких злочинів, як: пропаганда війни та планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни (ст. 436 та ст. 437 Кримінального кодексу України);

2) безпека людства виступає загальним об'єктом для таких злочинів, як: порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 Кримінального кодексу України), найманство (ст. 447 Кримінального кодексу України); застосування зброї масового знищення (ст. 439 Кримінального кодексу України), розроблення, виробництво, придбання, зберігання, збут, транспортування зброї масового знищення (ст. 440 Кримінального кодексу України), екоцид (ст. 441 Кримінального кодексу України), геноцид (ст. 442 Кримінального кодексу України);

3) міжнародний правопорядок виступає загальним об'єктом для таких злочинів, як: виготовлення, поширення комуністичної, нацистської символіки та пропаганда комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів (ст. 436¹ Кримінального кодексу України), посягання на життя представника іноземної держави (ст. 443 Кримінального кодексу України), злочини проти осіб та установ, що мають міжнародний захист (ст. 444 Кримінального кодексу України), незаконне використання символіки Червоного Хреста і Червоного Півмісяця, Червоного Кристала (ст. 445 Кримінального кодексу України), піратство (ст. 446 Кримінального кодексу України).

Виходячи з вищезазначеного, можна зробити **висновок**, що злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку – це комплексне поняття, яке об'єднує групи особливо небезпечних для усього людства злочинів, передбачених як такі міжнародним кримінальним правом і Кримінальним кодексом України, спрямованих проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку. Особливістю цієї групи злочинів є їх зв'язок з міжнародним кримінальним правом, за яким ці діяння також визнаються злочинами, що обумовлено суспільною значимістю правовідносин, які є об'єктом злочину.

¹ Кримінальне право України: навч. посіб. / С. Г. Волкотруб, О. М. Омельчук, В. М. Ярін та ін.; за ред. О. М. Омельчука. – К.: Наукова думка; Прецедент, 2004. – 297 с.

² *Мохончук С. М.* Проблеми юридичної кваліфікації злочинів проти миру і безпеки людства // Юрист України. – 2011. – № 4 (17). – Ст. 71–76.

³ *Іващенко В. О.* Сучасні проблеми становлення міжнародного кримінального права [Текст] / В. О. Іващенко // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2006. – № 6. – Ст. 67–73.

⁴ Проект кодексу про злочини проти миру та безпеки людства ООН від 01.01.1995 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_710

⁵ Конвенція про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства: Міжнародний документ від 26.11.1968 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_168/card6#Public

⁶ Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III // Офіційний вісник України. – 2001. – № 21. – Ст. 1.

⁷ Статут Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців [...]: Міжнародний документ від 08.08.1945 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/998_201

⁸ Проект кодексу про злочини проти миру та безпеки людства ООН від 01.01.1995 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_710

⁹ *Макар В. Р.* Формування єдиного європейського правопорядку: теоретико-правові підходи: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 – міжнародне право. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2011. – 18 с.

¹⁰ *Трикоз Е. Н.* Преступления против мира и безопасности человечества: сравнительный и международно-правовой аспекты. – М.: Юрлитинформ, 2007. – 512 с.

¹¹ *Карпец И. И.* Преступления международного характера / И. И. Карпец. – М.: Юрид. лит., 1979. – 264 с.

¹² *Панов В. П.* Международное уголовное право: учеб. пособ. / В. П. Панов. – М.: Инфра-М, 1997. – 320 с.

¹³ Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін.; за ред. проф. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – 2-е вид., перероб. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 544 с.

Резюме

Поповичук В. О. Визначення категорії «злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку».

Стаття присвячена проблематиці визначення об'єкта злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку. Встановлено міжнародні стандарти віднесення злочинів до групи міжнародних злочинів. Акцентовано увагу на міжнародному правопорядку як об'єкті злочинних посягань. Запропоновано доповнити національне кримінальне законодавство відповідно до загальноприйнятих міжнародних стандартів у цій сфері.

Ключові слова: злочин, об'єкт, мир, безпека людства, міжнародний правопорядок.

Резюме

Поповичук В. А. Определение категории «преступления против мира, безопасности человечества и международного правопорядка».

Статья посвящена проблематике определения объекта преступлений против мира, безопасности человечества и международного правопорядка. Установлено международные стандарты отнесения преступлений к группе международных преступлений. Акцентировано внимание на международном правопорядке как объекте преступных посягательств. Предлагается дополнить национальное уголовное законодательство в соответствии с общепринятыми международными стандартами в этой сфере.

Ключевые слова: преступление, объект, мир, безопасность человечества, международный правопорядок.

Summary

Popovychuk V. Establishment the category of «crimes against peace, human security and international legal order».

The article is devoted to the issue of definition of the object crimes against peace, human security and international law. Established international standards referring to crimes of international crimes. The attention is focused on the international order as the criminal attacks. Is proposed complement national criminal legislation in accordance with generally accepted international standards in this area.

Key words: crime, object, peace, human security, international order.

УДК 343.233:340.5(477)(045)

Н. М. ТАШЛИЦЬКА

Наталія Миколаївна Ташлицька, здобувач Київського університету права НАН України

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОЦІНКА СПРИЧИНЕННЯ ШКОДИ ЗА ЗГОДОЮ ПОТЕРПІЛОГО В АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКІЙ ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ

Законодавством України не передбачена кримінальна відповідальність за знищення людиною власного майна, заподіяння шкоди своєму здоров'ю (крім окремих випадків) або позбавлення себе життя (самогубство), проте існує кримінально-правовою кваліфікації заподіяння шкоди охоронюваним кримінальним законом України інтересам особи за її згодою.

Дослідженню згоди потерпілого присвятили свої праці такі вчені, як: П. П. Андрушко, С. В. Анощенкова, В. А. Блінніков, О. К. Газданова, М. В. Зенова, П. С. Дагель, А. А. Піонтковський, С. В. Познишев, Т. І. Присяжнюк, Н. Н. Розин, О. Б. Сибаль, І. І. Слущкий, М. Д. Шаргородський та ін. На монографічному рівні окремі питання згоди потерпілого на спричинення шкоди, досліджувалися такими вченими, як: Ю. В. Баулін, О. М., Красиков, Омар Мухаммед Мусса Ісмаїл, М. В. Сенаторов, О. В. Сумачов, М. С. Таганцев, К. С. Широков. Однак згода потерпілого на заподіяння шкоди власним охоронюваним законом інтересам як обставина, що виключає злочинність діяння, залишається недостатньо дослідженою у вітчизняній кримінально-правовій науці.

На практиці кваліфікація дій особи, яка заподіяла шкоду за згодою потерпілого, викликає складнощі, пов'язані з відсутністю нормативного регулювання згоди потерпілого як обставини, що виключає злочинність діяння. Подібне становище в законодавстві та практиці його застосування призводить до винесення неправосудних рішень, адже згода потерпілого, тим більше його особисте прохання, є одним зі способів розпорядження своїми особистими інтересами, правами і свободами. Одним із найбільш пріоритетних напрямків удосконалення кримінального законодавства в сучасній Україні в умовах євроінтеграції є вивчення законодавства інших держав. Встановлення подібного рішення якого-небудь питання досліджуваної проблеми, однакової юридичної техніки чи певних загальних рис дозволяє в майбутньому використовувати позитивний досвід кримінального права іншої держави, чи уникати помилок при створенні новел у кримінальному законі України. Тому метою даної статті є з'ясування особливостей регулювання згоди потерпілого в законодавстві інших держав, а саме країн англосаксонської правової сім'ї.

Державами-представницями англосаксонської (англо-американської) правової системи є Королівство Великої Британії та Сполучені Штати Америки, кожна з яких має свої правові особливості та різні підходи для врегулювання подібних питань в одній правовій сім'ї, а також домінування процесуального права над матеріальним. Запозичення цього досвіду дає можливість врегулювати питання правомірності заподіяння шкоди охоронюваним кримінальним законом інтересам за згодою потерпілої особи у національному законодавстві.

Велика Британія не має писаної Конституції, і під «англійською конституцією» розуміється сукупність норм закону і прецедентного права, що визначають систему і правомочності органів державної влади, права і свободи підданих. Сполучені Штати Америки, після досягнення незалежності, частково відмовилися від англійського права і прийняли Кодифіковані акти за континентально-європейським зразком, але згодом,

США залишилися в системі англосаксонського загального права, за винятком штату Луїзіана, право якого тяжіє до романо-германської (континентальної) правової сім'ї.

Кримінально-правова теорія англо-американської правової системи, як і більшість держав континентальної правової сім'ї, згоду потерпілого розглядає в контексті обставин, що виключають протиправність діяння. Вчений-криминолог Джеймс Ф. Стіфен одним із перших у своїх «Дигестах» визначив правила дієвості згоди, які в англійському кримінальному праві отримали прецедентне підтвердження. Згода може виражатися та мати юридичне значення за умови наявності певних ознак. Так, «Стіфеновські Дигести» встановлюють окремі винятки, за яких згода може визначатися кримінальним правом як правомірна, а саме:

1. Згода повинна бути вільно виражена й надати її може лише особа, яка перебуває при свідомому розумі, в твердій пам'яті і в ситуації, коли вона здатна сформулювати розумне судження щодо того, на що вона погоджується. До вільно висловленої згоди не відноситься згода, дана під впливом сили, обману або погроз різної природи.

2. Згода на медичну операцію може даватися особою тільки щодо себе або дитини, яка знаходиться під її опікою; згода вважається даною в ситуації, коли особа потребує медичної допомоги, але в силу обставин не перебуває при свідомому розумі.

3. Згода особи на застосування до неї сили також може бути надана у випадку, що не тягне тілесного каліцтва; згода на заподіяння тілесного каліцтва допускається тільки у випадку з правомірно здійсненими іграми або спортивними змаганнями.

4. Згода на заподіяння смерті або тілесного ушкодження, що тягне смерть з ймовірністю не може надаватися особою за жодних обставин; особа також не може надавати згоду на дуель.

5. Згода не має юридичного значення, якщо вона внаслідок застосування до особи сили веде до порушення громадського порядку або сприяє збігу маси безладно діючих осіб¹.

З наведеного випливає, що згода на спричинення шкоди своїм охоронюваним законом правам, інтересам, здоров'ю та життю має межі, вихід за які зумовлює невизнання згоди потерпілого обставиною, що виключає злочинність діяння.

При проведенні засідань Палати Лордів задля обговорення та вирішення судових питань, пов'язаних із згодою, а також у судових засіданнях, використовувались та були підтверджені більшість з правил Стіфена.

У контексті першого Стіфеновського правила, було вирішено питання про згоду у справі 1965 р., де зазначалось, що згода дітей віком 12 і 13 років щодо нанесення їм татуювання не має юридичного значення, оскільки в силу свого віку вони нездатні усвідомлювати природу вчиненого стосовно них діяння². У зв'язку з прецедентом, Палатою Лордів у 1984 р. при вирішенні справи по викраденню людини, було визнано, що оскільки при викраденні особи, невід'ємним елементом злочину є відсутність її згоди, то така відсутність згоди має встановлюватися завжди; що ж стосується згоди дитини, то, на думку лордів, це питання повинно вирішуватися залежно від її віку: зовсім юна дитина не здатна дати свідоме погодження, ніж дитина, яка старша, тим більше увагу потрібно приділяти її розвитку і спроможності розуміти навколишнє оточення³.

Третє правило Стіфена набуло свого відображення при розгляді справи про нанесення каліцтва з метою досягати сексуального задоволення (такі дії мали місце в приватній обстановці за згодою сторін) у 1934 р. Судом було зазначено, що «неправомірним є діяння, яке полягає в побитті іншої особи з такою мірою насильства, що заподіяння тілесної шкоди є можливим наслідком, і коли таке діяння доведено, згода не має юридичного значення»⁴.

У 1882 р. було підтверджено п'яте правило Стіфена щодо згоди при вирішенні судового прецеденту, в якому Джеймс Ф. Стіфен брав участь в якості члена колегії суддів. Відповідно до фабули справи, двоє чоловіків у присутності великого натовпу людей билися на кулаках з метою отримання грошової винагороди. Серед натовпу були присутні і обвинувачені у справі, які були притягнуті до відповідальності за напад (відповідно до чинного тоді права, сама вже присутність на незаконній боротьбі, що здійснюється за грошову винагороду, прирівнювалася до такої боротьби і розглядалося як кримінально караний напад). Під час перегляду судового рішення вищестоящим судом в апеляційній інстанції засуджені не визнавали обвинувачення та стверджували: оскільки боротьба здійснювалася за взаємною згодою учасників бійки, дані дії не можна розглядати як напад, проте Суд Корони для резервованих справ відхилив цей аргумент. Одним із суддів, була висловлена така думка: «згода особи, яка отримала удар, не має юридичного значення, якщо боротьба була неправомірною і поєднана із порушенням порядку»⁵. Ця позиція була підтримана й іншими суддями, які брали участь при розгляді справи і відзначили, що своєю згодою особа не може припинити публічне звинувачення, здійснюване «в інтересах суспільства для підтримки доброго порядку»⁶, і не може «позбавити Корону права захищати суспільство і підтримувати мир»⁷.

Джеймс Ф. Стіфен щодо значення згоди для вирішення питання про притягнення до кримінальної відповідальності зазначив таке: «Принцип щодо згоди видається мені таким: коли одна особа звинувачується у заподіянні тілесної шкоди іншій, згода особи, яка зазнала шкоди, не є підставою захисту для особи, яка заподіє шкоду, якщо шкода має таку природу або заподіюється за таких обставин, що її заподіяння є збитковим як для суспільства, так і для потерпілої особи. Але оскільки ушкодження, що наносяться і отримуються при боротьбі за гроші, шкідливі для суспільства як через те, що вони суперечать суспільному інтересу в тому, що життя і здоров'я тих, хто бореться ставляться під загрозу ударами, так і тому, що боротьба за гроші є небезпечним видовищем, оскільки згоду сторін на удари, які вони взаємно наносять, не виключають оцінки цих ударів як нападів»⁸. Позиція Стіфена щодо згоди була підтримана та застосована на практиці при вирішенні судових справ.

На сьогодні норми щодо заподіяння шкоди будь-якому благу за згодою потерпілого в англійській судовій практиці пов'язується з рішенням Палати Лордів 1993 р. у справі Брауна⁹. Згідно з обставинами справи група осіб з гомосексуальними садомазохістськими нахилами була засуджена за насильницькі дії відносно один одного в ході спільної сексуальної оргії. Під час розгляду вказаної справи в апеляційній інстанції засуджені керувалися тим, що згода надана ними на вчинення один щодо одного насильницьких дій була вільною і взаємно вираженою, при свідомому розумі і в твердій пам'яті, у зв'язку з чим і виключається кримінальна відповідальність. Апеляцію засуджених було відхилено Палатою Лордів трьома голосами проти двох. Лорд Темплман з приводу цього висловив думку, яка була підтримана голосами інших лордів при розгляді справи про гомосексуальний садомазохізм. Свої міркування лорд пояснював судовою практикою, а також тим, що праву відомі ситуації, коли незлочинним є насильство, яке заподіює тілесну шкоду, наприклад, медичне втручання, релігійні обряди (обрізання), татування, пірсинг, спортивні змагання. У зв'язку з чим, лорд Темплман вказав, що для логічного розв'язання справи необхідно слідувати рішенням за подібним прецедентом, який стався у 1882 р., а саме: насильницькі садомазохістські дії доволі часто є занадто небезпечними для життя і здоров'я учасників, пов'язані з алкоголем і наркотиками, і як такі цілком не вписуються у принцип свободи приватного життя, слідуючи якому згода можна було б визнати дієвою підставою захисту. Позиція лорда Темплмана полягала в тому, що згода в розглянутому контексті не може вважатися належною підставою захисту через порушення норм громадського порядку та моралі: «є принципова відмінність між випадковим насильством і насильством, яке має місце для прикриття жорстокості. Насильство послідовників садомазохізму прикриває садистську жорстокість і пригнічення гідності потерпілих. Таке насильство шкідливе для таких учасників і непередбачувано небезпечне. Я не готовий визнати згоду підставою захисту для послідовників садомазохізму, які сповідують і оспівують жорстокість... Суспільство має право й зобов'язане захищати себе від культу насильства. Задоволення, що отримується від заподіяння страждань, є поганим явищем»¹⁰.

Лордом Джонсі-Туллічеттл була висловлена думка в підтримку міркувань Темплмана щодо згадуваної справи, яка проголошувала виняток юридичної належності згоди. Так, лордом було встановлено правило щодо правомірної згоди, тобто такої, яка має юридичне значення як основа для захисту і згоди, яка не має достатньої підстави для звільнення від кримінальної відповідальності. Лорд Джонсі-Туллічеттл зазначав, що правомірна згода за необхідністю пов'язана з мірою застосовуваного насильства: «заподіяння реального або навіть більш серйозного тілесного ушкодження є неправомірною дією, стосовно якої згода не є підставою захисту». Також лорд Джонсі-Туллічеттл вважав, що згода за даних обставин справи, не може розглядатися як підстава для захисту ще й через порушення норм громадського порядку, оскільки насильницькі садомазохістські дії занадто небезпечні для життя і здоров'я, пов'язані з алкоголем і наркотиками, ВІЛ-інфекцією, розбещенням моралі і не можуть, виходячи з інтересів суспільства, розглядатися як правомірні, якщо вони навіть відбуваються за взаємною згодою¹¹. Лорд Лоурі, третій із лордів, які приймали рішення по справі, подав голос на підтримку думки його попередників та за відхилення апеляції. Він зауважив, що задля громадської користі, надання такої згоди статусу підстави захисту в даній справі виявляється неможливою¹².

Лорд Мастілл та лорд Слінн-Хадлі виступили за підтримку апеляції у справі Брауна. Розподіл системи права на дві підсистеми: приватну й публічну, визнані ще за часів Давнього Рима. За відомою формулою римського юриста Ульпіана, публічне право стосується становища держави, приватне – користі окремих осіб.

Так, лорд Мастілл у своєму рішенні по справі Брауна керувався нормами кримінального права з урахуванням розмежування публічного та приватного права, у частині приватних сексуальних відносин. Він вважав, що у даній справі йдеться не про норми поведінки, що визначені суспільною мораллю, а про правове визначення злочинного чи незлочинного діяння. За його словами: «держави повинна втручатися в права індивіда прожити своє життя так, як він може обрати, не більше, ніж це необхідно для підтримки належного балансу між приватними інтересами індивіда і загальними інтересами суспільства, які разом складають населення в цілому». У резолюції свого рішення лорд Мастілл вказав: «у даному випадку втручання держави було б надмірним, оскільки в аспекті розгляду дій, інтереси суспільства не страждали у досить сильному ступені для того, щоб виправдати кримінальне покарання; іншими словами, «ці взаємно узгоджені приватні дії» не є злочинами, які підпадають під дію відповідних норм права»¹³.

Лордом Слінн-Хадлі питання про згоду було вирішено з формально-юридичних позицій. На його думку, згода не є підставою для захисту тільки в низці випадків, пов'язаних із природою завданої шкоди, а отже необхідно розмежовувати реально серйозну шкоду (смерть і тяжкі тілесні ушкодження) і менш серйозні форми насильства; оскільки ж у даному випадку реально серйозної шкоди завдано не було, остільки згода має розглядатися як основа для захисту¹⁴.

Апеляцію по даній справі Палата лордів відхилила, проте засуджених це не спинило, і вони зажадали вирішити дану справу в Європейському Суді з прав людини. На захист своїх прав та інтересів вони стверджували, що їх засудження порушує ст. 8 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 р. про право кожного на приватне життя. Однак, суд, вказавши, що в даному випадку посягання з боку держави на приватне життя засуджених було виправдане інтересами суспільної користі і моралі, відхилив доводи заявників. (ст. 8 (2) Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 р.)¹⁵.

Статус згоди, як підстава захисту, залишився досить невизначеним у своїх юридичних межах і після винесення рішення Палатою лордів у справі Брауна. Невизначеність зумовлена тим, що, з одного боку, згода не може бути підставою для захисту щодо спричинення смерті або тяжкого тілесного ушкодження, з іншо-

го – не можуть визначатися злочинними діяння, які не спричинили реального тілесного ушкодження, а були породженням насильницьких дій, заподіяних за згодою потерпілого. На підставі рішення чотирьох лордів (лорди Темплман, Джонсі-Туллічеттл, Лоурі і Мастілл) по справі Брауна, які наголошували на т.з. «проміжній» шкоді, сформувався принцип – згода може бути основою для захисту, якщо вчинені дії не зачіпають інтереси суспільства в цілому.

У подальшому питання про згоду потерпілого на заподіяння шкоди будь-якому благу вирішувалися на підставі рішення, прийнятого у справі Брауна, у якому було визнано, що головним є розмежування публічного права з приватним, а також визначення тих взаємовідносин, в які держава в особі уповноважених органів не має права втручатися, а також за умови, що така згода носить суспільно корисний характер.

Пропозиції щодо врегулювання згоди потерпілого на заподіяння шкоди в межах Загальної частини кримінального законодавства висували у 60-х роках минулого сторіччя також й американські вчені. Так, у 1962 р. Комісія Інституту американського права підготувала й опублікувала тринадцятий варіант проекту Примірного (Зразкового) кримінального кодексу¹⁶. За словами одного із розробників проекту, цей акт є не догматичним затвердженням єдиного, «правильного» вирішення складних проблем кримінального права, а запрошенням до правової реформи. Кодекс був задуманий як «примірний», а не «єдиний», що приймався б в ідентичних формулюваннях скрізь¹⁷. Зразковий (примірний) КК США істотно вплинув на реформування кримінального законодавства всіх штатів, і особливо, на штату Нью-Йорк та Пенсільванії. У ст. 2.11. зазначеного Проекту «Згода» передбачалось: «1. Загальні положення. Згода потерпілого на поведінку, яка ставиться в провину як посягання, або на її результат, є підставою для захисту, якщо така згода виключає який-небудь з елементів цього посягання або запобігає заподіяння шкоди або зла, попередження якого має на увазі закон, що визначає це посягання. 2. Згода на заподіяння тілесного ушкодження. У випадках, коли поведінка ставиться у провину як посягання, оскільки вона заподіює тілесне ушкодження або створює загрозу його заподіяння, згода на таку поведінку або на заподіяння такого ушкодження є підставою для захисту, якщо: а) тілесне ушкодження, на яке дана згода або погроза якого створена поведінкою, на яку дана згода, не є тяжким; або б) така поведінка та ушкодження є розумно передбачуваним ризиком, з яким пов'язана спільна участь у законних змаганнях з атлетики або інших спортивних змаганнях; або с) згода утворює підставу для визнання такої поведінки правомірною відповідно до розділу 3 чинного кодексу (Розділ 3. «Загальні принципи визнання поведінки правомірною»). 3. Згода, яка не має сили. Якщо інше не передбачено чинним кодексом або законом, що визначає посягання, дозвіл не утворює згоди в сенсі цієї статті, якщо: а) він даний особою, що не має за законом права дозволяти посягання, що ставиться в провину як посягання; або б) він даний особою, яка в силу молодості, психічної хвороби або неосудності чи сп'яніння або свідомо для того хто діє, є нездатною мати розумне судження щодо характеру або шкідливості поведінки, що ставиться у провину як посягання; або с) він даний особою, непередбачувану згоду якої має на увазі попередити закон, який визначає посягання; або d) він викликаний такого роду силою, фізичним насильством або обманом, попередити який має на увазі закон, що визначає посягання»¹⁸.

У Кримінальному кодексі штату Нью-Йорк, що був прийнятий майже відразу після затвердження проекту Примірного (Зразкового) кримінального кодексу, норма з подібним змістом відсутня¹⁹. Однак Примірний (Зразковий) Кримінальний кодекс США вплинув на законотворчу діяльність у штаті Пенсільванія, у кримінальному законодавстві якого міститься параграф з окремою нормою, яка визначає межі правомірності згоди, а також встановлює, що згода є підставою для захисту, якщо шкода була спричинена розумно передбачуваним ризиком спільної участі в законному атлетичному чи спортивному змаганні або згода мала наслідок виправдання поведінки (параграф 311 Кримінального кодексу штату Пенсільванія (США))²⁰. Тобто, в американському законодавстві відбита позиція, що життя та здоров'я не повністю належать особі, а тому особа має обмежені права.

Аналіз прецедентного права Великої Британії й кримінального законодавства Сполучених Штатів Америки надав можливість узагальнити умови правомірності «згоди потерпілої особи» та вплив цього інституту на кримінально-правову кваліфікацію заподіяння шкоди охоронюваним законом правам сторонніми особами за згодою. Згода потерпілої особи на заподіяння їй шкоди може виключити злочинність посягання на здоров'я, особисту волю й свободу, право власності, за умови, якщо вона була вільно виражена та надана особою, яка перебуває у свідомому розумі; така згода може виражатись особою лише щодо власних інтересів, або щодо особи, яка знаходиться під опікою чи піклуванням, але лише для здійснення медичного втручання; згода на спричинення тілесного ушкодження може бути надана під час спортивних змагань, але ні за яких обставин згода не може бути надана на спричинення смерті або тілесного ушкодження з ймовірністю заподіяння смерті.

Для уникнення розбіжностей у тлумаченні окремих положень Кримінального кодексу України є необхідність більш детального вивчення провідного досвіду зарубіжних держав. Врахування такого досвіду, а також наукових розробок іноземних фахівців у галузі кримінальної юстиції, в частині кримінально-правової оцінки шкоди, заподіяної особі за її згодою, надасть можливість належним чином удосконалити вітчизняне кримінальне законодавство.

¹ Stephen J. F. A Digest of the Criminal Law (Indictable Offences) / 9-th ed., by Lewis F. Sturge. L., 1950. 580 p.

² Burrell v. Harmer, [1965] 3 All E.R. 684.

³ Regina v. D., [1984] A.C. 778 (per Lord Brandon of Oakbrook).

⁴ Rex v. Donovan, [1934] 2 K.B. 498, 507 (per Swift, J.).

⁵ Regina v. Coney & Others, (1882) 8 Q.B.D. (per Cave, J.).

⁶ Regina v. Coney & Others, (1882) 8 Q.B.D. (per Hawkins, J.).

⁷ Regina v. Coney & Others, (1882) 8 Q.B.D. (per Lord Coleridge, C.J.).

⁸ Regina v. Coney & Others, (1882) 8 Q.B.D. (per Stephen, J.).

⁹ Regina v. Brown, [1993] 2 All E.R. 75.

¹⁰ Regina v. Brown, [1993] 2 All E.R. 75. (per Lord Templeman).

¹¹ Regina v. Brown, [1993] 2 All E.R. 75. (per Lord Jauncey of Tullichettle).

¹² Regina v. Brown, [1993] 2 All E.R. 75. (per Lord Lowry).

¹³ Regina v. Brown, [1993] 2 All E.R. 75. (per Lord Mustill).

¹⁴ Regina v. Brown, [1993] 2 All E.R. 75. (per Lord Slynn of Hadley).

¹⁵ Laskey, Jaggard and Brown v. United Kingdom, (1997) 24 E.H.R.R. 39.

¹⁶ Сенаторов М. В. Потерпілий від злочину в кримінальному праві: дис. канд. юрид. наук: спец. 12.00.08. – Х., 2004. – 213 с.

¹⁷ Уголовное законодательство зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии). Сборник законодательных материалов / Под ред. И. Д. Козочкина. – М.: Зерцало, 1999. – 352 с.

¹⁸ Примерный Уголовный Кодекс (США). Официальный проект Института американского права. Пер. с англ. к.ю.н. А. С. Никифорова. Под ред. с предисловием д.ю.н. Б. С. Никифорова. – М.: Прогресс, 1969. – 304 с.

¹⁹ Уголовное законодательство зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии). Сборник законодательных материалов / Под ред. И. Д. Козочкина. – М.: Зерцало, 1999. – 352 с.

²⁰ Кримінальний кодекс штату Пенсильванія (США) – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://constitutions.ru/?p=7757>

Резюме

Ташлицька Н. М. Згода потерпілого на заподіяння шкоди в американській правовій системі.

Стаття присвячена аналізу інституту згоди потерпілого у кримінальному законодавстві держав англо-американської правової системи. Дослідження законодавства проведено на основі законодавства країн, представниць англо-американської правової сім'ї: Королівства Великої Британії та Сполучених Штатів Америки. Зроблено висновки, щодо доцільності законодавчого закріплення умов правомірності згоди потерпілого на заподіяння шкоди власному здоров'ю у Кримінальному Кодексі України.

Ключові слова: згода потерпілого, потерпілий, обставини, що виключають злочинність діяння, англо-американська правова система.

Резюме

Ташлицька Н. М. Согласие потерпевшего на причинение вреда в континентальной системе права.

Статья посвящена анализу института согласия потерпевшего в уголовном законодательстве государств англо-американской правовой системы. Исследование законодательства проведено на основе законодательства стран, представительниц англо-американской правовой семьи: Королевства Великобритании и Соединенных Штатов Америки. Сделаны выводы, о целесообразности законодательного закрепления согласия потерпевшего на причинение вреда собственному здоровью в Уголовном Кодексе Украины.

Ключевые слова: согласие потерпевшего, потерпевший, обстоятельства, исключающие преступность деяния, англо-американская правовая система.

Summary

Tashlitskaya N. Damage to the victim consent by the anglo-american legal system.

This article analyzes the institute of victim consent in the criminal legislation of the Anglo-American legal system. Research conducted within the laws of both countries, representatives of the Anglo-American legal family: Kingdom of Great Britain and the United States. Conclusions regarding the advisability of legislative consolidation of the victim consent to the injury to their health into the Criminal Code of Ukraine.

Key words: victim consent, victim, circumstances precluding criminality, Anglo-American legal system.

Е. Э. ЧЕРНИКОВ

Евгений Эдуардович Черников, прокурор Генеральной прокуратуры Украины

ОСОБЕННОСТИ ПОСЛЕДСТВИЙ КАК ЭЛЕМЕНТА ОБЪЕКТИВНОЙ СТОРОНЫ НЕНАДЛЕЖАЩЕГО ИСПОЛНЕНИЯ МЕДИЦИНСКИМ ИЛИ ФАРМАЦЕВТИЧЕСКИМ РАБОТНИКОМ СВОИХ ПРОФЕССИОНАЛЬНЫХ ОБЯЗАННОСТЕЙ

Ненадлежащее исполнение профессиональных обязанностей медицинским или фармацевтическим работником (ст. 140 УК Украины) представляет собой материальный состав преступления против жизни и здоровья человека. Это означает, в первую очередь, то, что к основным и обязательным признакам объективной стороны данного преступления следует относить не только действия (действие или бездействие), но и последствия и причинную связь.

Статья 140 УК Украины четко определяет, что уголовная ответственность за ненадлежащее исполнение медицинским или фармацевтическим работником профессиональных обязанностей наступает исключительно при условии наличия тяжких последствий. Таким образом, именно наступление последствий является обязательным и достаточным условием уголовной ответственности специального субъекта – медицинского или фармацевтического работника.

В то же время имеют место определенные сложности при квалификации деяний специального субъекта как преступных в связи с тем, что само понятие «тяжкие последствия» является оценочным.

Свои взгляды по поводу использования оценочных понятий в уголовном законодательстве высказывали разные специалисты в области уголовного права, в частности А. В. Кобзева, М. И. Панов, В. М. Кудрявцев, Е. А. Фролов, В. В. Питецкий, Ю. А. Демидов и другие.

Наличие в законодательстве оценочных понятий дает возможность правоприменительным органам учитывать социальную обстановку, специфические обстоятельства дела при его рассмотрении.

Законодатель Украины при конструкции материальных составов преступлений нередко прибегает к оценочным признакам (тяжкие последствия, иные последствия и т.д.). В разделах уголовного законодательства Украины понятие тяжких последствий имеет разную смысловую нагрузку. Правильность и точность понимания содержания этого понятия влияет на качество и единообразие применения уголовного закона правоприменителями.

Одной из проблем применения норм уголовного права, содержащих оценочные понятия, является сложность в их толковании органами досудебного следствия, прокурорами, судьями и т.д. По нашему мнению, для уменьшения риска неправильного применения уголовно-правовой нормы, содержащей оценочные признаки, необходимо разработать приблизительный, «рамочный» перечень признаков, относящихся к этой категории.

По мнению Н. И. Панова, критерии оценки должны быть разработаны теорией уголовного права и судебной практикой. Чем совершеннее и подробнее они разработаны, тем точнее может быть применен уголовный закон¹.

По мнению Г. В. Чеботаревой, использование оценочных понятий при описании преступлений в Особенной части уголовного закона является техническим приемом, без которого вряд ли можно обойтись законодателю. Однако его применение создает ряд проблем при толковании норм, в которых эти понятия приняты².

По мнению В. Н. Кудрявцева, содержание оценочных норм в определенной степени связано с правосознанием юриста, применяющего закон.

Необходимость законодательного использования понятий с оценочными признаками обусловлена тем, что они дают возможность учитывать социальную обстановку, специфические обстоятельства дела, которые наделены многогранным содержанием. Данные обстоятельства, как отмечает академик В. Н. Кудрявцев, не всегда возможно отразить и закрепить в законе или подзаконном нормативном акте. Общественные отношения в период действия уголовно-правовой нормы постоянно меняются, они развиваются, усложняются. Суд должен иметь возможность в определенных пределах учитывать эти изменения, которые происходят в жизни³.

Именно оценочные понятия обеспечивают такую возможность. В. В. Питецкий определил, что оценочными являются понятия, отражающие качественно-количественные характеристики явлений, которые непосредственно раскрываются только в процессе применения содержащих их норм, путем оценки, в пределах, установленных законодателем, с учетом конкретных обстоятельств каждого уголовного дела на основе правосознания субъектов, применяющих закон⁴.

Исходя из того, что понятие «тяжкие последствия» является оценочным, уголовный закон не предусматривает исчерпывающего перечня последствий, которые следует считать тяжкими.

По нашему мнению, к тяжким последствиям в пределах толкования ст. 140 УК Украины следует относить только те последствия, которые касаются жизни и здоровья человека, поскольку данная статья относится к разделу II «Преступления против жизни и здоровья человека», родовым объектом которых является сама жизнь и здоровье человека.

Это уточнение в свою очередь исключает из возможного перечня тяжких последствий те, которые не касаются жизни и здоровья человека (например, имущественный и моральный ущерб, потеря работы, ухудшение социального статуса лица и т.п.).

Оценочный характер понятия «тяжкие последствия» вызывает большое количество разнообразных интерпретаций этого понятия учеными. Единой позиции при квалификации преступления, предусмотренного ст. 140 УК Украины, нет.

Некоторые авторы полагают, что к тяжелым последствиям следует отнести смерть, тяжкое или средней тяжести телесное повреждение, инвалидность или иное осложнение болезни⁵.

Существует другое мнение по этому поводу. Так, к тяжким последствиям следует отнести смерть или самоубийство человека, причинение тяжких или средней тяжести телесных повреждений, причинения ятрогенного заболевания⁶.

Более широко толкует это понятие Я. Г. Лизогуб, относя к тяжким именно такие виды расстройства здоровья человека, которые требуют длительного и мучительного лечения, или создают опасность для жизни, или приводят к трудноизлечимым или неизлечимым болезням или вызывают тяжелые негативные реакции со стороны потерпевшего, направленные против него самого (тяжкое или средней тяжести телесное повреждение, самоубийство, различные тяжелые заболевания, характеризующиеся одним или несколькими из указанных выше признаков⁷.

Учитывая большую степень общественной опасности ненадлежащего исполнения профессиональных обязанностей медицинским или фармацевтическим работником, повлекшего смерть потерпевшего по сравнению с другими видами тяжких последствий, по нашему мнению, целесообразно выделить преступление с летальным исходом как квалифицированный состав данного преступления, и соответственно ужесточив ответственность за него.

В науке существует мнение о необходимости отождествления тяжких последствий для здоровья человека с телесными повреждениями различной степени тяжести. Однако, по нашему мнению, понятие тяжких последствий является более широким и не может ограничиваться только телесными повреждениями определенной степени тяжести.

Интересно мнение Г. В. Чеботаревой по этому поводу, которая утверждает, что категория «телесные повреждения» не способна полностью охватить все вредные последствия для здоровья человека, которые могут проявляться в результате нарушений преступными деяниями отношений, складывающихся в сфере медицины по поводу сохранения жизни и здоровья человека медицинскими средствами⁸.

Действительно понятие телесных повреждений не включает в себя такие явления, как психическое расстройство, венерическое заболевание, заражение ВИЧ, другие заболевания и патологические состояния⁹.

Подводя итог, отметим, что в связи с неопределенностью смысловой нагрузки понятия «тяжкие последствия» в рамках толкования статьи 140 УК Украины и отсутствием разъяснений по этому поводу Верховного Суда Украины возникает проблема неоднозначного понимания того, какие именно действия следует квалифицировать как преступные. Уголовный кодекс Украины применяет понятие «тяжкие последствия» в диспозициях многих статей, предусматривающих уголовную ответственность за преступления, посягающие на различные объекты: жизнь и здоровье, собственность и т.п.

В связи с этим в каждом конкретном составе преступления данное понятие имеет свое, отличное от предыдущего содержание. По мнению некоторых ученых, оценочные понятия в рамках уголовного закона должны иметь универсальный характер, то есть быть едины и применимы для любой нормы УК¹⁰.

Эта задача осложняется тем, что понятие «тяжкие последствия» применяется как обязательный признак объективной стороны или квалифицирующий признак преступлений с различным объектом.

Во-первых, по нашему мнению, целесообразно заменить в рамках статьи 140 УК Украины понятие «тяжкие последствия» на понятие «тяжкие последствия для жизни и здоровья больного».

Во-вторых, для унифицированного применения этой уголовно-правовой нормы целесообразно определить хотя бы примерный перечень последствий, который законодатель выделяет как тяжкие последствия для больного. Подобным образом данная проблема решена, к примеру, законодателями таких государств, как Республика Армения и Кыргызская Республика.

¹ Панов Н. И. Оценочные понятия и их применение в уголовном праве // Проблемы социалистической законности : Республ. межвед. сб. – Х., 1981. – Вып. 7. – С. 105.

² Колесникова Т. В. Суспільна небезпечність та наслідки злочину: питання співвідношення та кримінально-правової природи // Актуальні проблеми держави і права. Збірник наукових праць. – Одеса : Юридична література, 2012. – Вып. 64. – С. 531.

³ Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. – М., 2001. – С. 134.

⁴ Питецкий В. В. К вопросу о сущности оценочных понятий в праве // Социальное управление и право : Сборник научных трудов. – Свердловск : СИОН, 1977. – Вып. 61. – С. 89.

⁵ Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / За заг. ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – Х.: Одіссей, 2007. – С. 401.

⁶ Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / За ред. М. І. Мельника, В. А. Клименка. – К.: Юридична думка, 2004. – С. 324.

⁷ Лизогуб Я. Г. Проблеми кримінальної відповідальності за неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником // Право України. – 2005. – № 4. – С. 86.

⁸ Чеботарьова Г. В. До проблеми кримінально-правової оцінки тяжкої шкоди як змісту суспільно-небезпечних наслідків злочинів у сфері медицини // Підприємництво, господарство, право, 2010. – № 5. – С. 134.

⁹ Растропов С. В. Признаки, характеризующие объективную сторону преступлений против здоровья человека // Закон и право. – 2005. – № 7. – С. 41.

¹⁰ Джинджолия Р. С. Унификация оценочных признаков при квалификации преступлений против личности: Монография / Под ред. А. А. Магометова. – М., 2004. – С. 20.

Резюме

Черніков Є. Е. Особливості наслідків як елемента об'єктивної сторони неналежного виконання медичним або фармацевтичним працівником своїх професійних обов'язків.

У статті розглянуто наслідки як елемент невиконання або неналежного виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником. Запропоновано з метою забезпечення однакового застосування положень кримінального закону замінити поняття «тяжкі наслідки» на «тяжкі наслідки для життя і здоров'я пацієнта», а також визначити перелік таких наслідків. Обґрунтовано необхідність визначення кваліфікованого складу даного злочину при заподіянні смерті пацієнту.

Ключові слова: неналежне виконання професійних обов'язків, тяжкі наслідки, спричинення тілесних ушкоджень, заподіяння смерті.

Резюме

Черников Е. Э. Особенности последствий как элемента объективной стороны ненадлежащего исполнения медицинским или фармацевтическим работником своих профессиональных обязанностей.

В статье рассмотрены последствия как элемент неисполнения или ненадлежащего исполнения профессиональных обязанностей медицинским или фармацевтическим работником. Предложено с целью обеспечения одинакового применения положений уголовного закона заменить понятие «тяжкие последствия» на «тяжелые последствия для жизни и здоровья пациента», а также определить перечень таких последствий. Обоснована необходимость определения квалифицированного состава данного преступления при причинении смерти пациенту.

Ключевые слова: ненадлежащее исполнение профессиональных обязанностей, тяжкие последствия, причинение телесных повреждений, причинение смерти.

Summary

Chernikov E. Particularities of consequences of a crime as an element of the objective aspect of improper execution of medical or pharmaceutical workers' professional duties.

The article examines consequences of a crime as an element of the objective aspect of improper execution or non-execution of medical or pharmaceutical workers' professional duties. In order to ensure uniform application of the provisions of the criminal law the author suggests replacing the term of "grave consequences" in "grave consequences for the life and health of the patient", as well as determining the list of such consequences. Also the author justifies the necessity of determining the aggravating circumstances of this crime in case of causing patient's death.

Key words: improper execution of professional duties, grave consequences, causing bodily harm, causing death.

УДК 341.922.2

О. А. ВАСЯНОВИЧ

Ольга Анатоліївна Васянович, кандидат юридичних наук, доцент ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»

ВПЛИВ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА НА НАЦІОНАЛЬНУ ПРАВОВУ СИСТЕМУ ЯПОНІЇ

У часи, коли у суспільстві відбувається викорінення культурних та соціальних цінностей, досить важливим є дослідження й відновлення найважливіших правових джерел, які характеризують різні правові системи та сім'ї світу. Кожна нація, кожна особистість, володіючи знаннями своїх предків, зможе на високому рівні брати участь у правотворчій діяльності власної країни, враховувати звичаї, традиції, правила поведінки та норми моралі. Тому для нас важливими є такі аспекти: визначення приналежності держави до міжнародних правових систем та дослідження історичних і законодавчих процесів шляхом використання сучасних правових методів.

Японія – одна з країн далекосхідної групи, право якої принципово різниться від права та правових систем усього світу. Правова система Японії сягає 250 р. до н. е., коли на японських островах діяло неписане право, що не відокремлювалось від традиційних релігійних поглядів синтоїзму (поклоніння предметам природи – сонцю, місяцю, горам, рікам тощо). Протягом усього історичного розвитку країна піддавалась значному впливу філософських течій Китаю. Було прийнято ряд законодавчих актів «Конституція Сьотоку» (604 р.), «Маніфест Тайка» (646 р.), «Тайхо ре» і «Тайхо рицу» (701–702 рр.), що створили досконалу машину управління імперією на чолі з імператором. Суспільство було поділено на класи. Кожен клас повинен був виконувати обов'язки відповідно до класової приналежності. Розглянемо ключові моменти, що вплинули на розвиток права та правої системи Японії в цілому.

Зобов'язання японців були прописані в юридичних звичаях «рицу-ре». «Рицуре» – відомі звичаєві норми, що закріпили кримінальні (рицу) та адміністративні (ре) норми (щодо відносин цивільно-правового характеру, то вони діяли відповідно до звичаєвих норм, які склались у суспільстві). Своєю появою вони зобов'язані епосі правління Асука (592–710 рр.) та Нара (710–794 рр.), що відома під назвою *держава рицуре* (*рицуре кокко*). Термін «рицуре» охоплює не лише систему законодавчих актів, а й систему державної влади. Значення цих звичаєвих норм можливо оцінити лише дослідивши правові джерела епохи рицуре. Початком найважливіших змін вважається прийняття першої писаної Конституції Сьотаку, що була незвичайною конституцією у прямому значенні слова «незвичайність». Вона охоплювала елементи таких джерел права, як закон, а також трактатів у формі приписів та настанов, адресованих владі й народу. Тобто, Конституція була таким собі традиційним звичаєвим актом, що був одночасно і звичаєвим, і законодавчим актом¹.

Видатною подією стало виникнення писаного права – перших законів «Омі ре» та «Темму ре», які в науковій літературі прийнято називати «кодексами» або «звід законів» (звід «Омі рицуре»). Хоча *Омі ре* не було збережено, та залишилися деякі дані, що свідчать про наявність у ньому консервативних дореволюційних звичаїв. *Темму ре* також не збереглися та не були введені в дію взагалі через супротив впливових тогочасних верхів, адже містили питання сприяння розвитку та обрання на посади талановитих людей.

Першим суто правовим актом у Японії став рицуре – *Тайхо рицуре*. У ньому відображені реформаторські ідеї реформатора Тайко, коли реформи «йшли повним ходом». З ними привілеї надавались чиновникам та знаті, селяни повинні були платити податки, підкорюватись владі. Хоча у *Тайхо рицуре* і закріплювались обов'язки влади добросовісно виконувати свої обов'язки. Якщо проаналізувати *Тайхо рицуре*, то ми дійдемо висновку, що його норми стосувались кримінального та кримінально-процесуального права. Відомо, що поділу на галузі права у ті часи ще не було, хоча для законодавства рицу був характерним поділ на адміністрацію та юстицію, цивільний та кримінальний процес, інститути солідарної відповідальності, пом'якшення покарань для привілейованих осіб тощо.

Отже, для системи права *рицуре* були характерними розвиток системи законодавчих актів, існування та виконання діючих тогочасних судових процедур, що включали інститут апеляції, спрямованість права на

виправлення злочинця (шляхом покарання злочинця виправити його таким чином, щоб він відповідав п'яти нормам конфуціанської моралі²), пом'якшення кримінальних покарань, тривалий період відмови від смертної кари, обмеження у застосуванні тортур. На належному для того часу рівні проводилась юридична підготовка. Правова система будувалась на принципі: «не існує злочинів, не існує покарань крім тих, які не містяться у законі».

Розвиток правової системи Японії нерідко поділяють на декілька епох (етапів):

- правова система давньої Японії;
- правова система древньої Японії;
- правова система федеральної Японії;
- правова система Японії на етапі переходу до Нового часу;
- правова система Нового часу;
- правова система сучасної Японії³.

Час *рицуре* припадає на епоху древньої Японії та, на думку автора, є ключовим моментом у формуванні самобутнього права японців, яке хоча й піддалося впливу європейських правових систем, та все ж залишило свою первинну традиційну складову, що виділяє його з осередку далекосхідних правових систем сучасності.

Вбачається, розвиток правової системи Японії характеризувався такими ознаками:

а) загальносвітовими закономірностями еволюції правової культури, що відслідковувались навіть у часи ізоляції Японії від зовнішнього світу та відзначались високою зрілістю її правових ідей та інституцій;

б) умовами та потребами японського суспільства, що визначили специфіку національної правової системи, яка збереглася і до наших днів;

в) кількома «хвилями» рецепції зарубіжних правових систем, які вплинули на національні потреби японців.

Ще раз ми знаходимо підтвердження точки зору про те, що правова система Японії зберегла традиційні елементи через призму поєднання правових та традиційних методів регулювання у праві, впливу гуманності на моделі права, правотворчості, правозастосування (наприклад, намагання виправити злочинця через покарання, як зазначалось вище).

Розглянемо питання рецепції у національну правову систему Японії. Цей період сягає 1868 (період *Реставації Мейдзи*) – 1945 рр., коли Японія отримала поразку у Другій світовій війні. Реставація Мейдзи полягала у модернізації усіх сфер життя японців – політичній, економічній, соціальній, культурній та ін. Керуючись конституційною формою правління, Японія сформувала державу нового рівня. Індустріалізація підвищила авторитет країни на світовому ринку. Були переглянуті нерівноправні договори із західним світом. Зміни у суспільстві відбувались досить м'яко: поєднуючи та синтезуючи традиції і цінності старого світу та новітніх сучасних розробок нового світу. Японія виявилась надзвичайно унікальною країною, адже усі зміни, що відбувались у Новий час, природно адсорбувались суспільством та були прийняті без заперечень⁴.

Японією здійснено ряд заходів світового рівня у правовій сфері, але із збереженням власних звичаїв та традицій: концепцію поділу влади на законодавчу та виконавчу; розвитку соціально рівних відносин, тобто розпад системи покарання для привілейованих осіб та селян; демократизацію державного ладу. Японські законодавці намагались адаптувати англійські, французькі, німецькі моделі права, зберігаючи самобутність власної правової традиції. Ними були відкинуті ліберальні традиції англійського прецедентного права, оскільки такі погляди були основою кодифікованого домедзійського китайського права, надавши перевагу французькому праву (теорія природного права). Але вже у 1880 р. лідери Японії прийняли Кримінальний кодекс, що відповідав німецькій моделі права. Ключовими моментами стали правова визначеність, формально-логічний аналіз, конституційний лад держави, але через призму *токугавської концепції* (право – це не втілення ідей справедливості саме собою, а система тих самих ідей справедливості, що втілюються лише державою). Отже, для об'єднання права у єдину систему Японії німецька правова система стала таким фактором та прийняла рецепцію західного цивільного права⁵. Важливим фактором стало скасування класової нерівності:

- скасування правління князів та централізація влади;
- скасування особливого статусу військових (щодо цінних паперів, заборона носити мечі);
- скасування продажу людей;
- скасування категорій парів «ета» та «хінін», скасування заборон на носіння прізвиськ простим народом;
- дозвіл на укладення шлюбів між різними соціальними прошарками населення;
- право жінки на розлучення.

Особливістю та досягненням можливо вважати створення першого суду нового типу в Токіо в 1871 році. Адже усім відома жорстокість та несправедливість судів Японії, що приймали рішення на користь еліти та вищих прошарків населення. До речі, судові закони було прийнято під впливом голландського та французького права. Вперше з'явився інститут прокурорів, інститут адвокатів, що мали назву *дайгенін*. У 1898 р. введено в дію Цивільний кодекс, який було укладено японськими спеціалістами із західного права, що прагматично відібрали «раціональні зерна» для того, щоб зберегти самобутність японської правової системи. У кінцевому варіанті ЦК Японії містить схожі елементи з ЦК Франції⁶. У 1899 р. введено в дію Торговий кодекс. Важливим кроком у правотворчості Японії було створення конституції, яку ще називають *Конституцією Мейдзи* – перша конституція в історії Японії, що датується 1889 р. та введена в дію 1890 року. Її принципами було збереження абсолютної божественної влади імператора та непрямого традиційного

методу прийняття рішень підданими імператора, наявність розподілу влади, принцип незалежності судової влади, права підданих обирати, недоторканність приватної власності тощо.

Японія зробила ряд кроків, спрямованих на гармонізацію та адаптацію правової системи із західним правом, але все одно не вийшла на високий рівень капіталізму, залишаючи нерозглянутими нерівноправні домовленості та договори. У 1928 р. вперше було проведено загальні вибори до парламенту із наданням виборчих прав. Було внесено зміни до Кримінального кодексу у зв'язку із проведенням реформи КК Японії. Акцент зосередився на правах людини та зміні застарілих процедурних питань.

Важливим періодом стала війна Японії та Китаю, що вплинула на правову систему Японії, перевівши її у тоталітарне русло. Такий факт суперечив усім конституційним нормам. Тому цей період справедливо характеризується злом існуючої правової системи та відходом від демократичних цінностей, що дбайливо формувались протягом усього періоду Нового часу.

Період сучасної Японії починається із завершенням Другої світової війни поразкою Японії та може бути охарактеризований таким чином:

- розпуск збройних сил та правових організацій, проведення земельної реформи та ліквідація землеволодінь поміщиків, реорганізація *дзайбацу*⁷ та прийняття антимонопольного законодавства;
- прийняття нової Конституції 1947 р., до якої до сьогодні не вносились зміни та яка встановила суверенітет народу на обрання двопалатного парламенту, демократизацію прав та свобод громадян, заборону використання військових засобів впливу для вирішення міжнародних конфліктів;
- ліквідація таємної поліції *токко*, децентралізація загальної поліції.

У приватноправових відносинах було повністю переглянуто положення Цивільного кодексу, надано рівні права у сім'ї чоловіку та дружині, переглянуто трудові права та прийнято низку законів. У сфері освіти та питання захисту соціальних прав вступили в силу нові закони. Кримінальний кодекс було приведено у відповідність з Конституцією. Наразі КК зберігає ознаки, яких йому було надано реформами 1947 року. У 1948 р. прийнято Кримінально-процесуальний кодекс.

Звичайно, англо-американське право значно вплинуло на розподіл державної влади, на трудові відносини, права та свободи особи, але японське право не піддалося тотальній американізації і його неможливо назвати американізованим. Досі усі спори між членами родини вирішуються на основі звичаїв – *гирі* та не звертаються до суду. Наприклад, перед укладенням шлюбу сім'я чоловіка та дружини звертаються до посередника, який вирішує усі питання, пов'язані зі вступом у шлюб та виступає у ролі свідка. Але його основним завданням є мирне вирішення спорів, що можуть виникнути між подружжям у майбутньому або між членами їх родин. За японськими звичаями, подружжя може подати на розлучення, коли усі методи посередника вичерпано та партнери бажають розлучитися. Посередники вирішують аліментні та інші наслідки розлучення. Адвокати у цьому процесі не відіграють жодної ролі. У питаннях найму жилого приміщення, дорожньо-транспортних пригод важливе значення мають посередники. Наприклад, посередником у ДТП може виступати поліцейський, який вийшов на пенсію, що компетентний у вирішенні такого роду питань, співробітник фірми потерпілого, діяч спілки, бізнесмен, якого поважають у суспільстві. Як зазначалось, сторони звертаються до суду у крайньому випадку, але і в цьому випадку суддя повинен врахувати ряд неписаних законів: поважність та статус сторін, якщо предметом спору є договір – строк існування договору, ділові зв'язки, економічний стан партнерів. Найчастіше суддя приймає рішення за принципом «все або нічого», тобто одна сторона наділяється повнотою прав, а інша повністю обмежується у таких правах. Японські бізнесмени вважають таку процедуру дуже жорстокою. Тому намагаються вирішити спори мирним шляхом. Та навіть коли ситуація доходить до суду, той надає можливість скористатися такою інституцією, як *процедура примирення*. За заявою однієї зі сторін створюється арбітражний комітет, що заслуховує сторони та намагається примирити їх. Винятком є сімейні справи, для яких арбітраж не створюється. Такий арбітраж не вважається попередньою стадією судового процесу⁸. Досить цікавим фактом є кількість цивільних справ, які дійшли до прийняття судових рішень. У 1959 р. 40 % справ, що надійшли до судів Японії, були вирішені мировими угодами у арбітражному комітеті, 20 % – шляхом компромісу у залі судового засідання, у 14 % позовну заяву було відкликано; а 26 % дійшли до прийняття рішень судовими органами.

Таким чином, поряд із правовими способами вирішення справ та загалом існування правової системи Японії, існують традиційні, звичасві методи (звичаї *гирі*), що сформували сучасну, самобутню та таку, що відрізняється від усього світу правову систему Японії.

¹ Попов К. А. Законодательные акты средневековой Японии / К. А. Попов. – М. : Наука, 1984. – С. 52–54.

² Янаги Хароу. Кэмпо ёко (Общие очерки конституционного права) / Янаги Хароу. – Курумэ : Сано сёбо, 1984. – С. 14.

³ История правовой системы Японии / отв. ред. А. А. Кириченко. – М. : Российская политическая энциклопедия, 2010. – 293 с.

⁴ Васильев Л. С. История Востока / Л. С. Васильев. – М. : Высшая школа, 1994. – Т. 2. – С. 217.

⁵ Ито Масами. Гэндай хогаку (введение в современную науку права) / Ито Масами, Като Итиро. – Токио : Юхикаку, 2000. – С. 220–221.

⁶ Юка Т. Мейдзи мимпо то Умэ Кэндзиро (Мейдзийский гражданский кодекс и Кэндзиро Умэ) / Т. Юка // Хогаку сирин. – 1991. – Т. 88. – № 4. – С. 15.

⁷ Дзайбацу – (яп. «власність») назва монополії у Японії, «грошовий клан», конгломерат, використовувався з середини ХІХ до середини ХХ століття. Ним йменували великі сім'ї, що контролювали банківські та індустріальні об'єднання : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dic.academic.ru/dic.nsf/ruwiki/40897>

⁸ Кётц К. Сравнительное частное право : в 2 т. / Х. Кётц, К. Цвайгерт. – М. : Международные отношения, 2010. – Т. I: Основы. – С. 300.

Резюме

Васянович О. А. Вплив міжнародного права на національну правову систему Японії.

У статті аналізуються питання виникнення та розвитку джерел права Японії, вплив міжнародного права та національних звичаїв, традицій, норм моралі та суспільства.

Ключові слова: рицуре, Конституція Сьотаку, реставрація Мейдзи, Кримінальний кодекс Японії, Цивільний кодекс Японії, інститут примирення, далекосхідна правова система.

Резюме

Vasianovych O. A. Влияние международного права на национальную правовую систему Японии.

В статье рассматриваются вопросы возникновения и развития источников права Японии, влияние международного права и национальных обычаев, традиций, норм морали и общества.

Ключевые слова: рицуре, Конституция Сётаку, реставрация Мейдзи, Уголовный кодекс Японии, Гражданский кодекс Японии, институт примирения, дальневосточная правовая система.

Summary

Vasianovych O. The impact of international law in the national legal system of Japan.

The article examines the occurrence and development sources of law in Japan, the impact of international law and national customs, traditions, moral norms and society.

Key words: ritsure, the Sétaku Constitution, the Meiji Restoration, Japan's Criminal Code, the Civil Code of Japan, the Institute of reconciliation, the legal system of the Far East.

УДК 35.078.3 : 343.451 : 044 (477) (075.8)

О. О. ГАЙДУЛІН

Олександр Олександрович Гайдулін, кандидат філософських наук, кандидат юридичних наук, доцент, доцент ДВНЗ «Національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»

**ІНТЕРПРЕТАЦІЯ ДЖЕРЕЛ ІНСТИТУТУ ЕЛЕКТРОННИХ ДОГОВОРІВ:
ФЕДЕРАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО НІМЕЧЧИНИ**

Президент України 25 вересня 2015 р. підписав доленосний для нашої економіки акт – Закон України про електронну комерцію¹. Отже, ми стоїмо на порозі створення нового міжгалузевого правового інституту цивільного та інформаційного права – інституту електронних договорів, що потребує спеціального наукового дослідження. Так сталося, що вітчизняна доктрина права, яка в пострадянський період все більш наполегливо повертається до романо-германської правової традиції, переважно ґрунтується на концептуальних засадах, розроблених творцями Германського цивільного уложення. Тому осмисленню правової природи цього нового інституту сприятиме вивчення тих положень німецького законодавства та доктрини, які стосуються інституту договорів, укладених в електронній формі (Elektronische Form).

Договори, укладені в електронній формі, різною мірою розглядалися у наукових дослідженнях вітчизняних юристів, серед яких необхідно виділити дисертації, які захистили О. В. Кохановська (кандидатська в 1998 р. та докторська в 2006 р.), М. М. Дутов (2003 р.), О. А. Присяжнюк (2007 р.), К. С. Шахбазян (2009 р.), а також нову монографію Н. Є. Блажівської за науковою редакцією Р. О. Стефанчука². Однак спеціальних досліджень правового регулювання в Німеччині електронних договорів не здійснено за винятком змістовної статті економіста-міжнародника В. С. Морозова (2012 р.), яка закладає основи вивчення цього правового інституту в більш широкому контексті електронної комерції у ФРН³.

Мета статті полягає в тому, щоб визначити основні правові джерела правового регулювання електронних договорів в Німеччині для подальшого більш поглибленого їх вивчення методами правової компаративістики.

За даними звіту Німецької асоціації електронної комерції та дистанційної торгівлі (The German E-Commerce and Distance Selling Trade Association – BvH), який був опублікований у лютому 2014 р., у цьому році індустрія електронної комерції в Німеччині зросла на 42 %, а обсяг продаж в мережі Інтернет досягнув €39,1 млрд. Прогнозується, що цей оборот у 2014 р. зростатиме на 24,8 % і в абсолютному значенні дорівнюватиме €48,8 млрд⁴. Такому зростанню сприяє струнка система законодавства у цій сфері.

Аналіз актів федерального законодавства Німеччини, які різною мірою стосуються відносин, що виникають з електронних правочинів, дав змогу згрупувати їх за наступними підсистемами: 1) Конституція ФРН та федеральні закони, які є нормативною гарантією реалізації свободи інформації; 2) законодавчі акти адміністративного права, які встановлюють режим електронного врядування; 3) акти господарського законодавства, які регулюють відносини у сфері електронної комерції; 4) цивільне законодавство, яке регулює укладення, форму, зміст, виконання та припинення електронних договорів. Розглянемо ці групи актів окремо.

Законодавчі гарантії свободи інформації. Найбільш загальні засади інституту електронних договорів у Німеччині закладені в Основному законі ФРН – *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (GG). Так, у абзаці 1 ст. 5 GG поряд з правом «вільно виражати і розповсюджувати свою думку усно, письмово так і через зображення» закріплене й конституційне право «безперешкодно отримувати інформацію з загальнодоступних джерел», що на найвищому законодавчому рівні поряд з іншим легалізує й використання мережі Інтернет для ведення переддоговірних переговорів та оформлення електронного контракту⁵.

До основних актів у цій сфері необхідно віднести передусім *Федеральний закон про захист даних (Bundesdatenschutzgesetz – BDSG)*⁶. Прообразом цього акта був Закон про захист персональних даних землі Гессен 1970 р., який визнається першим у світі нормативно-правовим актом, призначеним для регулювання інформаційних відносин між приватними особами і державою. Перша редакція федерального закону про захист персональних даних датується 1977 роком. У 1990 р. BDSG був переглянутий. У редакції 2001 р. він був приведений у відповідність із Директивою Європейського Парламенту і Ради «Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних» від 24 жовтня 1995 р. (95/46/ЄС)⁷. Окремі зміни до цієї редакції було внесено в 2003 та 2009 роках. Головна мета цього закону полягає в тому, щоб захистити окрему особу від посягань на недоторканність її приватного життя через маніпулювання її персональними даними.

Право на захист персональної інформації істотно доповнюється суб'єктивним правом приватних осіб на одержання публічної інформації, яке гарантується державою через реалізацію принципу *адміністративної прозорості (Verwaltungstransparenz)*, більш спеціалізованого щодо принципу свободи інформації.

Цей принцип покладено в основу наступного джерела інформаційного права – *Федерального Закону «Про регулювання доступу до інформації федерального уряду (Закон про свободу інформації)» – Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG)*, який був ухвалений у червні 2005 р. та набув чинності 1 січня 2006 року⁸. Цей закон дає право доступу фізичних та юридичних осіб до офіційної інформації, що знаходиться у розпорядженні федерального уряду. Така інформація повинна надаватися в усній формі, письмово або в електронному вигляді протягом одного місяця після подання запиту⁹.

До законодавчих актів, які гарантують правовий захист персональних даних, також належить *Федеральний Закон про посвідчення особи і електронний документ, що посвідчує особу* від 18 червня 2009 р. – *Gesetz über Personalausweise und den elektronischen Identitätsnachweis (Personalausweisgesetz – PAuswG)*¹⁰, який істотно уточнюється на рівні підзаконних актів, зокрема щодо правового режиму електронної ідентифікаційної карти (ID карти)¹¹ та їх оформлення¹².

Законодавчі засади електронного врядування. Забезпечення надійності договору, укладеного в електронній формі, неможливе без звернення до різноманітних електронних реєстрів, баз даних і баз знань, які перебувають у віданні уряду. Тому до джерел інституту електронних договорів має бути віднесений і *Федеральний закон від 25 липня 2013 р. Про підтримку електронного врядування – Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung (E-Government-Gesetz – EGovG)*¹³. Цей Закон створює правові засади функціонування Системи електронного врядування (E-Government), клієнти якої можуть отримати доступ до публічної інформації (зокрема у сфері електронного бізнесу), якою володіє федеральний уряд, трьома способами: за допомогою телефонного зв'язку через урядові центри виклику, через Інтернет (у формі обміну електронними документами), через бюро звернень громадян (у формі обміну паперовими документами).

Найбільш докладно врегульовано інформаційні відносини з федеральними судами. Базовим у встановленні режиму електронного обміну є *Федеральний Закон від 10 жовтня 2013 р. Про сприяння електронним правовим зв'язкам з судами – Gesetz zur Förderung der elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten (GERG)*¹⁴. Окремими підзаконними актами врегульовується режим обміну електронними даними з Федеральним судом юстиції (Bundesgerichtshof, BGH) та Федеральним патентним судом¹⁵, Федеральним адміністративним судом та Федеральним фінансовим судом¹⁶, Федеральним соціальним судом¹⁷ та з Федеральним судом з трудових спорів¹⁸. Спеціальним положенням встановлюється порядок обороту електронних документів у інформаційних відносинах з Федеральним управлінням юстиції¹⁹. Цей пакет нормативно-правових актів є досить актуальним для забезпечення судового захисту суб'єктивних прав і законних інтересів сторін договірних зобов'язань.

Федеральне законодавство у сфері електронної комерції. Наступну підсистему німецького федерального законодавства як джерела права електронної комерції ФРН утворює низка нормативно-правових актів, головним серед яких є Закон з рамкових умов для електронних підписів від 16 травня 2001 р. – *Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen (Signaturgesetz – SigG)*²⁰, загальні положення якого уточнюються в Постанові по електронному підпису від 16 листопада 2001 р. – *Verordnung zur elektronischen Signatur (Signaturverordnung – SigV)*²¹.

На федеральному законодавчому рівні регулюються й відносини інтелектуальної власності, пов'язані з інформаційними технологіями. Прикладом такого законодавчого акта є Закон про охорону топологій мікро-

електронних напівпровідникових виробів від 22 жовтня 1987 р. – *Gesetz über den Schutz der Topographien von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen (HalbSchG) vom 22. Oktober 1987*²².

При укладенні договорів між інвесторами (пайовиками) та інвестиційними компаніями, які в Німеччині здійснюють управління інвестиційними фондами, необхідно враховувати вимоги положення, яке регулює використання електронних технологій у відносинах з національними інвестиційними фондами та інвестиційними фондами ЄС²³.

Проте слід пам'ятати, що у ФРН встановлений «м'який» дуалізм приватного права, за яким норми цивільного законодавства є загальними щодо норм комерційного законодавства. Тому норми законодавчих актів у сфері електронної комерції набувають певного сенсу тільки через їх системне тлумачення у нерозривному зв'язку з нормами цивільного законодавства.

Форма контракту в договірному праві Німеччини. Дві перші вищенаведені групи джерел утворюють публічно-правові передумови реалізації норм інституту електронних договорів. Однак безпосереднє регулювання зобов'язань, які виникають з електронних договорів, що, як і всі контракти, мають явно виражений приватноправовий характер, здійснюється головним чином на основі відповідних приписів Германського Цивільного уложення 1896 р. – *Bürgerliches Gesetzbuch von 1896 (BGB)*.

Реалізація принципу вільної форми договору, що проголошується як у міжнародно-правових актах, так і в актах національного законодавства, не спрощує його оформлення, а лише прискорює укладення. На практиці письмова форма не витісняється, а спеціально розроблений текст договору заміщується обміном відповідними документами (листом, рахунком-фактурою), які все частіше репрезентуються в електронній формі і обмінюються в мережі Інтернет.

«Електронна форма» (*Elektronische Form*) та «текстова форма» (*Textform*) введені новими параграфами § 126a, 126b BGB, визнаються новими договірними формами. Тому їх слід відрізнити від письмової форми договору. Якщо законом передбачена письмова форма, то угода не може бути здійснена в текстовій формі, тобто шляхом обміну документами за допомогою телекомунікаційного та поштового зв'язку. Окремою формою правочину німецький законодавець визначає нотаріальне посвідчення (*Notarielle Beurkundung*) (§ 128BGB).

Отже, за німецьким цивільним правом електронна форма є різновидом узгодженої форми, а не письмової, як це визнається в більшості інших країн. Водночас письмова форма може бути замінена *електронною формою (Elektronische Form)*, якщо інше не випливає із закону, але для цього така *Elektronische Form* має бути доповнена ім'ям укладача та його *кваліфікованим електронно-цифровим підписом (qualifizierten elektronischen Signatur)*;

За загальним правилом вимоги, що застосовуються до *узгодженої форми (Vereinbarte Form)*, в тому числі електронної, такі самі, що й до письмової форми, однак з певними застереженнями. Зокрема, якщо відсутні підстави передбачати іншу волю сторін, то за таких умов очевидності волевиявлення вимоги до електронної форми (*Elektronische Form*) послаблюються і наближаються до тих, що застосовуються до традиційної письмової форми (§ 126a, п. 3 § 127 BGB)²⁴.

Отже, можемо зробити висновок, що фундаментальні закономірності формування договірних зобов'язань незмінні – по суті приватноправової природа договорів, навіть якщо вони укладені в електронній формі, жодним чином не перетворюється на публічно-правову, незважаючи на те, що учасники договірних відносин паралельно включені в адміністративні (владно-управлінські) відносини, що регулюються інформаційним правом. Саме тому короткий аналіз федерального законодавства ФРН як джерела інституту електронних договорів свідчить – найістотніші аспекти (сама угода, а також форма, зміст, дійсність договору) таких договорів врегулюванні актами цивільного законодавства.

¹ Про електронну комерцію : Закон України від 3 вересня 2015 р. № 675-VIII // Відомості Верховної Ради. – 2015. – № 45. – Ст. 410 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <<http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/675-19>>

² Блажівська Н. Є. Електронний правочин у цивільному праві України : моногр. / Наталя Євгенівна Блажівська ; за наук. ред. Р. О. Стефанчука. – К. : Алерта, 2014. – 240 с.

³ Морозов В. С. Регулювання електронної торгівлі у ФРН / Володимир Сергійович Морозов // Вісник Київського Національного університету імені Тараса Шевченка. – 2012. – № 38/39. – С. 63–70. – (Серія «Міжнародні відносини»).

⁴ Ergebnisse der bvH-B2C-Studie 2013 liegen vor – Interaktiver Handel 2013: Massive Umsatzsteigerungen für die Branche – E-Commerce-Anteil knapp unter der Milliarden Euro-Grenze <<http://www.bevh.org/presse/pressemitteilungen/details/artikel/ergebnisse-der-bvh-b2c-studie-2013-liegen-vor-interaktiver-handel-2013-massive-umsatzsteigerungen#additionalDownloads>>

⁵ Основной закон Федеративной Республики Германии // Конституции государств Европейского Союза / под общ. ред. Л. А. Окунькова. – М. : Издательская группа ИНФРА-М–НОРМА, 1997. – С. 181–234.

⁶ Bundesdatenschutzgesetz – (BDSG) vom 14. Januar 2003 // BGBl. I S. 66 <http://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_1990/BJNR029550990.html>

⁷ Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних : директива 95/46/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 24 жовтня 1995 р. // Офіційний журнал L 281, 23/11/1995. – P. 0031–0050 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_242/conv/print1392563041836214>

⁸ Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG) vom 5. September 2005 // BGBl. I S. 2722 <<https://www.datenschutzzentrum.de/material/recht/ifg-bund.htm>>

⁹ Банисар Д. Отчет «Свобода информации в мире 2006 год. Общий обзор законодательства по доступу к правительственной информации в мире». Проект «Свобода информации» 2006 г. организации Privacy International / Дэвид Банисар // URL, 2006. – 216 с. – С. 98–100. <http://www.mediainitiatives.am/sites/default/files/Freedom%20of%20Information_rus.pdf>

- ¹⁰ Gesetz über Personalausweise und den elektronischen Identitätsnachweis (Personalausweisgesetz – PauswG) von 18. Juni 2009. // BGBl. I S. 1346. <<http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/XBCBGI0933.pdf>>
- ¹¹ Verordnung über Personalausweise und den elektronischen Identitätsnachweis (Personalausweisverordnung - PAuswV) vom 1. November 2010 // BGBl. I S. 1460. <<http://www.gesetze-im-internet.de/pauswv/BJNR14600010.html>>
- ¹² Verordnung über Gebühren für Personalausweise und den elektronischen Identitätsnachweis (Personalausweisgebührenverordnung – PAuswGebV) vom 1. November 2010 // BGBl. I S. 1477 <<http://www.gesetze-im-internet.de/pauswgebv/BJNR147700010.html>>
- ¹³ Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung (E-Government-Gesetz – EGovG) vom 25. Juli 2013 // BGBl. I S. 2749. <<http://www.gesetze-im-internet.de/egovg/BJNR274910013.html>>
- ¹⁴ Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten (GERG) vom 10. Oktober 2013 // BGBl. I 2013, 3786. <<http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/XBCBGI1362.pdf?von=03786>>
- ¹⁵ Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesgerichtshof und Bundespatentgericht (BGH/BPatGERVV) vom 24. August 2007 // BGBl. I S. 2130. <http://www.gesetze-im-internet.de/bgh_bpatgervv/BJNR213000007.html>
- ¹⁶ Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesverwaltungsgericht und beim Bundesfinanzhof (ERVBVerwGBFH) vom 26. November 2004 // BGBl. I, Nr. 63 v. 3.12.2004, S. 3091 f. <<http://www.klagenperemail.de/bund/ERVVBVerwGVFH.htm>>
- ¹⁷ Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundessozialgericht (ERVVOBSG) vom 18. Dezember 2006 // BGBl. I S. 3219. <<http://www.gesetze-im-internet.de/ervvobs/BJNR321900006.html>>
- ¹⁸ Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht (BAGElektRvV) vom 26. November 2004 // BGBl. I S. 3091. <<http://www.klagenperemail.de/bund/ERVVABG.htm>>
- ¹⁹ Verordnung über die elektronische Aktenführung in Ordnungsgeldverfahren beim Bundesamt für Justiz (Ordnungsgeld-Aktenführungsverordnung - OGAV) vom 10. Januar 2008 // BGBl. I S. 26. <<http://www.gesetze-im-internet.de/ogav/BJNR002600008.html>>
- ²⁰ Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen (Signaturgesetz – SigG), vom 16. Mai 2001 // BGBl. I S. 876. <http://www.gesetze-im-internet.de/sigg_2001/BJNR087610001.html>
- ²¹ Verordnung zur elektronischen Signatur (Signaturverordnung – SigV) vom 16. November 2001 // BGBl. I S. 3074. <http://www.gesetze-im-internet.de/sigv_2001/BJNR307400001.html>
- ²² Gesetz über den Schutz der Topographien von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen (Halbleiterschutzgesetz – HalbSchG) vom 22. Oktober 1987 // BGBl. I, S. 2294. – Letzte Änderung: 04.11.2013. <<http://transpatent.com/gesetze/topoges.html>>
- ²³ Verordnung zum elektronischen Anzeigeverfahren für inländische Investmentvermögen und EU-Investmentvermögen nach dem Kapitalanlagegesetzbuch (EAKAV) vom 16. Juli 2013 // BGBl. I S. 2477 <<http://www.gesetze-im-internet.de/eakav/BJNR247700013.html>>
- ²⁴ Гражданское уложение Германии. = Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz: Ввод. Закон к Гражд. уложению; пер. с нем. / [В. Бергманн, введ., сост.]; научн. редакторы : А. Л. Маковский [и др.] – 2-е изд., доп. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 816 с. – С. 72–76.

Резюме

Гайдун О. О. Інтерпретація джерел інституту електронних договорів: федеральне законодавство Німеччини.

У статті розкрито сучасну систему регулювання електронних договорів у ФРН. Розглянуто найважливіші регуляторні механізми німецького законодавства, які регламентують договірну діяльність в Інтернет. Аргументовано доводиться, що федеральне німецьке законодавство в інформаційній сфері поділяється на такі підсистеми: свобода інформації; електронне врядування; електронна комерція та цивільні електронні договори. З'ясовано новітні тенденції розвитку сфери електронної комерції у ФРН.

Ключові слова: інтерпретація, законодавство ФРН, електронне врядування, електронна комерція, електронні договори.

Резюме

Гайдун А. А. Интерпретация источников института электронных договоров: федеральное законодательство Германии.

В статье раскрыто современную систему регулирования электронных договоров в ФРГ. Рассмотрены важнейшие механизмы немецкого законодательства, регламентирующие договорную деятельность в Интернет. Аргументировано доказывається, что федеральное немецкое законодательство в информационной сфере делится на следующие подсистемы: свобода информации; электронное управление; электронная коммерция и гражданские электронные договора. Выяснены новейшие тенденции развития сферы электронной коммерции в ФРГ.

Ключевые слова: интерпретация, законодательство ФРГ, электронное управление, электронная коммерция, электронные договора.

Summary

Gaydulin O. Interpretation of sources of e-contract law: German federal legislation.

The article explores the legislative system of regulation of electronic contracts in Germany. It also analyses the most important regulatory mechanisms of German law governing the contracting activities on the Internet. The paper scientifically proves that federal German legislation in information sphere is divided into the following subsystems: freedom of information; e-government; e-commerce and civil e-contract. The author outlined the latest development trends in the e-contract law in Germany.

Key words: interpretation, German legislation, e-government, e-commerce, e-contract.

О. І. КОТЛЯР

Ольга Іванівна Котляр, кандидат юридичних наук, доцент ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

ПРАВО БІЖЕНЦІВ НА ДОВГОСТРОКОВЕ РІШЕННЯ

Актуальність даної теми досліджування зумовлена тим, що цей рік є одним із найскладніших щодо ситуації з біженцями. Кількість людей, які перемістилися внаслідок конфліктів та переслідувань, досягло понад 50 млн чоловік, що є одним із найбільш високих рівнів з часів Другої світової війни. На сьогодні це – одна з глобальних проблем сучасності. Зазначимо, що специфічні потреби та проблеми біженців, пов'язані з правами людини, залишаються до того часу, доки не буде знайдено довгострокових рішень у зв'язку з їхнім переміщенням.

Метою даної публікації є аналіз довгострокових рішень для біженців.

Значний внесок у дослідження міжнародно-правового співробітництва у галузі прав людини зробили такі вчені, як М. В. Буроменський, В. Г. Буткевич, М. М. Гнатовський, В. Н. Денисов, А. І. Дмитрієв, В. І. Євінтов, В. В. Мицик. Їхні праці формують уяву про розвиток, сучасний стан міжнародного права з питань захисту прав людини, аналізуються міжнародні угоди, практика їх застосування, тлумачення міжнародними судовими та квазісудовими органами. Це важливо з огляду на те, що інститут захисту прав біженців розглядається у контексті міжнародного права прав людини. Питання забезпечення прав біженців та шукачів притулку, вимушеної міграції у світі досліджували Т. Є. Анісімова, О. А. Гончаренко, О. А. Малиновська, В. О. Новік, О. Р. Поєдинок, Ю. І. Римаренко, М. М. Сірант, В. М. Стешенко. Серед зарубіжних науковців, які займалися дослідженнями з даної тематики, варто назвати Е. Бредлі, А. Граль-Мадсена, Гай С. Гудвіна-Гілла, М. Дженіса, Г. Меландера, Я. А. Макдональдса, Д. Рубіо-Марма, Л. Холборна.

Забезпечення довгострокових рішень проблем біженців є складним процесом, який вимагає відображення їхніх інтересів у формулюваннях цілей стійкого розвитку і стратегіях щодо повернення цих осіб до нормального життя в умовах поваги їхньої гідності та безпеки. Тобто, довгостроковими рішеннями є ті засоби, за допомогою яких можна знайти задовільне і постійне вирішення проблем біженців, що дозволить їм жити нормальним життям.

До основних способів довгострокових рішень належать:

- добровільна репатріація;
- місцева інтеграція;
- переселення у третю країну.

Усі вони є реальними та важливими заходами реагування при виникненні потоків біженців, причому перевага надається добровільній репатріації як довгостроковому рішенням для біженців і шукачів притулку у більшості відповідних ситуацій¹.

У п. 8. (с) гл. II Статуту УВКБ проголошено норму про об'єднання та заохочення добровільної репатріації: «Верховний комісар забезпечує захист біженців, турбота про яких входить до компетенції його Управління шляхом ... (с) сприяння урядовим та приватним зусиллям, направленим на заохочення добровільної репатріації біженців ...»². Г. Гудвін-Гілл зазначає, що один з не вирішених теоретичних парадоксів в організаційних обов'язках УВКБ – питання про те, який ступінь міжнародного захисту воно повинно надавати у випадку відміни статусу біженця і добровільного повернення³. Того ж погляду дотримуються й інші вчені, зокрема і Р. Гофман⁴, зазначаючи, що формально визначені категорії доволі часто неточно характеризують реальне становище біженців, і на практиці важко перевірити, чи змінилися обставини настільки, щоб можна було формально припинити дію статусу біженця, якщо навіть допустити, що він офіційно визнаний. Безперечно, що оцінка змін несе суб'єктивний елемент, виробляється у ситуації, яка постійно змінюється, коли факт репатріації є достатньою та необхідною умовою припинення ситуації або статусу біженця.

Добровільна репатріація має певні аспекти. По-перше, це організаційний аспект. Як вище зазначалося, сприяння репатріації, її заохочення входять до компетенції УВКБ. Шукачі притулку і визнані біженці, які мають бажання добровільно повернутися в країну свого походження або країну постійного проживання, можуть звернутися в офіс найближчої неурядової організації виконавчого партнера УВКБ ООН⁵.

По-друге, це й аспект, пов'язаний із захистом прав людини: «ніхто не може бути підданий ... вигнанню» (ст. 9), «кожна людина має право покинути будь-яку країну, включаючи свою власну, і повертатися у свою країну» (ст. 13 (2) Загальної декларації прав людини, Конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (ст. 5. d (ii)). Пакт про громадянські та політичні права проголошує у ст. 12: «Кожна людина має право покидати будь-яку країну, включаючи свою власну» (п. 2), «Ніхто не може бути свавільно позбавлений права на в'їзд у свою власну країну» (п. 4). Добровільність репатріації витікає з фундаментального принципу міжнародного захисту біженців *non-refoulement*. Тобто заборона висилки розповсюджується на всі форми при-

мусового видворення, у тому числі у контексті екстрадиції. Наступним аспектом є обов'язок міжнародної спільноти знаходити рішення для того, щоб не ігнорувати інтереси людини та спільнот, що витікає з принципу міжнародної співпраці між державами⁶.

Добровільна репатріація може здійснюватися організовано під егідою УВКБ ООН. Допомога УВКБ ООН в добровільній репатріації включає:

- а) надання інформації про ситуацію в країні походження/конкретному регіоні для прийняття зваженого рішення щодо репатріації;
- б) організація безпечного і гідного повернення на батьківщину;
- в) переговори з відповідними посольствами щодо оформлення проїзних документів, візи або дозволу на в'їзд, якщо буде необхідно;
- г) надання невеликого гранту для добровільної репатріації;
- д) координація інших аспектів, пов'язаних з репатріацією.

Процедурно процес добровільної репатріації може бути розпочатий лише після заповнення відповідної анкети для добровільної репатріації. Коли УВКБ ООН отримує анкету, з біженцями зв'язуються для докладних роз'яснень щодо прохання про добровільну репатріацію. Зауважимо, що підпис на заповненій анкеті не зобов'язує повертатися на батьківщину. Особа може відмовитися від свого прохання про добровільну репатріацію, якщо нею буде прийняте таке рішення після консультації з УВКБ ООН або з інших причин. Згідно з принципами добровільності та безпечного й гідного повернення жодна людина не може бути повернена всупереч її волі.

УВКБ ООН залишає за собою право відхилити прохання про добровільну репатріацію, якщо згідно з доступною достовірною інформацією ситуація в країні походження або певному регіоні, куди планується повертатися, оцінюється як надзвичайно небезпечна. УВКБ ООН відхилить прохання про репатріацію, якщо ви їдете в країну свого походження з метою короткочасного візиту і не маєте наміру там жити.

Щодо головних умов добровільної репатріації, то ними визначені наступні:

- у країні походження повинно відбутися покращення обстановки;
- зобов'язання заінтересованих сторін про дотримання добровільного характеру репатріації;
- країною походження повинні бути надані офіційні гарантії (або достатні завірення) безпечного повернення біженців на батьківщину;
- персоналу УВКБ повинні бути надані можливості вільного та безперешкодного доступу до біженців та репатріантів;
- всі основні умови та положення процедури репатріації повинні бути по можливості оформлені у вигляді офіційної угоди про репатріацію між УВКБ ООН та органами державної влади країни.

Окрім розглянутої вище організованої репатріації наявна також неорганізована, яка характеризується відсутністю будь-яких офіційних угод, що відбувається до припинення воєнних дій, без реєстрації репатріантів та за відсутності організованої допомоги з боку світової спільноти і міжнародних організацій.

Місцева інтеграція є складним та поступовим процесом, який включає в себе правові, економічні, соціальні та культурні аспекти. Вітчизняний науковець В. В. Мицик зазначає, що «Інтеграція ... заснована на об'єднанні різних груп у єдине суспільство при збереженні їх основної самобутності шляхом вжиття заради цього спеціальних заходів⁷. Як бачимо, цей процес накладає значні вимоги до біженця та приймаючої сторони.

Європейська рада у справах біженців (далі – ECRE) розглядає інтеграцію як динамічний процес, який є:

- динамічним та двостороннім: він пред'являє вимоги як до приймаючої сторони, так і до осіб й/або громад, що втягнуті у цей процес. Для біженців інтеграція є адаптацією до умов життя приймаючого суспільства, не власної культури та самобутності. Від приймаючої сторони у процесі інтеграції вимагається наявність бажання адаптувати суспільні інститути до зміни складу населення, приймати біженців як частину доступу до ресурсів та процесу прийняття рішень;

– довгостроковим: процес починається з моменту прибуття в країну і продовжується до того моменту, доки біженець стає активним членом суспільства в юридичному, соціальному, економічному, освітньому та культурному планах;

– багатостороннім: належить як до умов участі і дієвої участі у всіх аспектах життя країни довготривалого притулку, так і особистого сприйняття біженцем своєї причетності до суспільства⁸.

Процес інтеграції біженців в європейські суспільства може значно змінюватися залежно від практичних дій у кожній країні та є відзеркаленням різних підходів до соціального благополуччя та захисту, а також різниці у розумінні того, яким повинен бути соціальний порядок.

Безперечно, що для полегшення інтеграції ключову роль відіграє громадянство. У багатьох випадках біженцям у кінцевому підсумку вдається отримати громадянство країни притулку. За оцінками УВКБ ООН протягом останнього десятиліття близько 1,1 млн біженців у світі стали громадянами країни притулку⁹.

Переселення в третю країну означає, що біженці покидають країну свого притулку, легально переїжджають і оселяються в країні, яка погодилася прийняти їх у якості біженців та надати їм дозвіл на постійне місце проживання. Як правило, переселення розглядається тільки у тих випадках, коли інші довгострокові рішення неможливі упродовж розумного строку.

Варто наголосити, що переселення не є правом біженців, а країни не мають зобов'язань приймати біженців для переселення. Останнє залежить від наявності квот для переселення, відкритих країнами пере-

селення, критеріїв прийому, що застосовуються країнами переселення, а також від співпраці між приймаючими країнами та біженцями. Безперечно, що можливості для переселення біженців обмежені і використовуються у випадках біженців, які мають особливі потреби.

Існують особливі критерії, визначені країнами переселення та УВКБ ООН для ідентифікації біженців, які потребують переселення:

- потреба у юридичному та фізичному захисті;
- потреба у спеціальному медичному лікуванні;
- потреба у захисті від насилля та катувань;
- возз'єднання сімей;
- жінки у небезпеці;
- діти та підлітки;
- літні біженці;
- біженці, що не мають перспективи місцевої інтеграції¹⁰.

Потреби біженців і можливі шляхи вирішення їхніх проблем розглядаються та визначаються УВКБ ООН у процесі щоденної роботи. Зауважимо, що УВКБ ООН не уповноважене приймати рішення про переселення і повинно дотримуватися правил та процедури розгляду персональних справ біженців, визначених країнами переселення. Воно може тільки рекомендувати справи біженців для переселення, але не може гарантувати, що країна переселення прийме позитивне рішення.

У своїй роботі УВКБ ООН керується принципом прозорості в ідентифікації справ осіб, що потребують переселення. Існують різні способи рекомендації справ біженців для розгляду можливості їх переселення. Можливість переселення біженців розглядається в індивідуальному порядку в кожному окремому випадку згідно з критеріями, визначеними країнами переселення. Відповідність критеріям для передачі справи в процедуру переселення встановлюється УВКБ ООН після одного чи декількох інтерв'ю. Якщо у результаті різних відкритих процедур ідентифікації буде прийняте рішення про передачу справи у процедуру переселення, біженцям надають про це інформацію.

Отже, забезпечення права біженця на довгострокове рішення є складним процесом, який вимагає відображення інтересів даної категорії осіб. Біженці мають право добровільно та свідомо робити вибір на користь рішення, що відповідає їх потребам. Оптимальним способом досягнення ключової мети вибору довгострокового рішення є правозахисні підходи. Довгострокове рішення досягає своєї мети, коли біженці не потребують жодної спеціальної допомоги та захисту у зв'язку зі своїм переміщенням та можуть користуватися своїми правами людини, не піддаючись дискримінації внаслідок свого переміщення.

¹ Conclusion on Legal Safety Issues in the Context of Voluntary Repatriation of Refugees : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.refworld.org/docid/417527674.html>

² Устав Управління Верховного комісара ООН по делам беженцев : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://un.by/documents/humrights/citizenship/citizentx6.html>

³ Гудвин-Гилл Г. С. Статус беженца в международном праве / Г. С. Гудвин-Гилл ; пер. с англ.: А. В. Иванченков, М. И. Левина. – М. : ЮНИТИ, 1997. – 647 с.

⁴ Hofmann R. UNHCR and Voluntary Repatriation of Refugees / Rainer Hofmann // Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 44 (1984). – S. 318–333.

⁵ Наприклад, в Україні це Всеукраїнська благодійна фундація «Право на захист», Благодійний фонд «РОКАДА», КРИМ SOS, Консультаційний центр для біженців, Громадська організація «Десяте квітня», Громадський рух «Віра. Надія. Любов», Благодійна організація «Харківський Благодійний Фонд «Світ».

⁶ Декларация про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співпраці між державами у відповідності зі Статутом ООН : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/intlaw_principles.shtml

⁷ Мицик В. В. Права національних меншин у міжнародному праві : моногр. / В. В. Мицик. – К. : Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2004. – 287 с. – С. 22.

⁸ Практическое руководство по наиболее перспективным методам интеграции беженцев в Центральной и Восточной Европе : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4727333a2>

⁹ Гостеприимные хозяева : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.unhcr.kz/rus/about/what-we-do/durable-solutions/localintegration/>

¹⁰ Resettlement criteria : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home/opendocPDFViewer.html?docid=558c015e9&query=resettlement%20criteria>

Резюме

Котляр О. І. Право біженців на довгострокове рішення.

У статті досліджується право біженців на довгострокове рішення. Визначено, що довгостроковими рішеннями є ті засоби, за допомогою яких можна знайти задовільне і постійне вирішення проблем біженців, що дозволить їм жити нормальним життям. Проаналізовано основні способи довгострокових рішень.

Ключові слова: біженці, довгострокове рішення, добровільна репатріація, місцева інтеграція, переселення у третю країну.

Резюме

Котляр О. И. Право беженцев на долгосрочное решение.

В статье исследуется право беженцев на долгосрочные решения. Определено, что долгосрочными решениями являются те способы, при помощи которых можно найти удовлетворительное и постоянное решение проблем беженцев, что позволит им жить нормальной жизнью. Проанализированы основные способы долгосрочных решений.

Ключевые слова: беженцы, добровольная репатриация, местная интеграция, переселение в третью страну.

Summary

Kotlyar O. Refugee Law for durable solution.

The article deals with the right of refugees to long-term solutions. It was determined that durable solution is the means by which we can find a satisfactory and permanent solution of the problems of refugees, enabling them to live normal lives. It has been analyzed the main ways durable solutions.

Key words: refugees, durable solution, voluntary repatriation, local integration, resettlement in a third country.

УДК 342.7

НОВРУЗ ГАБИБ ОГЛЫ МЕХТИЕВ

Новруз Габіб оглы Мехтієв, доктор філософії в області права, доцент Бакинського державного університету

КОНВЕНЦИОННЫЕ И ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЕ КОНТРОЛЬНЫЕ МЕХАНИЗМЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В АЗЕРБАЙДЖАНСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ

Одно из приоритетных мест во внешней политике Азербайджана по праву занимает Европа. Интересы нашей Республики в Европе реализуются как через двусторонние отношения, так и через каналы многосторонней дипломатии. Ключевым звеном в сотрудничестве Азербайджанской Республики и ЕС в сфере защиты прав и свобод человека, несомненно является Совет Европы (СЕ) – старейшая европейская организация, провозгласившая своей целью обеспечение в европейских странах прав человека и основных свобод, укрепление демократических порядков, обеспечение верховенства закона.

Окончательное решение о вступлении Азербайджанской Республики в СЕ было принято в Страсбурге 25 января 2001 года. Следует оценить это событие, как значительный успех азербайджанской дипломатии и всего руководства Республики. На сегодняшний день позиции Азербайджана в парламентском направлении деятельности СЕ весьма продвинуты, динамично и продуктивно развивается парламентский диалог, азербайджанские депутаты регулярно работают, в том числе и в межсессионный период, во всех комиссиях этого авторитетного парламентского форума. В европейское сотрудничество под эгидой СЕ активно вовлечены высшие судебные инстанции Азербайджанской Республики, Комиссия по правам человека при Президенте.

Большую помощь Азербайджану СЕ оказывает в осуществлении государственных и правовых реформ, экспертизе законопроектов. Существует соответствующая, ежегодно обновляемая программа мероприятий за счет средств СЕ и Комиссии ЕС. Практически ежемесячно проводятся различные семинары, круглые столы, стажировки и ознакомительные поездки за рубеж, помогающие осваивать европейский опыт плюралистической демократии и верховенства закона. На территории Азербайджана создаются информационные центры СЕ. Многообещающие перспективы открываются и в связи с довольно благоприятной реакцией руководства СЕ в ходе саммита в Страсбурге на предложение организовать под эгидой СЕ общеевропейскую программу подготовки кадров для Европы XXI столетия.

В связи с этим в законодательной системе Республики произошли коренные изменения, было принято множество новых и пересмотрены старые законы с учетом рекомендаций СЕ. Была отменена смертная казнь, в течении года несколько раз президентом издаются указы об амнистии и помиловании, приняты законы о полиции, о прокуратуре, Уголовный кодекс, Гражданский кодекс и другие, принят закон об адвокатуре, муниципальные выборы, предприняты некоторые меры по улучшению условий содержания заключенных. Некоторые претензии имеются в отношении уровня демократичности, честности и справедливости проведения парламентских и более ранних муниципальных выборов.

Среди документов СЕ, имеющих огромное значение для развития сферы защиты прав человека, можно выделить следующие: Устав СЕ, Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ), Европейская культурная Конвенция, Европейская Конвенция о выдаче. Протоколы № 2, № 3, № 4 к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, Европейская Конвенция по защите археологического наследия, Дополнительный Протокол и Европейская Конвенция о выдаче. Второй Дополнительный Протокол к Европейской Конвенции о выдаче, Дополнительный Протокол к Европейской Конвенции о

взаимной правовой помощи по уголовным делам, Протокол № 7 к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, Протокол № 8 к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, Европейская Хартия о местном самоуправлении, Европейская Конвенция по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинства обращения или наказания, Протокол № 9 к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, Протокол № 2 к Европейской Конвенции по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинства обращения или наказания, Протокол № 11 к Конвенции по защите прав человека и основных свобод, Рамочная Конвенция о защите национальных меньшинств, Протокол № 12 к Конвенции по защите прав человека и основных свобод, Конвенция об омбудсмене.

На сегодняшний день перечень Конвенций СЕ, ратифицированных Азербайджанской Республикой весьма значителен. Тем не менее, основным показателем уровня развития демократизации и защите прав и свобод человека в Азербайджанской Республике под влиянием Европы являются законодательства Азербайджана относительно ЕКПЧ. Вступив в СЕ, Азербайджан взял на себя обязательство по ратификации данной конвенции, которое выполнил с соответствующими оговорками 25 декабря 2001 года, наряду с ратификацией дополнительных Протоколов № 1, 4, 6, 7.

Положения, предусмотренные в ЕКПЧ, можно сказать, полностью нашли свое отражение в национальном законодательстве Азербайджана.

Среди нормативно-правовых актов Азербайджанской Республики, соответствующих либо приведенных в соответствие с ЕКПЧ, можно привести в пример следующие: Конституция Азербайджанской Республики (12 ноября 1995 г.), Конституционный Закон Азербайджанской Республики «О регулировании осуществления прав и свобод человека в Азербайджанской Республике» (24 декабря 2002 г.), Уголовный кодекс Азербайджанской Республики (30 декабря 1999 г.), Кодекс Азербайджанской Республики об исполнении наказаний (14 июля 2000 г.), Трудовой кодекс Азербайджанской Республики (1 февраля 1999 г.), Уголовно-процессуальный кодекс Азербайджанской Республики (14 июля 2000 г.), Гражданско-процессуальный кодекс Азербайджанской Республики (28 декабря 1999 г.), Кодекс Азербайджанской Республики об административных правонарушениях (11 июля 2000 г.), Семейный кодекс Азербайджанской Республики (28 декабря 1999 г.), Закон Азербайджанской Республики «О полиции» (28 октября 1999 г.), Закон Азербайджанской Республики «О свободе информации» (19 июня 1998 г.), Закон Азербайджанской Республики «О политических партиях» (3 июня 1996 г.), Закон Азербайджанской Республики «О нотариате» (26 ноября 1999 г.) и т.д.

Присоединение Азербайджана к ЕКПЧ, являющейся международной конвенцией огромной важности, явилось значимым шагом на пути к усовершенствованию системы защиты прав человека в Азербайджанской Республике. Более того, приведение национального законодательства в соответствие с европейскими стандартами, с международными конвенциями, принятыми в рамках СЕ, ускоряет процесс правовых реформ в этом направлении. Так, на основе статей 2, 3, 5, 6, 7 ЕКПЧ и принятых к ней дополнительных Протоколов № 6 и № 7 в статье Конституционного Закона Азербайджанской Республики «О регулировании осуществления прав и свобод человека в Азербайджанской Республике» были четко закреплены права, ограничение которых запрещено.

Путем поэтапного приведения своих законов в соответствие с основополагающими европейскими конвенциями уже после их ратификации шли практически все, даже самые развитые в правовом отношении государства – участники СЕ. Конкретно в случае с нашей оговоркой речь идет о временном выводе из-под действия ЕКПЧ ряда положений ныне действующего уголовно-процессуального кодекса (порядок ареста, содержания под стражей и задержания лиц, подозреваемых в преступлениях) и дисциплинарного устава вооруженных сил (арест с содержанием на гауптвахте), а также о неприменимости ЕКПЧ к фактам, имевшим место до её вступления в силу для Азербайджана. Это наше политическое и, если хотите, моральное обязательство перед ЕС. Естественно, что в процессе внедрения европейских стандартов в области защиты прав человека потребуются большая разъяснительная работа с общественным мнением страны. И здесь мы вправе рассчитывать на помощь и содействие экспертов ЕС, имеющих в данной сфере уникальный опыт. Комитет по правам человека потребовал от Правительства предоставить разъяснения по поводу планов корректировки законодательства в соответствии с Конвенцией. Ещё один вопрос – это проблема реализации конвенции. Основной вопрос здесь – степень готовности исполнительной, судебной власти к реализации данной конвенции.

Европейская Хартия о местном самоуправлении также является одним из базовых нормативных актов ЕС, она вступила в силу в сентябре 1988 года. Сегодня хартия является реальным регулятором демократической жизни на Европейском континенте. Основные принципы и положения хартии соответствуют Конституции Азербайджанской Республики. В азербайджанском законодательстве отражены все обязательные для исполнения пункты хартии, перечисленные в статье 12. В этом плане мы выгодно отличаемся от других стран, которые, ратифицируя данный договорно-правовой акт, были вынуждены – в силу особенностей внутреннего законодательства – сделать ряд ограничительных заявлений. Хартия исходит из того, что органы местного самоуправления являются одной из фундаментальных основ любого демократического строя. Под этим углом полноценное участие Азербайджана в хартии имеет не только международное, но прежде всего весомое внутриполитическое значение.

Хотя в Хартии и имеются принципиальные обязательства по финансированию местных властей, порядок практического осуществления такого финансирования остается на усмотрение центрального правительства. В нашем случае – с учетом опыта других государств – вытекающие из выполнения хартии расходы

органов местного самоуправления могут производиться за счет перераспределения бюджетных средств и источников, установленных законом «О финансовых основах местного самоуправления». Рамочная конвенция о защите национальных меньшинств нацелена на запрет дискриминации нацменьшинств и развивает положения статьи 14 Европейской конвенции о правах человека. В конвенции не дается определения самого понятия «национальные меньшинства». Тем не менее, думается, что отсутствие данного определения, учитывая рамочный характер конвенции, не отменяет её несомненно прогрессивного существа. Конвенция имеет, прежде всего, программную направленность с акцентом на постепенность прогресса и выполнении её положений. Формулировки документа составлены весьма гибко и позволяют учитывать конкретные ситуации, сложившиеся в разных странах. В этом большой плюс конвенции. Конвенция не содержит положений, противоречащих азербайджанскому законодательству и, следовательно, не потребуют внесения в него изменений. Для Азербайджана Конвенция принципиально важна и тем, что она дает дополнительную возможность добиваться уважения прав соотечественников за рубежом, защищать права наших граждан.

В целом, министерствами и ведомствами в настоящее время ведется большая и кропотливая работа по инвентаризации всего блока конвенций СЕ на предмет выявления приоритетных для присоединения к ним. Канал СЕ дает нам также уникальный шанс не только присоединиться к уже готовым конвенциям, но и участвовать в разработке новых универсальных правовых норм европейской жизни, добиваться учета при этом интересов Азербайджана.

Наша страна твердо убеждена, что те крупные новые задачи, которые сегодня стоят перед СЕ, эта организация может решить только осуществив свою внутреннюю структурную реформу. Поэтому наша страна активно выступает за соответствующие смелые, нетрафаретные шаги. В частности, мы предлагаем усилить оперативные возможности СЕ в области недискриминационного мониторинга, развития функций по постконфликтной реабилитации демократических институтов, содействия «молодым демократиям».

Участие Азербайджана в ЕКПЧ значительно расширило возможности граждан защищать свои права. В тех случаях, когда их права действительно нарушаются, а судебные органы отказываются признать это, граждане смогут обращаться в Европейский суд. Существует сложная процедура отбора исков на предмет их приемлемости. В результате до суда в среднем доходит лишь каждая десятая жалоба, из которых удовлетворяется меньше половины. Но эти издержки несоизмеримы с выигрышем – создан реальный рычаг модернизации и улучшения системы правосудия, эффективное средство воспитания и ограничения всевластия бюрократии.

На очередном, прошедшем 14 ноября 2006 г., заседании Совета сотрудничества между Европейским Союзом и Азербайджанской Республикой произошло незаметное для азербайджанской общественности, но достаточно значимое для внутри- и внешнеполитического развития нашей страны событие. В рамках реализации Политики европейского соседства (ПЕС) был принят План действий между Азербайджаном и ЕС – так называемый «Action Plan». Для того, чтобы определить место и роль данного документа в современной стратегии ЕС, а также в политике нашей страны, следует вспомнить, в каких условиях зарождалась сама идея «европейского соседства».

Одобренные в Страсбурге Политическая декларация и План действий расширения НАТО на Восток задали четкие ориентиры развития Европейского континента без разделительных линий. Концепция «европейского соседства» разрабатывалась в Еврокомиссии в течении 2003–2004 гг. и была нацелена на то, чтобы избежать новых разделительных линий, возникших в Европе после расширения границ ЕС. Как известно, именно в мае 2004 г. состоялось самое массовое расширение данной организации за всю её историю – в «евросоюзную семью» влилась большая группа восточноевропейских и балтийских «новичков», а также Кипр и Мальта. В результате ЕС вырос, а его территория увеличилась на четверть. Именно в этот период появился стратегический доклад о Политике европейского соседства, в котором были определены направления и принципы взаимодействия уже расширенного ЕС с новыми соседями. К их числу были отнесены непосредственные соседи ЕС на суше и на море, позднее в число «соседей» были включены также Азербайджан, Армения и Грузия, которые на тот момент не имели общих границ с ЕС, но представляли для него несомненный стратегический интерес (балканским странам была обещана перспектива членства).

Помимо географического расширения ЕС и выхода его к новым региональным рубежам, новая концепция была обусловлена и другим фактором, а именно – очевидной неэффективностью прежних механизмов взаимодействия между ЕС и странами-нечленами, установленных индивидуальными соглашениями о партнерстве и сотрудничестве

Следует отметить, что у данной концепции есть и несомненное геополитическое измерение. Она нацелена на создание вдоль южной и восточной границ Евросоюза своеобразной буферной зоны (в документах ЕС она называется «зоной стабильности, безопасности и благополучия»), или пояса безопасности. Он призван защитить расширенную благополучную Европу от кризисных тенденций и проявлений, исходящих от постсоветского и ближневосточного пространств. Замысел идеологов ПЕС здесь сводится, видимо, к тому, чтобы увязать очевидное стремление «соседей» евроинтеграции с выполнением определенного набора требований и условий в области проведения политических, экономических и институциональных реформ, адаптации национального законодательства и в целом – на принятие общеевропейских правил игры. Иными словами, ПЕС представляет собой попытку системного решения задач обеспечения экономической безопасности ЕС и расширения его геополитического влияния на стратегически важные регионы бывшего СССР и Ближнего Востока в условиях растущего соперничества и конкуренции за влияние в этих регионах.

Центральним елементом і механізмом реалізації ПЕС стали т.н. індивідуальними Планами дій (ПД) между ЕС і кожним із її партнерів-«соседей».

В ПД по ряду країн – Азербайджана, Грузії і Арменії – були включені елементи, пов'язані з співпрацею в області мирного врегулювання конфліктів. Суть даних планів можуть бути виражені наступною формулою: «Ваші перспективи на євроінтеграцію залежать від ефективності проведення вами рекомендованих нами реформ». В частині, в ПД для Азербайджана в зв'язі з цим відзначається, що «рівень наших відносин буде залежати від ступеня приверженості Азербайджана загальним цінностям і його здатності здійснювати спільно узгоджені пріоритетні завдання».

В більш конкретному плані, застосовано до Азербайджану, даний документ націлений на суттєву інтенсифікацію взаємодії между нашої країни і Євросоюзом, в тому числі по таким пріоритетним напрямкам, як:

- а) содействие мирному врегулюванню армяно-азербайджанського нагорно-карабахського конфлікту;
- б) укріплення демократії, захист прав людини і його основних свобод;
- в) покращення підприємницького і інвестиційного клімату в країні, особливо через посилення боротьби з корупцією;
- г) покращення діяльності митної служби;
- д) сбалансоване і стійке економічне розвиток;
- е) укріплення співпраці в енергетичній сфері;
- ж) диверсифікація економічної діяльності, розвиток сільських районів, боротьба з бідністю і захист екології;
- з) наближення національного законодавства і адміністративної практики до європейських стандартів;
- к) укріплення співпраці в сферах пограничного взаємодії, міграції, боротьби з організованою злочинністю;
- л) укріплення регіонального співпраці.

Наряду з пріоритетними сферами план містить також детальне описання загальних цілей, які передбачають взаємодію между Азербайджаном і ЕС по більш ніж 40 напрямкам. Для координації національних зусиль по реалізації ПД 1 червня 2005 г. президент Азербайджану підписав розпорядження про створення Державної комісії по євроінтеграції Азербайджанської Республіки, в склад якої увійшли керівники майже всіх міністерств і відомств. В межах комісії було створено сім робочих груп по основним напрямкам співпраці между Азербайджаном і ЕС. В якості координуючого органу в забезпеченні даного співпраці і взаємодії було визначено Міністерство іноземних справ.

В цілому, реалізація даного документа, розрахованого на 5-річний період, має неспірне стратегічне значення для Азербайджану з точки зору прискорення темпів і масштабів євроінтеграції нашої країни, посилення європейського вектора її зовнішньої політики, укріплення європейських, а відповідно, і міжнародних позицій.

При цьому слід відзначити, що ПД відкриває можливість не тільки для активізації відносин з Євросоюзом в цілому, але і для суттєвого углублення двостороннього співпраці Азербайджану з кожним із країн – членів ЕС.

Переваги і достоїнства даного плану, як нам представляється, заключаються не тільки і не тільки в тому, що він може відкрити (або не відкрити – все це залежить від волі і конкретних кроків з нашої сторони) перспективу для більш широкого і углубленого європейської інтеграції Азербайджану. При зацікавленому відношенні уряду до даного проекту, його готовності до реалізації закладених в ПД реформ і рекомендацій позитивний внутрішній ефект від його реалізації може виявитися не менше, а скоріше всього значно більше ефекту зовнішньополітичного. Тому проведення глибоких реформ вказаних вище сферах повинно розглядатися нами (владдю і суспільством) не тільки як передумову для інтеграції Азербайджану в європейське економічне, правове і гуманітарне простір, а як самостійна пріоритетна завдання державного будівництва, від рішення якої залежить стабільне, безпечне і благополучне розвиток азербайджанського суспільства.

В співпраці з ЕС найбільш важливою для Азербайджану представляється мета Брюсселя підвести Азербайджан до такого рівня інституціонального розвитку, який зробить демократичне розвиток країни в напрямку Європи. Однак, час від часу ці цілі вступають в протиріччя, так енергетичні потреби змушують СЕ закривати очі на слабкий прогрес політичної і економічної лібералізації в нафтодобувальних країнах, включаючи Азербайджан. В той же час владі справедливо побоюються, що наше суспільство ще не готово до прийняття великої кількості європейських цінностей і навіть не розділяє їх.

Сьогодні, в умовах економічного кризи, раціональна влада робить в цьому випадку все, щоб збільшити інвестиційну привабливість країни, яка може заключається в достаточному реформірованні економіки, хорошому виконанні законів і зручному податковому режимі. Для Азербайджану рух до Європи це ще і продовження сбалансованої зовнішньої політики, яка дозволяє безпечної країни.

- ¹ Закон Азербайджанской Республики от 25 декабря 2001 года № 236-III о ратификации Европейской Конвенции о защите прав человека.
- ² Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.
- ³ Алиев А. И. Права человека. – Баку, 2013.
- ⁴ Алиев А. И. Проблемы прав человека народонаселение миграции в современном международном праве. – Баку, 2007.
- ⁵ Manfred Nowak. Introduction to the International Human Rights Regime / Leiden, the Netherlands, 2003. – 365 p.
- ⁶ H.G. Wills. The Rights of Man, jr what are We Fighting For. Harmondsworth // Penguin Special. – 1940. – P. 15–28.
- ⁷ Абашидзе А. Х. Защита прав меньшинств по международному и внутригосударственному праву. – М., 1996. – 476 с.
- ⁸ Владыченко А. И. Опыт двух лет сотрудничества // Международная жизнь. – № 4. – 1998. – С. 20–25.
- ⁹ Хартия Европейского Союза об основных правах. Комментарий / Под ред. С. Ю. Кашкина. – М., 2001.
- ¹⁰ Лепешков Ю. А. Европейский Союз и права человека // Журнал международного права и международных отношений. – 2007. – № 3. – С. 29–31.
- ¹¹ <http://library.aliyev-heritage.org/ru/72604.html>
- ¹² <http://www.memo.ru/hr/hotpoints/caucas1/msg/2004/01/ml7062.htm>
- ¹³ <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/rl7002.htm>
- ¹⁴ <http://www.azertag.com/> (ИА «АЗЕРТАДЖ» 2007-07-23).

Резюме

Мехтієв Новруз Габіб огли. Конвенційні та інституційні контрольні механізми захисту прав людини в Азербайджанській Республіці.

Європа є одним із пріоритетів зовнішньої політики Азербайджану в галузі права. Захист і заохочення республіканських інтересів у європейських країнах реалізується за допомогою двосторонніх і багатосторонніх дипломатичних каналів. Рада Європейського Союзу, яка слідує цілям забезпечення прав і свобод людини в Європі, зміцненню демократичних норм, забезпеченню верховенства закону, займає основне місце у співпраці між Європейським Союзом та Азербайджаном в галузі захисту прав людини та основних свобод. Парламентська діяльність, вищі судові інстанції, як і Комісія при Президентові, відіграють важливу роль у розширенні та розвитку співпраці в цій сфері з європейськими країнами. Вжиті відповідні заходи для отримання практичних основ щодо європейської плюралістичної демократії і верховенства закону.

Ключові слова: права людини, Рада Європи, комісія з прав людини, захист прав і свобод людини, Європейська комісія, права людини, забезпечення верховенства закону, Європейська Хартія і т.д.

Резюме

Мехтієв Новруз Габіб огли. Конвенционные и институциональные контрольные механизмы защиты прав человека в Азербайджанской Республике.

Европа является одним из приоритетов внешней политики Азербайджана в области права. Защита и поощрение республиканских интересов в европейских странах реализуется с помощью двусторонних и многосторонних дипломатических каналов. Совет Европейского Союза, который следует целям обеспечения прав и свобод человека в Европе, укреплению демократических норм, обеспечению верховенства закона, занимает основное место в сотрудничестве между Европейским Союзом и Азербайджаном в области защиты прав человека и основных свобод. Парламентская деятельность, высшие судебные инстанции, как и Комиссия при Президенте, играют важную роль в расширении и развитии сотрудничества в этой сфере с европейскими странами. Приняты соответствующие меры для получения практических основ в отношении европейской плюралистической демократии и верховенства закона.

Ключевые слова: права человека, Совет Европы, комиссия по правам человека, защита прав и свобод человека, Европейская комиссия, права человека, обеспечение верховенства закона, Европейская Хартия и т.д.

Summary

Mehdiyev N. Conventional monitoring and institutional mechanisms for the protection of human rights in the Republic of Azerbaijan.

Europe is one of the priorities of Azerbaijan's foreign policy in the field of law. Protection and promotion of republican's interests in European is realized via bilateral and multilateral diplomatic channels. Council of the European Union which pursues aims of ensuring human rights and freedoms in Europe, strengthening of democratic rules, provision of rule of law, holds main place in cooperation between European Union and Azerbaijan in associated with protection of human rights and fundamental freedoms. Parliamentary activity, high court instances as well as Commission at President play an important role in widening and development of cooperation with European countries in this matter. It's taken relevant measures to gain practice concerning European pluralistic democracy and the rule of law.

Key words: Human rights, European council, comission on human rights, human rights and freedom protection, European comission on human rights, European Charter, Rule of law; etc.

Н. Б. МУШАК

Наталія Богданівна Мушак, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України

СПІЛЬНА ПОЛІТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ЩОДО НАДАННЯ ЗАХИСТУ ГРОМАДЯНАМ ТРЕТІХ КРАЇН

Питання, пов'язані із значним зростанням кількості шукачів притулку та біженців на територію держав-членів ЄС стали одними із нагальних у Європі протягом 2015 року. Зокрема, упродовж першого кварталу 2015 р. за притулком у Європі звернулися громадяни 144 держав, більшість з яких – громадяни Косово (48900 прохань), Сирії (29100) і Афганістану (12900). Порівняно з 2014 р. кількість прохань збільшилася на 86 %, до 184 800. Окрім гуманітарної імміграції з країн Африки та Близького Сходу серйозну динаміку всередині ЄС займають біженці з Балкан. Якщо порівнювати з 2014 р., то кількість клопотань щодо надання притулку з Косово збільшилася в 19 разів, з України – в п'ять разів, з Іраку – у три рази, з Лівії та Албанії – у два рази.

У зв'язку з наявними фактами та очевидними обставинами виникає цілком закономірне питання: чому саме в Європу, а не, скажімо, США, Австралію чи Канаду, намагаються потрапити іммігранти з усього світу? Відповідь на це питання, на наш погляд, охоплює поєднання наступних складових: відносно зручне географічне розташування; тісні історичні зв'язки між Європою та третіми країнами; забезпечення соціальних гарантій для біженців та шукачів притулку.

Для регулювання зазначених питань Європейський Союз розробляє спільну політику у сфері надання притулку та захисту громадянам третіх країн, які перетинають зовнішні кордони його держав-членів. Спільна політика ЄС у цій сфері – це координаційна політика Європейського Союзу щодо встановлення єдиного статусу надання притулку для громадян третіх країн; визначення єдиного статусу додаткового захисту для громадян третіх країн, які, не отримуючи європейського притулку, потребують, тим не менше, міжнародного захисту; запровадження спільної системи тимчасового захисту для переміщених осіб у випадках їх значного впливу та встановлення спільних процедур щодо надання й позбавлення єдиного статусу отримання притулку чи додаткового захисту.

Правові засади спільної політики ЄС щодо надання захисту громадянам третіх країн разом із імміграційною політикою та наданням притулку визначені ст. ст. 77–80 розділу V ДФЄС¹.

На рівні Європейського Союзу основу всіх правових документів, що регулюють сферу надання притулку та захисту громадянам третіх країн, становлять Женевська конвенція про права біженців від 28 липня 1951 р. (далі – Женевська конвенція 1951 р.)² та Протокол до неї від 31 січня 1967 р. про статус біженців (далі – Протокол 1967 р.)³.

У межах проблематики, що охоплює питання надання захисту громадянам третіх країн, важливе місце відводиться використанню термінології у цій сфері. Згідно з правом ЄС йдеться, зокрема, про категорії осіб, які потребують захисту. До них належать біженці; особи, які звертаються за додатковим захистом; особи, що потребують тимчасового захисту та шукачі притулку.

Визначення вищезазначених нами понять містяться у Директиві Ради ЄС 2004/83 від 29 квітня 2004 р. про мінімальні стандарти для кваліфікації та статусу громадян третіх країн та осіб без громадянства як біженців чи осіб, які в інший спосіб потребують міжнародного захисту, а також зміст гарантованого захисту⁴.

Спільні стандарти для кваліфікації осіб як біженців або осіб, що потребують міжнародного захисту, передбачено Кваліфікаційною Директивою 2011/95/ЄС⁵.

Ключовим положенням Кваліфікаційної директиви є закріплення принципу невисилання, що передбачений і ст. 33 Женевської конвенції 1951 року. Важливість Женевської конвенції 1951 р. для законодавства Європейського Союзу у сфері імміграційної політики була відзначена у Рішенні Суду ЄС у справі «Салахадін Абдулла та інші проти ФРН» від 2 березня 2010 року⁶. Застосовуючи Кваліфікаційну директиву в даній справі, Суд ЄС підкреслив, що Женевська конвенція 1951 р. є наріжним каменем міжнародного правового режиму захисту біженців, і положення Директиви, що стосуються визначення кола осіб, які мають право на статус біженця, а також зміст цього статусу, були прийняті компетентними органами держав-членів ЄС щодо застосування Женевської конвенції 1951 р. на основі спільних понять та критеріїв.

У доктрині права Європейського Союзу існують різні точки зору щодо надання громадянам третіх країн додаткового захисту.

Так, на думку К. Хейлбронера, додатковий захист включає додаткові форми прав людини та гуманітарного захисту, які може гарантувати держава, якщо особа не відповідає вимогам щодо надання статусу біженця згідно з Женевською конвенцією 1951 року⁷.

А. Блок вважає, що питання додаткового захисту виникло у зв'язку з надто вузькою інтерпретацією державами-членами ЄС визначення поняття біженця⁸.

Вітчизняний науковець З. Макаруха переконаний, що виникнення додаткового захисту зумовлене потребою у новій формі міжнародного захисту⁹.

На нашу думку, питання додаткового захисту виникло через відсутність чітких та зрозумілих критеріїв щодо надання громадянам третіх країн статусу біженця. Крім того, таким особам потрібно було забезпечити хоча б мінімальний рівень захисту у випадках їх повернення до країни походження чи попереднього звичного місця проживання.

Усі перелічені нами вище передумови сприяли закріпленню статусу додаткового захисту громадян третіх країн на рівні Європейського Союзу. Зокрема, згідно з Директивою Ради ЄС 2004/83/ЄС статус додаткового захисту гарантується особам, які звертаються за міжнародним захистом у зв'язку з тим, що не можуть повернутися до країни походження через обґрунтоване побоювання отримати серйозну та не виправдану шкоду. Директивою встановлено три форми спричинення шкоди: тортури чи нелюдське чи таке, що принижує людську гідність ставлення, або покарання; смертна кара; загроза життю в результаті масового насильства, зумовленого міжчасовим чи внутрішнім збройним конфліктом¹⁰.

Що стосується тимчасового захисту, то правовим інструментом його регулювання є Директива Ради ЄС 2001/55 від 20 липня 2001 р. про мінімальні стандарти для надання тимчасового захисту переміщеним особам у випадку масового напливу, а також про заходи забезпечення балансу зусиль між державами-членами ЄС у прийнятті цих осіб та подоланні наслідків прийняття¹¹.

Аналізуючи Директиву 2001/55, можна простежити встановлення опосередкованого взаємозв'язку між наданням тимчасового захисту та процедурою отримання притулку. Зокрема, особа, яка перебуває під тимчасовим захистом, має право звернутися за наданням притулку. У даному контексті, як зазначає З. Макаруха, застосовуються критерії та механізми ухваленого у межах європейського континенту документу, а саме – Дублінської конвенції 1990 р.¹² Так, даним документом визначено державу, відповідальну за розгляд клопотання про надання притулку. Такою державою виступає та держава-член ЄС, що прийняла особу під тимчасовий захист.

Якщо на законодавчому рівні Європейського Союзу закріплено поняття та визначено правовий статус біженців, осіб, які користуються додатковим захистом чи осіб, що користуються тимчасовим захистом, то питання щодо визначення шукачів притулку немає.

Натомість Директивою Ради 2003/9 від 27 січня 2003 р. про закріплення мінімальних стандартів для прийняття шукачів притулку під шукачем притулку мається на увазі громадянин третьої країни чи особа без громадянства, яка звернулася із заявою про надання притулку, щодо якої не прийнято остаточного рішення (ст. 2). У документі зазначено, що будь-яке звернення за міжнародним захистом є зверненням за наданням притулку¹³.

По суті, права, які отримують шукачі притулку, є більш обмеженими порівняно з правами та свободами біженців та осіб, які перебувають під додатковим захистом.

Правовий статус шукачів притулку закріплено в ухваленому Радою ЄС 11 грудня 2000 р. Регламенті № 2725/2000 щодо заснування Євродак¹⁴. Євродак – це система, створена для порівняння відбитків пальців осіб, які шукають притулку, і деяких категорій нелегальних іммігрантів.

Регламент Ради ЄС № 343/2003 про встановлення критеріїв і механізмів для визначення держави-члена, відповідальної за розгляд поданих громадянами третіх держав звернень про надання притулку на території будь-якої з держав-членів ЄС¹⁵; Регламент № 604/2013 (далі – Регламент «Дублін»)¹⁶; Кваліфікаційна директива 2011/95/ЄС¹⁷; Директива 2013/32/ЄС щодо спільних процедур надання та позбавлення міжнародного захисту¹⁸ та Директива 2013/33/ЄС про умови прийому¹⁹. До всіх названих нами вище документів вносяться зміни та доповнення. Данія, Ірландія та Великобританія пов'язані лише частково положеннями документів у сфері надання притулку.

Одними із важливих проблем до 1997 р. у сфері надання притулку були процедурні питання. Йдеться насамперед про визначення держави-члена ЄС, відповідальної за розгляд клопотання про надання притулку. Дуже часто громадяни третіх країн з метою отримання притулку в ЄС подавали клопотання одночасно в декілька держав-членів ЄС, тим самим розраховуючи на більшу ймовірність досягнення успіху. Зважаючи на ці обставини, у 1990 р. держави-члени ЄС ухвалили Дублінську конвенцію, що визначає державу, відповідальну за розгляд клопотань про надання притулку, поданих в одній з держав – членів ЄС²⁰. Документ набув чинності 1 вересня 1997 року.

На сьогодні низку змін та доповнень до вищезазначених документів прийнято ухваленим Радою ЄС Регламенту № 604/2013 (відомий у праві ЄС як Регламент «Дублін III»). Відповідно до ст. 3(1) документа встановлено, щоб держави-члени ЄС розглядали кожен заяву щодо надання міжнародного захисту, подану громадянином третьої країни або особою без громадянства.

Усі правові заходи та інструменти для ефективного реалізації спільної політики ЄС у сфері надання притулку були підтвержені 9 вересня 2015 р. на засіданні Європейського парламенту. Зокрема, Європарламент ухвалив незаконодавчу Резолюцію стосовно дотримання прав іммігрантів та шукачів притулку на території ЄС²¹.

У документі зазначається, що в основі імміграційної політики Євросоюзу та його держави-члени ЄС повинні дотримуватися принципів солідарності й поваги до основних прав іммігрантів та шукачів притулку. Ухвалення резолюції було спричинене перетином зовнішніх кордонів біженцями та шукачами притулку. На сьогодні за даними Фронтексу на територію ЄС вже прибули близько 630 000 мігрантів. Зокрема, протягом 2015–2016 рр. в Європу прибуватимуть близько 850 000 іммігрантів та 350 000 біженців.

У цілому на сьогодні Європейський Союз перебуває на шляху динамічного та водночас перманентного розвитку спільної політики щодо надання захисту громадянам третіх країн. Реалізація даної політики відбувається за допомогою використання ЄС методу координації у питаннях, пов'язаних із встановленням єдиного статусу надання притулку для громадян третіх країн; визначенням єдиного статусу додаткового захисту для громадян третіх країн; запровадженням спільної системи тимчасового захисту для переміщених осіб; встановленням спільних процедур щодо надання та позбавлення єдиного статусу отримання притулку чи додаткового захисту тощо.

На нашу думку, сьогодні основна проблема в регулюванні всіх імміграційних питань у Європі полягає у неготовності окремих європейських держав та Європейського Союзу гармонізувати матеріальні й процесуальні норми у даних сферах. В основі проведення спільної політики Європейського Союзу в імміграційній сфері, надання притулку та захисту громадянам третіх країн лежить метод координації між Європейським Союзом та його державами-членами. Це підтверджується установами договорами ЄС, згідно з якими питання щодо надання захисту та притулку громадянам третіх країн належать до спільної компетенції ЄС та держав-членів, судовою практикою Суду ЄС та ухваленням національним законодавством держав-членів ЄС у цих сферах.

Тобто, відмінною особливістю регулювання Євросоюзом імміграційної сфери, політики стосовно прикордонного контролю, надання притулку та захисту громадян третіх країн є використання ЄС методу координації. Шляхом його застосування Європейський Союз лише поверхнево здійснює регулювання всіх імміграційних питань, залишаючи при цьому значний правовий та політичний простір для діяльності самих держав-членів ЄС.

Дотримання методу координації підтверджується і ухваленням на рівні ЄС низки правових актів у вигляді директив та регламентів. Такі документи спрямовані передусім на правову, гуманітарну, мовну допомогу та спрощення адміністративних процедур для перетину іммігрантами зовнішніх кордонів Європейського Союзу, забезпечуючи при цьому захист їх економічних, соціальних та інших прав.

¹ Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:EN:HTML>

² Конвенція про статус біженців від 28 липня 1951 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_011

³ Протокол щодо статусу біженців від 16 грудня 1966 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_363

⁴ Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualifications and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted // Official Journal of the European Union, No L 304 of 30.09.2004 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0083:en:HTML>

⁵ Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted, 20.12.2011 // Official Journal of the European Union, No L 337/9 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32011L0095>

⁶ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2 March 2010, Aydin Salahadin Abdulla (C-175/08), Kamil Hasan (C-176/08), Ahmed Adem, Hamrin Mosa Rashi (C-178/08) and Dler Jamal (C-179/08) v Bundesrepublik Deutschland : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0175>

⁷ Hailbronner K. Principles of International Law Regarding the Concept of Subsidiary Protection / K. Hailbronner // Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention? – Brussels : Bruylant, 2002. – P. 220.

⁸ Bloch C. Changing Asylum Policies in Europe / A. Bloch, T. Galvin, L. Schuster // Journal of Refugee Studies. – 2000. – Vol. 13, 31. – P. 43.

⁹ Макаруха З. М. Правові засади діяльності Європейського Союзу у сфері забезпечення простору свободи, безпеки та юстиції: моногр. / З. М. Макаруха. – Л. : Астролябія, 2011. – 544 с. – С. 155.

¹⁰ Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualifications and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted // Official Journal of the European Union, No L 304 of 30.09.2004 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0083:en:HTML>

¹¹ Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof // Official Journal of the European Communities, L 212 of 07.08.2001 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=celex:32001L0055>

¹² Макаруха З. М. Вказана праця.

¹³ Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers, 6.2.2003 // Official Journal of the European Communities, L 31 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32003L0009>

¹⁴ Council Regulation (EC) No 2725/2000 of 11 December 2000 concerning the establishment of 'Eurodac' for the comparison of fingerprints for the effective application of the Dublin Convention // Official Journal of the European Communities, L 316 , 15/12/2000. – P. 0001–0010 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32000R2725>

¹⁵ Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national //

Official Journal of the European Communities, L 050 , 25/02/2003. – P. 0001–0010 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32003R0343>

¹⁶ Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person // Official Journal of the European Union, No. OJ L 180, 29.6.2013, p. 31–59 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32013R0604>

¹⁷ Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted, 20.12.2011 // Official Journal of the European Union, No L 337/9 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32011L0095>

¹⁸ Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection // Official Journal of the European Union, No. L 180, 29.6.2013, p. 60–95 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32013L0032>

¹⁹ Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection // Official Journal of the European Union, No. L 180, 29.6.2013, p. 96–116 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32013L0033>

²⁰ Дублінська конвенція, що визначає державу, відповідальну за розгляд клопотань про надання притулку, поданих у одній з держав – членів Європейського співтовариства (1990) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://unhcr.org.ua/uk/resursi/pravovi-dokumenti-m/dokumenti-ec>

²¹ European Parliament resolution on migration and refugees in Europe 2015/2833(RSP) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+P8-RC-2015-0832+0+DOC+XML+V0//EN>

Резюме

Мушак Н. Б. Спільна політика Європейського Союзу щодо надання захисту громадянам третіх країн.

Стаття присвячена правовому аналізу спільної політики Європейського Союзу щодо надання захисту громадянам третіх країн. Особливу увагу приділено аналізу нормативно-правових документів, що регулюють сферу надання притулку та захисту громадян третіх країн. Надано аналіз правового статусу біженців; осіб, які звертаються за додатковим захистом; осіб, що потребують тимчасового захисту та шукачів притулку.

Ключові слова: громадяни третіх країн, біженці, міжнародний захист, додатковий захист, тимчасовий захист.

Резюме

Мушак Н. Б. Общая политика Европейского Союза относительно предоставления защиты гражданам третьих стран.

Статья посвящена правовому анализу общей политики Европейского Союза о предоставлении защиты гражданам третьих стран. Особое внимание уделено анализу нормативно-правовых документов, регулирующих сферу предоставления убежища и защиты граждан третьих стран. Проанализирован правовой статус беженцев; лиц, которые обращаются за дополнительной защитой; лиц, нуждающихся во временной защите и искателей убежища.

Ключевые слова: граждане третьих стран, беженцы, международная защита, дополнительная защита, временная защита.

Summary

Mushak N. European Union's Common Policy in regard of Third Country Nationals' Protection.

The article is devoted to the legal analysis of the EU common policy in order to provide protection to third country nationals. Special attention is paid to the analysis of legal documents in regard of asylum and protection to third country nationals. The author provides the legal status of refugees; persons who seek the subsidiary protection; persons who need the temporary protection and asylum seekers.

Key words: third country nationals, refugees, international protection, subsidiary protection, temporary protection.

М. І. ОТРОШ

Михайло Іванович Отрош, кандидат юридичних наук, докторант Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ВЧЕННЯ РИМСЬКОЇ ЦЕРКВИ ПРО ПОДІЛ ЦЕРКОВНОЇ І ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ ТА ВЗАЄМВІДНОСИНИ МІЖ НИМИ У ПЕРІОД ВІД МІЛАНСЬКОГО ЕДИКТУ 313 РОКУ ДО РОЗДІЛЕННЯ СХІДНОЇ І ЗАХІДНОЇ ЦЕРКОВ У 1054 РОЦІ

Християнство, що набувало характеру державної релігії після законодавчого акта Римської імперії – Міланського (Медіоланського) едикту від 13 червня 313 р.¹, ставало ідеологічним базисом рабовласницького суспільства, органічною частиною держави. Подальшими актами статус християн був зміцнений, у церкви з'явилися привілеї, які поступово розширилися, допомагаючи їй добиватися все більш значного становища у римському суспільстві. Починаючи з 333 р. єпископи отримали право бути судьями з цілого ряду цивільних справ. Завдяки наданим привілеям швидко виріс суспільний вплив церкви і духовенства².

У IV ст. християнство пронизує всі сторони суспільного і державного життя, християнська церква тісно переплелася з імперськими установами. Цей зв'язок християнської церкви з римською державою був затверджений Нікейським собором 325 р.³, рішення якого були обнародовані як імперський закон. За свою свободу і за союз з владою християнська церква заплатила велику ціну: їй довелося йти на службу владі імперії, у зв'язку з чим імператори стали втручатися у церковні та релігійні питання, однак за допомогою держави зростала й могутність церкви. Після смерті імператора Феодосія у 395 р. Римська імперія була остаточно поділена на дві частини: східну і західну. У західній латинській церкві поступово формувалася папська верховна влада, яка стала ідейно-ідеологічним, а згодом у багатьох випадках – і політичним представником християнського універсализму, розповсюдивши свій вплив на роздрібнені церкви та держави.

Римські папи, починаючи зі Льва I (440–461), вважали вже себе, посиляючись на апостола Петра, вищими від усіх єпископів. Імператор Західної Римської імперії Валентиніан III (423–455) своїм едиктом затвердив примат папи. У період правління Льва I апостольська церква перетворилася на авторитарну церкву. Лев I і його наступники протиставляли політично обґрунтованій першості Константинопольського патріарха усвідомлено мотивований релігійний примат, вважаючи римського єпископа намісником Петра і обґрунтовуючи тим самим законність влади папи над вселенською церквою⁴.

Примат Римського папи реалізовувався всупереч рішенням собору в Халкідоні в 451 р.⁵, на якому єпископу Константинополя були присвоєні ті ж ранг і достоїнство, які раніше належали лише єпископу Риму. У східній церкві примат візантійського патріарха формувалася в рамках цезарепапізму. У зв'язку з тим, що візантійський патріарх отримав верховну владу над церквами Сходу, він міг бути лише придворним єпископом візантійського імператора. Проте Римський папа, засвоївши бюрократичні та ієрархічні структури імператорської адміністрації, головним чином у часи Льва I, нерідко вже приписував собі прерогативи імператорської влади. У процесі суперництва папи і візантійського патріарха навіть за уявного рівноправ'я візантійська перевага виглядала безспірною. Однак насправді патріарх у Візантії не смів і помислити про світську владу, що могла б скластися поряд з імператорською, найбільше, на що він міг розраховувати, так це на посилення політичного впливу на імператора, однак імператор навіть у церковних справах підпорядкував його собі. У той же час у Римі на руїнах Західної Римської імперії, формальне падіння якої відбулося у 476 р. з вигнанням останнього імператора Західної Римської імперії Ромула Августула, папа як приватний власник значної частини належних імперії територій потенційно міг претендувати і на світську владу. Разом з тим верховна влада папи була кінцевим результатом процесу, який був похідним від постійних внутрішньоцерковних і зовнішньополітичних відносин, що впливали на них. Папи протягом багатьох років змогли забезпечити собі відносну незалежність в релігійних справах лише ціною повного підпорядкування політичній волі Візантії і частково аріанських готських королів, які виступили наступниками римських імператорів у західній частині імперії. Незважаючи на те, що на Заході вже не було імператора, на історію папства ще протягом цілого століття визначний вплив справляли не германські держави, що формувалися, а Візантійська імперія.

Водночас Римська церква, спираючись на положення трактату святого Августина «Про град Божий», чітко визначила і розмежувала сфери церковної та світської влади. Теорія про дві влади, знайшовши широкий відгук у Середні віки, бере свій початок через папу Гелазія I (492–496) від Августина (354–430). Гелазій I так сформулював у своєму листі імператору Анастасію (491–518) принцип дуалізму світської і церковної влади: «Славний імператоре, існує дві такі установи, які керують цим світом: перша – освячений авторитет вищих ієрархів, а друга – королівська влада. Тягар, який несуть священники, важкий, оскільки їм доводиться звітувати перед судом Божим також і за діяння королів, владарюючих над людьми». У релігійних питаннях імператор підпорядковується верховному ієрарху, а в світських питаннях клір підпорядковується імператору.

Ісус Христос, істинний *rex et pontifex* (король і вищий священнослужитель), розділив владу між королями та єпископами. Отже, і ті, й інші беруть участь у владі Христовій, яка однаковою мірою включає в себе як світську, так і духовну⁶.

Теологічно сформульований у часи Льва I дуалізм послідовно реалізовувався папою Гелазієм I і в церковній політиці. Точка зору папи Гелазія I про поділ двох влад і про взаємовідносини між ними була загальноприйнятою до XI століття. У цей час папство вже розглядало себе джерелом будь-якого права та стержнем істинного вчення. Рішення соборів зобов'язували папу бути вірним догматам як їх гаранта та охоронця, але з точки зору юрисдикції він вже користується повною свободою (*primatus jurisdictionis*). Гелазій I підняв цей принцип на таку висоту, що папа міг вершити суд над кожною церквою, але стосовно нього ніхто не мав права цього робити; згодом це знайшло відображення у формулі: «*para a nemine iudicatur*» («над папою ніхто не має права вершити суд»)⁷.

Всупереч цьому, візантійський імператор Юстиніан I (527–565) прагнув відновити єдність імперії і з цією метою здійснив повний цезарепапізм. Його полководець Велізарій наприкінці 536 р. зайняв Рим. Готська війна, що тривала майже 20 років, привела до знищення правління остготів в Італії і до реставрації візантійської монархії. Якщо за готського короля Теодоріха папи користувалися відносною свободою, то абсолютна імперська влада повністю їх підпорядкувала. Юстиніан у багатогранному церковному законодавстві відрегулював становище церкви і своєю реставраційною політикою досяг того, що папа знову опинився не більше ніж в ролі патріарха Заходу в одній з частин імперської церкви. Імперська верховна влада визнавала верховенство папи, що реалізується лише в догматах всередині імперської церкви, але не в управлінні церквою. Імператор Юстиніан також постановив, що папу, обраного римським кліром і народом, можна посвячувати лише після затвердження імператором⁸.

У вирі готської війни остаточно зник античний світ. У 568 р. лангобарди створили нове королівство в Італії. Італійські території, що залишилися під правлінням Візантійської імперії, утворили одну провінцію, якою управляв екзарх Равенни. До неї входило також римське герцогство з містом Римом, яке, однак, було відокремлено від равеннських територій кільцем лангобардських герцогств. Це відокремлення також сприяло тому, що у римському герцогстві і в Римі єпископ міста все більшою мірою заволодівав світською владою. В епоху великого переселення народів Рим залишився на самоті. За правом морального авторитета папа перетворився на світського правителя над Римом і центральною частиною Італії. Папа Лев I теоретично, а потім папа Григорій I (590–604) практично своєю економічною і церковно-організаційною політикою проклали шлях, який у Середні віки привів до розвитку світського способу правління та до універсальної політичної влади пап. Григорій I вбачав майбутнє церкви і пап в окатоличенні германського західного світу і в пристосуванні до феодального суспільства. Він прагматично виголосив лозунг «розв'язування і зв'язування», тобто відхід від стародавнього, рабовласницького суспільства і новий зв'язок з феодальним суспільством, однак реалізувалось це лише в епоху Карла Великого.

Папа Григорій I при практичній реалізації верховної влади у ході різнобічної економічної та церковно-адміністративної діяльності спирався на добре розвинену, централізовану бюрократію. Він зміцнив папський чиновницький апарат, так звану курію. Наприкінці VI ст. папи вже керували могутньою Римською церквою, на них також лежали обов'язки цивільного правосуддя у Римі. В юрисдикції Григорія I як патріарха Заходу знаходилась також найвища судова влада над західними церквами. Врешті-решт управління розрізненими, великими за розмірами церковними помістями, що реорганізовувалися в *patrimonium Sancti Petri* (спадщину святого Петра), опинилося в руках пап⁹.

За папи Захарія (741–752) лангобарди ліквідували в Італії панування Візантії і намагалися об'єднати півострів в єдину аріанську феодальну державу. Сам папа, переконавшись, що йому немає звідки чекати на допомогу, зробив спробу співіснування з лангобардами. Таким чином, папою Захарієм остаточно завершилася візантійська епоха папства. Цей папа був греком за походженням і останнім з пап, який про своє обрання доповів у Константинополь для затвердження¹⁰. Затвердження пап Візантією, тобто існування папства в рамках імперії, в принципі забезпечувало його універсальний характер і перешкоджало тому, щоб папа не перетворився на одного з митрополитів провінційної Італії. *Modus vivendi*, що склався між лангобардським королівським двором у Павії і римськими папами, не зміг перетворитися на більш тісний союз саме тому, що за умови встановлення феодальної політичної єдності Італії у рамках лангобардського королівства папа став би лише керівником цієї національної церкви.

Для усунення такої небезпеки папа налагоджував все більш тісні зв'язки з франкською церквою і франкською феодальною державою, за допомогою якої у 756 р. (після вінчанням Пипіна Короткого (741–768) на королівський трон), на основі подарованих папі франками захоплених ними у лангобардів територій (Римського герцогства, Романії і Пентаполя), вже фактично виникла Папська держава, Патримоніум святого Петра, світським володарем якої був римський єпископ. Пипін переписав і включив до реєстру всі населені пункти та міста, передані папі («Петру»), а ключі від них поклав на могилу святого Петра¹¹. Завдяки «Піпінівому дару» не тільки розширилися володіння папи, а й практично було покладено кінець візантійському впливу. Водночас Пипін за сприяння папи утворив першу у Європі спадкоємну феодальну християнську монархію і в знак вдячності надавав понтифіку збройну підтримку.

Державна влада папи спиралась не на юридичні, а на теологічні постулати, основані на Біблії. Це досягалось насамперед шляхом безпосереднього посилання на князя апостолів Петра. Як папа став світським князем, так і першого апостола перетворили на князя апостолів. Культ Петра, формування якого простежу-

ється у VII ст., став справжнім політичним капіталом у руках папи, який просив політичної підтримки у франкського короля не від свого імені, а від імені святого Петра, і франкський король передав вищезгадані володіння не папі, а Петру.

Для ідеологічного обґрунтування суверенності Папської держави і підтвердження верховної влади папи у стінах папської курії з'явився фальшивий документ про так званий «Костянтинів дар». Згідно з цим «документом» імператор Костянтин у знак подяки за те, що папа Сильвестр I (314–335) зцілив його від прокази, начебто надав Сильвестру I та усім його наступникам примат (верховенство) над чотирма східними патріархами, а також імператорські регалії, тобто політичне верховенство над усією західною частиною Римської імперії. Однак, зберігши церковний примат, папа нібито не прийняв імператорські регалії, і тепер у зв'язку з припиненням імператорської влади вона переходить до нього¹². Дарча грамота з'явилася у другій половині VIII ст., коли вона була потрібна для юридичного обґрунтування заднім числом створення Папської держави, і на початку IX ст. була включена до церковного юридичного збірника. Безперечно, ця грамота вплинула на реставрацію Західної імперії, а потім протягом століть – на взаємовідносини між папством та імперією, між церковною та світською владою¹³. Документ вважали достовірним до XV ст., хоча вже перші германські імператори говорили про підробку.

У IX ст. з'єднувальним елементом, що пов'язував між собою феодальні держави, утворені на території колишньої Західної Римської імперії, виступає католицька релігійна єдність. Поряд з універсалізмом релігійного характеру виникла також потреба політичної солідарності у державних рамках франкської імперії, в якій знайшла своє втілення ідея християнської імперії, оновленої Карлом Великим. Новий зв'язок між церквою і державою, між християнською релігією і феодальною владою був закріплений в результаті коронації Карла Великого на імператорство на Різдво (25 грудня) 800 року. З того часу як папа коронував Карла Великого відбулося переплетіння папських та імператорських установ. У принципі неодноразово заявлялося, що право політичного управління християнським світом належить імператору, а право релігійного правління цим світом – папі, але в результаті злиття кліру з феодальним панівним класом релігійні і політичні справи виявилися нерозривно переплетеними. Імператор, будучи правителем Італії, у зв'язку з наявністю там папських володінь вважав і папу одним зі своїх васалів. Папа, у свою чергу, основується на праві, згідно з яким лише він може коронувати імператора, претендував на сюзеренне верховенство над імператором. Ці претензії завжди реалізовувалися настільки, наскільки дозволяло співвідношення владних сил. У IX–XI ст., як правило, існувала гегемонія імператора (світської влади), а з кінця XI ст. і до початку XIV ст. – гегемонія папи (церкви). Зрештою, ця двоїстість була характерна для всього Середньовіччя і призвела до суперництва двох видів влади.

Відродження Західної імперії відкрило новий етап і в історії папства. Роль церкви стала вирішальною у феодальній державі, де вона використовувалася і для виконання адміністративних завдань. Для церкви найбільша перевага нового становища виявилася в тому, що в силу необхідності вона стала матеріально незалежною співчасницею влади. Інтегрованість церкви в нову державу, політична влада і багатство вищого духовенства водночас привели до посилення світськості церкви, до піднесення політики над релігією. Авторитет духовенства, яке представляло частину феодального панівного класу, не в останню чергу базувався і на монополії культури. Церква виросла в потужну виховну і дисциплінуючу установу. Вона сформувалася в ієрархічну організацію, подібну централізованій державній організації. З побудовою феодального суспільного і державного ладу і церква набула феодального характеру. Архієпископи, єпископи і настоятелі монастирів давали васальну клятву правителю, тим самим потрапляючи до нього в залежне становище. Королі самі призначали єпископів (світська інвеститура) і ієрархи, будучи великими землевласниками, ставали феодальними сюзеренами, рівними за рангом герцогам і графам.

Папа Микола I (858–867), як єдиний видатний папа IX–X ст. ст., маючи на меті далекоюсяжні цілі, називав себе намісником Христа на землі (*Vicarius Christi*), влада якого походить безпосередньо від Бога. Його авторитет – це авторитет Бога, і на нього покладена якнайвища повчаюча влада, а якщо так, то йому належить верховна судова і законодавча влада. Тому судження і постанови папи рівні за значенням канонічним законам, а собори служать лише для обговорення розпоряджень папи. Микола I вважав себе королем і священником (*rex et sacerdos*), який передає світську владу і збройні сили імператору. Керуючись такими принципами, папа втручався у шлюбні справи франкської імператорської родини і виступав проти партикулярних церковних сил¹⁴. Для обґрунтування і юридичного формулювання владних претензій середньовічного папства були використані так звані Псевдоісидорові декреталії¹⁵ – збірник переважно підроблених папських листів і документів, які справили реальний вплив на розвиток середньовічного церковного і політичного життя. Складання збірника підроблених документів мало на меті підтвердити верховну владу папи над єпископами¹⁶.

З анархії X ст. папству допомогла вийти германсько-римська влада, що почала підноситися. На цей час у Західній Європі вже склалися феодалізм і феодальні держави. У другій половині X ст. германському королю Оттону I Великому (936–973) вдалося, спираючись на залежних від нього представників вищого духовенства, подолати інспіровану герцогами феодальну анархію та зміцнити центральну державну владу. Оттон I після швидкого завоювання Північної Італії у 962 р. вступив до Рима, де був коронований папою як римський імператор. Оттонова грамота про привілеї для Римської церкви (*Ottonianum*) регулювала відносини між папою і ожилою імперією. Хоча Оттон I на деякий час звільнив папу від впливу аристократії, але одночасно змусив його підкоритися своїй владі¹⁷. Відбувся майже такий же процес, як і за Карла Великого.

Під час понтифікату Льва IX (1049–1054) відбувся остаточний розрив Риму з східно-грецькою церквою. Єдність католицької церкви на основі єдиних догматів і форм управління в той час зміцнилася. Охоронцем

і представником єдності був Римський папа. Ослаблення імперської влади після смерті імператора Генріха III у 1056 р. дало змогу папам остаточно позбавитися опіки світської влади. У 1058 р. Латеранський собор прийняв рішення (поряд з забороною симонії та світської інвеститури) щодо усунення світської влади від виборів папи і передання вирішення цього питання у руки церковної аристократії та корпусу кардиналів.

¹ Успенский Ф. Миланский эдикт Константина Великого / Ф. Успенский // Православный собеседник. – 1913. – № 9. – С. 305–346.

² Васильев А. А. История Византийской империи / А. А. Васильев. – СПб., 1998. – Т. 1. – С. 102–106.

³ Деяния Вселенских Соборов. – СПб. : Воскресение, Паломник, 1996. – Т. I. – 597 с.

⁴ Гергей Е. История Папства / Е. Гергей ; пер. с венгерского О. В. Громова. – М. : Республика, 1996. – 463 с. – С. 45.

⁵ Деяния Вселенских Соборов. – СПб. : Воскресение, 1996. – Т. II. – 304 с.

⁶ Задворный В. Л. История Римских пап / В. Л. Задворный. – М., 1997. – Т. 2. – С. 20–55.

⁷ Encyclopaedia dei Populi. Roma, 2000. – 3 vol. – P. 458–462.

⁸ Patrologiae cursus completus: Series Graeca / Ed. J.-P. Migne. Paris, 1857–1866, 167 t. – Т. 86. – P. 945–1152.

⁹ Лыс Д. П. Рост политической роли Римской Церкви в период понтификата Григория I (590–604) / Д. П. Лыс // Социально-экономические проблемы истории Древнего мира и Средних веков. – М., 1974. – С. 79–121.

¹⁰ Bertolini O. Roma di fronte a Bizanzio e ai Longobardi / O. Bertolini. Bologna, 1941. – P. 479–513.

¹¹ Arnaldi G. Le origini del Patrimonio di S. Pietro / G. Arnaldi // Comuni e signori dell'Italia nord-orientale e centrale: Lazio, Umbria e Marche. Torino, 1987. – P. 3–131.

¹² Kirsch G.P. La donatio di Costantino / G.P. Kirsch // La scuola cattolica 2 (1913). – P. 198–212.

¹³ Schönegger A. Die Kirchenpolitische Bedeutung des «Constitutum Constantini» in früheren Mittelalter (bis zum Decretum Gratiani) / A. Schönegger // Zeitschrift für katholische Theologie 42 (1918). – P. 541–590.

¹⁴ Гергей Е. Вказана праця. – С. 77.

¹⁵ Fuhrmann H. Einfluß und Verbreitung der pseudoisidorischen Fälschungen von ihrem Auftauchen bis in die neuere Zeit. Stuttgart, 1972–74. 3 Bd.

¹⁶ Schon K.-G. Eine Redaktion der pseudoisidorischen Dekretalen aus der Zeit der Fälschung / K.-G. Schon // Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters 34 (1978). – S. 500–511.

¹⁷ Балакин В. О. Начало итальянской политики Оттона I / В. О. Балакин // Вестник Московского педагогического университета. – 1998. – № 1. – С. 10–15. – (Серия «История»).

Резюме

Отрош М. І. Вчення Римської церкви про поділ церковної і державної влади та взаємовідносини між ними у період від Міланського едикту 313 року до розділення Східної і Західної церков у 1054 році.

У статті досліджується вчення Римської церкви про поділ церковної і державної влади та взаємовідносини між ними у період від Міланського едикту 313 року до розділення Східної і Західної церков у 1054 році. Теорія про дві влади, знайшовши широкий відгук у Середні віки, була загальноприйнятою до XI століття.

Ключові слова: Міланський едикт 313 року, теорія про дві влади, прима́т Римського папи, юрисдикція папи, світська влада папи.

Резюме

Отрош М. И. Учение Римской церкви о разделении церковной и государственной власти и взаимоотношения между ними от Миланского эдикта 313 года до разделения Восточной и Западной церкви в 1054 году.

В статье исследуется учение Римской церкви о разделении церковной и государственной власти и взаимоотношения между ними от Миланского эдикта 313 года до разделения Восточной и Западной церкви в 1054 году. Теория о двух властях, нашедшая широкий отзыв в Средние века, была общепринятой до XI столетия.

Ключевые слова: Миланский эдикт 313 года, теория о двух властях, прима́т Римского папы, юрисдикция папы, светская власть папы.

Summary

Otrosh M. Doctrine of the Roman Church on separating of church and state power and relationships between them in the period of the Edict of Milan in 313 to the Schism of Eastern and Western Churches in 1054.

The article researches the doctrine of the Roman Church on separating church and state power and relationship between them in the period of the Edict of Milan in 313 to the separation of the Eastern and Western churches in 1054. The theory of two powers, found a wide response in the Middle Ages was common to the XI century.

Key words: Edict of Milan 313 AD, the theory of two powers, the primacy of the Pope, the Pope's jurisdiction, state power of Pope.

К. О. САВЧУК

Костянтин Олександрович Савчук, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ ПРИНЦИПІВ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА У ПРАЦЯХ ВСЕВОЛОДА ПІЙОВИЧА ДАНЕВСЬКОГО

З точки зору сучасної доктрини міжнародного права, основні принципи міжнародного права, як правило, розглядаються як узагальнені загальновизнані норми міжнародного права, що визначають поведінку суб'єктів міжнародного права з приводу найважливіших питань міждержавних відносин. Як справедливо зазначив В. Н. Денисов, поняття основний принцип міжнародного права передбачає, що «принцип є основоположною частиною міжнародного права і міцно пов'язаний з його визначальними засадами»¹. Основні принципи міжнародного права відображають характерні риси міжнародного права та мають вищу юридичну силу. В їх основі лежать такі важливі для всього міжнародного співтовариства цінності, як міжнародний мир та безпека, співробітництво держав, повага до прав людини. Основні принципи міжнародного права відіграють надзвичайно важливу роль у підтриманні міжнародного правопорядку, оскільки вони є правовою основою всіх міжнародних договорів і поширюють свою дію на ті відносини, що безпосередньо не врегульовані міжнародним договором, міжнародним звичаєм чи іншими джерелами міжнародного права. І. І. Лукашук зазначав з цього приводу, що «у своїй сукупності принципи є хартією основних прав та обов'язків держави»². На думку багатьох вітчизняних та зарубіжних юристів-міжнародників, більшість основних принципів міжнародного права слід розглядати як норми *jus cogens*. Відповідно вони породжують зобов'язання універсального характеру (тобто зобов'язання *erga omnes*). Це дає право кожній державі і зобов'язує її здійснити заходи, спрямовані проти порушення основних принципів міжнародного права навіть у тому випадку, коли її інтереси безпосередньо не зачіпаються цим порушенням.

У сучасній доктрині міжнародного права практично загальновизнаною є теза про те, що в якості основних принципів міжнародного права слід перш за все розглядати ті принципи, що закріплені у статтях 1 та 2 Статуту ООН, а саме: 1) суверенна рівність держав; 2) добросовісне виконання міжнародно-правових зобов'язань; 3) мирне розв'язання міжнародних спорів; 4) заборона застосування сили або погрози силою в міжнародних відносинах; 5) невтручання у внутрішні справи держав; 6) рівноправність та самовизначення народів; 7) обов'язок співробітництва держав відповідно до Статуту ООН. Враховуючи той факт, що у Статуті ООН міститься лише перелік основних принципів міжнародного права, а їхній юридичний зміст там детально не викладено, у 1970 р. Генеральна асамблея ООН прийняла спеціальну Декларацію про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН 1970 р., яка містить їх розширене тлумачення. Заключний акт Наради з безпеки і співробітництва в Європі 1975 р. додав до цього переліку ще три принципи: непорушність державних кордонів; територіальна цілісність держави; поваги прав людини. Тим не менш, і на сьогоднішній день у вітчизняній та світовій міжнародно-правовій науці не існує консенсусу з питання про те, чи можна вважати перелік принципів міжнародного права, викладених у Статуті ООН, Декларації про принципи міжнародного права 1970 р. та Заключному акті Наради з безпеки і співробітництва в Європі 1975 р. вичерпним, чи в системі сучасного міжнародного права можна виокремити і інші основні принципи. Інколи представники доктрини міжнародного права намагаються сформулювати найбільш абстрактну, найвищу основну норму міжнародного права, з якої вже виводяться більш конкретні принципи міжнародного права. Характерною є точка зору відомого австрійського та американського юриста-міжнародника Г. Кельзена, який в якості такої норми розглядає принцип, згідно з яким держави повинні поводитися так, як вони звичайно поведуться³.

Враховуючи відсутність однастайності у класифікації принципів міжнародного права, не кажучи вже про можливість колізій між окремими основними принципами міжнародного права (наприклад, територіальної цілісності держав та рівноправності та самовизначення народів) у сучасній доктрині міжнародного права, з нашої точки зору, безперечний науковий інтерес становить дослідження думок вітчизняних юристів-міжнародників XIX – початку XX ст. щодо поняття та змісту принципів міжнародного права. Адже, варто зазначити, що дореволюційна вітчизняна міжнародно-правова наука приділяла досить значну увагу теоретичним проблемам міжнародного права, а міжнародно-правові концепції кращих її представників вирізнялись не тільки високим науковим рівнем, а й оригінальністю. Зокрема досить розгорнуте вчення про принципи міжнародного права міститься в працях видатного вітчизняного юриста-міжнародника, професора Харківського університету Всеволода Пійовича Даневського (1852–1898). Погляди цього видатного вченого на принципи міжнародного права практично не привертали увагу сучасних вітчизняних юристів-міжнародників, а серед представників радянської науки міжнародного права розглядалися лише Д. Б. Левіним у праці «Наука

міжнародного права у Росії у кінці XIX та на початку XX сторіччя»⁴. Автор цих рядків також побічно торкався цього питання у ряді праць, присвячених міжнародно-правовій спадщині В. П. Даневського та її значенні для сучасної науки міжнародного права⁵.

Отже, серед представників харківської школи міжнародного права найбільш розгорнуте вчення про принципи міжнародного права міститься у працях професора В. П. Даневського. Цьому питанню присвячена окрема праця «Підстави міжнародного права, його принципи та мета»⁶, а також приділено значну увагу у відомому «Посібнику до вивчення історії та системи міжнародного права»⁷. З точки зору цього автора, в основу міжнародного права покладено два принципи – суб'єктивний (принцип суверенітету) та об'єктивний (принцип міжнародно-правового спілкування). В. П. Даневський справедливо наголошує на тому, що незмінний закон будь-якого людського союзу (в тому числі й міжнародного союзу, який є вищою формою людського спілкування) засновується на визнанні за організаціями нижчого порядку й людиною певної самостійності, але водночас вони повинні поступатися своїми виключними інтересами, які є несумісними з благом усіх. На його думку, вся історія створення та зміцнення ідеї міжнародного союзу, починаючи з XVII сторіччя – це боротьба між засадами самостійності держав та правового спілкування між народами і лише починаючи з другої половини XIX століття вони знаходять належне співвідношення. При чому, період від Вестфальського миру 1648 р. до Віденського конгресу 1814–1815 рр. характеризується перевагою суб'єктивного принципу міжнародного права, тобто свободи, незалежності та самостійності держав. Цю епоху характеризує боротьба значно незалежних держав, які значно посилюлися, за їх виключні інтереси. «Іноді сила держав, при сукупності сприятливих історичних умов місця і часу, досягала такого значного ступеню, що «виключні» інтереси деяких з них намагалися стати на ступінь нібито об'єктивної засади для всього міжнародного союзу та права»⁸. У якості прикладів такої поведінки держав В. П. Даневський наводить намагання встановити своє повне панування на морях та океанах, та, відповідно монополізувати морську торгівлю, які в різні часи, з різною долею успіху робили Іспанія, Португалія, Голландія, Франція і особливо наполегливо – Англія. «Однак, не дивлячись на досить значну перевагу принципу суб'єктивного над об'єктивним, який став наслідком потужного розвитку ідеї держави, все ж нікому не вдалося остаточно і на довгий час поставити суб'єктивну волю, «виключні» інтереси однієї чи декількох держав – волею та об'єктивним принципом міжнародного союзу, тобто зруйнувати останній та міжнародне право»⁹. Переважна більшість міжнародних договорів політичного характеру того часу є лише результатом панування більш потужної держави над більш слабкою і закріплюють важливі життєві інтереси міжнародного союзу (тобто об'єктивний принцип міжнародного права) лише в окремих випадках.

Епоху розвитку міжнародних відносин і міжнародного права, яка розпочалася Віденським конгресом 1814–1815 рр. і тривала до Паризького конгресу 1856 р. В. П. Даневський визначає як таку, що характеризується зміцненням як у суспільній свідомості, так і на практиці об'єктивного принципу міжнародного права – тобто засади спілкування між народами. Водночас він зазначає, що початок цього періоду характеризується намаганням найбільш потужних держав «поставити перебільшену, невірну зрозумілу об'єктивну засаду вище суб'єктивної, тобто задати або применшити право на свободу, незалежність та самостійність держав (переважно слабких або середніх) в ім'я, ніби то «загальних інтересів» всього міжнародного союзу»¹⁰. Це яскраво виявилось під час вирішення великими державами політичної та територіальної долі багатьох країн Європи без врахування їхніх інтересів. Однак, попри все це, на думку В. П. Даневського, багато міжнародно-правових положень, прийнятих Віденським конгресом були направлені як на захист самостійності й незалежності окремих держав, так і на захист загальних інтересів, які покладені, в основу міжнародного спілкування між народами. Серед таких положень В. П. Даневський називає засудження права завоювання шляхом приведення території Франції до кордонів 1791 р., закріплення вільного судноплавства по основним міжнародним річкам Європи, встановлення рангів дипломатичних агентів, засудження роботи торгівлі тощо. Розвиток міжнародного права в Європі після Віденського конгресу характеризується зміцненням юридичного усвідомлення ідеї правового спілкування між державами, що виявлялося зокрема в наданні іноземним підданам такого ж обсягу цивільних прав, як і власним підданам, гуманізації законів та звичаїв війни тощо. Водночас, звертає увагу В. П. Даневський, такому поступовому розвитку прогресивних засад міжнародного права значною мірою заважали намагання найбільш потужних держав, таких як: Австрія, Пруссія, Росія, Франція, диктувати свою волю народам Європи. Конгреси Священного Союзу у Троппау, Лайбаху та Вероні В. П. Даневський влучно охарактеризував як «щось на зразок міжнародного трибуналу судово-законодавчого характеру»¹¹, який, використовуючи засаду легітимізму, намагався загальмувати спроби багатьох народів Європи досягти самостійності та політичної незалежності. В. П. Даневський абсолютно справедливо характеризує інтервенції, які здійснювалися під егідою Священного Союзу нібито для захисту загальних інтересів всього міжнародного союзу як зазіхання на незалежність та самостійних держав, що є наріжним каменем для існування всього міжнародного союзу та міжнародного права.

Розвиток міжнародного права у другій половині XIX ст., на думку В. П. Даневського, характеризується тенденцією до поступового досягнення гармонії між об'єктивним і суб'єктивним принципами міжнародного права. Право на охоронне втручання у внутрішні справи інших держав з метою підтримки засади легітимізму починає засуджуватися як доктринаю, так і практикою міжнародного права. «Разом з тим наука та життя однаково зрозуміли необхідність поставити певні рамки тій свободі незалежності та самостійності держав, як членів міжнародного союзу, переходячи які немислимо підтримувати «спілкування між народами», засноване на «загальних їх інтересах», задоволення яких і є метою союзу»¹². Втілення об'єктивного принципу

міжнародного права В. П. Даневський вбачає в таких важливих міжнародно-правових документах, прийнятих у другій половині XIX століття, як: Паризька декларація про принципи морського міжнародного права від 4 (16) квітня 1856 р. (яка є, за його словами, «чудовим явищем нашого століття, що є результатом всієї попередньої історії цивілізації та міжнародного права»¹³); Женевська конвенція про поліпшення долі поранених на полі бою від 22 серпня 1864 р.; Санкт-Петербурзька декларація про заборону застосування вибухових та запалювальних куль від 29 листопада 1868 року. Вчений характеризує ці міжнародно-правові документи як акти «міжнародно-законодавчого характеру», в яких «засада міжнародного спілкування виражена в найвищому ступені»¹⁴. Загалом В. П. Даневський дотримувався точки зору, згідно з якою гарантією розумного і справедливого поєднання міжнародно-правового спілкування та суверенітету окремих членів міжнародного союзу є «право всіх членів союзу висловити свою загальну волю з усіх справ загального інтересу, тобто в колективному праві охорони та захисту життєвих інтересів частин і всього міжнародного союзу»¹⁵.

Отже, можна зробити висновок, що концепція В. П. Даневського щодо принципів міжнародного права значною мірою не втратила своєї актуальності і в сучасних умовах. Зрозуміло, що саме розуміння поняття принципів міжнародного права у В. П. Даневського суттєво відрізняється від сучасного. Якщо для сучасної доктрини міжнародного права принципи міжнародного права – це норми міжнародного права найбільш загального характеру, які визначають поведінку держав та інших суб'єктів міжнародного права з приводу найбільш важливих питань міждержавних відносин, то у В. П. Даневського принципи міжнародного права – це скоріше фундаментальні закономірності розвитку всієї системи міжнародних відносин і міжнародного права, і зрозуміло, що вони характеризуються високим рівнем абстракції. Проте, з нашої точки зору, розуміння історії розвитку міжнародного права як процесу поступового досягнення гармонії між об'єктивним і суб'єктивним принципами міжнародного права слід визнати науково обґрунтованим. Інша річ, що під впливом бурхливого розвитку системи міжнародних відносин у другій половині XIX століття, розширення сфери дії міжнародного права з поступовим залученням до неї народів, які до того часу вважалися «нецивілізованими», значним прогресом у сфері кодифікації і прогресивного розвитку міжнародного права, В. П. Даневський занадто оптимістично оцінив сучасний для нього етап розвитку міжнародного права як такий, що характеризується належним поєднанням цих принципів. Реалії міжнародного життя минулого сторіччя, яке характеризувалося такими загальносвітовими катаклізмами, як Перша Світова війна 1914–1918 рр. та Друга Світова війна 1939–1945 рр., безліч регіональних конфліктів, які мали місце у світі і після того, як Статут ООН у 1945 р. закріпив принцип заборони застосування сили або погрози силою в міжнародних відносинах і, звичайно ж, та серйозна криза міжнародного правопорядку, яка відбувається у наші дні, свідчать про те, що процес узгодження самостійності й незалежності окремої держави із загальними інтересами міжнародного співтовариства (або міжнародного союзу, якщо використовувати термінологію юристів-міжнародників XIX століття) ще далекий від завершення.

¹ Денисов В. Н. Принципи міжнародного права // Юридична енциклопедія. Т. 5. – К., 2003. – С. 127.

² Лукашук І. І. Международное право. Учебник. Общая часть. – М., 2005. – С. 296.

³ Детальніше див.: Кельзен Г. Чисте правознавство. – К., 2004. – С. 242.

⁴ Левин Д. Б. Наука международного права в России в конце XIX и в начале XX веков. – М., 1982. – С. 160–194.

⁵ Савчук К. А. Идея народовластия в работах В. П. Даневского // Народовластие и право в условиях формирования гражданского общества: Материалы международной научной конференции. Курск, Региональный открытый социальный институт, 30–31 марта 2006 г. – Курск, 2006. – С. 124–126; Савчук К. О. Міжнародно-правові погляди В. П. Даневського // Правова держава. Вип. 19. – К., 2008. – С. 370–375.

⁶ Даневський В. П. Основания международного права, его принципы и цель // Антологія української юридичної думки. Т. 8: Міжнародне право / Упорядники: В. Н. Денисов, К. О. Савчук; відп. редактор В. Н. Денисов. – К., 2004. – С. 226–243.

⁷ Даневський В. П. Пособие к изучению истории и системы международного права. – Х., 1892. – С. 4–11.

⁸ Даневський В. П. Основания международного права, его принципы и цель // Антологія української юридичної думки. Т. 8: Міжнародне право / Упорядники: В. Н. Денисов, К. О. Савчук; відп. редактор В. Н. Денисов. – К., 2004. – С. 230–231.

⁹ Там само. – С. 231.

¹⁰ Там само. – С. 232.

¹¹ Там само. – С. 233.

¹² Там само. – С. 234.

¹³ Там само. – С. 234.

¹⁴ Там само. – С. 235.

¹⁵ Даневський В. П. Пособие к изучению истории и системы международного права. – Х., 1892. – С. 9.

Резюме

Савчук К. О. Поняття та зміст принципів міжнародного права у працях Всеволода Пійовича Даневського.

Стаття присвячена дослідженню концепції принципів міжнародного права в наукових працях одного з найвидатніших представників вітчизняної міжнародно-правової думки XIX століття професора Харківського університету Всеволода Пійовича Даневського. Розглядається міжнародно-правове вчення В. П. Даневського, згідно з яким в основу міжнародного права покладено два принципи – суб'єктивний (принцип суверенітету) та об'єктивний (принцип міжнародно-правового спілкування). Досліджується питання про історичний розвиток міжнародного права в контексті такого підходу і наголошується на актуальності міжнародно-правової спадщини В. П. Даневського для сучасних дослідників теорії міжнародного права.

Ключові слова: принципи міжнародного права, об'єктивний принцип міжнародного права, суб'єктивний принцип міжнародного права, В. П. Даневський.

Резюме

Савчук К. А. Понятие и содержание принципов международного права в работах Всеволода Пиевича Даневского.

Статья посвящена исследованию концепции принципов международного права в научных работах одного из наиболее выдающихся представителей отечественной международно-правовой мысли XIX столетия профессора Харьковского университета Всеволода Пиевича Даневского. Рассматривается международно-правовое учение В. П. Даневского, в соответствии с которым в основу международного права ставятся два принципа – субъективный (принцип суверенитета) и объективный (принцип международно-правового общения). Исследуется вопрос об историческом развитии международного права в контексте такого подхода и отмечается актуальность международно-правового наследия В. П. Даневского для современных исследователей теории международного права.

Ключевые слова: принципы международного права, объективный принцип международного права, субъективный принцип международного права, В. П. Даневский.

Summary

Savchuk K. The concept and content of the principles of international law in the works of Vsevolod Pievich Danevsky.

The article investigates the concept of the principles of international law in the scientific works of one of the most prominent representatives of the domestic international legal thought of XIX century professor Kharkiv University Vsevolod Pievich Danevsky. We consider the international legal doctrine of V. P. Danevsky according to which the basis of international law placed two principles – subjective (the principle of sovereignty) and objective (the principle of an international legal communication). We study the historical development of international law in the context of this approach, noting the relevance of international legal heritage of V. P. Danevsky for modern scholars of the theory of international law.

Key words: the principles of international law, subjective principle of international law, objective principle of international law, V. P. Danevsky.

УДК 347.95.952

Н. А. ЛЯШЕНКО

Надія Анатоліївна Ляшенко, здобувач Київського національного університету імені Тараса Шевченка

РІШЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК ПІДСТАВА ДЛЯ ПЕРЕГЛЯДУ РІШЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОГО СУДУ ВЕРХОВНИМ СУДОМ УКРАЇНИ

Кожна держава має створити таку правову систему, яка буде здатна забезпечити права людини так, щоб зовнішній фактор для відновлення порушених прав не потребувався. Юристи-практики можуть зауважити, що така система існує лише в утопічній уяві мрійників-філософів. Водночас така система як мета діяльності держави закладена у ст. 3 Конституції України, тому виникає питання про те, як і за рахунок яких факторів можна хоча б наблизитися до такої системи забезпечення прав людини в Україні.

Розглянемо одні з найскладніших відносин, які пов'язані з народженням дітей, але сімейними не розцінюються. Автор у даному випадку має на увазі сурогатне материнство, про яке дуже багато говорять і пишуть, але до врегулювання якого законодавча влада ще не прийшла. Зокрема, в Україні мав місце випадок, коли за договором сурогатною матір'ю для італійських батьків виступила українка, яка народила близнят, але не захотіла їх віддавати. Юридичний договір з приводу виношування та народження дітей мав місце в цій ситуації, але в будь-якому договорі не можна встановити всі можливі варіанти розвитку подій. З цього приводу Валерія Лутковська, Уповноважений Верховної Ради з прав людини, заявила: «Величезна кількість питань, які виникають і на сьогоднішній день вже регулюються виключно тими договорами, які укладаються за допомогою або без допомоги юристів. Необхідні законодавчі межі, які встановлять загальні правила гри»¹.

Ми загалом з цього приводу погоджуємося з цією концепцією, оскільки вступаючи в правовідносини сторони мають знати наперед, як їх можливий спір буде вирішуватися відповідно до законодавства. Тобто, на наш погляд, статутна система права ліпша від прецедентної, але це правило в багатьох випадках може бути змінено відповідно до конкретних умов договору, коли сторони здатні відійти від встановлених умов законодавства за принципом свободи договору.

Аналогія закону та праву також передбачає можливість виникнення й вирішення спірних питань за межами врегульованих законодавством правовідносин, тому здається нереально регламентувати всі правовідносини, в яких здатні опинитися сторони, імперативними нормами, оскільки в такій правовій системі не варто говорити про свободи. Слід також визнати, що особливими труднощами в регламентації відрізняють відносини, які будуються на складних та разом із тим традиційних морально-етичних взаємовідносинах.

Так, зі стародавніх часів основною підставою вступу до шлюбу вважалось кохання, але конкретно визначити її в нормах законодавства не уявляється можливим, оскільки в такому разі потрібно сформулювати

його критерії, що спонукало авторів Сімейного кодексу України його просто «обійти». Дійсно, в реальному судочинстві можливо використовувати це поняття для підтвердження дійсності або недійсності реєстрації шлюбу, але суб'єктивізм в його оцінці і складність його доведення обумовлюють те, що юристи шукають інші підстави для визнання недійсності реєстрації шлюбу тощо.

Законодавча влада має намагатися усунути протиріччя в законодавстві і прогалини в регламентації тих чи інших відносин, але чим складнішою і насиченою стає правова система держави, тим з більшими труднощами будуть стикатися законотворці. З проведеного аналізу одне питання є очевидним: судова практика підказує ті важливі питання, з приводу яких виникають складні й морально насичені спори, на вирішення яких має бути передусім націлена законодавча влада в Україні.

Отже, очевидно, що будь-яка система з часом потребує удосконалення і розвитку. Так, європейське співтовариство поклало на Європейський суд з прав людини великі надії щодо контролю за дотриманням прав і основних свобод громадян європейських держав, але в рішенні великої палати Європейського суду з прав людини неважко помітити невдоволення самих суддів тими межами, які їм надаються щодо розгляду справ відповідною процедурою. Зокрема, у справі «Бочан проти України (№ 2)» декілька суддів Великої палати Європейського суду з прав людини висловили свої окремі думки². Важливою, на наш погляд, є думка судді Войтичека, яка зводиться до того, що «Конвенція не гарантує іншим сторонам провадження на національному рівні, яких стосується оскаржуване судові рішення, права бути заслуханими Судом. Дійсно, згідно з пунктом 2 статті 36 Конвенції у поєднанні з пунктом 3 правила 44 Регламенту Суду в інтересах належного здійснення правосуддя Голова палати може дозволити або запропонувати будь-якій заінтересованій особі, яка не є заявником, подати свої письмові зауваження або – за виняткових обставин – взяти участь у слуханнях. Суд іноді користується цією можливістю, зокрема, у справах, що стосуються сімейного права. Обраний підхід, як на мене, справляє враження неадекватного, оскільки залишене на розсуд Голови палати право надання заінтересованій особі можливості висловити свою думку не є тотожним праву бути заслуханим. Воно не завжди використовується, коли зачіпаються інтереси третіх сторін»³.

Ця окрема думка є слушною і цікавою для дослідження, оскільки вона свідчить про невдоволення самих суддів Європейського суду з прав людини чинною процедурою розгляду справ і має стати підставою для наступного її удосконалення. Тому навіть діяльність Європейського суду з прав людини не може розцінюватися як абсолютно досконала і така, що не повинна розвиватися. Отже, і діяльність українських судів має відповідати потребам суспільства. Зокрема, коли Верховний Суд України не погоджується з переглядом цивільної справи в порядку виняткових обставин і на підставі рішення Європейського суду з прав людини, то для цього повинні бути правові підстави у процедурі, а не волевиявлення семи суддів.

Так, «порівняльний аналіз національних законодавств і практики тридцяти восьми держав-членів Ради Європи показує, що багато держав запровадили національні механізми, які передбачають можливість звернутися за переглядом цивільних справ, провадження в яких завершено згідно з судовим рішенням, що набуло статусу остаточного, на підставі встановлення Судом порушення Конвенції. Зокрема, у двадцяти двох державах-членах з числа держав, законодавство яких аналізувалося, національний цивільний процесуальний кодекс чітко передбачає можливість для заявника, на користь якого було постановлено рішення Суду, клопотати про перегляд цивільної справи на підставі встановлення порушення Європейським судом з прав людини або іншим міжнародним судом. Так відбувається в Албанії, Андоррі, Вірменії, Азербайджані, Хорватії, Чеській Республіці, Естонії, колишній Югославській Республіці Македонія, Грузії, Німеччині, Латвії, Литві, Молдові, Чорногорії, Норвегії, Португалії, Румунії, Росії, Сербії, Словаччині, Швейцарії та Туреччині. В усіх цих державах заяви щодо перегляду справи подаються до суду. Проте судова інстанція залежить від конкретної держави-члена. У деяких державах такі заяви подаються до найвищої судової інстанції, тобто Верховного Суду (в Албанії, Азербайджані, Естонії і Литві) або Конституційного суду (у Чеській Республіці). В інших державах скарга подається до суду, чиє рішення оскаржується (Хорватія, колишня Югославська Республіка Македонія і Сербія). Зазвичай, перегляд не є автоматичним та обумовлюється критеріями прийнятності, такими, як строк подання скарги, процесуальний статус заявника та обґрунтованість скарги (це стосується, наприклад, Албанії, колишньої Югославської Республіки Македонія, Грузії, Чорногорії і Туреччини). Деякі положення внутрішнього законодавства передбачають дотримання інших вимог – наприклад, продовження існування тяжких наслідків порушення (Румунія) або що відшкодування не виправило порушення (Словаччина), або що відшкодування заявникові не може бути здійснено жодними іншими засобами (Естонія)»⁴.

Тобто, для відмови в перегляді рішення національного суду повинні існувати достатні правові підстави. Ми вважаємо, що ними можуть стати суперечність такого рішення вимогам Конституції України. У такому випадку Верховний Суд України вправі звертатися до Конституційного Суду України. Коли в рішенні Європейського суду закладено, що присуджена компенсація порушеного права поширюється і на завдану моральну та матеріальну шкоду, коли матеріальна шкода не може бути ліквідована іншим шляхом, наприклад, спірний об'єкт було істотно пошкоджено або знищено тощо, то перегляд справи Верховним Судом України є недоцільним, а постраждала особа має сформулювати вимоги про відшкодування матеріальної або моральної шкоди, і такий спір має вирішуватися судом нижчих інстанцій.

Але в інших випадках переглядати рішення національного суду на підставі рішення Європейського суду з прав людини обов'язково. І це необхідно визнати незалежною умовою правової держави, якщо інше не зумовлено законодавством України. Дійсно, запозичуючи іноземний досвід, потрібно встановлювати наступ-

ні факти: продовження існування тяжких наслідків порушення (Румунія) або що відшкодування не виправило порушення (Словаччина), або що відшкодування заявникові не може бути здійснено жодними іншими засобами (Естонія). При цьому слід враховувати особливості правової системи України і поділ правопорушень за критерієм взаємовідносин з державою або її установами, тоді може ставитися питання про компенсацію завданої шкоди, наприклад, коли претензії висуваються до судової гілки влади та інших її уповноважених представників.

Отже, тут можна погодитися з іноземною судовою практикою, якою враховуються процесуальні повноваження вищих судів і ступінь проблеми, на яку звернув увагу Європейський суд з прав людини. Тобто, завдання Верховного Суду України не можуть зводитися до формального аналізу рішення Європейського суду з прав людини на предмет виявлених недосконалостей в рішеннях судів України, коли скаржник потребує компенсації матеріальної шкоди, а Суд не здатен її присудити через те, що він в такій ситуації, фактично, стане судом першої інстанції, яку він не повинен замінювати, адже скасовувати остаточне рішення суду касаційної інстанції не завжди доцільно.

Тому виконувати рішення Європейського суду з прав людини слід обов'язково, інакше нашу державу можуть виключити з Ради Європи як таку, що нехтує правами людини. Але ж потрібно враховувати й те, чого хоче досягти в остаточному рахунку скаржник і яким чином цього можна досягти.

Разом із тим у позиції судді Войтичека велика увага приділена «праву бути заслуханим»⁵, що, безумовно, є одним із визначальних прав осіб, які беруть участь у справі. І таке право людини як особи, яка бере участь у справі, має бути відображене не тільки в діяльності Європейського суду з прав людини, а й обов'язково «пронизувати» процедуру діяльності судів України і бути незалежним від волі суддів. Це нонсенс, коли у ст. 333 ЦПК зазначено, у касаційному порядку справа розглядається колегією у складі п'яти суддів без повідомлення осіб, які беруть участь у справі. У разі необхідності особи, які брали участь у справі, можуть бути викликані для надання пояснень у справі. Тобто особи, які подали скаргу і фактично не були повідомлені про зміст заперечень проти касаційної скарги, не здатні підсилити свою правову позицію та донести її до суду. Тому дане положення разом із багатоступінчатою схемою розгляду касаційної скарги, коли судді кулуарно домовляються між собою про вирішення справи або суддя-доповідач виявляє одноосібно неприйнятність касаційної скарги, мають бути скасовані.

Особливої уваги, на наш погляд, заслуговує й інша думка судді Войтичека, що збігається з думкою більшості складу Суду, який поряд із зауваженнями з приводу суперечності окремих рішень Європейського суду з прав людини одне одному проголошує концептуальні зауваження, зокрема таке: «Проте звичайне апеляційне оскарження та касаційне оскарження є двома дуже різними засобами юридичного захисту»⁶.

Виходячи зі змісту апеляційного і касаційного оскарження можна стверджувати, що їх правова сутність не тільки дуже схожа, а й принципово ці провадження не повинні відрізнятися, оскільки і в тому, і в іншому провадженні розглядається законність діяльності судів нижчих інстанцій. Тобто такий, умовно, фільтр має застерегти не ухвалення незаконних або необґрунтованих рішень судами нижчих інстанцій, а набрання ними законної сили. Розглядаючи апеляційну і касаційну інстанцію як певний механізм подібно до фільтрів для очищення води, ми могли б стверджувати, що апеляційна інстанція – це фільтр грубої очистки, а касаційна має надавати абсолютну чистоту.

Але подібні порівняння не мають під собою правового ґрунту в силу того, що апеляційна інстанція сьогодні не має права відправляти справу на новий розгляд до суду першої інстанції і доволі часто апеляційний суд виступає як суд першої інстанції, ухвалюючи нове рішення у справі, яке може кардинально відрізнятися від рішення суду першої інстанції. Формально розглядаючи таку ситуацію, можемо стверджувати, що при вирішенні справи апеляційним судом і ухваленні ним нового рішення ми позбавляємо осіб, які беруть участь у справі, права на апеляційне оскарження рішення.

Коли ж до повноважень касаційного суду надходить справа, то можливими варіантами можуть бути: рішення суду першої інстанції, що збігається з ухвалою апеляційної інстанції або існує два рішення першої та апеляційної інстанцій, які різняться між собою, тому можна констатувати фактичний спір між судами різних гілок влади.

У цьому контексті рішення судів для суду касаційної інстанції будуть мати рівне правове значення, тобто, як доказ правової позиції кожного із судів, оскільки в такій ситуації не повинна враховуватися ієрархія судів. Але останнє рішення, тобто апеляційної інстанції, повинно мати об'єктивні переваги, оскільки воно базується на рішенні суду першої інстанції, повинно враховувати його недоліки та спрямовуватися на їх усунення і досягнення законності й обґрунтованості. Однак практика діяльності судів касаційної інстанції доводить, що не завжди рішення апеляційної інстанції є більш обґрунтованим та законним і разом з рішеннями судів касаційної інстанції, де так само громадяни не можуть знайти захисту своїх прав, робить цивільне судочинство коштовним, непередбачуваним і не виправданим, що ставить під сумнів дієвість моделі цивільного судочинства в Україні. А це повинно мотивувати пошуки шляхів удосконалення судочинства, можливо, й шляхом його оптимізації, оскільки фактично в нашій країні існує не два, а три рівні перевірки законності і обґрунтованості судових рішень.

Вважаємо також можливим враховувати досвід Європейського суду з прав людини в частині, коли всі судді палати П'ятої секції, а також Секретар секції Клаудія Вестердік (<...>), відмовились від юрисдикції на користь Великої палати, і жодна зі сторін не заперечила проти цього (ст. 30 Конвенції і правило 72 Регламенту Суду)⁷. Тобто, ми вважаємо, що така процедура розгляду справ цікава і допустима для регламентації

діяльності судів України. Складність розглядуваних судом питань може обумовлювати доцільність розгляду справи вищими інстанціями, судді в яких повинні мати значно більший досвід та кваліфікацію, якщо сторони спору не заперечують проти цього. Така процедура розгляду справи доцільна в тих випадках, коли всі докази в справі є в наявності і ніхто зі сторін не має наміру витребувати додаткові докази, призначати експертизи тощо. Для реалізації цього положення можна, на наш погляд, наділити суддів першої інстанції правом заявити собі відвід з передачею справи до суду вищої інстанції, а також сторонам ініціювати таку передачу справи, коли з дій суддів першої інстанції стане очевидно, що їх компетенції не вистачає для вирішення цієї складної справи.

Зокрема, у ч. 3 ст. 8 ЦПК передбачено правило, згідно з яким у разі виникнення у суду сумніву під час розгляду справи щодо відповідності закону чи іншого правового акта Конституції України, вирішення питання про конституційність якого належить до юрисдикції Конституційного Суду України, суд звертається до Верховного Суду України для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду України подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта. При цьому безпосередній порядок звернення суду першої інстанції до Верховного Суду України з розглядуваних питань не регламентований. Тому можна припустити, що така процедура, закладена у ч. 3 ст. 8 ЦПК, спрощена, оскільки відповідно до ієрархії судової гілки влади таке питання має спочатку розглядатися судом апеляційної інстанції, а потім касаційної інстанції і лише в наступному – Верховним Судом України. При цьому кожен із судів повинен наділятися повноваженнями переглядати зв'язок розглядуваного питання з конституційністю тієї чи іншої норми закону чи іншого правового акта, а також перевіряти позицію суду нижчої інстанції, що свідчитиме не про «сумніви», а про впевненість в неконституційності тієї чи іншої норми.

Таким чином, можна говорити про складність розглядуваного питання і можливість судів вищих інстанцій, коли вони не будуть погоджуватися з констатацією невідповідності норм законодавства Конституції України, які мають застосовуватися для регламентації розглядуваних судами правовідносин, взяти справу на свій розгляд. Тобто, таку можливість не можна виключати і для Верховного Суду України, який може бути здатен вирішити справу на підставі наявних доказів та без порушення питання про конституційність тих чи інших норм законодавства. Дане положення має увійти до повноважень не тільки Верховного Суду України, а й інших судів, що переглядатимуть це питання.

Тому ми вважаємо, що складність поставлених перед судом питань може стати підставою для самовідводу суддів першої інстанції, але після задоволення клопотань сторін щодо витребування доказів, призначення експертиз тощо, коли буде сформовано предмет доказування, і після висловлення аргументів сторін. Тобто, альтернатива такого положення полягатиме в тому, що судді буде заявлено відвід в силу його некомпетентності, і це призведе його до дисциплінарної відповідальності. Але такий альтернативний варіант є некоректним, якщо найліпші судді з усієї Європи наділяються правом на передачу спору до вищої інстанції – Великої палати, то і українські судді, особливо малодосвідчені, на нашу думку, повинні мати таке повноваження.

Таким чином, автор вважає, що Європейський суд з прав людини робить велику роботу, надаючи не тільки верховенство правам окремого громадянина над судовою системою держави, а й висловлюючи нові тези для вдосконалення власної правової системи, а також корисні для всіх держав-членів Ради Європи. Не зважаючи на прийнятий Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. справа «Бочан проти України» та інші свідчать про те, що на шляху виконання рішень Європейського суду з прав людини в контексті перегляду рішень національних судів ще багато треба зробити, щоб усунути існуючі проблеми з невиконанням в повному обсязі в Україні таких рішень.

¹ Коментар адвоката Артема Середи по сурогатному материнству для телеканалу «Інтер» 14 червня 2012 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.aurum-ustas.com.ua/?s=%D1%81%D0%B5%D0%BC%D0%B5%D0%B9%D0%BD&search=%D0%9F%D0%BE%D0%B8%D1%81%D0%BA>

² Європейський суд з прав людини. Велика палата. Справа «Бочан проти України (№ 2)» (Заява № 22251/08) Страсбург, 5 лютого 2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_a43/page

³ Там само.

⁴ Там само.

⁵ *Волосенко С. О.* Принципи змагальності та об'єктивної істини у цивільному процесі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / С. О. Волосенко. – К., 2010. – 17 с.

⁶ Європейський суд з прав людини. Велика палата. Справа «Бочан проти України (№ 2)» (Заява № 22251/08) Страсбург, 5 лютого 2015 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_a43/page

⁷ Там само.

Резюме

Ляшенко Н. А. Рішення Європейського суду з прав людини як підстава для перегляду рішення національного суду Верховним Судом України.

У статті висвітлюється вплив рішень Європейського суду з прав людини на правову систему та цивільне судочинство України у контексті їх вдосконалення. Зокрема, аналізуються повноваження Верховного Суду України щодо перегляду судових рішень з підстави, передбаченої п. 2 ч. 1 ст. 255 ЦПК – встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визна-

на Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом, а також процедури виконання Україною рішень ЄСПЛ. Внесено пропозиції щодо розширення повноважень Верховного Суду України.

Ключові слова: рішення, Європейський суд з прав людини, цивільні справи, Верховний Суд України, повноваження, виконання рішень.

Резюме

Ляшенко Н. А. Решение Европейского суда по правам человека как основание для пересмотра решения национального суда Верховным Судом Украины.

В статье освещается влияние решений Европейского суда по правам человека на правовую систему и гражданское судопроизводство Украины в контексте их совершенствования. В частности, анализируются полномочия Верховного Суда Украины относительно пересмотра судебных решений по основанию, предусмотренному в п. 2 ч. 1 ст. 255 ГПК – установление международным судебным органом, юрисдикция которого признана Украиной, нарушения Украиной международных обязательств при решении дела судом, а также процедуры исполнения Украиной решений ЕСПЧ.

Внесены предложения по расширению полномочий Верховного Суда Украины.

Ключевые слова: решение, Европейский суд по правам человека, гражданские дела, Верховный Суд Украины, полномочия, исполнение решений.

Summary

Lyashenko N. The decision of the European Court of Human Rights as the basis for review of a decision of the national court by the Supreme Court of Ukraine.

The article analyzes the impact of the European Court of Human Rights on the legal system and civil litigation Ukraine in the context of their improvement. In particular, analyzes the powers of the Supreme Court of Ukraine on judicial review of the grounds provided for in p. 2 ch. 1, Art. 255 SPC- establishing an international judicial institution, whose jurisdiction is recognized by Ukraine, Ukraine violations of international obligations in deciding court cases, and procedures for implementation by Ukraine of ECtHR judgments. Proposals to expand the powers of the Supreme Court of Ukraine.

Key words: decision, European Court of Human Rights, civil cases, the Supreme Court of Ukraine, the powers, implementation.

УДК 341.3

Л. Є. ПАНЧЕНКО

Людмила Євгенівна Панченко, державний нотаріус Першої київської державної нотаріальної контори

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВА ТА ВНУТРІШНЬОПРАВОВА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ПРОВЕДЕННЯ МІЖНАРОДНОЇ МИРОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Міжнародні операції з підтримання миру і безпеки можуть відбуватися в різноманітних середовищах по всьому спектру збройних конфліктів. Залежно від виду конфлікту та специфічної ситуації миротворці зобов'язані керуватися кількома або всіма наступними нормами внутрішнього права нації перебування та нації-відправника, міжнародного гуманітарного права, положень та мандатів регіональних організацій, угод про статус сил, інших галузей міжнародного права. Безперечно, правове забезпечення є найголовнішим аспектом будь-якої операції. Нагальним є питання розроблення комплексного, концептуального підходу до вирішення всього спектру проблем миротворчості, основою якого повинно стати міжнародне законодавство. Правове забезпечення миротворчих операцій, в яких бере участь Україна, може створити режим законності застосування Збройних Сил України у відповідності з їх конституційним призначенням і інтересами країни у взаємодії з усіма національними і міжнародними силовими і цивільними структурами.

Правова база ООН для проведення міжнародних миротворчих операцій включає в себе значну низку правових елементів. До них належать: 1) Статут ООН, що регулює правові питання проведення миротворчих операцій; 2) Мандат конкретної миротворчої операції; 3) норми міжнародного права (право міжнародної безпеки, міжнародне гуманітарне право, міжнародні конвенції); 4) Декларація про права людини; 5) інші нормативно-правові документи, а саме: Угода про статус дій (місії) (далі – SOMA); Угода про статус збройних сил (далі – SOFA); Конвенція про привілеї та імунітети ООН 1946 р.; бюлетень Генерального секретаря ООН «Щодо застосування міжнародного гуманітарного права для Сил ООН з підтримки миру» 1999 р.; Конвенція ООН щодо безпеки персоналу ООН та пов'язаному з нею персоналом 1994 р.; меморандуми про взаєморозуміння між урядами країн-контрибуторів та ООН щодо надання ресурсів до миротворчої місії ООН; технічні угоди між міністерствами оборони країн-контрибуторів та міжнародними організаціями.

Персонал ООН, який залучається до операцій з підтримання миру, має правовий захист, передбачений такими нормативно-правовими актами: 1) Конвенція ООН щодо безпеки персоналу ООН та пов'язаному з

нею персоналом 1994 р.; 2) Конвенція про привілеї та імунітети ООН 1946 р.; 3) Право збройних конфліктів (для операцій з примушення до миру, згідно глави VII Статуту ООН).

Статут ООН є основоположним документом для діяльності всіх її органів. Хоча діяльність з підтримання миру чітко не простежується в Статуті, він є основним джерелом й інструментом ООН для реалізації головної мети – забезпечення миру й безпеки у всьому світі. Статут покладає на Раду Безпеки ООН головну відповідальність за підтримання миру і безпеки, що дозволяє йому запроваджувати операції ООН з підтримання миру. Розділ VI розглядає питання «мирного вирішення спорів». Операції ООН з підтримання миру традиційно спиралися на Статут, проте Рада Безпеки має право не посилаючись на конкретний розділ Статуту при прийнятті резолюції, яка санкціонує розгортання тієї чи іншої операції. Розділ VII містить положення, які передбачають «дії відносно загрози миру, порушення миру або актів агресії». Останнім часом Рада Безпеки посилається на цей розділ Статуту при прийнятті резолюцій, які санкціонують розгортання операції ООН з підтримання миру в складних умовах постконфліктних ситуацій, в тих випадках, коли держава не спроможна забезпечити безпеку і правопорядок. Розділ VIII Статуту передбачає участь регіональних угод або регіональних органів діяльності з підтримання міжнародного миру і безпеки за умови, що такі угоди або діяльність таких органів сумісна з цілями і принципами Розділу I Статуту ООН.

Основою для будь-якої миротворчої місії є чіткий і точний мандат, розроблений шляхом консультацій з державами-учасницями або зацікавленими сторонами, який охоплює всі основні елементи миротворчої операції. Виняток складають ситуації на основі глави VII Статуту (про примусові заходи для відновлення миру). Але основним критерієм є те, що держава, військовий контингент якої бере участь в операції з підтримання миру, повинна бути абсолютно нейтральною до кожної з воюючих сторін і мати при цьому лише одну мету – врегулювати збройний конфлікт.

Розгортання миротворчої операції здійснюється на основі мандатів Ради Безпеки ООН. Спектр завдань, які виконують миротворчі місії, суттєво розширився у зв'язку зі змінами характеру конфліктів і необхідністю більш ефективного реагування на загрози міжнародному миру і безпеці. Хоча кожна операція ООН з підтримання миру має свою специфіку, проте завдання, які стоять перед миротворцями схожі між собою. Залежно від мандату вони мають наступний вигляд:

- розгортання сил для попередження конфлікту;
- стабілізація конфліктної ситуації після зупинення вогню; створення умов для досягнення угоди про встановлення міцного миру між сторонами;
- забезпечення здійснення мирних угод;
- надання сприяння державам або територіям в подоланні перехідного періоду і створення стабільного уряду на основі демократичних принципів, ефективного управління й економічного розвитку.

З урахуванням характеру проблем миротворці ООН часто залучаються до участі у сприянні вирішенню завдань у наступних сферах:

- роззброєння, демобілізація і реінтеграція колишніх комбатантів;
- розмінування;
- реформування сектору безпеки і здійснення інших заходів, пов'язаних із забезпеченням правопорядку;
- захист прав людини;
- допомога в проведенні виборів;
- відновлення й зміцнення державної влади;
- сприяння соціально-економічному відновленню й розвитку.

Мандати Ради Безпеки включають також ряд міжсекторальних завдань. Відповідно до Статуту ООН Рада Безпеки несе головну відповідальність за підтримання миру і безпеки. Саме Рада Безпеки приймає рішення про місце і час розгортання операції та вживає заходи у зв'язку з кризовими ситуаціями, розглядаючи кожний окремий випадок індивідуально і застосовуючи щодо кожного з них певний арсенал інструментів для врегулювання конфлікту. При винесенні рішення про розгортання миротворчої діяльності Рада Безпеки враховує цілий ряд факторів, серед яких:

- чи виконуються угоди про зупинення вогню, і чи готові сторони досягти політичного врегулювання в межах мирного процесу;
- чи поставлена чітка політична мета і чи може вона бути відображена в мандаті;
- чи є можливість сформулювати чіткий мандат операції ООН;
- чи можливо певною мірою забезпечити безпеку персоналу ООН, безпосередньо отримати гарантії від сторін про забезпечення безпеки персоналу ООН.

Рада Безпеки започатковує операції з підтримання миру шляхом прийняття резолюції. У резолюції формується мандат і визначаються масштаби місії. Крім того, Рада Безпеки на постійній основі здійснює нагляд за діяльністю операцій ООН з підтримання миру, в тому числі шляхом представлення періодичних доповідей Генерального секретаря і проведення спеціальних засідань Ради Безпеки для обговорення роботи конкретної операції.

Рада Безпеки шляхом голосування може приймати рішення про продовження або зміну мандатів, або про завершення місії, якщо вважатиме за необхідне. Відповідно до ст. 25 Статуту ООН всі члени ООН підкоряються рішенням Ради Безпеки і виконують їх, оскільки вони є обов'язковими для виконання всіма державами-членами.

Генеральна Асамблея відіграє ключову роль саме у фінансуванні миротворчої діяльності, хоча безпосередньо не приймає політичні рішення з питань організації та проведення миротворчих операцій. Проте в певних ситуаціях Генеральна Асамблея може приймати рішення з питань миру й безпеки, не дивлячись на положення про обмеження її повноважень, передбачених Статутом ООН. Резолюція 377 (V) «Єдність на користь миру» Генеральної Асамблеї від 3 листопада 1950 р. передбачає право Генеральної Асамблеї розглядати питання в тому випадку, якщо Рада Безпеки не в змозі виконувати свої обов'язки через розбіжності в поглядах постійних членів. Це положення стосується всіх випадків, коли є підстави вважати, що відбувається порушення миру або існує загроза миру чи здійснюється акт агресії. Генеральна Асамблея може розглядати це питання для того, щоб винести рекомендації членам відносно прийняття колективних заходів з метою підтримання або відновлення міжнародного миру і безпеки. За всю історію миротворчої діяльності ООН посилення на вищевказану резолюцію мало місце один раз, коли в 1956 р. за рішенням Генеральної Асамблеї були створені Перші надзвичайні збройні сили ООН (НЗС ООН I) на Близькому Сході.

Отже, відповідно до положень Розділу VII Статуту ООН відповідальність за підтримання миру реалізується шляхом прийняття цілого ряду рішень Ради Безпеки ООН. Визначення наявності загрози або порушення миру і безпеки відповідно до статті 39 Статуту фіксується в першому рішенні, прийнятому Радою Безпеки. Із розвитком конфлікту, його ескалація або врегулювання, ООН проводить цілий ряд консультацій, щоб обрати найбільш ефективні заходи реагування з боку міжнародного співтовариства. У консультаціях, як правило, беруть участь: всі зацікавлені сторони ООН, уряд країни, що приймає, і учасники на місцях, держави-члени, у тому числі держави, які б могли надати військовий і поліцейський контингент для миротворчої операції, регіональні та інші міжурядові організації, інші ключові зовнішні партнери. На початковому етапі Генеральний секретар ООН може запросити надати стратегічну оцінку з тим, щоб визначити всі можливі варіанти участі ООН. Крім того, паралельно проводиться певна робота із розслідування існуючої конфліктної ситуації. Якщо дозволяють умови безпеки, Секретаріат спрямовує місію з технічної оцінки на території, де передбачається розгортання миротворчої операції. Місія з оцінки проводить огляд загальної обстановки у сфері безпеки, політичної, військової і гуманітарної ситуації, стан у сфері прав людини й аналізує можливі наслідки цих факторів для операції. На базі висновків і рекомендацій Генеральний секретар ООН готує доповідь для Ради Безпеки. У доповіді, як правило, представлені можливі варіанти розгортання миротворчої операції з урахуванням її масштабів і ресурсів. Крім цих аспектів, доповідь містить інформацію про фінансові наслідки і попередній розрахунок витрат. Як результат, приймається рішення, в якому кваліфікується певна подія, окреслюється заходи для вирішення ситуації, таким чином санкціонується проведення операції шляхом прийняття резолюції. У резолюції визначаються мандат і масштаби операції і детально прописуються завдання, які повинні виконати місія. Призначення всіх вищих посадових осіб (Спеціальний представник, Командуючий силами операції з підтримання миру, Комісар поліції і старший цивільний персонал) здійснює Генеральний секретар.

Алгоритм дій з боку держави-учасниці міжнародної миротворчої місії наступний (на прикладі України): після того як проведений внутрішньодержавний порядок отримання згоди всіма вищими державними органами влади України і законопроект приймається Верховною Радою, підписується міжнародний договір. Міжнародний договір, згода на обов'язковість якого надається Верховною Радою України, про направлення підрозділів Збройних Сил України до інших держав і їх тимчасове перебування на території цих держав має передбачати: мету, строк та порядок перебування; види діяльності та підпорядкованість підрозділів Збройних Сил України; місце і межі дислокації підрозділів Збройних Сил України; склад та структуру підрозділів Збройних Сил України, а також типи і кількість озброєння та військової техніки; чисельність осіб військового і цивільного персоналу; правовий статус осіб військового і цивільного персоналу; порядок в'їзду (виїзду) до (з) держави перебування; маршрути пересування територією держави перебування; порядок проведення митного та прикордонного контролю, перевезення зброї, військової техніки, іншого майна; порядок здійснення контролю за діяльністю підрозділів Збройних Сил України на території іншої держави; питання виплати компенсаційних сум особам військового і цивільного персоналу, які стали інвалідами внаслідок поранення, контузії, каліцтва або захворювання, одержаних під час виконання обов'язків військової служби (службових обов'язків), пов'язаних з участю у наданні військової допомоги іншим державам, спільних військових навчаннях та маневрах рамках військового співробітництва, а також членам сімей зазначених осіб, які загинули, померли, пропали безвісти під час виконання обов'язків військової служби (службових обов'язків); питання юрисдикції, пов'язані з перебуванням підрозділів Збройних Сил України на території іншої держави; порядок повернення або відкликання підрозділів Збройних Сил України з території іншої держави; умови денонсації міжнародного договору України; фінансові, матеріально-технічні та інші питання, пов'язані із забезпеченням перебування підрозділів Збройних Сил України на території іншої держави, що впливають із міжнародних зобов'язань сторін за міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України¹.

Досвід участі України з 1992 р. у миротворчих операціях та відповідні міжнародні правові документи стали підґрунтям для розробки державних правових норм України, які чітко відображають ставлення України до миротворчої діяльності та врегулювання воєнно-політичних конфліктів взагалі, та безпосередньо регламентують миротворчу діяльність її національних підрозділів.

Участь України в миротворчих операціях розпочалась із затвердженням Верховною Радою України Постанови від 3 липня 1992 р. № 2538-ХІІ «Про участь батальйонів Збройних Сил України в Миротворчих

Силах Організації Об'єднаних Націй у зонах конфліктів на території колишньої Югославії». Але саме Закон України «Про участь України в міжнародних миротворчих операціях» від 23 квітня 1999 р. можна вважати комплексним нормативно-правовим документом, який юридично затвердив міжнародну миротворчу політику України. «Усвідомлюючи свою відповідальність у справі підтримання міжнародного миру і безпеки, враховуючи зобов'язання України як держави-члена Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) подавати допомогу ООН в діях, що провадяться відповідно до Статуту ООН, а також зобов'язання як держави-члена Організації з безпеки і співробітництва в Європі (далі ОБСЄ) конструктивно співробітничати у використанні всього діапазону можливостей ОБСЄ для запобігання конфліктам та для їх розв'язання, Україна розглядає участь у міжнародних миротворчих операціях як важливу складову своєї зовнішньої політики»². Отже, Закон України «Про участь України в міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки» – основний нормативно-правовий документ, який встановлює внутрішньодержавну регламентацію участі України в міжнародних миротворчих місіях. Участь України в міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки здійснюється шляхом надання національного контингенту, національного персоналу, а також матеріально-технічних ресурсів та послуг у розпорядження відповідних органів, які визначаються рішенням про проведення такої операції. Україна бере участь у міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки у складі багатонаціональних військових формувань високої готовності шляхом здійснення оперативного чергування, направлення національного контингенту й національного персоналу в розпорядження органів, які визначаються рішеннями про проведення таких операцій, а також надання матеріально-технічних ресурсів та послуг.

Зовнішня політика України щодо врегулювання конфліктів на території інших держав спрямована на захист її національних інтересів, а також на забезпечення миру в окремих країнах світу і загалом у системі міжнародних відносин. Стаття 8 Закону України «Про основи національної безпеки України» 2003 р. серед основних напрямів державної політики з національної безпеки визначає, зокрема, сприяння усуненню конфліктів, насамперед у регіонах, що межують з Україною; участь у міжнародній миротворчій діяльності під егідою ООН, ОБСЄ, інших міжнародних організацій у сфері безпеки; боротьбу з міжнародним тероризмом і злочинними угрупованнями, а також протидію поширенню зброї масового ураження і засобів її доставки³.

Розуміння важливості для України активної участі в міжнародній миротворчій діяльності прийшло саме з прийняттям «Стратегії міжнародної миротворчої діяльності України», затвердженої Указом Президента України від 15 червня 2009 р. «Ураховуючи значимість миротворчої діяльності в забезпеченні міжнародного миру та створенні сприятливих зовнішніх умов для розвитку і безпеки нашої держави, Україна має й надалі залишатися активним її учасником. При цьому основну увагу слід приділити розширенню участі України в міжнародних миротворчих операціях як одній із найбільш результативних форм міжнародної миротворчої діяльності»⁴. Серед цілей, які наша держава визначає як пріоритетні, були відмічені забезпечення реалізації національних інтересів та «сприяння залученню підприємств, установ та організацій України до відбудови економіки і соціальної сфери держав, на території яких проводиться міжнародна миротворча операція, та налагодженню з цими державами подальшого економічного співробітництва»⁵.

Відповідно до Закону України «Про участь України в міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки» пропозицію щодо участі в міжнародній операції з підтримання миру і безпеки вносить Міністерство закордонних справ України у Раду національної безпеки і оборони України, після узгодження з Міністерством оборони України та іншими заінтересованими центральними органами виконавчої влади. РНБО України визначає відповідність участі миротворців національним інтересам, економічному, матеріально-технічному стану, рівень безпеки і подає пропозицію на розгляд Президенту України. Рішення Президента, за підписом Прем'єр-міністра подається на узгодження Верховної Ради України. Даний законопроект розглядається Верховною Радою позачергово⁶.

Підрозділи Збройних Сил України, які були направлені до інших держав, можуть бути відкликані у разі, якщо їх подальше перебування на території інших держав не відповідає національним інтересам України або порушуються зазначені в міжнародному договорі, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, умови їх перебування. Рішення про відкликання підрозділів Збройних Сил України приймається з урахуванням міжнародних зобов'язань України Президентом України за поданням Міністерства закордонних справ України, узгодженим з Міністерством оборони України, або за зверненням Верховної Ради України.

Україна бере участь у міжнародній операції з підтримання миру і безпеки виключно на умовах, зазначених у рішенні Президента України, яке схвалюється Верховною Радою України у випадках, передбачених Конституцією та законами України та в порядку, встановленому Законом України «Про участь України в міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки» і Законом України «Про порядок направлення Збройних Сил України до інших держав» від 02 лютого 2000 р. за № 1518-III. Таким чином, вказаним законодавчим актом визначено правові підстави можливої участі Збройних Сил України у більш широкому спектрі міжнародних операцій, ніж визначено чинним законодавством, у тому числі у складі багатонаціональних військових формувань високої готовності. Зокрема, змінено правову основу для операцій підрозділів Збройних Сил України поза її межами, надавши право контингенту та персоналу Збройних Сил брати участь у міжнародних операціях у складі багатонаціональних військових формувань високої готовності не тільки для запобігання виникненню міждержавних або внутрішніх конфліктів та надання гуманітарної допомоги цивільному населенню, яке постраждало внаслідок такого конфлікту, а й для виконання бойових завдань⁷.

Забезпечення реалізації закону здійснюється в межах щорічних бюджетних призначень, що виділяються Міністерству оборони за відповідними напрямками діяльності. Здійснення підготовчих, тренувальних та

організаційних заходів щодо включення і функціонування українських сил та засобів у багатонаціональні військові формування високої готовності здійснюватиметься за рахунок поточних видатків Міністерства оборони на утримання та підготовку Збройних Сил України.

Окрім зазначених вище законів, що безпосередньо регламентують миротворчу діяльність України, за період з 1992 р. Верховною Радою і Урядом України прийняті нормативно-правові акти та укладено низку міжнародних договорів, які тією чи іншою мірою стосуються миротворчої діяльності й регулюють діяльність органів державної влади з питань підготовки і проведення операцій з підтримання миру: Закон України «Про Збройні Сили України»; Закон України «Про оборону України»; Рамковий документ «Партнерство заради миру» (підписаний Україною 08 лютого 1994 р. в Брюсселі); Презентаційний документ України до програми «Партнерство заради миру» (переданий керівництву НАТО 25 травня 1994 р.); Хартія про особливе партнерство між Україною та Організацією Північноатлантичного Договору (підписана в Мадриді 09 липня 1997 р.); Декларація Глав держав і урядів – учасників саміту Комісії Україна-НАТО; План дій Україна-НАТО.

Таким чином, зазначені законодавчі та інші нормативно-правові акти визначають правові, організаційні та фінансові засади участі України в міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки, а також порядок і загальні принципи направлення військового та цивільного персоналу, організації їх підготовки та забезпечення для участі в операціях з підтримання чи відновлення міжнародного миру й безпеки.

Аналіз правових основ застосування Збройних Сил України дозволив сформулювати низку пропозицій щодо вдосконалення нормативно-правової бази в інтересах миротворчої операції:

1. Розроблені і прийняті останнім часом в Україні нормативно-правові акти, які визначають будівництво і застосування Військових Сил, не створюють міцного правового базису їх використання в межах міжнародної миротворчої діяльності. У зв'язку з виключною державною важливістю залучення Збройних Сил до вирішення миротворчих завдань, основні положення повинні бути відображені в Конституції України.

2. Необхідно в межах існуючого законодавства розробити алгоритм прийняття рішення щодо миротворчої операції. При цьому необхідно конструктивно визначити ту межу з розвитку конфлікту, перехід якої буде викликати застосування Збройних Сил. Чітке визначення умов застосування Збройних Сил і їх функцій у миротворчій діяльності позитивно будуть оцінені в суспільстві і будуть сприяти його консолідації на позиції державності. Важливо розробити і прийняти нормативно-правові акти, в яких були б встановлені рамки застосування Збройних Сил України при вирішенні внутрішніх конфліктів у межах міжнародної системи захисту прав національних меншин (Всезагальна декларація прав людини, 1948 р.; Угода з цивільних і політичних прав, 1966 р.; Гельсінський заключний Документ, 1975 р.; Хартія прав людини, 10 грудня 1949 р.; Пакт про економічні, соціокультурні права, 16 грудня 1996 р.; Пакт про цивільні і політичні права, 16 грудня 1996 р.; Декларація з принципів міжнародного культурного співробітництва ЮНЕСКО 1996 р.; Декларація Комісії з прав людини ООН про права осіб, які належать до національних і етнічних, релігійних і мовних меншин, 1992 р.). Із створенням такої юридичної бази необхідно внести відповідні зміни і в статутні документи, окремі розділи щодо планування операцій, формам і способам дій військ, питанням взаємодії і всебічного забезпечення.

3. При Службі Безпеки України, а можливо і при Міністерстві внутрішніх справ, слід створити міжвідомчу науково-політичну групу з прогнозування етнополітичної обстановки в певному регіоні та аналізу різних аспектів застосування Збройних Сил України.

4. З метою досягнення єдності поглядів на миротворчі операції з врегулювання етнополітичних конфліктів доцільно розробити, погодити між зацікавленими міністерствами і відомствами й затвердити Президентом певну інструкцію щодо підготовки органів управління державою для участі в миротворчих операціях.

Крім того, існує необхідність розробки Концепції миротворчої діяльності України (чітка позиція на роль, зміст, структуру і розвиток миротворчої діяльності, на врегулювання збройних/незбройних конфліктів через призму єдиної державної політики, яка в першу чергу зосереджена на захисті національних інтересів і забезпеченні національної і військової безпеки України), в якій були б встановлені межі застосування Збройних Сил України при врегулюванні військових конфліктів, сферу застосування Міністерства з Надзвичайних ситуацій, Міністерства Внутрішніх справ, Міністерства Закордонних справ.

¹ Про участь України в міжнародних миротворчих операціях [Текст]: Закон України від 23 квітня 1999 року // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 22–23. – С. 202.

² Там само.

³ Про основи національної безпеки України [Текст]: Закон України від 19 червня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 39. – С. 351.

⁴ Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 24 квітня 2009 року «Про Стратегію міжнародної миротворчої діяльності України» [Електрон. ресурс]: Указ Президента України [від 15 червня 2009 року]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=435%2F2009>

⁵ Там само.

⁶ Про участь України в міжнародних миротворчих операціях [Текст]: Закон України від 23 квітня 1999 року // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 22–23. – С. 202.

⁷ Там само.

Резюме

Панченко Л. Є. Міжнародно-правова та внутрішньоправова регламентація проведення міжнародної миротворчої діяльності.

У науковій статті автор досліджує правову базу ООН для проведення міжнародних миротворчих операцій, правовий захист персоналу ООН, який залучається до операцій з підтримання миру. Розглядається роль Ради Безпеки ООН і Генеральної Асамблеї в процесі запровадження, розгортання і здійснення миротворчої діяльності.

Ключові слова: миротворчість, миротворчі операції, миробудівництво, операції з підтримання миру, міжнародне співтовариство, нормативно-правові акти, зовнішня політика України.

Резюме

Панченко Л. Е. Международно-правовая и внутреннеправовая регламентация проведения международной миротворческой деятельности.

В научной статье автор исследует правовую базу ООН для проведения международных миротворческих операций, правовую защиту персонала ООН, который задействован в операциях по поддержанию мира. Рассматривается роль Совета Безопасности ООН и Генеральной Ассамблеи в процессе учреждения, развертывания и реализации миротворческой деятельности.

Ключевые слова: миротворчество, миротворческие операции, миростроительство, операции по поддержанию мира, международное сообщество, нормативно-правовые акты, внешняя политика Украины.

Summary

Panchenko L. International and domestic legal regulation of the international peacekeeping.

The author researches the legal framework of the United Nations for international peacekeeping operations, the legal protection of UN personnel, which is involved in peace-keeping operations. It is considered the role of the UN Security Council and the General Assembly in the process of establishment, deployment and implementation of peacekeeping operations.

Key words: peacemaking, peacebuilding, peacekeeping, the system of collective security, international community, normative-legal acts, Ukraine's foreign policy.

УДК 340.1

І. П. ШИМОН, В. В. ЛЕМАК

Іван Петрович Шимон, здобувач ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

Василь Васильович Лемак, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, завідувач кафедри ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

**ПРОТИДІЯ ПОЛІТИЧНІЙ КОРУПЦІЇ В РУМУНІЇ:
МОЖЛИВИЙ ДОСВІД ДЛЯ УКРАЇНИ**

Стан корупції в Румунії викликав занепокоєння в інститутах Європейського Союзу і на момент приєднання країни до наднаціонального утворення (2007 р.) проблема недостатньої протидії цьому явищу вважалася головною претензією ЄС. Хоча на етапі підготовки до вступу Румунії до ЄС країна докладала багатьох зусиль у цьому напрямі. Протягом 1994–1999 рр., за офіційними даними, в Румунії 2 681 осіб були засуджені за різні акти корупції, у тому числі 1359 – за отримання хабара (більше як 50 %). Починаючи з 2000 р. законодавство про корупцію змінювалося в напрямі розширення сфери застосування вже існуючих законів, а також збільшення деяких покарань. Однак, цього виявилось недостатньо для ефективної протидії корупції¹. На початку 2000-х років та на момент вступу до ЄС здобутки Румунії в напрямі протидії корупції оцінювалися надто скромно з огляду на такі обставини: а) практичну відсутність протидії політичній корупції, зловживанням і збагаченню на вищому політичному рівні; б) низьку кількість кінцевих обвинувальних вироків суду за корупційними справами (які вступили в законну силу). В Україні лише постало питання про створення системи протидії корупції, тому досвід Румунії є цінним у практичному відношенні.

Метою даної статті є аналіз правових і інституційних основ протидії політичній корупції в Румунії в контексті вибудови ефективних інструментів боротьби з корупцією в Україні. Питання в такій площині не досліджувалося у вітчизняній правовій науці.

Рішення про створення окремого спеціалізованого органу для кримінального переслідування в сфері корупції було прийняте в 2000 р., а в 2002 р. було створено Національну прокурорську службу з боротьби

проти корупції, яка внаслідок реорганізації в 2006 р. була перетворена в Національний антикорупційний директорат (Directia Nationala Anticoruptie – DNA) як підрозділ Генеральної прокуратури при Верховному суді касації і юстиції.

Статус Національного антикорупційного директорату (далі – НАД) було закладено в надзвичайному рішенні (ордонансі) Уряду № 43/2002, яке було підтверджено Законом № 503/2002². Цим законом водночас були внесені зміни до надзвичайного рішення Уряду № 43/2002 (акт делегованого законодавства), зокрема, ст. 8 у новій редакції встановлювала, що Головний прокурор Національного антикорупційного директорату призначається і звільняється з посади Президентом Румунії за погодженням з Вищою радою магістратури на підставі подання міністра юстиції (може бути повторно призначений не більше одного разу). У ст. 9 визначалося, що для того, щоб бути призначеним до НАД прокурори повинні мати «видатні професійні якості й результати в боротьбі з корупцією».

Директорату були передані в підвідомчість справи за злочинами, перерахованими в Законі № 78/2000 «Про попередження, виявлення та судове переслідування злочинів, пов'язаних з корупцією» (з поправками 2003 і 2004 рр.)³ Згідно зі ст. 1 вказаного Закону він встановлює заходи щодо попередження, виявлення та покарання корупційних діянь і застосовується до наступних осіб: а) які здійснюють публічну функцію незалежно від того, як вони отримали доступ до неї, в органах державної влади або в установах; б) які, постійно або тимчасово, в силу визначеної законом функції або завдання, беруть участь у прийнятті рішень або можуть впливати на надання публічних послуг у комерційних компаніях, національних компаніях, національних товариствах, кооперативних утворень або в інших одиницях; в) які здійснюють контроль за дотриманням закону; г) які забезпечують спеціалізовані підрозділи щодо нагляду за дотриманням пунктів а) і б) у частині, в якій вони беруть участь у прийнятті рішень або можуть впливати; ґ) які, незалежно від їх положення, посади, здійснюють контроль або надають спеціалізовану допомогу, в частині, в якій беруть участь у прийнятті рішень або можуть впливати щодо: операцій, які включають циркуляцію капіталу, операції банку, іноземну валюту або кредити, інвестиційні операції в фондових біржах, страхування, взаємні інвестиції або про банківські рахунки і прирівняні до них, вітчизняні й міжнародні комерційні угоди; д) які займають ключові посади в політичній партії, профспілці, організації або є роботодавцями в некомерційному об'єднанні або фонді; е) інші особи, ніж ті, про які йшлося в попередніх пунктах, якщо це передбачено законом.

Цей закон кореспондується з Кримінальним кодексом Румунії, встановлюючи або корегуючи кримінальну відповідальність за корупційні правопорушення. Згідно його ст. 7 підкуп щодо вищеперахованих осіб карається покаранням, передбаченим у ст. 255 Кримінального кодексу, максимум якого збільшується на два роки. У ст. 13 цього ж Закону прямо вказується навіть, якщо лідери партій чи профспілок, які використовують свій вплив або владу з метою отримання для себе або для іншої особи грошей, товарів або інших необґрунтованих переваг, мають бути покарані позбавленням волі на строк від одного року до п'яти років. Нецільове використання коштів, отриманих від загального бюджету Європейських Співтовариств або бюджетів, керованих ними або від їхнього імені карається позбавленням волі на строк від 6 місяців до 5 років, а якщо таке діяння призвело до серйозних наслідків – покарання встановлене у вигляді позбавлення волі на строк від 5 до 15 років (стаття 182 Кримінального кодексу).

У законі подається широке визначення корупції. Матеріальна юрисдикція НАД охоплює як традиційні склади злочинів, наприклад, отримання і давання хабаря, так і низку злочинів, пов'язаних із корупцією, а також злочинів, спрямованих проти фінансових інтересів Європейського Союзу. Поправки, які послідовно вносилися до законодавства, були покликані зосередити зусилля НАД на здійсненні завдання боротьби з корупцією серед високопосадовців. Менш значущі випадки корупції залишаються в юрисдикції звичайних органів прокуратури. У ст. 13 вищевказаного ордонансу уряду Румунії вказується, що юрисдикція Національного антикорупційного директорату охоплює:

1. Злочини, передбачені в Законі № 78/2000, якщо вони вчинені в одному з наступних випадків: а) якщо, незалежно від категорії осіб, які їх вчинили, вони викликали матеріальний збиток вище, ніж еквівалент у 200.000 євро, або особливо тяжке порушення діяльності державного органу, державної установи або будь-якої іншої юридичної особи, або якщо значення суми або цінності, яке являє собою об'єкт корупційного злочину, є вищим, ніж еквівалент у 10.000 євро; б) якщо, незалежно від вартості матеріального збитку або серйозності порушень у діяльності органів державної влади, державної установи або будь-якої іншої юридичної особи, або від вартості суми або цінностей, які є об'єктом корупційного злочину, їх вчиняють: депутати, сенатори, члени уряду, державні секретарі, їх заступники та особи, прирівняні до них, заступники міністрів, судді Верховного суду касації і юстиції та Конституційного суду, інші судді і прокурори, члени Вищої ради магістратури, голова Законодавчої Ради, його заступник, омбудсмен і його заступники, президентські й державні радники в межах Адміністрації Президента, державні радники прем'єр-міністра, члени і фінансові регулятори Рахункової палати і рахункових палат регіонів, голова й заступники голови Національного банку Румунії, президент і віце-президент Ради конкуренції, офіцери, адмірали, генерали і маршали, співробітники поліції, президенти і віце-президенти окружних рад, генеральний примар і його заступники в муніципалітеті Бухареста, мери та віце-мери районів Бухаресту, мери і віце-мери муніципалітетів, окружні радники, префекти, заступники префектів, особи, які займають керівні посади в центральних та місцевих державних установах та органах влади, директори національних компаній і товариств, банків і торгових компаній, де держава є основним акціонером, державних установ, що мають повноваження в процесі приватизації, судові виконавці і ліквідатори.

2. Злочини проти фінансових інтересів Європейського співтовариства, злочини, передбачені в Законі № 241/2005 для запобігання та боротьби з ухиленням від сплати податків, якщо матеріальний збиток, який завдано такими діями буде перевищено еквівалент в 1.000.000 євро⁴.

Визначався незалежний статус НАД у відносинах з судами та органами прокуратури, а також у відносинах з іншими органами державної влади. Центральний офіс Директорату знаходиться в Бухаресті, а його 15 регіональних відділень територіально співпадають з Апеляційними судами й перебувають у прямій підпорядкованості до Головного прокурора. Директорат очолює Головний прокурор, який за рангом є заступником Генерального прокурора при Верховному суді касації і юстиції. Головного прокурора НАД, його заступників та головних прокурорів територіальних відділень НАД призначає Президент Румунії за поданням Міністра юстиції після узгодження з Вищою радою магістратури.

Прокурори НАД призначаються на невизначений строк наказом Головного прокурора НАД за погодженням з Вищою радою магістратури. До кандидатів на посаду прокурора НАД ставляться такі вимоги: позитивні характеристики попередньої професійної діяльності; високі моральні якості; досвід роботи на посаді прокурора або судді не менше 6 років.

Незважаючи на те, що НАД є за своєю суттю прокурорською службою, в його штаті налічується значна кількість слідчих (офіцерів судової поліції) і фахівців у різних галузях, які знаходяться в повному підпорядкуванні у прокурорів НАД і які не пов'язані відносинами звичайної субординації, характерними для службовців правоохоронних органів. Це є додатковою гарантією незалежності досудового розслідування, а також сприяє більш ефективному збору доказів. Слідчий склад НАД формується шляхом делегування (відрядження) співробітників. Міністр внутрішніх справ і адміністрації за поданням Головного прокурора НАД приймає рішення про делегування співробітників, яке є підставою для видання Головним прокурором наказу про призначення на посаду слідчого НАД. Слідчі призначаються на 6-річний строк з правом одноразового продовження строку повноважень. У період перебування на цій посаді офіцер судової поліції може займатися лише слідчою роботою, дорученою йому прокурором НАД. Склад експертів призначається Головним прокурором НАД на невизначений строк з числа працівників державних установ з урахуванням думки керівників цих установ.

Станом на лютий 2006 р. у штаті Служби перебувало всього 345 посад, з них 130 прокурорів і 170 офіцерів судової поліції. На той час річний бюджет НАД становив 20 млн євро. Згідно з законом НАД зобов'язаний надавати щорічний звіт про свою діяльність і виконання поставлених задач у Вищу раду магістратури, а також міністру юстиції не пізніше лютого щорічно (міністр юстиції на основі звіту подає до парламенту лише висновок щодо нього)⁵.

Станом на 1 січня 2012 р. штат Директорату було збільшено майже вдвічі – до 677 посад. У 2014 р. у складі НАД перебувало 145 прокурорів (132 були зайняті), 220 поліцейських (181), 55 фахівців, 196 працівників допоміжного й адміністративного персоналу.

Привертає увагу пріоритетність і ґрунтовність у створенні інституційної системи протидії саме політичній корупції в Румунії, в основі якої – Національний антикорупційний директорат при Генеральній прокуратурі. Маючи найкраще ресурсне забезпечення на основі національних і європейських бюджетних коштів, НАД заснований на міжнародних зобов'язаннях Румунії та нормах законодавства, яке акцентує увагу на його: 1) інституційній незалежності, зовнішній (щодо інших інституцій) і внутрішній (незалежність службових осіб); 2) аполітичності та націленості на результат. Прокурори в системі НАД, які організували роботу слідчих у ході розслідування, підтримували обвинувачення в суді і система набувала професійної й мотивованої завершеності. Як структура Національний антикорупційний директорат демонстрував зразки відкритості з метою організації громадської підтримки антикорупційної діяльності. Крім іншого, на офіційному сайті НАД поміщається щоденна інформація про конкретних звинувачених у корупції і конкретних осіб, щодо яких вирок суду вступив у законну силу, чим самим у громадян створюється переконання «щоденної» боротьби з корупцією.

Як наслідок проведених реформ у цьому напрямі, вже в 2014 р. Європейська комісія оцінила антикорупційні зусилля Румунії на високому рівні⁶.

За останнє десятиліття результати діяльності у сфері протидії політичній корупції в цій державі настільки вражаючі, що слугуватимуть зразком для інших держав, в тому числі для України. Необхідно підкреслити й те, що окрім протидії політичній корупції, у загальному порядку в країні й надалі здійснювалася діяльність щодо протидії «звичайними» засобами – прокуратурою, поліцією, іншими правоохоронними органами.

Для протидії корупції на вищому рівні була удосконалена нормативно-правова база, в тому числі зроблені кроки з реформування Кримінального кодексу та Кримінально-процесуального кодексу, які набули чинності на початку 2014 р. Крім того, було владоджена взаємодія Національного антикорупційного директорату з іншими спеціальними службами, уповноваженими на протидію корупції, передовсім з Головним управлінням протидії корупції МВС (DGA), яке займається боротьбою з корупцією всередині поліції, та Національним агентством цілісності (ANI), яке займається перевіркою конфліктів інтересів, порушення вимог несумісності та випадки особистого збагачення державних посадових осіб.

Внаслідок внутрішніх перетворень Національного антикорупційного директорату уже від 2006 р. дана спецслужба розпочала формування значного послужного списку випадків корупції на високому рівні, свідченням чого стало те, що Єврокомісія у Доповіді в липні 2012 р. вказала, що «продуктивність НАД в розслі-

дуванні та кримінальному переслідуванні справ про корупцію на високому рівні можна вважати одним із найбільш значних досягнень, зроблених в Румунії після вступу».

Досягнення НАД у цифрах насправді унікальні. З 1 січня 2006 р. по жовтень 2012 р., було пред'явлено звинувачення 4738 особам, з яких 2101 займали важливі посади вищого рівня. Загальний список звинувачених НАД включає одного колишнього прем'єр-міністра, 9 міністрів, 5 державних секретарів, 23 депутатів парламенту, 105 мерів та віце-мерів, 8 президентів і віце-президентів окружних рад, 8 директорів національних установ, 40 директорів національних компаній і автономних органів управління, 42 офіцерів фінансової гвардії, 48 працівників правових установ. За цей же період частка обвинувальних висновків НАД, які закінчувалися кінцевими судовими вироками досягла 90,25 %. У цей же період, 1496 обвинувачених були засуджені в кінцевих судових вироках, з яких майже половина належали до вищих політичних ешелонів, у тому числі: один колишній прем'єр-міністр, один з із членів уряду, 8 депутатів парламенту, один державний секретар міністерства, 26 мерів, заступників мерів і префектів, 50 директорів національних компаній та державних установ, 60 посадових осіб контролюючих органів.

З 1 січня по 15 листопада 2013 р., послужний список розслідуваних випадків корупції на вищому рівні й надалі розширювався: було винесено 823 обвинувальних вироків і 179 кінцевих судових вироків щодо 857 обвинувачених. У 2012–2013 рр. кількість кінцевих судових вироків різко виросла. Лише за перші три квартали 2012 р. їх кількість стала вдвічі вищою за попередній рік і в чотири рази вищою за кількість кінцевих судових вироків за попередні 7 років до того.

Здійснювалися заходи щодо захисту від корупції судової системи. Від 1 січня 2006 р. до четвертого кварталу 2012 р. НАД пред'явлено звинувачення 23 суддям і 30 прокурорам (кінцеві вирок за звинуваченням у корупції мали місце щодо 12 суддів та 11 прокурорів). Показово, що шість випадків стосувалися суддів Верховного суду касації і юстиції, в тому числі керівників секцій – їм були пред'явлені звинувачення в хабарництві, у зловживаннях у корисливих цілях і співучасті в інших злочинах і два випадки звинувачень у корупції навіть двом членам Вищої ради магістратури.

Аналіз кінцевих вироків щодо справ, розслідуваних НАД з моменту його створення показує, що в 2006–2013 рр. прокурорами за цими справами було передано до суду 2005 обвинувальних висновків, суди винесли 1 878 вирок, з яких 1091 були залишені в законній силі (58 %). Суди засудили загалом 2256 осіб (з яких 59 % отримали кінцеві вирок). Із числа засуджених 748 осіб були колишніми співробітниками МВС⁷.

Результати діяльності НАД набирають обертів з року в рік. У 2014 р. загалом 1167 обвинувачених були відправлені в суд у 317 кримінальних справах, з яких 392 були особи, які здійснювали публічні функції на вищому рівні управління, контрольно, або у важливих державних установах (303 у 2013 р.), а саме: 12 чиновників, 330 державних службовців, 35 суддів, 25 адвокатів, 81 поліцейських, 16 військовослужбовців і 447 інших (бізнесмени, працівники компанії тощо). Серед звинувачених опинилися 9 членів парламенту, 1 державний секретар, 1 заступник міністра, 1 генерал армії, 2 префекти, 6 голів і 1 віце-голова окружних рад, 21 мер і 4 віце-мерів, 5 президентів і 2 віце-президентів національних державних установ, 12 директорів компаній, 5 комісарів фінансової гвардії. За цими справами були заморожені активи на 200 млн євро. Водночас, у 2014 р. 1138 обвинувачених осіб були засуджені кінцевими судовими вироками⁸.

Роблячи підсумки вибудови системи протидії політичній корупції в Румунії необхідно зробити такі висновки. По-перше, слід визнати, що саме процес підготовки держави до вступу в Європейський Союз і перебування в умовах його правопорядку, стало найпершим фактором, який впливав на створення де-факто нової системи протидії корупції в Румунії. Цей вплив проявлявся різноманітно: через підготовку кадрів, допомогу фінансовими коштами, широке співробітництво з спеціалізованими інститутами інших держав – учасників ЄС і найбільше – через жорсткий контроль інститутів Європейського Союзу в цьому питанні.

По-друге, розвиток антикорупційної системи в Румунії засвідчив розуміння таких її параметрів, як комплексність та ґрунтовність. Система протидії корупції складається з правового (норми міжнародного та внутрішнього права) та інституційного компонентів. Інституційний компонент системи, в основі якого – Національний антикорупційний директорат, також був заснований на низці параметрів, зокрема: а) зосередження на корупційних злочинах значних масштабів або вчинених посадовими особами органів державної влади високого рівня; б) поєднання в НАД прокурорів, співробітників поліції і експертів, що дозволило створити високопрофесійну й відносно замкнуту систему, яка є спроможною самостійно досягати результату (від порушення справи до підтримання обвинувачення в суді). Таке поєднання водночас дозволяло підтримувати мотивацію прокурорів НАД до результативності роботи на всіх стадіях процесу; в) внутрішня організація НАД забезпечувала незалежність і динамічність структури та водночас високу результативність; г) головний результат діяльності НАД полягав у кількості кінцевих вироків судів у справах, які НАД порушував і розслідував.

По-третє, масштаби діяльності щодо протидії корупції в Румунії, яка після вступу держави в ЄС у 2007 р. набула системного й цілеспрямованого характеру, відображаються в кількісних і якісних показниках. Якість кримінальних розслідувань та обґрунтованість доказовості зібраних матеріалів були встановлені судом, який виніс обвинувальний вирок щодо 90 % осіб, відправлених до суду. Якість результатів роботи з протидії корупції в Румунії проявляється додатково в таких показниках: а) неупередженість щодо політичних сил, перебування чи непереходження осіб на посадах у системі влади на момент звинувачення їх у корупційних злочинах. Звинувачувані особи представляють увесь політичний спектр країни, усі основні політичні партії, що зумовлює довіру суспільства до антикорупційної діяльності, унеможливлення використання

боротьби з корупцією в якості механізму розправи над політичними опонентами; б) звинувачувані особи перебували на всіх типах посад у органах державної влади і в публічному секторі взагалі (від членів парламенту до мерів міст).

¹ Bribery&Corruption. Second Edition. Contributing Editors: Jonathan Pickworth&Deborah Williams. Published by Global Legal Group [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2014/11/GLI-BC2-Romania.pdf>

² Legea Nr. 503 din 11 iulie 2002 pentru aprobarea Ordonantei de urgenta a Guvernului nr. 43/2002 privind Parchetul National Anticoruptie. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legex.ro/Legea-503-2002-32254.aspx>

³ Legeanr. 78/2000 privind prevenirea, descoperirea si sanctionarea faptelor de coruptie. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.dreptonline.ro/legislatie/lege_prevenire_fapte_coruptie.php

⁴ THE GOVERNMENT EMERGENCY ORDINANCE no. 43 from April the 4th 2002 regarding the National Anticorruption Directorate. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.mai-dga.ro/downloads/engleza/GEO%2043_2002ENG.pdf

⁵ Specialised Anti-Corruption Institutions REVIEW OF MODELS. 2008. Anti-Corruption Network for Eastern Europe and Central Asia. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.oecd.org/corruption/acn/39971975.pdf>

⁶ Annex Romaniato the EU Anti-Corruption Report. EUROPEAN COMMISSION. Brussels, 3.2.2014. COM(2014) 38 final. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_romania_chapter_en.pdf

⁷ ASSESSMENT OF THE RESULTS OBTAINED IN 2013 MINISTRY OF INTERNAL AFFAIRS. ANTI-CORRUPTION GENERAL DIRECTORATE [Електронний ресурс]. – <http://www.mai-dga.ro/downloads/engleza/Bilant%202013/BILANT%202013%20pentru%20site%20ENG.pdf>

⁸ PUBLIC MINISTRY. NATIONAL ANTI-CORRUPTION DIRECTORATE. 2014 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://antikorrupcio.hu/wp-content/uploads/2015/01/the-experience-of-the-national-anti-corruption-directorate.pdf>

Резюме

Шимон І. П., Лемак В. В. Протидія політичній корупції в Румунії: можливий досвід для України.

У статті проаналізовано правові й інституційні основи протидії політичній корупції в Румунії. Особливу увагу приділено діяльності Національного антикорупційного директорату. Зроблено висновки щодо чинників ефективної протидії політичній корупції, зокрема, щодо незалежності структури боротьби з корупцією, її зосередженості на масштабній корупції у вищій політичній владі.

Ключові слова: Румунія, злочинність, політична корупція, прокуратура.

Резюме

Шимон І. П., Лемак В. В. Противодействие политической коррупции в Румынии: возможный опыт для Украины.

В статье проанализированы правовые и институциональные основы противодействия политической коррупции в Румынии. Особое внимание уделено деятельности Национального антикоррупционного директората. Сделаны выводы относительно факторов эффективного противодействия политической коррупции, в частности, о независимости структуры борьбы с коррупцией, ее сосредоточенности на масштабной коррупции в высшей политической власти.

Ключевые слова: Румыния, преступность, политическая коррупция, прокуратура.

Резюме

Shimon I., Lemak V. Opposition political corruption in Romania: possible experience for Ukraine

The article analyzes the legal and institutional frame work for fighting political corruption in Romania. Particular attention is paid to the activities of the National Anti-Corruption Directorate. The conclusions about factors effectively counter political corruption, in particular the independence of anti-corruption structure and its focus on large-scale corruption in the highest political office.

Key words: Romania, crime, political corruption.

В. І. АКУЛЕНКО

Віктор Іванович Акуленко, доктор юридичних наук, професор

**З НЕМОВЛЯМ «БАТЬКІВЩИНИ-МАЧУХИ»
В РЕТРОСПЕКТИВНІЙ ДЕКОМУНІЗАЦІЇ**

Стоїть над Дніпром, на київських кручах, велетень-монумент – «Батьківщина-мати», яка й дотепер тримає на щиті герб СРСР. Закон про декомунізацію символів тоталітаризму має поширюватися й на цей пам'ятник радянської доби. У цьому контексті спливає в пам'яті зустріч з автором скульптури.

17 жовтня 1974 р. на честь 30-річчя визволення України від німецько-фашистських загарбників у колишньому Кловському палаці в місті Києві було відкрито «Український державний музей історії Великої Вітчизняної війни 1941–1945 років». Одночасно для нього почали проектування і створення Меморіального комплексу, основою якого став фор-проект відомого скульптора Є. Вучетича (автор меморіалів радянським воїнам у Трептов-парку в Берліні і на Мамаєвому кургані у Волгограді, а також пам'ятника Ф. Дзержинському в Москві) і архітектора Є. Стамо.

Коли у 1975 р. Є. Вучетича не стало, роботу над монументом «Батьківщина-мати» розпочав і завершив народний художник СРСР і УРСР Василь Бородай. Над статуєю митець працював на території колишнього Видубецького монастиря в Георгієвському соборі 1696–1701 рр.

Незважаючи на те, що собор належав до кращих зразків української архітектури другої половини XV початку XVIII століть, він був занедбаний¹. Єдине місце в атеїстичну добу, яке тут було якось впорядковане і доглянуте – це могила вітчизняного педагога К. Д. Ушинського. Згідно із затвердженим урядом списком пам'яток архітектури, які перебувають під охороною держави, Георгієвський собор використовувався в господарських цілях, передавався різним організаціям в оренду тощо². Його порожнє і просторе приміщення з високим куполом на цей раз віддали під художню майстерню для скульптури «Батьківщина-мати». У ній стояли кілька зразків статуї різного масштабу. Саме тут тривав творчий процес майстра і його помічників.

Я підійшов, привітався. Зустрів В. Бородай незнайомого відвідувача доброзичливо і показав на скульптуру:

– Подобається Вам майбутній монумент для музею Великої Вітчизняної війни? Що скажете?

– У нас у УТОПШК, де я працюю, теж є його макет, який запропонував Є. Вучетич. Якщо дозволите, скажу, що думаю. Він не був у Києві на дніпрових кручах, ескіз і макет монумента і музею виконав заочно. Знехтував, що на них, як провіщав Андрій Первозваний, буде град великий і безліч церков і монастирів. Тут на лесових ґрунтах, які поступово сповзають до Дніпра, взагалі гріх будувати такі велетенські світські споруди.

Як писав О. Довженко: «... ці гори, як одвічне свято нашої землі, як би не були засмічені і винними складами, і ще всілякою гидотною, яку навезли туди безбатченки, позбавлені прекрасного, перед війною. Ці гори були живі – вічною урочистою красою, що розливалася навколо, куди тільки гляне людське око»³.

– Незважаючи на це, наше стародавнє місто і архітектурно-будівельні технології динамічно розвиваються. Час і життя вимагають реалізації нових проектів, зокрема й у монументальному мистецтві. Чи не так?

– Може, і так, але, як на мене, скульптурний образ має втілювати страдницьку долю України, на терені якої двічі кривавим катком прокотилася війна.

Про трагедію українського народу своє слово сказав О. Довженко в кіноповісті «Україна в огні»⁴, за що потрапив у сталінську опалу. Не таким йому уявлялося увічнення в монументальному мистецтві всенародного горя.

Мій батько загинув при обороні Києва в Дарницькому концтаборі для військовополонених. А скільки полягло рідних, могили яких від озера Хасан у Монголії через Україну і до озера Балатон в Угорщині. Однак, бачу, що ця «Батьківщина-мати» – більше мачуха, яка не пробуджує в мене глибоких переживань від завданих війною втрат, горя, сирітства і вдовиної долі моєї мами.

– Надто вже категоричні Ваші судження, чи не гіперболізуєте їх, переносячи своє особисте на загальнодержавний монумент – символ нашої перемоги над ворогом? Послухаєш Вас, то на скульптурі ніби не вистачає намиста і віночка з різноколірними стрічками, традиційними для жінки-українки, як на відомому портреті

І. Репіна (В. Бородай, віддамо йому належне, давав мені висловитися, не перебивав, спокійно вислуховував мої емоційні запальні слова. Здавалося, що навіть спонукав до продовження дискусійного діалогу).

– По-перше, погляньте на обличчя, цієї «Батьківщини-матері», воно нерідне, надміру погордливе, як у римських легіонерів. А тога на ній, а короткий меч теж як у античних римлян! Все чуже, не українське. Про герб СРСР на щиті, а не УРСР, я вже не кажу. Цей монумент міг би стояти у Празі, Будапешті і будь-якій столиці, настільки він денационалізований. Хотілося іншого мистецького образу, який вирізняв би в процесі відкритого творчого конкурсу різних проєктів.

– Ви, мабуть, не сприймаєте сучасного мистецтва, яке нині в Радянському Союзі домінує щодо увічнення нашої звитяги у Великій Вітчизняній війні. Чи не так?

– Звичайно, я не художник. Це мій особистий погляд. Проте монументальність для мене – не в брилах граніту чи металу і не в грудях біцепсів на бичачих торсах, як у багатьох пам'ятників, у тому числі на місці концтаборів для радянських військовополонених. Вони були не качки-культуристи, а звичайні люди: молодь і літні, змучені й голодні, поранені й полегли, але сильні духом нескореності ворогу. На п'єдесталі бажано бачити більше їх людських якостей.

Мене глибоко вразило творіння «Зруйноване місто» відомого скульптора О. Цадкіна в Роттердамі – фігура людини з піднятими, як крила, руками, як молитва до небес, а торс з'яє великою пробоїною-раною, як символ поруйнованого нацистською авіацією міста, але відродженого з попелу як фенікс⁵. Монументальність увічнення історичної події або особи не у висоті чи вазі статуї, а в тому які збуджує патріотичні почуття і нагадує героїку пам'яті художніми засобами. Не мені Вам, знатому митцю, про це нагадувати.

– Вас хтось підслав до нас, щоб так опонувати, скажіть хто Ви і за чим прийшли? – В. Бородай промовив ці слова досить переконливо, але без докору.

– Я прийшов з республіканського правління УТОПШ, членом якого Ви є, за оцим немовлям «Батьківщини-мачухи», більшого не донесу, – показав на найменшу модель скульптури.

– Так, заступник голови І. Назаренко телефонував. Чекали, щоб передати Товариству зразок скульптури для ознайомлення.

Разом запакували немовля не більше за півметра, не важке. На прощання В. Бородай потис мені руку, посміхнувся і наказав не забувати: «Заходьте, продовжимо дискусію. Сподіваюсь, згодом Ви зміните свої думки і вам сподобається монумент, який прикрасить нашу столицю і увічнить подвиг українського народу».

Коли виходив, зупинився біля іншого майстра кавказької зовнішності, який творив скульптурну композицію «Форсування Дніпра». Познайомився. Це був талановитий вірменський скульптор Фрідріх Соґоян, який сказав мені на прощання: «Я не вступав у вашу дискусію, бо не розмовляю українською мовою, але її добре розумію. Все про що ви говорили – правильно!»

Подумалося, що талановиті художники краще мене розуміють, у яких ідеологічних межах компартійно-класового сектанства їх доводиться творити, де за інтернаціоналізацією так званого методу соціалістичного реалізму нівелюються і опиняються на задвірках традиції національного мистецтва.

Ще в роки війни незабутній О. Довженко в «Щоденнику (1941–1956)» уболівав «... про долю і характеристики народу, що протягом століть втрачав свою верхівку інтелектуальну, що кидала його з різних причин і діяла на користь культури польської, руської... Про відсутність вірності, про легку асиміляцію і безбатьківщину. Про байдужість до своєї старовини й історії... Наша урядова верхівка в цих справах, на жаль, нікчемна і розумово слабенька, провінційна... Занепад музеїв. Витравлювання українського в Художньому інституті. Відсутність в архітектурі. В ім'я чого? За чиєю заборонаю?»⁶.

У кабінет до колишнього секретаря з ідеології ЦК Компартії України, а тепер заступника голови УТОПШ І. Назаренка, який, до речі, був проти повернення О. Довженка в Україну, я зайшов із запеленаним немовлям так, як його тримають і заколиують матері, щоб не плакало.

– А це що за жарти? – розгнівався Іван Дмитрович.

– Це Вам немовля від «Батьківщини-матері», а кому й мачухи. Посилали ж принести, тепер няньчіть!

І. Назаренко та інші очільники УТОПШ як колишні партійно-пропагандистські функціонери з усіх боків ідеологічно прискіпливо оглядали виліплений митцями зразок скульптури для майбутнього музею. Однак публічного голосу не наважувалися подати, остерігалися, як би чого не вийшло. Адже не їм належав пріоритет схвальної чи критичної оцінки витвору, а великій хаті – ЦК Компартії України, навіть білокам'яній столиці.

Зате на фінансову підкормку немовляті, щоб воно скоріше постало, як колос, вищий за Лаврську дзвіницю, Товариство не скупилось, можливо, не стільки із власної волі, як із наказної. Пригадую, як виступаючи перед колективом республіканського правління, директор Українського державного музею історії Великої Вітчизняної війни 1941–1945 років генерал-лейтенант В. А. Козлов «порадував», що його візит до УТОПШ коштує один мільйон карбованців.

Це був не останній «лимон»-транш, виділений Товариством, який міг піти на консервацію і реставрацію історико-архітектурних пам'яток, що гостро потребували фінансової підтримки.

Врешті 9 травня 1981 р. новозбудований меморіальний комплекс на мальовничих дніпрових кручах, дисонуючи з лаврською панорамою, урочисто відкрили за участі генсека ЦК КПРС Л. Брежнєва. Скульптори В. Бородай і Ф. Соґоян одержали Ленінську премію. Автора фор-проєкта Є. Вучетича, який пішов на той світ, на цей раз обійшли, утім він не був у накладі, бо за життя одержав п'ять Сталінських і одну Ленінську премії.

У наступні роки доводилося інколи зустрічатися з В. Бородаєм, зокрема на пленумах правління УТОПШК. Він до мене завжди ставився доброзичливо і приязно, коли говорили на пам'яткоохоронні теми, про пластичне мистецтво тощо. Закарбувалася в пам'яті остання зустріч, на якій визнаному метру приємно було почути, що мені вельми імponує його тендітна скульптура Лесі Українки в Центральному парку, яка своєю художньою пластикою витончено передає лірично-замріяний стан поетеси серед плакучих верб і каштанів. Не буде перебільшенням сказати, що тут органічно поєдналися мистецтво і природа, про що має жадати і прагнути своєю творчістю кожен митець.

Потім наша розмова перейшла на пам'ятник радянським чекістам на площі Дзержинського в Києві. Я вважаю, що це одна з кращих робіт скульптора В. Бородая, творчий задум якого збентежив можновладців, які розпорядилися «сховати» пам'ятник – обсадити плакучими вербами, а може якось олюднити моторошний погляд більшовицьких опричників. Недарма була секретна постанова політбюро ЦК Компартії України про заміну монумента, але не вистачало коштів у застійний час. Інтуїтивно здогадувалися, що автор надто реалістично втілює чекістську епоху Леніна і Дзержинського, коли в казематах «всіх Луб'янок країни», за словами І. Еренбурга, «лилась кров окислена зі згустками, де можна душі з вивертом щипати, де усіякий рижий сопляк у каскетці – Асархаддон...»⁷ (асирійський цар VII ст. до н. е., який відзначався жорстокістю).

Василь Захарович уважно вислухав моє розуміння його творчої ідеї і не заперечував.

Цей пам'ятник треба зберегти в незалежній Україні, яка запізно проводить процес декомунізації. Він має постати фасадом – як обличчя майбутнього музею демонтованих з п'єдесталів статуй і символів комуністичної доби.

Ще за життя скульптор В. Бородай із співавтором В. Знобою пережили у вересні 1991 р. стихійну декомунізацію – повалення свого монумента на честь Жовтневої революції в Києві на Хрещатику (тепер – Майдан Незалежності)⁸. Це стало апогеем детонуючого людського вирування, яке, за словами поета, можна назвати «шумуй, вишумову залізний протест», коли після провалу ГК ЧП монумент впав перед демократично-рухівським натовпом.

У пам'яті закарбувалися його демонтовані частини з написом нашвидкоруч: «Ленін – кат народу». Куди завантажили гранітні блоки статуй – не списали ж в утиль. Може, десь законсервували до дня «ікс». Ось він настав, тепер вони мають стати експонатами музею тоталітаризму в Україні.

Компартійні номенклатурники того часу, замість того, щоб стати грудьми на захист своїх ідейних символів, у парі з новими українцями фарбувалися в синьо-жовті кольори, щоб зберегти реальну владу. Бунтівному люду кинули на поталу, як наживку, статую вождя. Спрацювало. Плебсу дісталися звалений пам'ятник і ваучер, а номенклатурі, тепер еліті, – крім влади, майно і гроші.

Українська держава, згідно із законом про декомунізацію, потребує заміни старих символів, у тому числі знесення розтиражованих пам'ятників низької художньої вартості. На цьому шляху влада нерідко зустрічає неприховане невдоволення не тільки комуністів, але, як не дивно, політично інертних, простих людей.

– Не ви ставили Леніна, то й не чіпайте його, нехай стоїть, – у цьому вся їх логіка. Їм не стільки дорогі гранітні і бетонні ідоли, скільки їх недоторканість, щоб якось виразити свою зневагу, новій корумпованій владі за ту злиденність і безправ'я, в яке вона їх безжально опустила.

Щоб остаточно перемогти тоталітарну систему і застерегтись від її рецидиву, символи треба демонтувати, музеєфікувати тільки останки. Стихія зняття штучно посаджених ідеологізованих пам'ятників часом сліпа і руйнівна, але, як не парадоксально, очищаюча – вона запліднює новий український національно-культурний ренесанс. Сьогодні глобальне завдання полягає у здійсненні ідеологічної конверсії в суспільстві, вивільненні людини від гіпнотичного пресингу ленінського плану монументальної пропаганди, наданні духовної свободи⁹.

Вирішувати проблему знесення, переміщення і зберігання монументів тоталітарного режиму слід все ж цивілізовано – із наукових позицій, із дотриманням мистецьких критеріїв, успадкуванням національних традицій, історичної пам'яті, що, на жаль, не завжди має місце. Зокрема це стосується пам'ятника М. Щорсу скульптора В. Бородая в Києві, який слід зберегти попри всю суперечність історичної особи. Це вартісний художній витвір, який органічно ввійшов у навколишнє архітектурне середовище. Щоб не забути і пам'ятати парадоксальну тезу письменника Д. Орвелла, який свою творчість присвятив викриттю тоталітаризму: «Хто управляє минулим, той управляє майбутнім; хто управляє сучасним, той управляє минулим»¹⁰.

¹ Памятки градостроительства и архитектуры Украинской ССР: У 4 т. – К.: Будівельник, 1983. – Т. 1. – С. 24.

² Законодавство про пам'ятки історії та культури (Збірник нормативних актів). – К.: Політвидав України, 1970. – С. 248.

³ Довженко О. Зачарована Десна. Україна в огні: Щоденник (1941–1956). – К.: Веселка, 1995. – С. 222.

⁴ Довженко О. Там само. – С. 63.

⁵ Ноель-Бейкер Ф. Наука и разоружение // Курьер ЮНЕСКО. – 1967. – август–сентябрь, № 128–129. – С. 5.

⁶ Довженко О. Там само. – С. 196.

⁷ Акуленко В. Відлуння пам'яті: назад у майбутнє. – К., 2008. – С. 108.

⁸ Бесценное сокровище народа. – К.: Вища школа, 1984. – С. 5.

⁹ Акуленко В. Там само. – С. 105.

¹⁰ Орвелл Д. 1984.

J. OSIEJEWICZ

Joanna Osiejewicz, PhD, Assistant Professor Department of International and European Law Faculty of Law and Administration University in Zielona Gora (Poland)

SPECIFICS OF LEGAL SOURCES GOVERNING JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF STATES AND THEIR PROPERTY

The state immunity from jurisdiction excludes the possibility for one country to exercise its jurisdiction over another, to stretch the power of one country over another and to seize their property. At the beginning, the sovereign immunity referred to the possession of a ruler, but over time and with the progressive development of state institutions, it was extended to other representatives of a state¹. A state as a person upon international law and its authorities cannot be sued in courts of another state, while its property may not be a subject to seizure or confiscation. State immunity from jurisdiction, like other immunities in general, is to guarantee entities of international law freedom from external interference and ability to function effectively. Therefore, there is a link between the immunity and the equality of states, as well as their sovereignty and mutual respect.

The state immunity from jurisdiction is believed to be based on the very essence of sovereignty and equality of all states, noting that these rules do not allow for the subordination of one state to the law and the jurisdiction of another state. But it cannot be ignored that upon the principle of restricted immunity, the immunity does not cover state activities performed in the ordinary course of civil and commercial law, which proves that, in fact, not the principle of equality and sovereignty of states alone is a source of immunity of a foreign state, but certain principles that have been developed and then gradually modified by treaty provisions and international customs. This article aims to answer the question what are the specifics of sources governing the modern institution of state immunity not allowing to reach for state property to satisfy foreign claims and to suit a state at courts of another state.

*

The beginning of immunity is usually placed in the fourteenth century, when its nucleus was the principle of *par in parem non habet iurisdictionem*. The concept and rules regarding the use of state immunity, developed originally - in the absence of *lex scripta* - in the case law of national courts, involving the doctrine of international law. The doctrine sought, on the one hand, to identify the source of state immunity, and, on the other hand, to define its scope². The first act of an international character, and already historical significance, which sought to settle issues of suing a state before foreign courts, was the resolution of the Institute of International Law jurisdiction of courts in proceedings against foreign States of 1891³. The inadmissibility of proceedings against a state has been there recognized as a principle, with a few exceptions: (1) in matters relating to commercial and industrial enterprises performed within the forum state, (2) in cases where a foreign state is acting as the heirs of an estate opened in the forum area (3) in matters of contracts that have been concluded on the territory of the forum and which should be performed in that state, (4) certain matters arising from torts or quasi-delicts committed in the area of the forum state. This resolution, even though theoretically aimed to constitute achievements of contemporary doctrine of international law, in fact, tended more towards the binding force of an absolute immunity. Further evolution of sources of state immunity from legal proceedings occurred gradually, thanks to the emergence in some countries of acts of statutory rank, and internationally - tribunals and international agreements.

Currently, the sources of international law governing the institution of state immunity are scattered and they require to be determined on several levels. As indicated by the UN Working Group, evidence of rules of international law on state immunities are available primarily in judicial and governmental practice of states, in judicial decisions of national courts, in opinions of legal advisers to governments, and partially in regulations embodied in national legislation, as well as international conventions of universal or regional character⁴. The issue of having or not having jurisdiction by the court of first instance and the scope of powers of a national court is first determined by the decision of the court or tribunal itself, because it is the presiding judge who decides in the first instance to the limits of its own jurisdiction. While ruling on the jurisdiction, the judge's decision is taken based upon the law defining powers of his own court. In consequence, the international judicial practice or customary international law concerning state immunity arose on the basis of the jurisprudence of states, even though the current practice has adopted principles of international law in the course of their evolution⁵. Other sources also contributed to the evolution of the international law of state immunity. They can be categorized, distinguishing among them (i) the practice of states, (ii) international conventions, (iii) international jurisprudence, (iv) opinions of the doctrine.

Ad. i)

Referring to the practice of states in the area of state immunity, the following points have to be examined: (1) national legislation, (2) judicial decisions, (3) the practice of governments.

Jurisdiction of the court of first instance is generally defined by law upon which the court itself is established. Legislative acts governing the justice system can be found in the Constitution, in general laws governing the political system as well as in special laws defining the organization of courts and the judiciary hierarchy of the whole or a

particular court. In turn, the national legislation governing powers of first instance courts may determine the ability of the state or state agencies to be a party to a legal action pending before that court. This applies in particular to cases where a foreign state agreed to carry out the process or otherwise voluntarily surrendered to territorial jurisdiction. In such a situation the court's decision on national jurisdiction is the legal basis to maintain immunity from the jurisdiction of a foreign state. Thereby these decisions create a specific practice of states regarding the formulation of standards on state immunity, which are widely recognized in the international forum.

Among national laws governing a large range of issues of state immunity the most influential are the US Foreign Sovereign Immunities Act of 1976⁶ (entered into force on 19 January 1977) and the British State Immunity Act of 1978⁷ (entered into apply from 22 November 1978). United States of America introduced into their legal statutory regulations that do not provide immunity in the forum state in relation to torts, if the effect of the tort also occurred in that state. A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States in any case in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment. The application of this provision has been excluded, however, in relation to: (1) any claim based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function regardless of whether the discretion be abused; (2) any claim arising out of malicious prosecution, abuse of process, libel, slander, misrepresentation, deceit or interference with contract rights⁸. Also the British State Immunity Act provides for exceptions from the immunity of a state. Under the provisions of this Act, the principle of state immunity only applies if none of the exceptions listed in the law regarding personal injury and property damage occurs. A state is not immune as respects proceedings regarding (1) death or personal injury or (2) damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission in the United Kingdom. This provision is very much in line with the rules on liability in tort contained in the US Foreign Sovereign Immunities Act. In accordance with the wording of the British State Immunity Act, it is not even important whether the effect of the damage also occurred in the state of the forum, as long as the act causing the damage took place in that country⁹. Laws, which in its content largely correspond to British law on state immunity and, in relation to liability in tort are to be completely compatible, apply in Singapore (State Immunity Act of Singapore from 1979¹⁰), South Africa (Foreign States Immunities Act of The Republic of South Africa from 1981¹¹) and Pakistan (Pakistani State Immunity Ordinance of 1981¹²). Moreover, numerous legislative acts affecting certain selected aspects of State immunity have been particularly enacted, such as immunity of (1) premises of foreign embassies and the residence of an accredited ambassador¹³, (2) premises of the mission accredited to an international organization¹⁴, (3) warships and vessels representing state ownership in government or non-commercial service¹⁵, (4) foreign princes¹⁶ and (5) the property of a foreign state¹⁷. As indicated by H. Fox, the only previously enacted act of national law, which expressly stated that acts contrary to international law and, in particular, acts in violation of certain fundamental human rights, justify an exception to state immunity, is the Foreign Sovereign Immunities Act, Title 28 U.S.C. § 1605 (a)¹⁸.

Principles of international law on state immunity are often practically applied in national case law. It is impossible to carry out comprehensive research, taking into account the practice of all states, if only because of the diversity of legal procedures and the divergence of judicial practice, regarding legal systems as such, as well as in relation to their functioning at specified intervals. However, national courts usually make an attempt to unify and harmonize the development of the judiciary, familiarize themselves with rulings of the courts of foreign states' courts, issued on the subject in matter¹⁹. This efforts resulted in the release of significant decisions in which courts explicitly relied on the precedent decisions of other national courts, although decisions of foreign state courts are in normal mode a part of a foreign legal system. Such a "unitarization" of legal and comparative techniques can provide significant help if the court of first instance encounters difficult and sensitive issues from the scope of international law. For example, the Egyptian Mixed Court of Appeal in the case brought by Turkish Tobacco Monopoly in support of its ruling noted that its decision is consistent with the practice of the Italian and the Belgian court²⁰. The states' case law is thus an indispensable element of studies on state immunity. However, the problem refers to the availability of courts decisions that are necessary to conduct comprehensive studies. In some states there are reports prepared by private representatives of the doctrine of law, although it is to be expected, that their scope is limited²¹. The Secretary General of the UN, however, is entitled to demand from the individual states that do not make such reports publicly available to submit materials related to judicial practice of their courts²².

The practice of governments is also an important source of principles of international law regarding state immunity, because, in some cases, opinions of individual executive or government authorities on the issue on recognition or non-recognition of state immunity, are determinative. Government policy in terms of exclusion or inclusion of immunity from the jurisdiction of another state should also illustrate the extent to which the state being represented by the government would wish to grant immunity by a court of a foreign country under the same circumstances. One of the primary duties of the executive is not only to provide appropriate guidelines, but also to take action in regard to its decision granting or refusing to grant immunity from jurisdiction to another state. The official, internal or intersectoral opinions of legal advisors, as well as the positions contained in the diplomatic correspondence reflect the position of the state itself as an entity providing immunity and at the same time as an entity, which is itself protected by immunity²³.

The executive authority operates on three levels, contributing to the evolution of the states' practice in the respective area. First of all, it can initiate, implement and ensure compliance of legislation relating to state immunity

with opinions and the policy of the government that is currently in power. Secondly, in many countries, the executive shall give guidance to the jurisprudence regarding the state immunity²⁴. Depending on the jurisdiction, the courts may be bound by decisions of the government. For example, in the United States of America all issues related to the recognition of immunity are no longer to be left to the jurisdiction once the State Department admits a foreign state immunity²⁵. Moreover, the government issues statements and certificates binding on the courts, confirming the status of an individual or the state, or determining other relevant issues of international law or some facts of international importance, that could have a direct impact on objection of having immunity raised by a foreign state in the respective case. In the case *Republic of Mexico v. Hoffmann*, the State Department explained that although they admit that the ship that is subject to the claim is owned by Mexico, it cannot be said that the ownership without a possession is a basis for maintaining immunity. This position was binding in the case in question²⁶. Thirdly, representatives of the executive or administrative bodies provided with adequate competences are in fact state agencies who are directly responsible for the recognition, rejection or suspension of certain types of immunities²⁷.

While the term “immunity from jurisdiction” refers primarily to the immunity from the authority of a judicial court of another state, other particular immunities could be also regarded to be subject to the executive authority, such as immunity from search, from arrest, from detention or from court orders. As a result, performance or non-performance of the administrative authority of the forum state is tantamount to recognition or express authorization to maintain immunity that has a different extent than immunity from jurisdiction in the strict sense, or to the denial or the refusal to recognize such immunity²⁸.

In practice, decisions of national courts are not always consistent with the views expressed by the executive. Sometimes, to achieve some coordination it is necessary to seize the initiative to the government, by identifying specific areas of activity in which immunities should be recognized and allowed. This can occur through the issuance of general guidelines for the courts. An example of this was the Tate letter²⁹, that is a letter of 19 May 1952 addressed by Jack B. Tate, Acting Legal Adviser at the US State Department, to Philip B. Perlman, Acting US Attorney General. Its contents indicated that sovereign immunity is to be granted – according to the restrictive theory as adopted by the Department – in relation to public and sovereign activities (*acta jure imperii*), while excluding private activities (*acta jure gestionis*)³⁰. The letter listed the grounds on which this concept was adopted by the State Department. Moreover, it is also possible to coordinate the executive authority with the judicial authority by issuing *ad hoc* opinions that are binding in individual cases³¹.

ad. ii)

With regard to international legislation, there is no general treaty or international agreement that regulates the issue of state immunity in a comprehensive manner. However, states signed a number of conventions of a universal nature, which contain provisions directly affecting specific aspects of this subject. These are i.a.:

– Geneva Conventions on the Law of the Sea³² (1958); immunities on warships and vessels that are owned by the state, remaining in government and non-profit service, under certain circumstances, have been incorporated into the Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone³³ (1958) and into the Convention on the High Seas³⁴ (1958). Moreover, the Convention on the Law of the Sea³⁵ (1982) contains, among other, provisions governing criminal and civil jurisdiction relating to merchant ships and government ships used for commercial purposes (Art. 28 and 29), as well as liability rules for damage and immunities of warships and other government vessels used for non-commercial purposes (Art. 31 i 32).

– Vienna Convention on Diplomatic Relations (1961)³⁶; governing partly state property immunities applied in connection with a diplomatic mission.

– Vienna Convention on Consular Relations³⁷ (1963); governing partly state property immunities applied in connection with a consular mission.

– Convention on Special Missions³⁸ (1969); governing partly state property immunities applied in connection with a special mission.

– Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character³⁹ (1975); governing state property immunities applied in connection with premises, offices or missions of the representatives of states in their relations with international organizations.

Important issues of state immunity law were first regulated in the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matter⁴⁰ (1971, entered into force 1978). This Convention applies only between three states. It excludes state immunity in respect of tortious claims of personal or property injury under the following conditions, which must occur concurrently: (1) facts which occasioned the damage occurred in the territory of the state of origin, (2) the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred. Under the provisions of the Convention, subject to deprivation of immunity is thus an injury to persons or property on the territory of the forum, which was caused by the resident offender.

Inconsistent case-law on state immunity has become an impulse to undertake further work on making relevant codification. For this purpose the Basel Convention on immunity⁴¹ (1972) has been adopted, which was prepared under the auspices of the Council of Europe. The Convention applies to civil cases where the parties are an individual and a state, with the exception of matters relating to: social security; damage or injury in nuclear matters; customs duties, taxes or penalties (Art. 29). Its parties are Austria, Belgium, Cyprus, the Netherlands, Luxembourg, Germany, Switzerland and the United Kingdom, but its provisions may also be recalled by third-country nationals⁴². Terms and conditions as for raising immunity by a state are identical to those provided for by the Hague Convention.

Art. 11 of the Basel Convention provides for that a contracting state cannot claim immunity from jurisdiction of a court of another contracting state if the case involves compensation for personal injury or compensation for damage to tangible property and if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred. The preamble to the Convention reported intention to limit the immunity from jurisdiction of states.

Pursuant to Resolution 32/151 of 19 December 1977, the General Assembly mandated the International Law Commission to prepare draft legislation concerning state immunity. Although the first draft was adopted in November 1991, it was not approved by states. It was only in March 2004, when the third working group developed a final draft of the UN Convention on the jurisdictional immunity of States and their property. It contains a very similar adjustment to regulations carried out in the Basel Convention. Art. 12 indicates namely, that unless contracting states agreed otherwise, the state cannot invoke immunity from jurisdiction in proceedings before a court of another state if the proceedings relate to compensation for death or injury of a person or compensation for damage or loss to tangible property caused by an act or omission which is alleged to be attributable to that state. The additional condition is that this act or omission in whole or in part occurred in the territory of that other state and the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission. In the explanatory memorandum to the draft, the International Law Commission explained that the basis for jurisdiction in respect of tort or civil liability for injury or damage to property of the material is the *locus delicti commissi*⁴³. Furthermore, the Commission considered that the distinction between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis* is not appropriate in the case of tortious claims. The Convention has not yet entered into force, due to the fact that it has not been ratified by the requisite number of states.

ad. iii)

International case-law is an important source of state immunity law⁴⁴. It is however to distinguish between the judgements of European Court of Human Rights (afterwards ECHR) and the judgements of the International Court of Justice because of their different views on the matter in question.

The issue of state immunity was the subject of judgments of the ECHR, pursuant to art. 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights⁴⁵. Initially, the case law of the Court upheld the concept of absolute state immunity. Such decisions were taken in cases *Fogarty v. United Kingdom*⁴⁶ and *Mc Elhinney v. Ireland*⁴⁷, in which the Court rejected the plea alleging infringement of the right to trial and upheld state immunity. In these cases, the Court did not find that invoking immunity by the state led to difficulties of access to the courts in a way that violates the essence of the right or to the extent denoting such a breach. In the case *Fogarty v. United Kingdom*, the Court declared outright that the Convention should be interpreted as far as possible in accordance with other principles of international law, that is also those relating to state immunity. The Court also indicated that the limitation of the right to trial by applying the doctrine of state immunity is permissible because it serves to promote good relations between states. The Court recalled, however, a tendency that is notable in international law, to restrict state immunity in disputes relating to employment and mentioned that in matters relating to employment in foreign missions or embassies, international practice varies depending on whether the resulting disputes relate to all staff or only to senior members of the mission. A breakthrough on this issue proved to be the case of *Al-Adsani v. United Kingdom*⁴⁸, with a complainant being a military pilot – Kuwaiti and British citizen, tortured in the Kuwaiti prison. In this case, the Court held that there was indeed no violation of State immunity, but the arbitration award was a predominance of only one vote. The jurisprudence changed in the case *Cudak v. Lithuania*⁴⁹. In January 2009, the case was referred to the Grand Chamber, which is possible when there is a serious question affecting the interpretation of the European Convention on Human Rights, or if the resolution of a question can lead to a conflict between the ruling and a sentence that has been previously issued by the Court. In March 2010, the Court, composed of 17 judges considered a violation of the right to a fair trial as a result of a findings made by the Lithuanian courts (including the Supreme Court) that they have no jurisdiction because of the reference to the immunity from jurisdiction made by Poland⁵⁰. The development of human rights and the related change of an individual's position in the arena of international law is of great importance as for the recognition of state immunity. It is currently determined by two basic principles, that is the law to court and the prohibition of discrimination. The implication of these rules is the thesis that sometimes appears in the doctrine that the violation of human rights excludes the immunity⁵¹. The judgment on *Cudak v. Lithuania* is an exemplification of the latest line of jurisprudence based on this concept.

The issue of state immunity was also subject to few rulings of the International Court of Justice. In the *Arrest Warrant* case, the Court ruled on the issue of immunity from jurisdiction of the foreign minister of Congo. The Court made a distinction between the immunity from legal proceedings and the individual criminal responsibility and concluded that immunity can block prosecution for a while, but cannot release from responsibility. It was decided, however, that the highest officials are enabled to enjoy immunity from the jurisdiction of other countries. A radical judgement was reached in the case *Germany v. Italy*⁵², when Germany raised its complaint alleging Italy's infringement of rights derived from the principle of sovereign equality of states and a breach of legal proceedings. The complaint was addressed in response to a ruling of an Italian civil court in 2004⁵³ admitting compensation from the Federal Republic of Germany for Luigi Ferrini, a worker sentenced to forced labor during the Second World War.

On 3 February 2012, the International Court of Justice eventually ruled that Italy was in breach of its obligation to respect the immunity of Germany under international law and that lawsuits for damages incurred as a result of the Second World War may be submitted only in German courts. This judgement had a precedent character and broke the trend towards taking into account the concept of the primacy of human sovereignty over state sovereignty.

ad. iv)

Describing the sources of state immunity, one can not ignore the role of recognized associations of international law doctrine, in an effort to codify and systematize the existing customary law. The most important of them are the International Law Association and the Institut de Droit International.

An important source of state immunity are also respective opinions of representatives of the doctrine of law, who are in practice consulted on many forums. This is to ensure the continuity and the uniformity of relative trends in the development of legislation and case law.

*

Because of the dynamics in the development of international relations, the collimated connotations within states and beyond their borders, as well as the regional and global trade conducted by states it is reasonable to question the scope of the functional immunity of states. The doctrine of international law have long been presenting opinions on the necessity to establish stable, functional "limitations" of the immunity of states⁵⁴. In fact, a reflection of such doubts is the classification of state actions of the state distinguishing between *acta iure imperii* (beyond the control of other states), and *acta iure gestionis* (civil, commercial activities - not covered by state immunity). This division is reflected in two aforementioned documents of international law, which, however, do not have the asset of universality.

The case law of international courts drew actually a circle when it comes to the application of state immunity from jurisdiction. As a general rule, national and international courts uniformly defended the concept of the absolute state immunity, considering that the state immunity is to benefit international relations. That position was also upheld in early rulings of the ECHR. A breach in this unique position was forced, however, by the doctrine of human rights and the need to develop the protection of these rights. One of the human rights covered by all international agreements in this area is the right to a fair trial, being an integral part of the right of access to a court and an obstacle to uphold the state immunity. Against this background, the conservatism of the International Court of Justice expressed in its judgment of 2012 is to be seen as one of these specific rulings, which are primarily intended to alleviate disputes between states and to normalize relations between them. The reason for this is probably the radicality between recognition and refusal as for the state immunity and that fact that the accommodating position of the Court would open the way for claims for damages arising from the events of the conflict of war, brought by victims. This would be a factor supporting political disputes in the international arena, thus diverging from the objective of the existence of state immunity itself. The interpretation of the institution of immunity in the spirit of human rights has now been confronted with the interpretation consistent with the nature of sovereignty. There are disjoint paths, therefore, the judicial practice in this area will be forced to go one of them for the sake of consistency.

Sources of state immunity law are both: a part of international law and a part of domestic legislation. In addition, their substance and applicability are significantly determined by judicial practice and material circumstances, such as socio – economic world and political relations between the respective states. The analysis of sources of law on state immunity undoubtedly points to the possible collisions between the institution of state immunity from the jurisdiction (as it was formed and as it has functioned for centuries) and from international obligations that the state adopted voluntarily. Sources of state immunity law are characterized by a lack of consistency and inadequate regulation. The consequence of this is the presence of heterogeneous and, incidentally, even contradictory rulings, arising from disagreement as to whose rights should be actually protected. Sources of law on state immunity cannot therefore be named a system, because even though it is possible to characterize them functionally, their range of content still remains unstable.

¹ More to this topic: W. Czaplinski, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne, zagadnienie systemowe*, Warszawa 2004, p. 40, 42, 252–253, 257; J. Sutor, *Prawo dyplomatyczne i konsularne*, Warszawa 2010, p. 206–211; P. Łaski, *Uwagi o immunitacie jurysdykcyjnym państwa i immunitacie głowy państwa w prawie międzynarodowym*, [in:] *Księga Jubileuszowa profesora Tadeusza Smyczyńskiego*, M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A. N. Schulz (ed.), Toruń 2008, p. 783–796.

² P. Grzegorzczak, *Immunitet państwa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2010, p. 31.

³ *Project de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers*, AIDI 1889, nr 11, p. 436, cited in: P. Grzegorzczak, op. cit., p. 99.

⁴ Document A/CN.4/323, Preliminary report on the topic of jurisdictional immunities of States and their property, by Mr. Sompong Sucharitkul, Special Rapporteur, 18.06.1979, p. 231.

⁵ *ibidem*, p. 232.

⁶ An Act to define the jurisdiction of United States courts in suits against foreign states, the circumstances in which foreign states are immune from suit and in which execution may not be levied on their property, and for other purposes. *United States Code, 1976 Edition*, Washington, D.C., U.S. Government Printing Office 1977, vol. 8, title 28, section 1330, in: American Society of International Law, *International Legal Materials*, Washington, D.C., vol. XV, No 6 (11.1976), p. 1388.

⁷ *The Public General Acts*, London, H.M. Stationery Office 1978, part I, p. 715, in: American Society of International Law, op. cit., vol. XVII, No 5 (09.1978), p. 1123.

⁸ *The Foreign Sovereign Immunities Act*, § 1605 (a), <http://www.state.gov/documents/organization/153980.pdf> (2015-10-30).

⁹ A. Fischer-Lescano, *Wyjątki od zasady immunitetu państwa w postępowaniu rozpoznawczym*, legal opinion dated 21.09.2010, cited in: Nasz Dziennik 2010, No 253 (3879), p. 28.

¹⁰ <http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p;ident=3d86fb82-397c-4d9a-a6ca-783b9d685717;page=0;query=DocId%3A%221be1a8f7-0968-4fcc-ac26-39d3a51b7b70%22%20Status%3Ainforce%20Depth%3A0;rec=0> (2015-10-30).

¹¹ <http://www.dfa.gov.za/chiefstatelawadviser/documents/acts/foreignstatesimmunitiesact.pdf> (2015-10-30).

¹² pakistancode.gov.pk/.../admine76fcf01a8103c67d13.pdf (2015-10-30).

¹³ *Diplomatic Immunities and Privileges Act*, <http://www.jamaicalawonline.com/revised-laws/statutes/150-DIPLOMATIC%20IMMUNITIES%20AND%20PRIVILEGES%20ACT.html> (2015-10-30).

¹⁴ *Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations 1946*, United Nations, Treaty Series, vol. 1, p. 15; *Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies 1947*, *ibid.*, vol. 33, p. 261.

¹⁵ *The Public Vessels Act 1925, The Statutes at Large of the United States of America from December, 1923, to March, 1925*, Washington, D.C., U.S. Government Printing Office 1925, vol. 43, part. 1, vol. 428, p. 1112.

¹⁶ *The General Statute of 1793 Governing the Administration of Justice in the Prussian States 1793*, par. 76; *The Prussian Order in Council of 1795*, cited in: Document A/CN.4/323, *op. cit.*, p. 11.

¹⁷ *vide*: Holland Law of 26.04.1917 and Holland Royal Decree of 29.05.1917, cite in: *ibidem*, p. 85, 226.

¹⁸ H. Fox, *The law of state immunity*, Oxford 2004, p. 261.

¹⁹ Document A/CN.4/323, *op. cit.*, p. 233.

²⁰ *Monopole des Tabacs de Turquie and Another v. Regie co-interessee des Tabacs de Turquie*: Annual Digest of Public International Law Cases, 1929–1930, London 1935, Case No. 79, p. 123ff.

²¹ H. Lauterpacht, *The problem of jurisdictional immunities of foreign States*, British Yearbook of International Law 1951, vol. 28 (1952), p. 220–272.

²² Document A/CN.4/323, *op. cit.*, p. 233.

²³ *ibidem*, p. 234.

²⁴ *Congressional Record, Proceedings and Debates of the 94th Congress, First Session*, vol. 121, part. 32, Washington, D.C., U.S. Government Printing Office 1975, p. 42017.

²⁵ Document A/CN.4/323, p. 234.

²⁶ *Republic of Mexico and others v. Hoffmann* (1945), Annual Digest and Reports of Public International Law Casus 1943–1945, London 1949, Case No. 39, p. 143.

²⁷ H. Fox, *The law...*, p. 186.

²⁸ Document A/CN.4/323, *op. cit.*, p. 235.

²⁹ *Tate letter* of 19 Mai 1952, United States of America, Department of State Bulletin, Washington, D.C., vol. XXVI, nr 678 (23.06.1952), p. 985.

³⁰ *Ibidem*: “(...) it will hereafter be the Department’s policy to follow the restrictive theory of sovereign immunity in the consideration of requests of foreign governments for a grant of sovereign immunity”.

³¹ Document A/CN.4/323, *op. cit.*, p. 235.

³² *Geneva Conventions on the Law of the Sea*, http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/gclos/gclos_e.pdf (2015-10-30).

³³ *Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone*, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_1_1958_territorial_sea.pdf (2015-10-30).

³⁴ http://www.gc.noaa.gov/documents/8_1_1958_high_seas.pdf (2015-10-30).

³⁵ *UN-Convention on the Law of the Sea*, Montego Bay, 10.12.1982, http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf (2015-11-07).

³⁶ *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, done at Vienna on 18 April 1961. United Nations, Treaty Series, vol. 500, p. 95.

³⁷ *Vienna Convention on Consular Relations*, done at Vienna on 24 April 1963. United Nations, Treaty Series, vol. 596, p. 261.

³⁸ *Convention on Special Missions*, Adopted by the General Assembly of the United Nations on 8 December 1969. Entered into force on 21 June 1985, United Nations, Treaty Series, vol. 1400, p. 231.

³⁹ *Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character*, Official Records of the United Nations Conference on the Representation of States in their Relations with International Organizations, vol. II (United Nations publication, Sales No. E.75.V.12).

⁴⁰ *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matter, Hague, February 1, 1971*, <http://www.admiraltylawguide.com/conven/enforcement1971> (2015-11-07).

⁴¹ *European Convention on State Immunity*, Bazylea, 16.05.1972, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/074.htm> (2015-11-07).

⁴² K. P. Knierim, *Comment: Sovereign Immunity from Judicial Enforcement: The Impact of the European Convention on State Immunity*, Colum. J. Transnat’l L. 1973, vol. 12, p. 145.

⁴³ International Law Commission, *Fifth report on jurisdictional immunities of States and their property*, A/CN.4/363, s. 39.

⁴⁴ More on new trends: M. Muszyński, J. Osiejewicz, *Immunitet państwa – instytucja na rozdrożu prawa*, Polski Przegląd Stosunków Międzynarodowych No 3 (2013), p. 43–71.

⁴⁵ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Rome, 04.11.1950, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf

⁴⁶ *Fogarty v. United Kingdom*, ECHR Application 37112/97, Judgement, 21.11.2001.

⁴⁷ *McElhinney v. Irland*, ECHR Application 31253/96, Grand Chamber, Judgement, 21.11.2001.

⁴⁸ *Al-Adsani v. United Kingdom*, ECHR Application 35763/97, Judgement, 21.11.2001.

⁴⁹ *Cudak v. Lithuania*, ECHR Application 15869/02, Judgement, 23.03.2010.

⁵⁰ M. Kołoduński, M. Balcerzak, *Immunitet jurysdykcyjny państwa – glosa do wyroku ECHR z 23.03.2010 r. w sprawie Cudak v. Litwa*, Europejski Przegląd Sądowy 2010 No 11, p. 40–44.

⁵¹ L. M. Caplan, *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: a Critique of the Normative Hierarchy Theory*, www.asil.org/ajil/caplan.pdf (07.05.2012); Resolution adopted by the General Assembly on the Report of the Third Committee, document A/60/509/Add.1, <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=63> (2015-07-11).

⁵² *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, International Court of Justice, Judgment of 3 February 2012, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=143&p3=4> (2015-10-30).

⁵³ *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Judgement of the Supreme Court of Italy No. 5044/04, http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Italy/Ferrini_Cassazione_6-11-2003.pdf (2015-10-30).

⁵⁴ Compare: H. Fox, *The law...*, *op. cit.*, p. 272.

Summary

Osiejewicz J. Specifics of legal sources governing jurisdictional immunities of states and their property.

The immunity from jurisdiction of the state in international law excludes the possibility for one country to exercise its jurisdiction over another, to stretch the power of one country over another and to seize their property. The analysis of sources of law on state immunity indicates the possibility of a collision between the institution of state immunity from the jurisdiction and certain obligations of the state resulting from international obligations that the state adopted voluntarily. This article aims to answer the question what sources of law govern the modern institution of state immunity not allowing to reach for state property to satisfy foreign claims. It has been demonstrated that sources of law on state immunity can not be called a system, because even though it is possible to characterize them functionally, their range of content remains unstable.

Key words: state immunity, legal sources, sovereignty, jurisdiction, state property.

M. CHACKIEWICZ

Małgorzata Chackiewicz, doktor socjologii Katedra Bezpieczeństwa Wewnętrznego Wydział Prawa i Administracji Wyższa Szkoła Prawa i Administracji Przemysł-Rzeszów (Polska)

REGULACJE PRAWNE DOTYCZĄCE ZASAD OPODATKOWANIA SUSZU TYTONIOWEGO

Na zmiany w obszarze wpływów budżetowych z tytułu wyrobów tytoniowych i suszu tytoniowego ma wpływ kilka czynników. Należą do nich m.in. spadek zapotrzebowania na wyroby tytoniowe oraz wzrost popularności wyrobów zastępujących papierosy, spadek liczby osób palących, a z drugiej strony także pozbawienie rolników płatności za tytoń, czy wreszcie zobowiązanie Polski dostosowania do przepisów Unii Europejskiej oraz reakcji na zidentyfikowane zagrożenia wysokości stawek akcyzy na tytoń, susz tytoniowy i inne wyroby tytoniowe.

Światowa produkcja tytoniu szacowana jest na poziomie 6 190 tys. ton w skali roku (prognoza zbiorów w 2012 roku). Wśród światowych plantacji dominują dwie główne odmiany tytoniu:

1. Virginia, określaną też często jako FCV (*Flue Cured Virginia*), której udział w światowych uprawach kształtuje się na poziomie prawie 75%,

2. Burley z udziałem 10% w światowym rynku upraw.

Uprawy FCV dominują na kontynencie azjatyckim i stanowią blisko 70% światowej produkcji tego surowca, z tego największy udział przypada na Chiny – 55%. Produkcja na kontynencie europejskim, w Rosji oraz republikach ościennych (CIS) to jedynie 3% światowej produkcji. Uprawy tytoniu w EU stanowią jedynie 2% jego światowej produkcji.

Polska jest na 37 miejscu w światowym rankingu producentów tytoniu (0,32% produkcji światowej). Odnotowywana jest natomiast znakomita, druga pozycja Polski w Europie (4,16% produkcji europejskiej) – tuż po Włoszech. Produkcja tytoniu w minionym dziesięcioleciu zawierała się w przedziale od 31 do 42 tys. ton w skali roku. Klimat w Polsce nie jest korzystny dla uprawy tej rośliny. W naszej strefie klimatycznej zbiór liści dokonywany jest raz w roku. Jeśli uwzględnimy istotne różnice klimatyczne między obu krajami, dostrzeżemy szczególną pozycję Polski jako producenta tytoniu¹.

Opodatkowanie tytoniu do palenia – drobno krojonego i suszu tytoniowego wynika m.in. z Dyrektywy Rady 2011/64/UE w art. 14 ust. 2 która opisuje wysokość podatku akcyzowego na tytoń drobno krojony:

Biorąc pod uwagę deregulację rynku tytoniu w Unii Europejskiej, która miała miejsce w 2010 r., podjęto działania na narastający problem związany z dostępem do surowca tytoniowego będącego w niekontrolowanym obrocie i Polska, jako pierwszy kraj w Unii Europejskiej, zmieniła przepisy dotyczące obrotu suszem tytoniowym, który od 1 stycznia 2013 roku został opodatkowany podatkiem akcyzowym.

W Polsce natomiast tytoń można uprawiać zgodnie z rozporządzeniem ministra rolnictwa i rozwoju wsi tylko w wyznaczonych regionach Polski². Do takich regionów zaliczamy: lubelsko-podkarpackie, świętokrzysko-małopolskie, kujawsko-pomorskie, mazurskie oraz dolnośląskie. Województwami o największym procentowym udziale w produkcji są: lubelskie (ok. 46,7%), małopolskie (ok. 13,8%), świętokrzyskie (ok. 11,7%) oraz kujawsko-pomorskie (ok. 10,6%)³.

W Polsce opodatkowanie akcyzą tytoniu drobno krojonego (tytoniu do palenia) funkcjonuje adekwatnie do regulacji UE. Natomiast susz tytoniowy, który nie jest objęty regulacjami unijnymi, został w Polsce opodatkowany zgodnie z ustawą z dnia 7 grudnia 2012r. o zmianie niektórych ustaw w związku z realizacją ustawy budżetowej (Dz. U. z 2012 r., poz. 1456) dokonano nowelizacji m.in. ustawy z dnia 6 grudnia 2008r. o podatku akcyzowym (Dz. U. z 2011r. nr 108, poz. 626 ze zm.) poprzez rozszerzenie katalogu wyrobów tytoniowych o susz tytoniowy. Od 1 stycznia 2013r. Ministerstwo Finansów informując o stanie prawnym dotyczącym suszu tytoniowego, podkreśla, że przepisy unijne nie regulują kwestii opodatkowania akcyzą suszu tytoniowego. Susz tytoniowy, w takim znaczeniu,

jakie nadano mu w Ustawie o podatku akcyzowym, w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 stycznia 2013 roku, nie jest wyrobem tytoniowym ani w rozumieniu tych przepisów, ani w rozumieniu dyrektyw unijnych. W przepisach susz tytoniowy opodatkowano akcyzą, jednakże nie narusza to przepisów tzw. Dyrektywy Horyzontalnej (dyrektywy Rady 2008/118/WE z dnia 16 grudnia 2008 roku). W art. 1 ust. 3 lit. a przepisy tej dyrektywy zezwalają na nakładanie podatków na produkty inne niż wyroby akcyzowe (w rozumieniu dyrektywy⁴.

Rozszerzenie od 1 stycznia 2013 r. katalogu wyrobów akcyzowych miało na celu przeciwdziałanie nielegalnej produkcji wyrobów tytoniowych i „ochronę uczciwych przedsiębiorców” tzn. tych, którzy płacą rzetelnie należne podatki. W związku z nielegalnym obrotem tytoniu bez opłaconego podatku mogą odnotowywać znaczny spadek dochodów.

„Od dnia 1 stycznia 2013 roku całkowity podatek akcyzowy od tytoniu do palenia drobno krojonego przeznaczonego do skręcania papierosów wynosił co najmniej 43% średniej ważonej detalicznej ceny sprzedaży tytoniu do palenia drobno krojonego przeznaczonego do skręcania papierosów dopuszczonego do konsumpcji lub co najmniej 47 EUR za kilogram”⁵.

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym, zwaną dalej “ustawą” (Dz. U. z 2011 r. Nr 108, poz. 626 z późn. zm.), ustawa określa opodatkowanie podatkiem akcyzowym, zwanym dalej “akcyzą”, wyrobów akcyzowych oraz samochodów osobowych, organizację obrotu wyrobami akcyzowymi, a także oznaczanie znakami akcyzy.

Na podstawie poz. 42 oraz 45 załącznika nr 1 do ustawy za wyroby akcyzowe uznano, bez względu na kod CN, papierosy, tytoń do palenia, cygara i cygaretki oraz susz tytoniowy.

W myśl art. 9b ust. 1 w/w ustawy w przypadku suszu tytoniowego przedmiotem opodatkowania akcyzą jest

1. nabycie wewnątrzspółnotowe suszu tytoniowego przez inny podmiot niż podmiot prowadzący skład podatkowy lub pośredniczący podmiot tytoniowy;
2. sprzedaż suszu tytoniowego innemu podmiotowi niż podmiot prowadzący skład podatkowy lub pośredniczący podmiot tytoniowy;
3. import suszu tytoniowego przez inny podmiot niż podmiot prowadzący skład podatkowy lub pośredniczący podmiot tytoniowy;
4. zużycie suszu tytoniowego przez pośredniczący podmiot tytoniowy;
5. zużycie suszu tytoniowego przez podmiot prowadzący skład podatkowy do innych celów niż produkcja wyrobów tytoniowych;
6. nabycie lub posiadanie suszu tytoniowego przez inny podmiot niż podmiot prowadzący skład podatkowy, pośredniczący podmiot tytoniowy lub rolnika, który wyprodukował susz tytoniowy, jeżeli nie została od niego zapłacona akcyza w należnej wysokości i nie można ustalić podmiotu, który dokonał jego sprzedaży.

W myśl art. 9b ust. 2 ustawy za sprzedaż uznaje się czynności, o których mowa w art. 9a ust. 2 pkt 1-8 ustawy, tj.

1. sprzedaż, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny⁶;
2. zamianę, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny;
3. wydanie w zamian za wierzytelności;
4. wydanie w miejsce świadczenia pieniężnego;
5. darowiznę, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny;
6. wydanie w zamian za dokonanie określonej czynności;
7. przekazanie lub wykorzystanie na potrzeby reprezentacji albo reklamy;
8. przekazanie przez podatnika na potrzeby osobiste podatnika, współników, udziałowców, akcjonariuszy, członków spółdzielni i ich domowników, członków organów stanowiących osób prawnych, członków stowarzyszenia, a także zatrudnionych przez niego pracowników oraz byłych pracowników.

W przypadku sprzedaży suszu tytoniowego, sprzedawca jest obowiązany ustalić, czy sprzedaje ten susz podmiotowi prowadzącemu skład podatkowy lub pośredniczącemu podmiotowi tytoniowemu, w związku z czym jest on uprawniony zażądać od nabywcy przedstawienia zezwolenia na prowadzenie składu podatkowego albo potwierdzenia przyjęcia powiadomienia o zamiarze rozpoczęcia działalności gospodarczej jako pośredniczący podmiot tytoniowy, a w razie odmowy ich przedstawienia przez nabywcę może odmówić sprzedaży suszu tytoniowego po cenie nieuwzględniającej akcyzy (art. 9b ust. 4 i 5 Ustawy).

Nie należy dokonywać nabycia wewnątrzspółnotowego lub importu suszu tytoniowego przez inny podmiot niż podmiot prowadzący skład podatkowy lub pośredniczący podmiot tytoniowy, jak również nie należy sprzedawać suszu tytoniowego innemu podmiotowi niż podmiot prowadzący skład podatkowy lub pośredniczący podmiot tytoniowy – luzem bez opakowania (art. 99a ust. 6 pkt 1 i 2 Ustawy).

Podmiot zamierzający prowadzić działalność gospodarczą jako pośredniczący podmiot tytoniowy jest obowiązany powiadomić pisemnie o tym fakcie – przed dniem rozpoczęcia tejże działalności – właściwego naczelnika urzędu celnego (art. 16 ust. 3a Ustawy).

Właściwy naczelnik urzędu celnego bez zbędnej zwłoki potwierdza pisemnie przyjęcie powiadomienia o zamiarze rozpoczęcia działalności gospodarczej jako pośredniczący podmiot tytoniowy. Potwierdzenie to powinno zawierać wskazane przez wnioskującego dane, o których mowa w ust. 3a, dotyczące podmiotu zamierzającego rozpocząć działalność gospodarczą w charakterze pośredniczącego podmiotu tytoniowego oraz prowadzonej przez niego działalności (art. 16 ust. 3b Ustawy).

Natomiast minister właściwy do spraw finansów publicznych lub upoważniony przez niego organ publikuje bez zbędnej zwłoki w Biuletynie Informacji Publicznej aktualną listę pośredniczących podmiotów tytoniowych,

obejmującą ich następujące dane: imię i nazwisko lub nazwę oraz adres siedziby lub zamieszkania, NIP lub REGON oraz określenie rodzaju prowadzonej działalności gospodarczej (art. 16 ust. 3c Ustawy).

Pośredniczący podmiot tytoniowy jest także obowiązany powiadomić właściwego naczelnika urzędu celnego o zaprzestaniu prowadzenia działalności w tym charakterze, w terminie 7 dni, licząc od dnia, w którym zaprzestano prowadzenia tej działalności (art. 16 ust. 4a Ustawy).

Orzeczenie w sprawie definicji suszu tytoniowego, obrotu tzw. mokrym tytoniem a podatek akcyzowy w uzasadnieniu Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach z dnia 14 listopada 2013r. sygn. akt I SA/Ke 583/13 (dostępna na www.orzeczenia.nsa.gov.pl)

1. Stwierdził, że z suszem mamy do czynienia od momentu zakończenia uprawy. Oznacza to, że za taki należy uznać każdą część tytoniu, która nie jest połączona z żywą rośliną, niezależnie od stopnia jej przetworzenia.

2. Określenie „suszy” czy „suchy” nie mają związku z wilgotnością, lecz ze stopniem przetworzenia surowca.

3. Obrót tzw. mokrym tytoniem podlega opodatkowaniu podatkiem akcyzowym od wyrobów będących suszem tytoniowym⁷.

Duże wątpliwości miały podmioty w zakresie interpretacji przepisów dot. opodatkowania sprzedaży niesfermentowanych, suchych, nieprzetworzonych i nienadających się do palenia liści tytoniu. Organ podatkowy wydający opinie stwierdził, że należy je kwalifikować jako susz tytoniowy i w związku z tym podlegają opodatkowaniu podatkiem akcyzowym w przypadku ich sprzedaży podmiotowi innemu niż podmiot prowadzący skład podatkowy lub pośredniczący podmiot tytoniowy⁸.

Wątpliwości w zakresie interpretacji obowiązujących przepisów podatku akcyzowego dot. opodatkowania suszu tytoniowego przyczyniły się w znacznym stopniu do ich zmiany. Powyższe przepisy zostały zmienione ustawą z 8 listopada 2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z realizacją ustawy budżetowej⁹. Na podstawie art. 7 pkt 3 lit. a te same ustawy, przepis art. 99a ust. 1 z dnia 1 stycznia 2014 r. otrzymał brzmienie: „Za susz tytoniowy uznaje się, bez względu na wilgotność, tytoń, który nie jest połączony z żywą rośliną i nie jest jeszcze wyrobem tytoniowym”.

Podstawą opodatkowania suszu tytoniowego jest ilość tego suszu wyrażona w kilogramach. Natomiast stawka akcyzy na susz tytoniowy wynosi 229,32 zł za każdy kilogram.

Następnie Ustawą z dnia 5 grudnia 2014r. o zmianie niektórych ustaw w związku z realizacją ustawy budżetowej¹⁰ art. 7 wprowadzono następujące zmiany:

Art. 13 ust. 1a określa, że” *Podatnikiem z tytułu produkcji papierosów o których mowa w art. 99 ust. 1a, niezgodnej z art. 47 jest osoba fizyczna, osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, która produkuje papierosy, oraz każda inna osoba, która uczestniczy w ich produkcji.*

1b Jeżeli obowiązek podatkowy z tytułu produkcji papierosów, o której mowa w art. 99 ust. 1a, niezgodnej z art. 47, ciąży na kilku podatnikach, podatnicy ci ponoszą solidarną odpowiedzialność za zobowiązanie podatkowe.”

Natomiast w art. 99 po ustępie 1 dodaje się *1a Produkcją papierosów jest również ich wytwarzanie, także przez konsumenta, przy użyciu maszyny do wytwarzania papierosów.*

1b Za produkcję papierosów nie uznaje się wytwarzania papierosów przez konsumenta ręcznie domowym sposobem w gospodarstwach domowych.”

W ust. 2 pkt 3 na cygara i cygaretki -393,00 zł. za każdy kilogram

ust. 9 W przypadku:

1) nabycia lub posiadania papierosów lub tytoniu do palenia znajdujących się poza procedurą zawieszenia poboru akcyzy, w opakowaniach jednostkowych nieoznaczonych albo oznaczonych maksymalną ceną detaliczną, jeżeli, od tych wyrobów nie została zapłacona akcyza w należnej wysokości, a w wyniku kontroli podatkowej postępowania kontrolnego albo postępowania podatkowego nie ustalono, że podatek został zapłacony,

2) produkcji o której mowa w art. 99 ust. 1a, niezgodnej z art.47 – stosuje się odpowiednio stawki akcyzy w wysokości określonej w ust. 2 pkt 1 i 2, przy czym za maksymalną cenę detaliczną przyjmuje się trzykrotną wartość średniej ważonej detalicznej ceny sprzedaży papierosów, o której mowa w ust. 5d, przeliczonej na jednostkę 1000 sztuk dla papierosów, a dla tytoniu do palenia, przyjmując założenie, że jednostka 1000 sztuk papierosów odpowiada 1 kilogramowi tytoniu do palenia.”

Przedstawiona częstotliwość dokonywanych zmian m.in. w celu doprecyzowania określenia „suchy tytoń” „susz tytoniowy” świadczy o dużych problemach interpretacyjnych.

Przykładowe ceny tytoniu do palenia dostępnego w sklepach:

CHESTERFIELD – 100 gram – 44,94 zł.

RED & WHITE – 100 gram – 51,69 zł.

CAPTAIN BLACK – 40 gram – 27,95 zł.

Natomiast ceny nielegalnego tytoniu do palenia oferowane na stronach Internetowych są rzędu od 80,00 zł. do 110,00 zł. za 1 kilogram. W przypadku zakupu większej ilości np. powyżej 3 kilogramów, obniżana jest jego cena lub czwarty kilogram jest gratis. Za 1 kilogram liści tytoniu trzeba zapłacić około 35,00 zł.

Cechami charakterystycznymi nielegalnie sprzedawanego tytoniu do palenia i suszu tytoniowego jest:

– brak znaków akcyzy (banderol)

– dużo niższa cena

– opakowania to zazwyczaj woreczki z przezroczystej folii najczęściej hermetycznie zamykane

– brak etykiet z nazwami tytoniu

– brak ostrzeżeń o szkodliwości palenia

- brak informacji o zawartości substancji smolistych i nikotyny
- brak danych o produkcjach
- podany jest tylko numer telefonu lub sms pod którym dokonuje się zamówienia.

Przesyłki z nielegalnym tytoniem lub suszem tytoniowym najczęściej są dostarczane przez pracowników poczty lub kurierów, którzy pobierają opłatę za tytoń oraz koszty przesyłki. Zdarzają się przypadki, że zamiast tytoniu w paczkach znajdują się śmieci, kamienie, plastik lub liście z drzew. Przesyłki opisywane są zazwyczaj jako szkło, elektronika czy odzież itp. Adres nadawcy zazwyczaj jest napisany bardzo niewyraźnie, m.in. w związku z tym, żeby nie było możliwości zwrócenia przesyłki w przypadku reklamacji.

Zdarzają się przypadki zakupu nielegalnego tytoniu nie tylko do robienia z niego papierosów ale również w celach leczniczych (kąpiele kończyn przy dolegliwościach reumatycznych) lub do zwalczania pasożytów na działkach i w ogrodach.

Wzory banderol podatkowych umieszczane na opakowania jednostkowych importowanych, nabywanych wewnątrzspółnotowo wyrobów tytoniowych (tytoniu) oraz suszu tytoniowego reguluje Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 7 stycznia 2013 r w sprawie oznaczania wyrobów akcyzowych znakami akcyzy¹¹.

Legalna sprzedaż tytoniu maleje od 2009 roku, kiedy w przeliczeniu na papierosy wyniosła 9,1 mld sztuk. W 2014 roku sprzedano legalnie tytoń odpowiadający 3,8 mld sztuk papierosów, natomiast z tytoniu nielegalnego pochodzenia mogło powstać 8,8 mld sztuk papierosów. Spadek legalnej sprzedaży jest spowodowany głównie wzrostem podaży surowca nielegalnego pochodzenia. Szacuje się, że w 2014 roku tytoń nielegalnego pochodzenia stanowił ok. 70% rynku (w 2009 roku było to niecałe 10%)¹².

Z analizy ryzyka prowadzonej przez Służbę Celną wynika, że tytoń w postaci krajanki lub liście tytoniu najczęściej przemyca się w przesyłkach pocztowych i kurierskich. Dystrybucja wyrobów tytoniowych w taki sposób jest zjawiskiem rozwijającym się dynamicznie. Dla przykładu w 2008 r nie stwierdzono przez Służbę Celną tego typu ujawnień, 2009 r. odnotowano 4 ujawnienia, 2010 liczba ujawnień wzrosła do 2 428, 2011 r. odnotowano 6 131 przypadków przemytu wyrobów tytoniowych tj. suszonych liści, krajanki tytoniowej oraz tytoniu do robienia skrętów w 2014 r. ujawniono 324 tys. kg tytoniu luzem¹³. Jest to przykład wypierania przemytu papierosów przez inne wyroby tytoniowe. Wzmoczone kontrole przesyłek pocztowych i kurierskich dokonywane przez funkcjonariuszy Służby Celnej za pomocą urządzeń rentgenowskich oraz specjalnie szkolonych psów do wykrywania wyrobów tytoniowych dają wymierne efekty. Wykorzystanie specjalistycznego sprzętu i psów w znacznym stopniu przyspiesza oraz ułatwia czynności kontrolne. W latach 2009–2011 zaobserwowano przeniesienie sprzedaży wyrobów tytoniowych z bazarów i targowisk do Internetu. W związku z tym została powołana specjalna grupa w Izbie Celnej w Opolu tzw. Krajowa Grupa Zadaniowa ds. e-kontroli¹⁴. Przykładem skuteczności działań kontrolnych w obszarze zwalczania nielegalnego tytoniu oferowanego przez Internet a przesyłanego z wykorzystaniem poczty oraz firm kurierskich są następujące dane: w 2009 r. – 90 kg, 2010 r. – 12 128 kg, 2011 r. – 27 468 kg, 2012 r. – 39 776 kg, natomiast w 2013 r w 11 626 ujawnieniach zajęto 48 220 kg tytoniu¹⁵. Służba Celna uczestniczy w inicjatywach międzynarodowych takich jak Protokół do Ramowej Konwencji WHO dot. ograniczenia użycia tytoniu (FCTC) nielegalnego obrotu wyrobami tytoniowymi oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dot. produkcji, prezentowania i sprzedaży wyrobów tytoniowych. Tekst dyrektywy został przyjęty przez Parlament Europejski w dniu 26 lutego 2014 r. Powyższe dokumenty umożliwiają Służbie Celnej dokonywanie pełniejszej kontroli przemieszczania wyrobów tytoniowych i objęcie systemem zezwoleń producentów maszyn przeznaczonych do wytwarzania wyrobów tytoniowych oraz upraw tytoniu. Jest to kolejny przykład szybkiej reakcji Służby Celnej na zachodzące zmiany w formach dystrybucji nielegalnych towarów. Dotychczas w głównej mierze kontrolą Internetu zajmowała się Policja.

Na stronie internetowej Ministerstwa Finansów w zakładce Służba Celna publikowany jest Wykaz Pośredniczących Podmiotów Tytoniowych na dzień 2015.01.20¹⁶ Wykaz ten zawiera nazwę firmy, adres, Regon/NIP oraz rodzaj prowadzonej działalności np.(sprzedaż suszu tytoniowego na terytorium kraju, nabycie wewnątrzspółnotowe, import lub zużycie). Jest on na bieżąco aktualizowany i można z niego skorzystać w celu zweryfikowania czy dany podmiot jest pośredniczącym podmiotem tytoniowym.

Analizując opisywane zjawiska nasuwają się następujące wnioski: konieczne jest informowanie na bieżąco społeczeństwa o zmianach w przepisach dot. podatku akcyzowego. Przykładem jest opracowanie 16 stycznia 2013 r. przez funkcjonariuszy Izby Celnej w Szczecinie informacji dla podmiotów – pt. „Zasady opodatkowania akcyzą suszu tytoniowego oraz prowadzenia działalności w charakterze pośredniczącego podmiotu tytoniowego”¹⁷. Uzasadniona jest potrzeba zorganizowania m.in. przez Służbę Celną kompanii społecznej w środkach masowego przekazu, informującej o przypadkach sprzedaży w Internecie nielegalnego tytoniu do palenia czy suszu tytoniowego. Podawanie do publicznej wiadomości ujawnionych przez funkcjonariuszy Służby Celnej, Policji, Straży Granicznej przypadków handlu nielegalnym tytoniem czy suszem tytoniowym. Jednocześnie uświadamianie o grożących karach za nabywanie, przechowywanie, przewożenie, przesyłanie lub przenoszenie wynikających z przepisów Kodeksu karnego skarbowego. Informowanie, że w zależności od kwoty uszczupień w podatku akcyzowym jest to czyn kwalifikowany jako wykroczenie lub przestępstwo, zagrożony karą grzywny lub karą pozbawienia wolności do lat 3.

W celu przekazywania oraz monitorowania informacji o nieprawidłowościach w zakresie cła, akcyzy i hazardu został uruchomiony Krajowy Telefon Interwencyjny Służby Celne nr 800 060 000. Telefon jest czynny całą dobę a wykonywane połączenia są bezpłatne.

Zmiana przepisów pozwoliła na prowadzenie skutecznych działań służb zwalczających przestępczość tytoniową. W związku z tym, że pomimo prowadzenia różnego rodzaju działań przez Służbę Celną, nieprawidłowości

nadal występowały, Minister Finansów podjął kolejną inicjatywę w celu zmiany prawa. Zmiana ta przewiduje rozszerzenie obowiązków pośredniczących podmiotów tytoniowych co przyczyni się do wyeliminowania z obrotu tych podmiotów które działają w szarej strefie.

Ponadto należy przypomnieć że, od 1 stycznia 2015 roku zmieniły się zasady opodatkowania cygar i cygaretek. Wprowadzone zmiany polegały na zmianie sposobu opodatkowania cygar i cygaretek poprzez wprowadzenie stawki akcyzy uzależnionej od wagi cygara, a nie od sztuki. Równolegle opodatkowano wytwarzanie papierosów, również przez konsumentów, przy użyciu udostępnianych odpłatnie lub nieodpłatnie maszyn do automatycznego nabijania gilz papierosowych, z wyłączeniem papierosów przez konsumentów przy użyciu maszyn, a także zmiana wytwarzania papierosów domowym sposobem w gospodarstwach domowych.

Również kwestia tytoniu hawajskiego jest monitorowana przez Służbę Celną. Produkt ten był oferowany przez podmioty jako wyrób nieakcyzowy. Pod koniec 2014 r. Ministerstwo Finansów na swojej stronie internetowej umieściło informację, że wypełnia on definicję wyrobu tytoniowego i powinien być opodatkowany akcyzą. Obecnie Służba Celna w tym obszarze prowadzi działania kontrolne i monitoruje sieć Internet w tym zakresie. W przypadkach stwierdzenia obrotu wyrobami do palenia (tytoń hawajski, brykiety tytoniowy itp.) spełniającymi definicję ustawową wyrobu tytoniowego do palenia, organy podatkowe wszczynają postępowania podatkowe w celu określenia należności podatkowych.

W dniu 28 września 2015 r. opublikowana została ustawa z dnia 24 lipca 2015 r. o zmianie ustawy o podatku akcyzowym oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015r. poz. 1479), która od 1 stycznia 2016 r. wprowadza następujące zmiany m.in.

W art. 9b ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 6 – proponowane zmiany mają na celu ograniczenie obrotu suszem tytoniowym przez podmioty prowadzące składy podatkowe, które nie zużywają suszu tytoniowego do produkcji wyrobów tytoniowych. Obecnie każdy podmiot, który prowadzi skład podatkowy, może nabyć susz tytoniowy, magazynować go w swoim składzie podatkowym, a następnie dokonać jego sprzedaży i przemieszczenia do innych składów podatkowych lub do pośredniczących podmiotów tytoniowych bez zabezpieczenia akcyzowego i opodatkowania akcyzą. Projekt ustawy przewiduje obowiązek złożenia zabezpieczenia akcyzowego na pokrycie mogących powstać zobowiązań podatkowych od suszu tytoniowego, ale tylko w stosunku do pośredniczących podmiotów tytoniowych. W związku z tym, w celu uszczelnienia obrotu suszem tytoniowym, uwzględniając w tym zakresie postulaty podmiotów, proponuje się, aby nieopodatkowanego obrotu suszem tytoniowym mogły dokonywać tylko te podmioty prowadzące składy podatkowe, które zgodnie z uzyskanym zezwoleniem zużywają susz tytoniowy do produkcji wyrobów tytoniowych.

Ponadto, mając na uwadze dotychczasowe wątpliwości interpretacyjne oraz uwagi branży tytoniowej, że należy wyłączyć z przedmiotu opodatkowania akcyzą sprzedaż suszu tytoniowego w ramach dostawy wewnątrzspółnotowej i eksportu, doprecyzowano przepis art. 9b ust. 2 w taki sposób, aby nie było wątpliwości, że opodatkowaniu akcyzą nie podlega sprzedaż suszu tytoniowego podmiotowi prowadzącemu skład podatkowy, który zużywa susz tytoniowy do produkcji wyrobów tytoniowych, lub pośredniczącemu podmiotowi tytoniowemu przez podmiot, który jednocześnie z tą sprzedażą dokonuje dostawy wewnątrzspółnotowej lub eksportu suszu tytoniowego.

Art. 9b ust. 2a – proponuje się zawarcie w dodawanym art. 9b ust. 2a regulacji dotyczących grup producentów rolnych tworzonych na podstawie ustawy o grupach producentów rolnych i ich związkach oraz o zmianie innych ustaw. Grupy te skupiają producentów rolnych w tym producentów suszu tytoniowego, i są tworzone m.in. w celu koncentracji podaży oraz organizowania sprzedaży suszu tytoniowego. W przypadku gdy producenci suszu tytoniowego (członkowie grupy) sprzedają grupie susz, a grupa dokonuje nabycia od nich tego suszu w ww. celach – nie mamy do czynienia z działalnością taką jak w przypadku PPT. Ponadto w przepisach ww. ustawy zostały określone zasady organizowania i działania grup producentów, zasady ich rejestracji, w tym nadzoru nad ich działalnością. W związku z powyższym proponuje się, aby przy spełnieniu określonych warunków przez grupę producentów suszu tytoniowego nie była opodatkowana akcyzą sprzedaż suszu tytoniowego grupie oraz nabycie lub posiadanie suszu przez grupę. W konsekwencji grupy te nie będą musiały uzyskiwać statusu PPT w celu dokonywania obrotu suszem bez podatku akcyzowego.

Art. 9b ust. 5 – zmiany przepisu dokonano w związku z wprowadzeniem obowiązku rejestracji pośredniczącego podmiotu tytoniowego w miejsce obecnego obowiązku powiadomienia o rozpoczęciu działalności jako pośredniczący podmiot tytoniowy. Po zmianie regulacji sprzedawca suszu tytoniowego będzie mógł zażądać od nabywcy, zamiast potwierdzenia przyjęcia powiadomienia o zamiarze rozpoczęcia działalności gospodarczej jako pośredniczący podmiot tytoniowy – decyzji o wpisie do rejestru pośredniczących podmiotów tytoniowych.

Art. 11a pkt 4 oraz art. 13 ust. 1 pkt 2a – zmiany w przedmiotowych przepisach spowodowane są dodaniem w ustawie regulacji dotyczącej grup producentów suszu tytoniowego. W art. 9b ust. 2a ustawy przewidziano regulację, zgodnie z którą sprzedaż suszu tytoniowego grupie producentów suszu tytoniowego, jak również nabycie lub posiadanie suszu tytoniowego przez tę grupę, nie podlega opodatkowaniu akcyzą. W związku z tym w art. 11a pkt 4 ustawy przewidziano, że nie powstaną w takich przypadkach obowiązki podatkowe, a w art. 13 ust. 1 pkt 2a ustawy, że w przypadkach tych grupa producentów suszu tytoniowego nie będzie podatnikiem akcyzy.

Art. 14 ust. 4a – przepis wprowadza możliwość dokonania przez podatnika wyboru organu podatkowego właściwego w zakresie akcyzy, wówczas gdy ze względu na miejsce wykonywania czynności prawnych lub wystąpienia stanów faktycznych podlegających opodatkowaniu akcyzą właściwe są dwa lub więcej organy podatkowe, przy jednoczesnym zachowaniu obecnie obowiązujących przepisów określających szczegółowe sposoby ustalania właściwości. Właściwość miejscowa organu podatkowego będzie ustalana na podstawie oświadczenia złożonego przez

podatnika. Zatem jeżeli czynności podlegające opodatkowaniu akcyzą są wykonywane lub stany faktyczne podlegające opodatkowaniu akcyzą występują na obszarze właściwości miejscowej dwóch lub więcej organów podatkowych, organem podatkowym właściwym miejscowo może być jeden z tych organów, wybrany przez podatnika i wskazany w oświadczeniu złożonym przez niego do wybranego organu podatkowego oraz organu podatkowego właściwego dla podatnika ze względu na adres jego siedziby (jeśli podatnik jest osobą prawną lub jednostką organizacyjną niemającą osobowości prawnej) lub adres jego zamieszkania (w przypadku podatnika będącego osobą fizyczną). Konieczność złożenia przez podatnika oświadczenia o wyborze organu także organowi, który byłby dla niego właściwy w sytuacji, gdyby podatnik nie dokonał wyboru innego organu podatkowego, wynika z potrzeby usunięcia wątpliwości w zakresie właściwego organu podatkowego.

W związku z nieprawidłowościami stwierdzonymi w trakcie przeprowadzonych od 2013 r. kontroli działalności prowadzonej przez pośredniczące podmioty tytoniowe, proponuje się nałożenie obowiązku prowadzenia ewidencji suszu tytoniowego na: pośredniczące podmioty tytoniowe, osoby upoważnione w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego (w przypadku gdy pośredniczącym podmiotem tytoniowym jest przedsiębiorca zagraniczny posiadający oddział na terytorium kraju) oraz podmiot reprezentujący przedsiębiorcę zagranicznego (w przypadku gdy pośredniczącym podmiotem tytoniowym jest przedsiębiorca zagraniczny, który nie posiada oddziału na terytorium kraju). W dodawanym art. 138g określono zasady prowadzenia tej ewidencji. W celu umożliwienia kontroli nad dokonywanym przez pośredniczące podmioty tytoniowe obrotem suszem tytoniowym zaproponowano, aby prowadzona ewidencja zawierała informacje umożliwiające ustalenie ilości suszu tytoniowego nabytego na terytorium kraju, nabytego wewnątrzspółnotowo, importowanego, sprzedanego, dostarczonego wewnątrzspółnotowo, wyeksportowanego, zużytego lub zniszczonego. Ponadto żeby zawierała informacje na temat: podmiotów, od których pośredniczący podmiot tytoniowy nabył lub importował susz tytoniowy, oraz podmiotów, do których pośredniczący podmiot tytoniowy dostarczył lub wyeksportował susz tytoniowy. Dodatkowo prowadzona ewidencja powinna zawierać informacje umożliwiające ustalenie ilości i sposobu przetworzenia suszu tytoniowego przez pośredniczący podmiot tytoniowy¹⁸.

Przedstawione rozwiązania przyczynią się do ułatwienia większości przedsiębiorców wykonywania działalności gospodarczej związanej z obrotem wyrobami akcyzowym.

Szereg wskazanych powyżej pokrótce inicjatyw, zarówno legislacyjnych jak i organizacyjnych, świadczy o systemowym podejściu resortu finansów do monitorowania.

W zakresie ograniczania udziału wyrobów tytoniowych w tym suszu tytoniowego pochodzących z nielegalnej produkcji, Służba Celna bardzo aktywnie współpracuje ze służbami, które mają rolę wiodącą w ujawnieniach nielegalnych transakcji dokonywanych za pośrednictwem Internetu, nielegalnych fabryk oraz wytwórni wyrobów tytoniowych ze względu na znacznie szerszy zakres posiadanych uprawnień (Centralne Biuro Śledcze Policji oraz Straż Graniczna).

W tym miejscu nie sposób również nie wspomnieć o działaniach resortu finansów w aspekcie międzynarodowym, takich jak inicjatywa powołania stałej grupy roboczej V4 zajmującej się problematyką suszu tytoniowego, którym obrót stał się problemem międzynarodowym, liczne wspólne operacje celne, w których Polska bierze udział, czy opodatkowanie przez Polskę, rynku wyrobów tytoniowych w kraju, również w aspekcie międzynarodowym. jako pierwszy kraj w Europie, suszu tytoniowego; następnym krajem, który podjął podobny krok była Słowacja oraz Czechy, w których przepisy w tym zakresie niebawem wejdą w życie.

¹ <http://wei.org.pl/files/manager/file-9af7bcfa82aa7d5b8074b006df53af9e.pdf>, Raport A. Smitha 01.07.2014, s. 19–20.

² Rozporządzenie Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 14 marca 2012 r. w sprawie rejonów uprawy tytoniu (Dz. U. poz. 276).

³ Por. Raport Centrum im. Adama Smitha, O ekonomicznych skutkach wdrożenia rewizji dyrektywy 2001/37WE Parlamentu Europejskiego i Rady Europy z dnia 5 czerwca 2001 roku, Warszawa 2013.

⁴ <http://wei.org.pl/files/manager/file-9af7bcfa82aa7d5b8074b006df53af9e.pdf>, Raport A. Smitha 01.07.2014, s. 26–27.

⁵ Tamże.

⁶ Dz. U. 1964 nr 16 poz. 93.

⁷ *LEX nr 1397392*.

⁸ System Informacji Podatkowej SIP v.3, dokument nr 343857, Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi sygn. IPTPP3/443A-162/12-5/KK z dnia 18.03.2013 oraz SIP v.3, dokument nr 346546.

⁹ Dz. U. z 2013 r. poz. 1645.

¹⁰ Dz. U. z dnia 23 grudnia 2014 r. poz. 1877.

¹¹ Dz. U. z 2013 r. poz. 56.

¹² Nielegalny rynek wyrobów tytoniowych w Polsce, Niemczech i Wspólnicy, Warszawa 2015, s. 3.

¹³ Służba Celna 2014 r., Raport Roczny, Warszawa 2015, s. 14.

¹⁴ Strategia działania Służby Celnej w zakresie zwalczania przemytu i nielegalnego obrotu wyrobami tytoniowymi w latach 2012–2015, http://www.mf.gov.pl/sluzba-celna/dzialalnosc/dokumenty-strategiczne/-/asset_publisher/L3e6/content/strategia-dzialania-sluzby-celnej-w-zakresie-zwalczania-przemytu-wyrobow-tytoniowych?redirect=http%3A%2F%2Fwww.mf.gov.pl%2Fsluzba-celna%2Fdzialalnosc%2Fdokumenty-strategiczne%3Fp_id%3D101_INSTANCE_L3e6%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1

¹⁵ Wiadomości celne Nr 1-2/2014, Warszawa 2014, s. 41.

¹⁶ http://www.mf.gov.pl/documents/764034/2307832/20150120_podmioty_tytoniowe.pdf 21.01.2015.

¹⁷ www.ic-szczecin.pl/www/images/.../broszura%20suszu%20tytoniowy.doc, 02.07.2014.

¹⁸ Druk sejmowy Nr 3522-uzasadnienie projektu <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3522> data dostępu 14.11.2015 r.

Streszczenie

Chackiewicz M. Regulacje prawne dotyczące zasad opodatkowania suszu tytoniowego.

Celem artykułu jest przedstawienie przepisów prawa dotyczących zasad opodatkowania suszu tytoniowego w Polsce. Opodatkowanie akcyzą tytoniu drobno krojonego tzw. tytoniu do palenia funkcjonuje adekwatnie do regulacji Unii Europejskiej. Natomiast susz tytoniowy, który nie jest objęty regulacjami unijnymi, został w Polsce opodatkowany akcyzą od 1 stycznia 2013 roku. Liczne problemy podatników oraz organów podatkowych wynikały niekiedy z odmiennej interpretacji pojęcia suszu tytoniowego. Co w konsekwencji zmian przepisów doprowadziło do jego sprecyzowania. W niniejszym artykule przedstawiono stronę przedmiotową opodatkowania suszu tytoniowego akcyzą. Omówiono obowiązki oraz kompetencje pośredniczącego podmiotu tytoniowego. Przedstawiono obowiązujące znaki akcyzy oraz stawki podatkowe. Przeanalizowano działania Służby Celnej w zakresie poboru podatku akcyzowego od suszu tytoniowego oraz scharakteryzowano odpowiedzialność karną związaną z nielegalnym obrotem wyrobami akcyzowymi.

Słowa kluczowe: susz tytoniowy, podatek akcyzowy, pośredniczący podmiot tytoniowy, opodatkowanie, strona przedmiotowa, znaki akcyzy, regulacje unijne, odpowiedzialność karna.

Резюме

Хаскевіч М. Юридичні регулювання, що стосуються принципів оподаткування тютюнової сировини.

Метою даної статті є аналіз законодавства щодо оподаткування тютюнової сировини в Польщі. Дрібно нарізний тютюн (так званий тютюн для паління) оподатковується акцизом згідно з нормами Європейського союзу. Натомість «тютюнова сировина», що не підлягає оподаткуванню згідно норм Євросоюзу, в Польщі була оподаткована акцизом з 1 січня 2013 року. Численні проблеми платників податків і податкових органів іноді виникали внаслідок різного тлумачення поняття «тютюнова сировина». Як результат, це призвело до його уточнення. У даній статті представлено різні сторони акцизного оподаткування тютюнової сировини. Представлено обов'язкові знаки акцизу та податкові ставки. Проаналізовано діяльність митної служби у сфері зняття акцизного податку з тютюнової сировини, а також охарактеризовано кримінальну відповідальність за незаконну торгівлю підакцизними товарами.

Ключові слова: тютюнова сировина, акцизний податок, оподаткування, знаки акцизу, норми Євросоюзу, кримінальна відповідальність.

Summary

Chackiewicz M. Legal regulations on taxation on dried tobacco.

The aim of the article is to present the law relating to taxation on dried tobacco in Poland. Taxes levied on fine-cut Tobacco, the so-called tobacco for smoking is being implemented in accordance with European Union regulations. On the other hand, excise duties have Since January 1, 2013 been placed on dried tobacco which is not covered by the EU regulations in Poland. Numerous problems from both taxpayers and tax authorities have sometimes been due to different interpretations of the concept of dried tobacco. These have, however been clarified with the amendments to regulations. This paper presents objective views concerning excise duty on dried tobacco. Current stamp and tax rates for dried Tobacco are also presented. The responsibilities and competences of intermediary Tobacco entities are also discussed. Activities of the Customs Service in the collection of excise duties on Tobacco, including their criminal procedures in respect of illegal trade in taxable items were also analyzed.

Key words: dried tobacco excise tax, tobacco intermediary entity, taxes, subject side, excise duty signs, EU regulations, criminal procedures.

УДК 347.73:336.027

Ю. Ю. БОРИСОВА

Юлія Юрїївна Борисова, студентка VI курсу Київського університету права НАН України

ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ СТАНОВЛЕННЯ АУДИТУ

Перехід України на ринкові умови господарювання зумовив відродження ряду правових інститутів, до яких належить і інститут аудиту. Аудит являє собою один із найважливіших елементів ринкової економіки, який сприяє розвитку підприємницької діяльності в цілому. Аудиторська діяльність в даний час розвивається досить динамічно.

В останні роки законодавець зробив суттєвий крок на шляху правового регулювання аудиторської діяльності: розширена організаційна структура управління аудиторською діяльністю, збільшене зростання частки супутніх аудиту послуг, підвищений рівень їх якості, також отримала подальший розвиток система контролю якості аудиторських послуг у рамках професійних аудиторських об'єднань.

Однак цілий комплекс проблем, пов'язаних із правовою регламентацією аудиторської діяльності, досі не має однозначного вирішення. До них належать недостатнє дослідження теоретичних основ аудиту та визначення правової природи аудиторської діяльності, крім того вимагає наукового обґрунтування та уточнення понятійний апарат у сфері аудиту.

Подальше вдосконалення аудиторської діяльності безпосередньо пов'язано із забезпеченням якості аудиторських послуг. Криза довіри до професії аудитора має вкрай негативні наслідки для світової економіки в цілому, оскільки суб'єкти господарювання перестають розглядати фінансову звітність як основне джерело достовірної інформації для прийняття рішень про інвестування коштів, що неминуче призводить до зниження обсягу інвестицій в економіку. У зв'язку з відміною ліцензування аудиту, акцент у перевірці його якості переноситься на саморегульовані аудиторські організації.

Тому актуальність проведеного дослідження може бути обґрунтована необхідністю аналізу історико-правового регулювання аудиторської діяльності в зв'язку з переходом до саморегулювання, виявлення правових проблем і розробки пропозицій, спрямованих на вдосконалення чинного законодавства.

Отже, виявлені практичні проблеми, необхідність їх наукового осмислення і законодавчого вирішення, важливість внесення ясності в теоретичні розробки сфери аудиту зумовили актуальність і вибір теми дослідження.

Проблема становлення та розвитку регулювання аудиторської діяльності є актуальною нині для України й висвітлюється в роботах таких українських учених, як В. П. Бондар, Г. В. Веріга, Р. Р. Кулик, Б. В. Мельничук, О. П. Петрик, О. Ю. Редько, А. О. Саюн, Б. Ф. Усач та ін. Аудит в Україні являє собою цілісну, ефективну систему, яка динамічно оновлюється. Її подальший розвиток потребує підвищення професійної компетентності фахівців з аудиту відповідно до сучасних вимог.

Разом із тим, наявні наукові дослідження не знижують актуальності теми. У них порушені важливі й досить дискусійні теоретичні проблеми, які потребують додаткового опрацювання і вивчення. Крім того, як уже було зазначено, законодавство про аудиторську діяльність змінюється, що ставить перед науковою громадськістю нові невирішені питання. Все це зумовлює необхідність проведення подальших досліджень.

Метою статті є дослідження генези історії та регулювання аудиту в Україні, а також на основі проведеного аналізу встановити тенденції подальшого розвитку аудиторської діяльності.

Аудит – це соціально-економічне явище, що входить до складу інфраструктури економіки і покликане виявити суттєві викривлення фінансової інформації. Такі перекручування закономірно впливають з відокремлення інтересів тих, хто безпосередньо займається управлінням фінансовими ресурсами, і тих, хто є їх власником. При цьому треба враховувати інтереси держави як споживача інформації про результати діяльності організацій, що має прямий фінансовий інтерес.

Перший у світі законодавчий акт, який регулював аудиторську діяльність, був виданий в 1825 р. Королем Англії Едвардом І. Таким чином, виникнення аудиту в сучасному розумінні відбулося в Англії XII

ст. 3 XIII ст. відбувається поділ функцій: за бухгалтером зберігалися функції організації та ведення обліку, на аудитора покладалися функції незалежного контролера, перевіряючого бухгалтерські записи¹.

Термін «аудит» у різних перекладах означає «він чує» або «слухає». У духовних навчальних закладах так називали успішного учня, який за дорученням викладача проводив довірчу перевірку інших учнів на засвоєння ними пройденого матеріалу. Такі довірчі взаємини існують і в аудиторській діяльності. Аудиторською діяльністю є процес перевірки аудиторськими фірмами правильності ведення бухгалтерського обліку, що здійснюється економічними та господарюючими суб'єктами. Найчастіше дане визначення вживається щодо перевірки бухгалтерської звітності організацій з метою висловлення думки про її достовірність².

У XVI ст. в багатьох країнах був офіційно введений правовий контроль облікових книг. В Англії вже використовувалося слово «аудитор» для позначення людей, що займаються перевіркою облікових записів.

Батьківщиною аудиту в сучасному розумінні є Великобританія, яка в 1844 р. прийняла пакет законів про можливість доручати незалежним бухгалтерам перевірку бухгалтерських книг і рахунків компаній із наступним звітом перед акціонерами.

Таким чином, поява аудиту пов'язана з розподілом інтересів тих, хто безпосередньо займається управлінням компанією (адміністрація, менеджери), і тих, хто вкладає гроші в її діяльність (власники, акціонери, інвестори).

Правове оформлення аудиту бере свій початок в Шотландії, де в 1853 р. був офіційно заснований Единбурзький інститут аудиторів³.

У США практику аудиту ввели фахівці, які отримали спеціальну освіту у Великобританії. У 1887 р. була утворена Асоціація аудиторів Америки, а в 1896 р. в штаті Нью-Йорк законодавчо була регламентована аудиторська діяльність, зокрема посаду аудитора міг займати дипломований бухгалтер, який успішно склав іспит за фахом у Нью-Йоркському університеті та отримав ліцензію на право займатися аудиторською діяльністю.

До 1908 р. американська Асоціація аудиторів налічувала понад 340 членів з 25 штатів. Нині в США офіційно зареєстровано понад 100 000 незалежних дипломованих бухгалтерів-аудиторів.

Найбільший розвиток аудит отримав у XIX–XX ст. з двох причин:

- 1) відбувалися фінансові кризи;
- 2) з'явилися спільні підприємства (далі – СП)⁴.

Фінансові кризи викликали хвилю банкрутств, в результаті чого підвищився попит на послуги бухгалтерів-аудиторів, які захищали б інтереси населення (особливо цьому сприяла світова економічна криза 1923–1933 рр.) У цей час різко посилюються вимоги до якості аудиторської перевірки і її обов'язковості, збільшується ринкова потреба в такого роду послугах. Намагаючись контролювати ситуацію, країни розробляють відповідне законодавство. Так, були прийняті закони про обов'язковий аудит у Франції в 1867 р., у США – 1937 р.

Закони в основному були спрямовані на захист інтересів засновників, кредиторів, інвесторів і встановлення персональної відповідальності за надання інформації про банкрутство⁵.

Фактично робота аудитора полягала в контролі за правильністю ведення бухгалтерського обліку та складання звітності. Після закінчення криз практично всі країни з ринковою економікою почали вводити вимоги до обсягу інформації, що міститься в річних звітах, і обов'язковості публікацій цих звітів і висновків аудиторів по них.

Поява СП відразу зажадала перевірки фінансового стану з боку незалежного контролера у зв'язку з різним місцерозташуванням засновників та створених ними комерційних структур. Аудитор повинен був письмово відзвітувати перед власниками в тому, що в балансі представлена вся необхідна інформація і дати правильну оцінку стану справ компанії.

Таким чином, до кінця 40-х рр. XX ст. аудит, в основному, полягав у перевірці документації, що підтверджує записи про грошові операції, і правильне угруповання даних про ці операції у фінансових звітах. Такий аудит одержав назву підтверджуючого аудиту, а період його становлення є першим етапом розвитку аудиту. Характеризуючи цей етап, можна сказати, що аудит в класичному розумінні являв собою зовнішній незалежний позавідомчий фінансовий контроль діяльності економічних суб'єктів (компаній).

Надалі у зв'язку з ускладненням організаційних структур компаній, створенням корпорації, з'явилася потреба у внутрішньому аудиті. У 1941 р. був організований Американський інститут внутрішнього аудиту (ревізорів), що об'єднував внутрішніх аудиторів-практиків. У великих і середніх компаніях стали виникати відділи внутрішнього аудиту, що певною мірою відповідає нашим уявленням про відомчий і внутрішньогосподарський контроль. У 1948 р. Американський інститут бухгалтерів затвердив «Загальноприйняті стандарти аудиту», а Інститут внутрішнього аудиту (ревізорів) опублікував «Обов'язки внутрішнього ревізора»⁶.

Таким чином, на другому етапі розвитку аудиту, після 1949 р., незалежні аудитори (зовнішні) стали більше уваги приділяти питанням внутрішнього контролю в компаніях, думаючи, що при ефективній системі внутрішнього контролю імовірність помилок незначна, отже, фінансові дані і звіти досить повні й точні.

Аудит, орієнтований на перевірку надійності системи внутрішнього контролю (далі – СВК) клієнта, отримав назву системно орієнтованого, так як дав можливість спостерігати системи, контролюючі операції всередині компанії. Це дозволило аудиторським фірмам почати більше займатися консультативною діяльністю, пов'язаною з постановкою СВК в компаніях, вдосконаленням систем контролю та ін.

Нині йде третій етап розвитку аудиту – аудит, орієнтований на ризик. При перевірках або консультуванні аудиторські фірми в першу чергу розраховують можливий ризик (за спеціально розробленими таблицями

чи формулами). Як правило, зараз аудиторські перевірки проводяться вибірково, в основному там, де ризик помилки (або шахрайства) максимальний.

Необхідно відзначити ще одну особливість сучасного аудиту. Аудитори при перевірках повсюдно стикаються з комп'ютеризованим бухгалтерським і податковим обліком. У зв'язку з цим у сучасному аудиті можна виділити таку галузь, як комп'ютерний аудит або аудит у комп'ютерному середовищі.

Аудит має досить велику історію розвитку в Україні⁷.

Посаду аудитора вперше було введено в період правління Петра I. У військовому статуті 1716 р. і в «Табелі про ранги» до військових чинів зараховувався і аудитор. Петро I зробив це за прикладом Польщі, де аудитором назвали суддю, потім через деякий час особу, яка брала участь у судовому слуханні, і, врешті-решт, слідчого. У 1797 р. аудитори в Росії стали статськими чиновниками. З метою навчання аудиторів у 1833 р. в Петербурзі було затверджено навчальний заклад, який через деякий час було перейменовано в Аудиторське училище⁸.

Посада аудитора, по суті, поєднувала діловода, судового секретаря і прокурора. У ході проведення в 1867 р. військово-судової реформи посаду аудитора було скасовано.

Через деякий час були зроблені ще спроби вибудувати систему незалежного фінансового контролю. Спершу, в 1831 р., був створений Інститут присяжних бухгалтерів, потім, у 1909 р., Інститут бухгалтерів, і в 1928 р. Інститут державних бухгалтерів-експертів⁹.

З появою і розвитком ринкових відносин, виникненням спільних підприємств за участю іноземного капіталу в кінці 80-х рр. XX ст. знову з'являється необхідність в незалежному аудиті. Деякі з них діють і дотепер входять до складу найбільших аудиторських фірм та об'єднань. Необхідність їх появи була викликана найпотужнішим розвитком зовнішньоторговельних відносин. Для розширення торгівлі був потрібний капітал, а в умовах нестабільності грошової політики та стрімкої інфляції це було можливо лише тільки із залученням коштів з-за кордону. Його притягнення вимагало гарантій повернення, і, відповідно, незалежної оцінки діяльності підприємницьких структур.

Для України передумовою виникнення аудиту служить, так само, необхідність достовірної оцінки майна в умовах інфляції і приведення його вартості у відповідність з ринковою. Звичайним способом отримання надійної інформації є проведення незалежного аудиту. Таким чином, необхідність в аудиті стала об'єктивною реальністю¹⁰.

Поява перших аудиторських фірм пов'язана зі створенням в Україні спільних підприємств із часткою в статутному фонді іноземного капіталу, з виникненням необхідності у підтвердженні результатів фінансово-господарської діяльності таких суб'єктів господарювання. З прийняттям Закону України «Про аудиторську діяльність»¹¹ аудиторська діяльність набуває офіційного визнання як самостійна підприємницька діяльність.

Основними видами послуг перших аудиторських фірм в Україні були консультації з питань бухгалтерського обліку, правил оподаткування або безпосереднє здійснення бухгалтерського обліку та складання звітності. Отже, необхідність проведення аудиту зумовлена потребою користувачів у достовірній інформації про фінансовий стан господарюючого суб'єкта.

Появу такого нового суб'єкта господарювання, як аудит, було сприйнято суспільством як належне, оскільки: переважна більшість бухгалтерів малих підприємств мають низьку кваліфікацію; законодавство зазнає частих змін.

Наступним кроком у розвитку аудиту в Україні було створення професійного громадського об'єднання громадян – Спілки аудиторів України; 14 лютого 1992 р. на першому з'їзді аудиторів прийнято статут Спілки. З метою сприяння розвитку, вдосконалення та уніфікації аудиторської діяльності в 1993 р. створено незалежний самостійний орган – Аудиторська палата України, а 22 квітня 1993 р. прийнято Закон України «Про аудиторську діяльність».

У 2007 р. аудитори отримали можливість легально здійснювати оцінку, вести бухгалтерський облік для третіх осіб, представляти інтереси третіх осіб у суді, консультувати замовника з багатьох питань та оцінювати різноманітні аспекти його діяльності, проводити професійні тренінги тощо¹².

Так, в Україні склалася система регулювання аудиторської діяльності, яка багато в чому відповідає міжнародно-визнаним принципам і моделям. У зв'язку з цим не ставиться завдання все зруйнувати і створити абсолютно нову систему.

Таким чином, розвиток і становлення аудиту в Україні пройшло кілька етапів.

Перший етап (1987–1993 рр.). Формування перших аудиторських структур. Даний етап характеризувався, з одного боку, директивним характером створення аудиторських організацій, з іншого – стихійним зародженням аудиторської діяльності.

Другий етап (1989–1991 рр.). Збільшення кількості та форм аудиторських структур. Даний етап можна характеризувати як час становлення українського аудиту.

Третій етап (1992–2001 рр.). Створення нормативної бази аудиту.

Четвертий етап (2007 р – й до нині) – сучасний етап. З метою вирішення завдання реформування аудиту, були прийняті численні зміни в законодавстві України про аудит.

Вкрай необхідно виділити і звернути увагу на наступні актуальні проблеми розвитку аудиту в Україні. В аудиторській галузі назріло дуже багато серйозних проблем, які пов'язані з її регулюванням і розвитком. Представників ринку, як і раніше, тримають в напрузі проведені не так давно реформи. Вони очікували, що зміни призведуть до позитивного настрою в галузі, але проблеми тільки лише нарастають. Розглянемо основні проблеми.

По-перше, мова йде про прихід на український ринок іноземних компаній. На українському ринку праці існує недостатня кількість досвідченого персоналу в галузі управління і, особливо, в тих галузях, які були погано розвинені в нашій країні. Менеджери із західних компаній приносять з собою знання технологій операційної діяльності, бачення тенденцій розвитку ринку, ІТ-технологій.

По-друге, йдеться про прийняте підвищення критеріїв обов'язкового аудиту, яке призвело до певного зниження клієнтської бази.

І нарешті, до кінця невирішеною і серйозною проблемою для розвитку галузі залишається демпінг цін. Зокрема, на ринку продовжує функціонувати досить велика кількість компаній, які надають послуги з необгрунтовано заниженими цінами, тобто послугами низької якості. При цьому потрібно зазначити, що неякісні аудиторські послуги не тільки ставлять авторитет професії під великий сумнів, а й перешкоджають розвитку галузі в цілому¹³.

Багатоісторичний шлях становлення і розвитку сучасного аудиту, а також досвід його застосування показують, що його слід розглядати не лише як вид професійної діяльності, цілями якої є перевірка і оцінка функціонування в цілому та окремих її структурних елементів зокрема, а й як соціально-економічне явище, що входить до складу інфраструктури економіки і покликане усунути можливі суттєві викривлення фінансової інформації. Поява аудиту в Україні пов'язана з переходом на ринкові методи господарювання та появою економічних суб'єктів, проведення аудиту для яких є обов'язковою умовою їх успішного функціонування.

¹ Аудит: учебник для студентов вузов, обучающихся по экономическим специальностям / Под ред. В. И. Подольского. – 4-е изд., перераб. и доп. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Аудит, 2008. – 744 с.

² Аудит та аудиторська діяльність / Л. С. Шатковська, В. М. Жук, В. К. Савчук та ін.; за ред. Л. С. Шатковської. – К.: Урожай, 2006. – 256 с.

³ *Проскуріна Н. М.* Концептуальні аспекти розвитку вітчизняного аудиту / Н. М. Проскуріна, І. А. Платонова // Ефективна економіка. – 2011. – № 12. – С. 88.

⁴ Аудит: Конспект лекцій / укл. О. А. Петрик. – К.: Міжнар. наук.-техн. ун-т, 2005. – 164 с.

⁵ *Кудирко О. М., Шпортко С. Ф.* Проблеми якості аудиторських послуг в Україні / О. М. Кудирко, С. Ф. Шпортко // Сучасні інформаційні технології та інноваційні методики навчання у підготовці фахівців: методологія, теорія, досвід, проблеми. – 2013. – Вип. 34. – С. 362–364.

⁶ Аудит в Україні: збірник нормативних документів // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – 2009. – № 4.

⁷ Актуальні проблеми розвитку аудиту в умовах глобалізації економічної зміни: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції / Я. П. Приходько. – 2010. – С. 425–428.

⁸ *Данилевский Ю. А.* Становление аудита в России: учеб. пособие / Ю. А. Данилевский. – М.: Омега-Л, 2010. – С. 233.

⁹ *Прохорова Н. А.* Аудиторская проверка предприятий сферы сервиса / Н. А. Прохорова // Вестник СамГУПС, 2009. – № 6.

¹⁰ Организация внутрифирменного контроля качества аудита: Сборник научных трудов Sworld / Н. А. Прохорова. – 2011. – С. 40.

¹¹ Про аудиторську діяльність: Закон України від 22.04.1993 р. № 3125-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 23. – Ст. 243. (зі змінами, внесеними згідно із Законами № 191-VIII (191-19) від 12.02.2015, ВВР, 2015, № 21, ст. 133).

¹² *Редько О.* Аудиторські послуги в Україні: перші кроки до ринку [Текст] / О. Редько // Бухгалтерський облік і аудит. – К., 2008. – № 11. – С. 48–55.

¹³ *Мельничук Б. В.* Напрями удосконалення регулювання аудиту в Україні / Б. В. Мельничук // Облік і фінанси. – Вип. 8 (29). – Ч. 3. – 2011. – С. 112–123.

Резюме

Борисова Ю. Ю. Історико-правовий аналіз становлення аудиту в Україні.

Стаття присвячена розгляду основних етапів становлення інституту аудиту в Україні та світі на основі дослідження основних наукових тенденцій. Аналізується особливості становлення правової бази аудиту в Україні.

Ключові слова: аудит, аудиторська діяльність, правове регулювання, становлення, розвиток.

Резюме

Борисова Ю. Ю. Историко-правовой анализ становления аудита.

Статья посвящена рассмотрению основных этапов становления института аудита в Украине и мире на основе исследования основных научных тенденций. Анализируются особенности становления правовой базы аудита в Украине.

Ключевые слова: аудит, аудиторская деятельность, правовое регулирование, становление, развитие.

Summary

Borisova J. Historical and legal analysis of the formation of the audit.

The article considers the basic stages of formation of the institute of audit in Ukraine and the world on the basis of studies of the main scientific trends. The peculiarities of formation of legal base of audit in Ukraine.

Key words: audit, auditing, legal regulation, formation, development.

Я. О. ДИМИТРОВИЧ

*Яна Олександрівна Димитрович, студентка
VI курсу Київського університету права НАН України*

ІСТОРИЧНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЕВОЛЮЦІЇ ПОНЯТТЯ «СТРАХУВАННЯ»

Поняття «страхування» є комплексною категорією, у зв'язку із чим його трактування є достатньо складним та породжує гострі дискусії. Зокрема, неоднозначне ставлення серед науковців і до законодавчого визначення цього поняття, що міститься у Законі України «Про страхування» від 7 березня 1996 р. № 85/96-ВР. Зважаючи на це, актуальними є дослідження історії виникнення, розвитку та практичного застосування цього поняття. Саме визначення історичної генези досліджуваної категорії допоможе визначити напрями подальшого розвитку страхування та шляхи подолання проблеми чіткого визначення цього поняття.

Зважаючи на актуальність досліджень, присвячених розкриттю сутності страхування, розробка різноманітних питань, пов'язаних з ним, була предметом численних досліджень у різних сферах – і економічній, і правовій. Що ж стосується проблеми історичного розвитку страхування, то варто відзначити внесок у розробку даного питання таких вчених, як: О. Адамова, В. Алєнічев, І. Балабанов, О. Йоффе, В. Микитюк, В. Мусін, В. Райхер, С. Рибнікова, В. Серебровський, О. Слюсаренко, М. Смирнова, В. Плиса, В. Казарез, Ю. Фогельсон, Е. Ходченко, М. Шимінова, В. Шахов, Р. Шершеневич та інших. Водночас вважаємо за необхідне систематизувати історичні етапи розвитку поняття страхування, у результаті чого можна буде визначити перспективи його подальшого розвитку.

Метою статті є дослідження етапів виникнення та подальшого розвитку поняття «страхування» в Україні.

Страховання як таке виникає в найдавніші часи. Вважається, що дане поняття з'являється в період первіснообщинного ладу. Спочатку страхування було тісно пов'язане зі словом «страх». Власники майна мали відчуття страху за можливість знищення або втрати його у зв'язку з різноманітними ризиками: стихійне лихо, підпал, крадіжка, умисне знищення тощо¹. Для ранніх форм страхування характерним було взаємне страхування, в основу якого закладено ідею колективної взаємодопомоги. У якості прикладу існування таких форм страхування можна навести закони царя Хаммурапі (Вавилон, близько 1760 р. до н.е.). У Стародавній Греції та Римській імперії також можна знайти приклади страхування, що засновані на принципах взаємного страхування. Так, у Стародавньому Римі поступово склалися постійні страхові організації (колегії, союзи) за професійною (торговці, ремісники, військові) або релігійною ознакою, зі своїми статутами². Отже, першим етапом розвитку поняття страхування можна назвати етап його зародження, зокрема появу взаємного страхування. Тобто перший етап еволюції досліджуваного поняття характеризується уявленням про страхування як про певну взаємодопомогу в разі виникнення непередбачуваної небезпеки.

Такі, що мають ознаки, наближені до сучасних, страхові компанії вперше з'явилися в Ісландії в XII столітті. Вони являли собою об'єднання селян для взаємного страхування на випадок пожеж або втрати худоби. Але найбільш популярним у Європі було морське страхування. Відомо, що вже в 1300 р. в Бельгії практикувалися прямі оплати морських ризиків за страхову премію. Вже у наступному столітті з'являються страхові тарифи на регулярні плавання з Лондона на континент і назад. Крім того, що дуже важливо для еволюції поняття «страхування», почало розвиватись страхове законодавство. Зокрема, у 1234 р. декретом папи Григорія IX були заборонені всі операції, пов'язані з лихварством. Забороняючи і обмежуючи лихварство згідно з принципами Священного Писання, церква створила перепони для розвитку морської торгівлі. Водночас такі дії церкви сприяли становленню ефективної системи захисту від ризиків – виникненню страхового договору. Так, торговці і банкіри, прагнучи обійти заборону церкви, уклали договір, в якому встановлювалася ціна продажу і покупки товару в порту відвантаження і порту призначення. Різниця між ціною повторної покупки і продажу була ціною ризику і одночасно відсотком за позику. Завдяки таким схемам торговці, мореплавці й позичальники сприяли народженню страхового договору, який до сьогодні є зовнішньою формою страхування. А вже у 1601 р. при парламенті Англії була створена комісія з розгляду спірних питань контрактів морського страхування³.

У середині XIV ст. важливим моментом є зародження інституту перестраховання, а також поява страхових посередників, що називались куртє (генеральні агенти). Так, з метою підвищення захисту інтересів страхувальника договір страхування укладався із двома і більше страховиками. Обсяги відповідальності кожного зі страховиків могли бути різними, але чітко закріплювалися в договорі страхування⁴. Отже, сутність страхування розширюється і поняттям страхування охоплюється не лише двостороння, а й багатостороння угода.

Істотним поштовхом до розвитку страхування майна від вогню стала Велика Лондонська пожежа 1666 р., що знищила 13 200 будівель в центрі Лондона. Вважається також, що й страхування життя зародилося у Великобританії в 1762 році. А вже до кінця XVIII ст. в Західній Європі налічувалося близько 100 різних видів майнового і особистого страхування⁵. Тож другим етапом розвитку страхування слід назвати виникнення різноманітних форм страхування. Тобто, поняття страхування, що з'являється на даному етапі,

є наближеним до сучасного його розуміння, воно наповнюється новим змістом, знаходить своє зовнішнє вираження у вигляді договору. Виникнення нових форм страхування обумовлює наповнення його поняття новим змістом – воно вже сприймається як комплексне явище, що може бути не лише майновим, а й особистим. Названі два етапи характерні і для України.

Основною причиною зародження страхових правовідносин в Україні, як і у світі, можна беззаперечно вважати поширення торгівлі та виникнення торгових шляхів, початок формування суспільних відносин на основах взаємодопомоги (общини), появу перших правових джерел та спроби легітимації звичаїв тощо. Так, підтвердження виникнення страхування в Україні в епоху Середньовіччя пов'язують із пам'ятником давньоруського права – «Руською правдою», яка дає відомості про законодавство X–XI століть. У ній особливе значення мають норми, що стосуються матеріального відшкодування шкоди общиною у разі вбивства: «Якщо хто уб'є княжого чоловіка, зробивши на нього напад, і вбивця не буде спійманий, то платить за нього 80 гривень та округа, де знайдений убитий. Якщо ж убитий проста людина, то округа платить 40 гривень».

«Якщо вбивство здійснене не умисне, а у сварці або на бенкеті при людях, то вбивця виплачує віру (грошовий штраф)» (ст. 6).

«Якщо хто відмовиться від участі в сплаті дикої (подушної) віри, тому округа не допомагає в сплаті за нього самого, і він сам за себе тоді платить» (ст. 8)⁶.

У ст.ст. 6 і 8 «Руської правди» можна виявити всі елементи договору страхування цивільної відповідальності, вважаючи, що при ненавмисному вбивстві «дика віра» є результатом попереднього страхового договору й обов'язкова не для всіх, а лише для тих і на користь тих, хто шляхом цього договору вступив у таке взаємне страхове товариство⁷.

Ще одним зачатком виникнення іншого типу страхових правовідносин в Україні є караванна торгівля. Вона існувала в Візантією і здійснювалася на підставі договорів із греками (907, 911, 945, 971 pp.), описана імператором Костянтином Багрянородним⁸. Караван ішов униз по Дніпру, постійно наражаючись на небезпеку з боку печенігів. Під час подорожі, яку Костянтин називав «нещасною, небезпечною та обтяжливою», частина човнів і вантажу гинула⁹. Усі збитки від такого походу розкладалися на весь караван¹⁰.

Наука про страхові правовідносини також має цікаві відомості про страхові стосунки у внутрішній сфері української торгівлі – в українських чумаків. Чумацтво виникло в XIII ст. і продовжувало відігравати істотну роль в українській торгівлі аж до появи залізниць. Існуючі тут страхові правовідносини діяли на основах солідарності шляхом тієї ж «розкладки»¹¹.

Починаючи з XVI ст. і завершуючи першою половиною XIX ст., чумаки були єдиними національними торговцями і перевізниками. Упродовж цього періоду чумацтво було вже сформованим і завершеним економічним фактором, мало у своїй основі міцні артільні форми. Також у чумаків існували свої, освячені віками звичаї для будь-якої дії: чумаки повинні виїжджати з дому «за законом», їхати в дорозі «за законом». Навіть зупинятися в дорозі пасти волів слід «за законом». Чумаки виконували звичаї, бо артіль була незадоволена, коли будь-хто «зламає чумацький звичай»¹².

Тож на території України існували зародки страхування, подібні до давньогрецьких та сирійських, що було обумовлено одноманітністю загальних економічних умов. Однак чумацький промисел був доволі значним, тому можна стверджувати, що викладений страховий початок був не випадковим явищем, а нормальним інститутом господарювання, що забезпечувало кожному з учасників торговельного колективу за рахунок усіх його членів захист від стихійних та інших небезпек. Саме таке забезпечення, на думку В. Райхера, є нічим іншим, як страхуванням¹³. За своєю суттю це було дещо зміненою формою взаємного страхування. Лише пізніше організація страхування почала змінюватися на більш досконалу форму: створення постійного фонду, отримання регулярних страхових платежів¹⁴.

Страхування в Україні аж до кінця XVIII ст. розвивалося повільно та нерівномірно. Як зазначає В. Плиса, класичне страхування в Україну прийшло із Західної Європи у XVIII ст. разом із виникненням філій англійських страхових компаній. Так, у 1857 р. в Одесі було створено Російське товариство пароплавання і торгівлі, величина страхового капіталу якого становила один мільйон рублів. Даний фонд призначався для страхування суден. Також існували товариства взаємного страхування від вогню. Можна зробити висновок, що найдавнішим способом страхового захисту в Україні, так як і в усьому світі, було взаємне страхування.

У другій половині XIX ст. спектр страхових послуг розширився, однак найбільш популярним і надалі залишалося страхування від вогню. Окрім того, у цей час поширеною стає практика страхування життя¹⁵. Тобто поряд із майновим упроваджувалося й особисте страхування. Г. Шершеневич пов'язував це, головним чином, з особливостями життя тих, хто йменувався «представниками ліберальних професій» (малися на увазі лікарі, адвокати, художники, артисти тощо), а також чиновників вищого і середнього рівня. Цілком логічним є їх побоювання з приводу того, що з роками вони поступово втраять можливість виконувати високооплачувану роботу, тому не зможуть дати освіту своїм дітям. На підтвердження подібних песимістичних прогнозів наводилися такі приклади: в адвоката не вистачить коштів на навчання сина, губернаторська дочка з тих же причин перетвориться на швачку тощо. Усе це в результаті повинно було підтвердити, що саме страхування може виявитися виходом із такого делікатного становища¹⁶. Тобто, основи розвитку страхової справи в Україні були закладені ще в XIX столітті.

Наприкінці Першої світової війни в Україні почалася активна реорганізація кооперативного страхування. Було визнано, що значна кількість приватних страхових організацій, які утворювали ринок страхових послуг, на неналежному рівні обслуговували кооперативи, зловживаючи їхньою довірою. Довоєнна система

земського страхування була в стані занепаду, а тому виявилася дуже обмеженою у своїх фінансових можливостях. Щоб ширше охопити справу кооперативного страхування, український «Коопцентр» за домовленістю з усіма центральними спілками створив статут загальноукраїнської страхової організації – Української кооперативної страхової спілки¹⁷.

Економічна криза 1917 р. поклала кінець вільному розвитку страхового ринку, а разом із тим надовго припинила наукову роботу з дослідження теоретичних питань страхування¹⁸. У Радянському Союзі всі підприємства були в державній власності. Тобто, відповідальність за господарську діяльність та її наслідки несла держава.

Крім того, варто наголосити, що окремі види страхування виникають на різних етапах розвитку страхування як такого. Наприклад, страхування відповідальності – достатньо молодий вид страхування, якому близько 100 років. Його розвиток тісно пов'язаний з технічним прогресом і підкріплюється різними законодавчими актами, оскільки стосується практично всіх сфер життя. Імпульсом для розвитку страхування відповідальності в якості самостійного виду страхування став швидкий розвиток промисловості, адже фабричний спосіб виробництва неминуче тягнув за собою збільшення ризиків при використанні засобів виробництва¹⁹. Тобто, розширення обсягу поняття страхування за рахунок появи нових його видів обумовлюється еволюцією суспільних відносин.

У сучасній Україні правове регулювання страхування здійснюється відповідно до загальних та спеціальних, присвячених регулюванню лише страхових відносин, нормативно-правових актів. Найважливішими з них є: Конституція України, Цивільний та Господарський кодекси України, Закон України «Про страхування», а також відповідні постанови Кабінету Міністрів України²⁰.

Доречно зазначити, що сучасний етап розвитку страхування також можна додатково поділити на проміжні етапи. Так, М. Л. Кремена вирізняє: 1) період створення і прийняття перших законодавчих актів із регулювання діяльності на страховому ринку (1991–1995 рр.). Розвитку страхових компаній сприяло прийняття Декрету Міністрів України «Про внесення зміни доповнень у Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 26 квітня 1993 р. № 38-93, що забороняв комерційним банкам діяльність у сфері страхування та Декрету «Про страхування» від 10 травня 1993 р.; 2) другий етап (1996–2002 рр.). Значною подією для ринку було прийняття 7 березня 1996 р. Верховною Радою України Закону «Про страхування». Цей закон, а також близько 20 постанов уряду, 11 інструкцій і нормативних актів, прийнятих за цей період, відбивали потреби перехідного періоду від планової до ринкової економіки, безпосередньо визначали умови діяльності в сфері страхування, де домінуючу роль відігравали недержавні страхові компанії; 3) період переосмислення напрацьованого та перехід до нових стандартів і підходів у регулюванні та розвитку ринку. Значно посилилась конкуренція, професіоналізм у роботі страховиків (2002 р. і до сьогодні)²¹. Такий поділ дійсно дає змогу простежити зміни, що відбувались у нормативному визначенні поняття «страхування» в сучасній Україні.

Таким чином, понятійне вираження сутності страхування залежить більшою мірою від позиції законодавця, яке, своєю чергою, обумовлюється розвитком суспільних відносин (економічних, правових).

Отже, зародження страхових правовідносин в Україні відбувалося європейським шляхом. Схожість страхових правовідносин в Україні, аналогічних до сирійських, давньогрецьких, римських, була обумовлена одноманітністю розвитку економічних стосунків. У цілому вважаємо за доцільне виокремити наступні етапи еволюції поняття «страхування» в Україні:

1) етап зародження поняття страхування – поява взаємного страхування, тобто сутність страхування зводилась виключно до колективної взаємодопомоги у випадку настання ризиків (даний етап охоплює період з часів первіснообщинного ладу, виникнення права власності й приблизно до XI–XII ст.ст.);

2) етап виникнення нових форм страхування та поява і впровадження страхового договору. Першими видами страхування, подібними до теперішніх, стали майнове та особисте страхування без створення постійного страхового фонду та регулярних страхових платежів (XII–XVIII ст.ст.);

3) впровадження «класичного страхування», виникнення особистого страхування, закладення основ розвитку страхової справи в Україні (XVIII–XIX ст.ст.);

4) реорганізація кооперативного страхування, розвиток обов'язкового державного страхування у радянський період (кінець XIX – початок XX ст.);

5) сучасний етап розвитку страхування – період переосмислення напрацьованого та перехід до нових стандартів і підходів у регулюванні й розвитку ринку (кінець XX ст. – до сьогодні). Для даного етапу характерним є підвищення соціальної функції страхування та стандартів страхової діяльності, удосконалення понятійного апарату страхування.

На основі історичного досвіду еволюції страхування вбачається можливим окреслення сутності страхування на сучасному етапі його розвитку, що є перспективним напрямом для подальших наукових досліджень.

¹ Вовчак О. Д. Страхова справа [Текст] / О. Д. Вовчак. – К. : Знання, 2011. – 391 с.

² История страхования // «Business investor». – 2007 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.business-investor.info>

³ Борисова В. А. Страхові послуги [Текст] / В. А. Борисова. – Суми : Вид-во «Довкілля», 2004. – 408 с.

⁴ Чапичадзе А. Я. Етапи розвитку страхування / А. Я. Чапичадзе // Вісник Національного університету внутрішніх справ. – 2002. – Вип. 19. – С. 228–233. – С. 232.

⁵ Губарь О. Е. Возникновение и эволюция института страхования [Текст] / О. Е. Губарь // Страховое дело. – 2001. – № 8. – С. 53–58.

- ⁶ Пространная русская правда : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/RP/prp.htm>
- ⁷ История страхования в России : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.askins.ru/index.php/story-i/66-story>
- ⁸ *Воблый К. Г.* Основы экономики страхования / К. Г. Воблый. – К. : Тип. И. Н. Соколова, 1915. – VII. – 616 с. – С. 112.
- ⁹ *Трінчук В.* Подорож сторінками історії / В. Трінчук // Страхова справа. – 2006. – № 4. – С. 82–83.
- ¹⁰ *Микитюк В. О.* Становлення та організація страхування в епоху Античності та Середньовіччя / В. О. Микитюк // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2009. – № 4 (47) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://archive.nbu.gov.ua/portal/>
- ¹¹ Там само.
- ¹² *Райхер В. К.* Общественно-исторические типы страхования / В.К. Райхер. – М., 1947. – 282 с. – С. 33.
- ¹³ Там само. – С. 44.
- ¹⁴ *Микитюк В. О.* Становлення та організація страхування в епоху Античності та Середньовіччя / В. О. Микитюк // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2009. – № 4 (47) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://archive.nbu.gov.ua/portal/>
- ¹⁵ *Гомеля В. Б.* Страхование [Текст] / В. Б. Гомеля. – М. : Маркет ДС, 2010. – 512 с.
- ¹⁶ *Шершеневич Г. Ф.* Курс торгового права (по изданию 1908 года) / Г. Ф. Шершеневич. – М., 2005. – Т. II. – 443 с. – С. 13.
- ¹⁷ Там само. – С. 20.
- ¹⁸ *Орлов І. В.* Становлення та розвиток страхування сільськогосподарських культур в Україні / І. В. Орлов, М. М. Александрова // Вісник Сумського національного аграрного університету. – 2011. – № 2. – (Серія «Фінанси і кредит») : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.sau.sumy.ua/index.php?option=com_content&id=631:2010-01-22-07-33-16&catid=86&Itemid=119&lang=uk
- ¹⁹ *Никифорак В. М.* Договір страхування відповідальності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право / В. М. Никифорак. – К., 2002. – 18 с.
- ²⁰ *Водолазська О. А.* Еволюція і генезис поняття страхування / О. А. Водолазська // Науковий вісник: Фінанси, банки, інвестиції. – 2012. – № 4. – С. 49–53.
- ²¹ *Кремена М. Л.* Розвиток страхової діяльності в Україні / М. Л. Кремена // Молодий вчений. – 2014. – № 12 (15). – С. 262–265.

Резюме

Димитрович Я. О. Історично-правові засади еволюції поняття «страхування».

У статті проаналізовано основні передумови виникнення та розвитку страхування. Виокремлено основні етапи еволюції поняття «страхування» в Україні.

Ключові слова: страхування, страхова діяльність, еволюція страхування.

Резюме

Димитрович Я. А. Исторически-правовые основы эволюции понятия «страхование».

В статье проанализированы основные предпосылки возникновения и развития страхования. Выделены основные этапы эволюции понятия «страхование» в Украине.

Ключевые слова: страхование, страховая деятельность, эволюция страхования.

Summary

Dimitrovich Y. Historical and legal basis of the concept of «insurance».

The article analyzed the basic preconditions of insurance appearance and development. The main stages of the evolution of the concept of «insurance» were identified in Ukraine.

Key words: insurance, insurance activity, evolution of insurance.

УДК 347.2

І. М. ЛАТА

Ірина Михайлівна Лата, студентка юридичного факультету Інституту післядипломної освіти Київського національного університету імені Тараса Шевченка

МІСЦЕ ТА ЗНАЧЕННЯ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ В СУЧАСНОМУ АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Європейська (Римська) конвенція про захист прав людини і основних свобод, прийнята в Римі 4 листопада 1950 р.¹ (офіційна назва – Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, далі – Конвенція) займає особливе місце в системі міжнародно-правового захисту прав людини. На ній побудована європейська система захисту прав людини і громадянина. Згідно з п. 1 ст. 32 (нумерація статей Конвенції

наводиться відповідно до змін, внесених Протоколом № 11) юрисдикція Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) поширюється на всі питання, які стосуються тлумачення і застосування Конвенції та протоколів до неї.

Відповідно до п. 1 ст. 32 (нумерація статей Конвенції наводиться відповідно до змін, внесених Протоколом № 11) юрисдикція ЄСПЛ поширюється на всі питання, які стосуються тлумачення і застосування Конвенції та протоколів до неї. Згідно зі ст.ст. 33 та 34 Конвенції ЄСПЛ може розглядати два види справ: міждержавні, тобто справи, порушені за заявою однієї держави-учасниці про порушення будь-якою іншою державою-учасницею положень Конвенції та протоколів до неї, та справи, порушені за індивідуальними заявами. При цьому відповідно до п. 2 ст. 32 Конвенції лише ЄСПЛ може вирішувати усі спірні питання щодо його юрисдикції. Конвенція надає ЄСПЛ велике поле для свободи дій з метою найбільш ефективного забезпечення захисту прав та свобод людини у процесі розгляду конкретної справи шляхом гнучкого розуміння меж його юрисдикції.

Практика ЄСПЛ застосовується в адміністративному судочинстві України. Це передбачено як ст. 9 Конституції України, згідно з якою чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України, так і ст. 8 Кодексу адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р.² (далі – КАС України), а також іншими нормативними актами України.

На жаль, КАС України фактично не містить норм щодо місця та значення практики ЄСПЛ у сучасному адміністративному судочинстві України. Виключення складає лише ч. 2 ст. 8 «Верховенство права», відповідно до якої суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики ЄСПЛ. Проте, як саме українські адміністративні суди використовують судову практику ЄСПЛ у адміністративному судочинстві, КАС України безпосередньо не розкриває. Як зазначається в одному із коментарів КАС України, «... принципи правосуддя обумовлені не тільки практикою й удосконалюванням правосуддя в Україні, але і міжнародною нормотворчістю і правозастосуванням»³.

На наш погляд, серед основних аспектів практики ЄСПЛ, які слід враховувати адміністративним судам України, можна відзначити такі, як дотримання в адміністративному судочинстві принципів, на яких ґрунтується діяльність ЄСПЛ та дотримання строків (зокрема, «розумних»).

Щодо принципів, якими керується ЄСПЛ у своїй практиці, то вони засновані на основних засадах європейського права, серед яких дослідники виділяють наступні: верховенства права й законності, рівності усіх учасників судового процесу перед законом і судом, диспозитивності, змагальності сторін та свободи в наданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом їх переконливості, гласності судового процесу та його фіксування технічними засобами, забезпечення оскарження судових рішень, обов'язковості судових рішень⁴. Ці принципи є загальними засадами європейського судочинства, які повинні бути реалізовані також і в адміністративному судочинстві України.

В основу правопорядку Європейського Союзу (далі – ЄС) покладено фундаментальні принципи – «свободи, демократії, поваги прав людини і основних свобод, а також верховенства права», що знайшли формальне закріплення у ст. 6 (колишній статті F) «Договору про Європейський Союз», а також новацію права ЄС, відповідно до якої закріплюється новий принцип – «верховенство права ЄС», який виступає ключовою домінантою у співвідношенні норм права окремих європейських країн – членів ЄС та «*acquis communautaire*»⁵. У Конвенції визначені такі основні принципи як: верховенства права; пропорційності тлумачення; ефективності тлумачення; певної свободи національного розсуду; субсидіарності; автономності.

У своїй практиці ЄСПЛ вивів із принципу верховенства права немало конкретних нормативних приписів щодо справ, які виникають з публічно-правових відносин. Зокрема, у Рішенні у справі «Голдер проти Об'єднаного Королівства» ЄСПЛ зазначив, що верховенство права важко собі уявити без можливості отримати доступ до правосуддя (п. 34)⁶.

Принцип пропорційності тлумачення полягає в забезпеченні справедливого балансу між інтересами особи, з одного боку, та інтересами суспільства та держави, – з іншого. Пропорційність виступає принципом інтерпретації та застосування норм Конвенції і одночасно інструментом забезпечення розумного, справедливого балансу між інтересами особи та інтересами суспільства і держави, між інтересами різних суб'єктів правовідносин.

Сутність принципу ефективності, іншими словами – або забезпечення ефективного захисту прав людини, – полягає у тому, що відповідні нормативні положення Конвенції слід тлумачити у такий спосіб, який забезпечує максимально ефективний захист прав та свобод людини. Завдяки цьому принципу правотлумачна діяльність ЄСПЛ стає способом не лише забезпечення та захисту закріплених Конвенцією прав та свобод людини, а й засобом їх розширення та звуження правообмежувальних можливостей держави.

Щодо принципу субсидіарності, або комплементарної природи Конвенції, то її проголошує ст. 53 Конвенції: «Ніщо в цій Конвенції не повинно тлумачитися як обмеження або відступ від яких-небудь прав і основних свобод людини, які можуть гарантуватися законодавством будь-якої Високої Договірної Сторони чи будь-якою іншою угодою, в якій вона бере участь». Мета ст. 53 – це забезпечення того, що більш гарантії прав людини, які існують у національному праві, підтверджуються та зберігаються і не послаблюються з посиланням на те, що відповідні положення менш ефективно захищені Конвенцією. Як вважає О. Я. Трагнюк, ця стаття демонструє, що Договірні Сторони не намагаються замінити національні гарантії і забезпечити захист прав індивіда лише засобами Конвенції. Однак, не зважаючи на те, що був утворений названий Суд, остання не пропонувала вказаним сторонам якусь певну поведінку для забезпечення у межах внутріш-

нього правопорядку різних гарантованих прав і свобод, для ефективного втілення положень Конвенції. Оскільки остання встановлює, насамперед, не єдину форму рішень, а стандарт поведінки, то, таким чином, за Договірними Сторонами залишається вибір способів для зазначеного забезпечення⁷. Проявом субсидіарності є також вимога про вичерпання усіх національних способів захисту прав людини (п. 1 ст. 35 Конвенції).

Застосування у діяльності ЄСПЛ принципу забезпечення певної свободи національного розсуду дає змогу узгодити дію як норм національного законодавства кожної окремої європейської країни, так і загальних положень Конвенції. Зміст та чинність правил застосування принципу забезпечення певної свободи національного розсуду є доволі дискусійними. Однак саме ці правила здатні полегшити досягнення компромісу між позиціями заявників та відповідачів у справах, в яких тією чи іншою мірою може бути застосована концепція «межі оцінювання» (*margin of appreciation*). С. Є. Федик пропонує дефініцію поняття розглядуваного принципу, а саме: це здійснення ЄСПЛ тлумачення конвенційних приписів у справах певного типу з врахуванням наявної в судових органів та посадових осіб держав-учасниць, делегованої їм положеннями Конвенції певної свободи розсуду щодо розуміння та застосування ними конвенційних норм з метою забезпечення належних умов реалізації та захисту прав і свобод людини, а також досягнення балансу між цими правами та свободами особи і національними інтересами⁸.

Пошук ЄСПЛ загальноєвропейського стандарту тлумачення окремих правових понять забезпечується принципом автономності, а саме автономності тлумачення міжнародними органами юридичних норм щодо прав, тобто формування власного розуміння, і застосовується цей принцип не лише для з'ясування змісту юридичних термінів Конвенції, а й для застережень, зроблених державами відповідно до ст. 64 Конвенції.

Досить вагоме значення має практика ЄСПЛ для визначення та дотримання строків (термінів) у сучасному адміністративному судочинстві України. Строковість процесуальних дій, які мають свої часові межі (рамки), визначені адміністративно-процесуальним законодавством, вони є важливою гарантією забезпечення прав та свобод учасників адміністративного процесу. Це означає, що будь-яка процесуальна дія має відбуватися своєчасно з дотриманням всіх принципів адміністративного процесу в часових межах, встановлених законом, а в передбачених законодавством випадках – встановлених судом, іншим державним органом владних повноважень (чи його посадовою особою) для здійснення процесуальних дій учасниками адміністративного процесу⁹.

Нормативно-правове регулювання процесуальних строків у адміністративному судочинстві України наразі здійснюється відповідно до норм КАС України, насамперед, гл. 8 КАС України (ст.ст. 99–103). Згідно ст. 101 КАС України процесуальні строки – це встановлені законом або судом строки, у межах яких вчиняються процесуальні дії.

ЄСПЛ приділяє процесуальним строкам особливу увагу. Так, у п. 1 ст. 6 Конвенції зазначено: «Кожна людина при визначенні її громадянських прав і обов'язків або при висуненні проти неї будь-якого кримінального обвинувачення має право на справедливий і відкритий розгляд впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, створеним відповідно до закону».

В. В. Буга робить висновок, що під розумними строками потрібно розуміти «...проміжок часу, протягом якого повинна бути вчинена певна процесуальна дія». Отже, вважає автор, як видно із визначення, поняття «розумні строки» повністю, або принаймні частково, збігаються з поняттям «процесуальний строк». Однак, розумні строки, на відміну від процесуальних строків, застосовуються під кожен окрему справу, виходячи із об'єктивної точки зору судді¹⁰. М. О. Сорока приходиться до висновку, що розумний строк – це «...найкоротший строк розгляду і вирішення адміністративної справи, достатній для надання своєчасного судового захисту порушених прав, свобод та інтересів у публічно-правових відносинах, перебіг якого розпочинається з дня відкриття провадження у справі, а закінчується набранням законної сили остаточним рішенням суду, а у процесі перебігу якого відсутній хоча б один із наступних фактів: нерегулярне призначення судових засідань, зволікання із початком судового розгляду, призначення судових засідань з великими інтервалами, затягування при переданні або пересиланні справи з одного суду в інший, невжиття судом заходів для дисциплінування сторін у справі, свідків, експертів»¹¹.

Ю. В. Хрестова наголошує на важливості права на розумний строк розгляду справи в практиці ЄСПЛ. Дослідниця вважає, що прийняття Закону України «Про порядок захисту права особи на судовий розгляд протягом розумного строку» дозволить створити на національному рівні ефективний механізм захисту права на розгляд справи протягом розумного строку, а також усунути неузгодженість чинного законодавства України із відповідними положеннями Конвенції. Це, у свою чергу, сприятиме не тільки утвердженню в Україні проголошеному конституційному принципу верховенства права, а й дозволить у майбутньому уникати констатації ЄСПЛ порушення Україною вимог ст.6 Конвенції¹².

Про дотримання розумних строків розгляду справ вказував і Верховний Суд України у листі від 25 січня 2006 р. № 1-5/45¹³. А законодавче визначення розумного строку дається у п. 11 ч. 1 ст. 3 КАС України – це найкоротший строк розгляду і вирішення адміністративної справи, достатній для надання своєчасного (без не виправданих зволікань) судового захисту порушених прав, свобод та інтересів у публічно-правових відносинах.

Разом із тим, у практиці ЄСПЛ порушення «розумного строку» є питанням, з яким чи не найчастіше зустрічається цей Суд¹⁴. Як зазначають автори посібника «Адміністративне судочинство», «...наявність суттєвих недоліків у національній системі судочинства підтверджують рішення ЄСПЛ щодо України, в яких констатуються системні порушення, зокрема ст. 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод, яка регламентує право кожної людини на розгляд справи судом упродовж розумного терміну»¹⁵.

Вказане підтверджується Вищим адміністративним судом України. Так, в інформаційному листі «Щодо рішень Європейського суду з прав людини, які набули статусу остаточного» від 26 квітня 2013 р. № 631/12/13-13¹⁶ було зазначено, що аналіз виконання рішень ЄСПЛ в Україні свідчить, що проблеми, які призводять до порушення вимоги здійснення судового розгляду справ у розумний строк, пов'язані, зокрема, із тривалим розглядом справи апеляційним судом, неодноразовими відкладеннями судових засідань з різних причин, оскарженням заявниками рішень суду, які відповідно до норм національного законодавства не підлягають оскарженню. Наприклад, у Рішенні ЄСПЛ у справі «Алпатов та інші проти України» (заява № 7321/05 та 107 інших заяв) від 18 грудня 2012 р. (4 лютого 2013 р. до рішення були внесені зміни відповідно до правила 81 Регламенту ЄСПЛ)¹⁷ було зазначено, що ЄСПЛ оголошує прийнятними скарги заявників за п. 1 ст. 6, ст. 13 Конвенції та за ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції щодо тривалого невиконання рішень, ухвалених на їхню користь.

Отже, проблеми розумності строку, на які звернено увагу ЄСПЛ, стосуються необхідності конкретизація початку та закінчення його перебігу, важливим аспектом практики ЄСПЛ є його позиція щодо співвідношення між тривалістю розгляду справи та позицією заявника. На наш погляд, поняття «розумний строк» є оціночним, а тому такий строк має бути установлений, виходячи з обставин конкретної адміністративної справи. Певна різниця полягає в критеріях, покладених в основу визначення розумності строків. Зокрема, вказане стосується визнання цих строків найкоротшими.

Таким чином, щодо місця та значення практики європейського суду з прав людини у сучасному адміністративному судочинстві України можна зазначити наступне. Серед основних аспектів практики ЄСПЛ, які слід враховувати адміністративним судам України, можна відзначити наступні: дотримання в адміністративному судочинстві принципів, на яких ґрунтується діяльність ЄСПЛ (окрім принципу верховенства права, передбаченого ст. 8 КАС України, це такі принципи як пропорційності та ефективності тлумачення; певної свободи національного розсуду, субсидіарності та автономності); дотримання строків, зокрема, «розумних», у практиці застосування КАС України; застосування практики ЄСПЛ при безпосередньому розгляді справ у адміністративних судах.

¹ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Прийнята в Римі 4 листопада 1950 року [Текст] // Офіційний вісник України. – 2006. – № 32. – Ст. 270.

² Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 року [Текст] // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35–36, № 37. – Ст. 446.

³ Кодекс адміністративного судочинства України: Науково-практичний коментар [Текст] / [С. В. Ківалов, О. І. Харитонова, О. М. Пасенюк та ін.]; за ред. С. В. Ківалова, О. І. Харитонові. – Х.: ТОВ «Одісей», 2005. – С. 47.

⁴ Адміністративна юстиція: європейський досвід і пропозиції для України [Текст] / [авт.-упоряд. І. Б. Коліушко, Р. О. Куйбіда]. – К.: Факт, 2003. – С. 64.

⁵ Пухтецька А. А. Європейські погляди на принцип верховенства права [Текст] / А. А. Пухтецька // Правовий тиждень. – 2008. – № 19 (92). – С. 4–5.

⁶ Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Голдер проти Сполученого Королівства» від 21 лютого 1975 року [Текст] // Европейский суд по правам человека. Избранные решения: В 2 т. / Председатель ред. коллегии В. А. Туманов. – М.: НОРМА, 2000. – Т. 1. – С. 39–44.

⁷ Трагнюк О. Я. Принцип субсидіарності за Європейською конвенцією про захист прав і основних свобод людини 1950 р. [Текст] / О. Я. Трагнюк // Право України. – 2003. – № 1. – С. 25.

⁸ Федик С. Є. Особливості тлумачення юридичних норм щодо прав людини (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини та Конституційного Суду України) [Текст]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 / С. Є. Федик; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2002. – С. 7.

⁹ Демський Е. Ф. Адміністративне процесуальне право України [Текст]: [навч. посіб.] / Е. Ф. Демський. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – С. 160.

¹⁰ Буга В. В. Загальні положення про розумний строк розгляду справи у суді [Текст] / В. В. Буга // Проблеми цивільного права та процесу: Матеріали наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. О. А. Пушкіна (м. Харків, 22 травня 2010 р.) / [І. В. Спасибо-Фатєєва, В. І. Жуков, Р. Б. Шишка та ін.]; відп. за випуск В. А. Кройтор. – Х.: Вид-во Харк. нац. ун-ту внутр. справ, 2010. – С. 366.

¹¹ Сорока М. О. Процесуальні строки у адміністративному судочинстві [Текст]: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 / М. О. Сорока; Нац. ун-т держ. податк. служби України. – Ірпінь, 2011. – С. 166–167.

¹² Христова Ю. В. Право на розумний строк розгляду справи в практиці Європейського Суду з прав людини [Текст] / Ю. В. Христова, С. І. Марушкін // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2012. – № 3. – С. 75.

¹³ Щодо розумних строків розгляду справ [Текст]: Лист Верховного Суду України від 25 січня 2006 року № 1-5/45 // Закон & Бізнес. – 2006. – № 6. – 11–17 лютого.

¹⁴ Ягунов Д. В. Категорія «розумний строк судового розгляду» у практиці Європейського суду з прав людини / Д. В. Ягунов. – [Електронний ресурс] Режим доступу: http://dmytro-yagunov.at.ua/news/rozumnij_strok_sudovogo_rozglyadu/ 2010-03-02-123

¹⁵ Адміністративне судочинство [Текст]: [навч. посіб.] / [О. П. Рябенко, С. Ф. Денисюк, О. В. Джафарова та ін.]; за заг. ред. О. П. Рябенко. – [2-е вид., перероб. і доп.]. – Х.: ХНУ ім. В. Н. Каразіна, 2014. – С. 13.

¹⁶ Щодо рішень Європейського суду з прав людини, які набули статусу остаточного [Електронний ресурс]: Інформаційний лист Вищого адміністративного суду України від 26 квітня 2013 р. № 631/12/13-13 // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0631760-13>

¹⁷ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Алпатов та інші проти України» (Заява № 7321/05 та 107 інших заяв) від 18 грудня 2012 р. (4 лютого 2013 р. до рішення були внесені зміни відповідно до правила 81 Регламенту Суду) [Текст] // Офіційний вісник України. – 2013. – № 15. – Ст. 550.

Резюме

Лата І. М. Місце та значення практики Європейського суду з прав людини в сучасному адміністративному судочинстві України.

У статті досліджуються теоретичні та практичні питання застосування практики Європейського суду з прав людини в сучасному адміністративному судочинстві України. Визначено, що практика ЄСПЛ стосується розгляду усіх питань, пов'язаних із застосуванням і тлумаченням; виділено та проаналізовано основні аспекти практики ЄСПЛ, які слід враховувати адміністративним судам України.

Ключові слова: Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод; Європейський суд з прав людини; адміністративне судочинство; практика; юрисдикція; принципи; процесуальні строки.

Резюме

Лата И. М. Место и значение практики Европейского суда по правам человека в современном административном судопроизводстве Украины.

В статье исследуются теоретические и практические вопросы применения практики Европейского суда по правам человека в современном административном судопроизводстве Украины. Определено, что практика ЕСПЧ касается рассмотрения всех вопросов, связанных с применением и толкованием; выделены и проанализированы основные аспекты практики ЕСПЧ, которые следует учитывать административным судам Украины.

Ключевые слова: Конвенция о защите прав человека и основных свобод; Европейский суд по правам человека; административное судопроизводство; практика; юрисдикция; принципы; процессуальные сроки.

Summary

Lata I. Place and importance of the practice of the European Court of Human Rights in modern administrative proceedings of Ukraine.

The article examines the theoretical and practical issues of application practice of the European Court of Human Rights in the modern administrative legal proceedings of Ukraine. Determined that the practice of the European Court of Human Rights concerning the consideration of all issues related to the implementation and interpretation; selected and analyzed the main aspects of practice of the European Court of Human Rights, which have to consider administrative courts of Ukraine.

Key words: Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms; the European Court of Human Rights; administrative litigation; practice; jurisdiction; principles; procedural terms.

УДК 347.96

К. Б. ЛІВІНЬСКА

Катерина Борисівна Лівінська, студентка IV курсу юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

МОНОПОЛІЗАЦІЯ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

На сьогодні до Верховної Ради України подано декілька законопроектів, які містять ряд новел щодо діяльності адвокатів: № 2270 (ініційований народним депутатом України Д. Лубінцем), № 1794-1 (ініційований групою народних депутатів на чолі з О. Купрієнком), № 1194 (ініціаторами якого виступають група народних обранців під керівництвом О. Осуховського), № 1794 (народного депутата І. Лапіна). Серед змін, які передбачаються у цих нормативних актах пропонується запровадити адвокатську монополію. Актуальність даного питання полягає в запровадженні якісних змін щодо провадження діяльності адвокатом, зокрема адвокатської монополії.

Мета статті: виявити переваги та недоліки інституту адвокатської монополії та зрозуміти її правову природу. Основою монополізації адвокатської діяльності є стандартизація юридичних послуг та виключне право адвокатів здійснювати представництво та захист інтересів громадян, підприємств, установ у судах при розгляді цивільних, господарських, адміністративних справ та справ про адміністративні правопорушення.

Наша держава знаходиться в руслі європейської цивілізації. Країни, які пішли цим шляхом, мають не лише адвокатську монополію, а й монополію консультацій, складання документів. Наприклад, Грузія, Молдова, Албанія, Росія, Конго, Азербайджан, Казахстан, Киргизія, Естонія – країни, які мають приблизний порядок здійснення адвокатської діяльності як і в нашій державі, а саме обов'язковість участі адвоката (захисника) у кримінальному провадженні. Тоді як Бельгія, Франція, Норвегія, Данія, Голландія, Португалія, Гонконг, Тайвань, Японія мають досвід успішно діючої адвокатської монополії. Вона стосується не тільки представництва фізичних та юридичних осіб у суді, а й їх консультування. Англія – країна з найбільш стабільною правовою системою, яка на певному етапі свого розвитку ввела адвокатську монополію та розділила адвокатів на баристерів (представництво в судах) та солісіторів (правова робота поза судами)¹.

Реформування адвокатури переважно охоплює два напрями: одна частина фахівців наполягає на адвокатській монополії в наданні юридичних послуг, інша – залишає право на представництво інтересів громадян у судах адвокатам та особам з юридичною освітою. Фахівці розглядають реструктуризацію юридичного ринку як логічний крок на шляху якісної інституціоналізації адвокатури, оскільки адвокати мають особливий допуск до професії, через складання кваліфікаційних іспитів та стажування і виключно адвокати несуть дисциплінарну відповідальність за неякісну правову допомогу.

Прихильники ідеї адвокатської монополії в Україні стверджують, що саме такий спосіб допоможе запровадити єдині стандарти надання правової допомоги, покращення роботи судів та правоохоронних органів. Попередній досвід роботи, спеціальні знання, відповідне посвідчення – основи діяльності адвоката, які в цілому забезпечують гарантованість функціонування юридичного ринку в Україні. Голова Національної асоціації адвокатів України та Ради адвокатів України, Президент Спільки адвокатів України Л. П. Ізовітова роз'яснює, що пропонується не повна, а часткова адвокатська монополія. Як приклад, вона наводить «справу Солдатова» щодо права вільного вибору захисника, пояснюючи, що монополія забезпечить відповідальність за надання професійних юридичних послуг². Тобто, введення монополії має позитивний характер і для споживачів юридичних послуг. На захист монополії адвокатів виступає Голова Ради адвокатів Київської області П. А. Бойко, який зазначає, що не всі усвідомлюють, в чому саме полягає адвокатська монополія. Монополія адвокатів у суді – це не створення привілейованого прошарку населення, а, перш за все, це підвищення рівня судового захисту. Загальне підвищення вартості послуг відбудеться в основному за рахунок того, що з ринку почнуть зникати неякісні пропозиції³. Адвокат, доктор юридичних наук, професор кафедри правосуддя КНУ ім. Тараса Шевченка О. Г. Яновська стверджує, що ідея введення адвокатської монополії на представництво в судових інстанціях є хорошою та правильною. Вона наголошує, що на даний час існує монополія в кримінальному процесі, і для того, щоб вводити її в інших галузях права, потрібно рухатись поступово. Адвокатська спільнота запевняє, що монополізація захистить інтереси громадян, які потребують юридичних послуг, бо адвокат, на відміну від юриста, фахівця в галузі права, у разі скоєння ним правопорушення може бути притягнутий до відповідальності, чітко передбаченої законом.

Матерія юридичної сфери є досить складною, тому правову допомогу повинні надавати особи, які отримали спеціальні і вузькопрофільні знання.

Нині запровадження виключної адвокатської монополії в Україні є питанням неоднозначним. Експерти вказують на пряме порушення чинного законодавства, посилаючись на ст. 59 Конституції України⁴, у якій зазначається, що «кожен є вільним у виборі захисника своїх прав» та рішення Конституційного Суду України «по справі Солдатова»⁵. У контексті євроінтеграції України ідею про абсолютно адвокатську монополію було запозичено з досвіду зарубіжних країн. Важливим є те, що розвинені країни, поряд із самоврядним недержавним інститутом, мають інститути державної адвокатури, а також некомерційні організації, фінансовані державою, які надають безкоштовні юридичні послуги малозабезпеченим верствам населення. В Україні проблема можливості надання кваліфікованої безоплатної правової допомоги залишається не розв'язаною. В цивільному, господарському процесі не передбачається обов'язковості особистого представництва. Позовну заяву, апеляційну чи касаційну скаргу може підготувати не лише адвокат. За умов введення адвокатської монополії, не зникне питання захисту інтересів юрисконсультом. Монополізація вплине лише на особисту участь в залі судового засідання такого фахівця в галузі права.

Адвокат Олена Кальна вважає, що наше суспільство не готове до монополії оскільки, це буде один з приводів маніпуляції таких організацій, як Національна Асоціація адвокатів України та Рада адвокатів України. Відкритим є питання поєднання монополії адвокатів та діяльності практикуючих суб'єктів юридичної сфери⁶. Кандидат юридичних наук, старший викладач КНУ ім. Тараса Шевченка, адвокат Д. В. Кухнюк, вважає що вводити монополію не можна, тому що це нововведення позбавить можливості здійснювати професійну діяльність практикуючих юристів-практиків. Для того, щоб запровадити монополію треба спочатку, навести порядок у лавах адвокатури. Для початку потрібно організувати коректні адвокатські з'їзди, обрати такі органи, на які заслуговує адвокатура. Потрібно відновити довіру суспільства до адвокатського самоврядування. Саме при виконанні таких дій, монополія буде існувати⁷. Адвокат підтримує законопроект № 2270 і наголошує на необхідності приведення загальної частини законопроекту у відповідність до положень Європейської адвокатської хартії. Виключне право адвокатів на представництво інтересів у судах суттєво вплине на доступ суспільства щодо отримання правової допомоги. Зрозуміло, що із підвищенням рівня адвокатської діяльності зміниться її цінова політика. У контексті цього потрібно реформувати інститут безоплатної правової допомоги.

Контраргументи монополізації полягають також у тому, що відповідні нововведення порушать конституційне право громадян на правову допомогу та вільний вибір захисника своїх прав. Відповідно до Рішення Конституційного Суду України № 23-рп/2009, за своїм змістом даний конституційний принцип є загальним і стосується не лише підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного, а й інших фізичних осіб, яким гарантується право вільного вибору захисника з метою захисту своїх прав та законних інтересів, що виникають з цивільних, трудових, сімейних, адміністративних та інших правовідносин⁸. Право на правову допомогу – це гарантована державою можливість кожної особи отримати таку допомогу в обсязі та формах, визначених нею, незалежно від характеру правовідносин особи з іншими суб'єктами права. Оскільки рішення КСУ приймалось тоді, коли чинним був Закон «Про адвокатуру» тлумачення інституту адвокатури здійснювалось на підставі ст. 1, де зазначалось, що адвокатура України є добровільним професійним громадським об'єднан-

ням, покликаним, відповідно до Конституції України, сприяти захисту прав, свобод та представляти законні інтереси громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства, юридичних осіб, надавати їм іншу юридичну допомогу⁹. Згідно із ч.1 ст. 2 чинного Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність, адвокатура України – недержавний самоврядний інститут. Системний аналіз дає підстави для висновку, що із останніми змінами до визначення інституту адвокатури законодавець не покладає на адвокатуру прямого обов'язку реалізовувати положення ст. 59 Конституції. Держава в особі відповідних органів визначає адвокатуру України як спеціально уповноважений інститут, однією з функцій якого є захист особи від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах.

На нашу думку, монополізація адвокатської діяльності є необхідним кроком у питанні вдосконалення як окремого інституту – адвокатури, так і правової системи в цілому. Для того, щоб адвокатська монополія якісно запрацювала в Україні, необхідно здійснити комплексний підхід для її реалізації.

По-перше, потрібно змінити процедуру складання кваліфікаційного іспиту та включити певну поетапність. Перший етап – простий іспит, який включатиме знання теорії, норм матеріального та процесуального права і за результатами його складання дозволить особі здійснювати діяльність, передбачену ст. 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», але без функцій представництва та захисту в суді¹⁰. Після трирічного досвіду роботи, адвокат, який виявив бажання мати право на здійснення представництва та захисту в суді, може бути допущений до другого етапу – кваліфікаційного іспиту. Даний іспит вимагатиме знання чинного законодавства та складання процесуальних документів. Адже адвокатська діяльність надасть змогу особі отримати досвід роботи з процесуальними документами та виявити свої знання для подальшої реалізації представницької функції.

По-друге, для підвищення якості функціонування ринку юридичних послуг в Україні, потрібно передбачити можливість введення адвокатської профілізації. Профілізація підсилить гарантії позитивного результату діяльності адвоката та допоможе сформувати конкурентне середовище, яке підвищить компетентність адвокатів. Однак обов'язковою умовою для профілізації має бути наявність п'ятирічного досвіду адвокатської діяльності.

Отже, на підставі проаналізованого, пропонуємо внести такі зміни до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»:

1) запровадити виключне право адвокатів на здійснення представництва та захисту в суді. У контексті цього забезпечити спрощений порядок отримання права на заняття адвокатською діяльністю юристів, які працюють за трудовим договором з юридичною особою і вже мають відповідний досвід роботи;

2) запровадити складання диференційованого кваліфікаційного іспиту. Особа, яка бажає стати адвокатом, складає простий кваліфікаційний іспит (без складання процесуальних документів). Адвокат, який бажає здійснювати представництво та захист у суді, має скласти через три роки своєї діяльності іспит (тестування), який буде включати в себе питання на знання теорії та складання процесуальних документів;

3) передбачити норму, яка дозволить адвокату після п'яти років своєї діяльності обрати профілізацію надання послуг для здійснення представництва; Вважаємо, що ці пропозиції є доречними, адже особа, яка звертається до адвоката, бажає отримати не просто послугу, а якість та гарантію.

¹ Миськевич Т. Реформування ринку юридичних послуг в Україні // Громадська думка про правотворення. – 2015. – № 9. – С. 27–31.

² Ізовітова Л. Про актуальні питання діяльності адвокатури // Вісник НААУ. – 2015. – № 4 (12) – С. 3–6.

³ Матеріали круглого столу РА м. Києва на тему: «Обговорення проектів змін до закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 25.03.2015. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://kmkdka.com/novini/301>

⁴ Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР.

⁵ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова (справа про право вільного вибору захисника) від 16.11.2000 № 13-рп/2000.

⁶ Сильна адвокатура: якою її бачать правники // Вісник АПУ. – № 3 – 2015. – С. 4–5.

⁷ Матеріали круглого столу РА м. Києва на тему: «Обговорення проектів змін до закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 25.03.2015. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://kmkdka.com/novini/301>

⁸ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря від 30.09.2009 № 23-рп/2009.

⁹ Закон України «Про адвокатуру» від 19.12.1992 № 2887-ХІІ.

¹⁰ Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 № 5076-VI.

Резюме

Лівінська К. Б. Монополізація адвокатської діяльності: проблемні питання.

У статті автор розглядає переваги та недоліки інституту адвокатської монополії. Досліджуються законопроекти, позиції практиків та теоретиків щодо проблемного питання, аналізується зарубіжний досвід монополізації адвокатської діяльності. На основі викладеного матеріалу автор пропонує зміни до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» і власний підхід до запровадження адвокатської монополії в Україні.

Ключові слова: адвокатська монополія, адвокатура України, аналіз законопроектів, інституціалізація адвокатури.

Резюме

Ливинская К. Б. Монополизация адвокатской деятельности: проблемные вопросы.

В статье автор рассматривает преимущества и недостатки института адвокатской монополии. Исследуются законопроекты, позиции практиков и теоретиков по проблемному вопросу, анализируется зарубежный опыт монополизации адвокатской деятельности. На основе изложенного материала автор предлагает изменения в Закон Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» и собственный подход к внедрению адвокатской монополии в Украине.

Ключевые слова: адвокатская монополия, адвокатура Украины, анализ законопроектов, институционализация адвокатуры.

Summary

Livins`ka K. Monopolization of advocacy: challenges and issues.

In this article author considers problems monopolization of advocacy. Author research the legislation, practitioners and theorists on problematic issues explore foreign experience monopolization. On the basis of the material the author proposes amendments to the Law of Ukraine and it's own approach to the introduction of legal monopoly in Ukraine.

Key words: advocate, monopolization of advocacy, research the legislation.

УДК: 341.24:341.176(4)

Я. Г. ОЛЕНІНА

Яна Геннадіївна Оленіна, студентка II курсу магістратури юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ ПОЛОЖЕНЬ КОНВЕНЦІЇ РАДИ ЄВРОПИ
ПРО ЗАПОБІГАННЯ НАСИЛЬСТВУ СТОСОВНО ЖІНОК І ДОМАШНЬОМУ
НАСИЛЬСТВУ ТА БОРОТЬБУ З ЦИМИ ЯВИЩАМИ 2011 РОКУ
(ЩОДО ПСИХОЛОГІЧНОГО ТА ФІЗИЧНОГО НАСИЛЬСТВА)
В КРИМІНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ**

Насильство щодо жінок та домашнє насильство є гострими соціальними проблемами, вирішення яких лежить у правовій площині. Випадки вчинення такого насильства завжди характеризуються високою латентністю, що пояснюється побоюваннями з боку жертв звертатися за допомогою, прагненням вирішити конфлікт у сімейному колі, неналежною реакцією на них з боку правоохоронних органів та відсутністю дієвих механізмів захисту жертв цього насильства.

Світова спільнота тривалий час опікується питаннями протидії зазначеним видам насильства. Одним із заходів такої протидії стала Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (Стамбульська конвенція), що була відкрита для підписання 11 травня 2011 року. 7 листопада 2011 р. Україна підписала Конвенцію, проте нині триває підготовка до її ратифікації. Необхідність дотримання Україною своїх міжнародних зобов'язань зумовлює потребу в імплементації відповідних положень Конвенції в національне законодавство, що в кінцевому підсумку має призвести до створення ефективних інструментів протидії насильству щодо жінок та домашньому насильству. Якісна імплементація неможлива без ґрунтовного аналізу положень законодавства України на предмет відповідності вимогам Конвенції. Враховуючи те, що ступінь кореспондування не завжди є повним, постає проблема вдосконалення національного кримінального законодавства в цій частині.

Проблему насильства в науці кримінального права досліджували Л. Д. Гаухман, І. І. Давидович, К. П. Задоя, В. В. Іванова, Р. А. Левертова, В. О. Навроцький, М. І. Панов, В. І. Симонов, О. М. Храмцов, С. Д. Шапченко, С. С. Яценко, Р. Д. Шарипов та інші. Питання насильства щодо жінок висвітлювали у своїх працях такі вчені, як К. І. Ілікчієва, А. С. Колесова, Т. П. Матюшкова, Т. І. Шевчук. Безпосередньо оцінкою відповідності законодавства України вимогам Стамбульської конвенції займалися М. І. Хавронюк, Г. О. Христова, Х. Тручеро Куевас.

У межах аналізу кримінального законодавства України на відповідність вимогам Стамбульської конвенції в частині психологічного насильства виникає потреба визначення проявів психологічного насильства, уточнення термінологічних розбіжностей вживання понять «психологічне» та «психічне насильство», з'ясування особливостей перекладу українською мовою деяких термінів, що вживаються в Конвенції, окреслення проблем кореспондування норм національного кримінального законодавства та положень Конвенції, доцільність криміналізації деяких проявів психічного насильства. У контексті дослідження повноти відображення КК України положень Стамбульської конвенції щодо фізичного насильства є необхідність співставлення наслідків застосування такого насильства в кримінальному праві України та за підходом Конвенції, а також пошуку шляхів наближення національного законодавства до вимог Конвенції.

Метою статті є аналіз положень Стамбульської конвенції щодо психологічного та фізичного насильства на предмет їх імплементації в кримінальне законодавство України, що передбачає визначення положень Кримінального кодексу України, які кореспондують з положеннями Конвенції, з'ясування ступеня такого кореспондування, виявлення положень Конвенції, які не мають часткового чи повного відображення в КК, а також вироблення конкретних пропозицій по вдосконаленню КК України.

Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами застосовується до всіх форм насильства стосовно жінок, у тому числі домашнього насильства. У ст. 3 Конвенції наведено визначення поняття «насильство стосовно жінок», що розуміється як порушення прав людини й форма дискримінації стосовно жінок та означає всі акти насильства щодо жінок за гендерною ознакою, результатом яких є або може бути фізична, сексуальна, психологічна або економічна шкода чи страждання стосовно жінок, у тому числі погрози таких дій, примус або свавільне позбавлення волі, незалежно від того, чи відбувається це в публічному або приватному житті. Відповідно до цієї ж статті Конвенції домашнє насильство означає всі акти фізичного, сексуального, психологічного або економічного насильства, які відбуваються в лоні сім'ї чи межах місця проживання або між колишніми чи теперішніми подружжями або партнерами, незалежно від того, чи проживає правопорушник у тому самому місці, що й жертва, чи ні або незалежно від того, чи проживав правопорушник у тому самому місці, що й жертва, чи ні. При цьому в аспекті захисту жертв домашнього насильства Стамбульській конвенції притаманна гендерна нейтральність, оскільки відповідно до її статті 3 жертвами такого насильства можуть бути будь-які фізичні особи.

Характеристика психологічного насильства у ст. 33 Конвенції зводиться до двох його проявів: примушування («coercion»)* та погроз («threats»). Водночас у Пояснювальній записці до ст. 33 Конвенції йдеться про те, що тяжке порушення психічної цілісності особи може бути спричинене різноманітними засобами та способами (п. 180).

Насамперед слід звернути увагу, що в Конвенції йдеться про «психологічне насильство» («psychological violence»). У КК України вживається виключно слово «психічний» (наприклад, «психічний примус» у ст. 40; «психічне насильство» у ч. 2 ст. 180 КК України тощо). На думку К. І. Лікчієвої, «вживання терміна «психологічне насильство» є некоректним, адже словоформа «психологічний» є прикметниковою формою слова «психологія» та означає «належний до психології», а оскільки вплив на науку можливий лише у вигляді наукової діяльності, то поняття «психологічне насильство» не може існувати»¹.

Проблема розмежування характеристик «психологічний» та «психічний» притаманна не лише кримінальному праву. У психологічній літературі точиться дискусія щодо співвідношення понять психологічного та психічного здоров'я. Найбільш поширеним є підхід, відповідно до якого психічне здоров'я – це стан душевного благополуччя, що характеризується відсутністю хворобливих психічних проявів і забезпечує адекватну умовам навколишнього середовища регуляцію поведінки людини. Психологічне здоров'я, у свою чергу, є певним рівнем розвитку та досконалості форм і способів взаємодії індивіда з навколишнім середовищем; певним рівнем особистісного розвитку². Великий тлумачний словник сучасної української мови визначає слово «психологічний» не тільки у значенні «стосується психології», а також як «пов'язаний з психічною діяльністю людини». Прикметник «психічний» означає: «який стосується психіки», «пов'язаний із внутрішнім світом людини, її настроєм, почуттями тощо», «пов'язаний із порушенням психіки»³.

Аналіз змісту вказаних понять дає можливість стверджувати, що вжите в Конвенції словосполучення «психологічне насильство» та «психічне насильство», зазначене в КК України, є тотожними поняттями (хоча цей термін в КК і не є поширеним, в доктрині кримінального права прояви психічного насильства відповідають проявам психологічного насильства, переліченим у ст. 33 Конвенції). Зважаючи на те, що немає усталених підходів до тлумачення понять психологічного та психічного насильства, така відмінність в термінології не є принциповою. На нашу думку, коректним є підхід КК України. Термін «психічне насильство» є більш влучним з семантичної точки зору, оскільки об'єктом посягання в таких випадках є саме психіка особи.

Аналіз положень КК України свідчить про те, що в ньому відсутні специфічні норми, які встановлюють відповідальність за психічне насильство щодо жінок або прояви домашнього психічного насильства. Натомість на сьогодні норма, що встановлює таку відповідальність, міститься в Кодексі України про адміністративні правопорушення (ст. 173-2). У межах розділу II ОЧ КК кримінально караними є окремі види психічного насильства, такі як доведення до самогубства (ст. 120 КК України), погроза вбивством (ст. 129 КК). Очевидно, до них також можна віднести заподіяння тяжкого тілесного ушкодження (за ознакою «що спричинило психічну хворобу»), катування (ст. 127 КК) у тих випадках, коли заподіяння сильного морального страждання відбувається без застосування фізичного насильства. Крім того, психічне насильство відображається в КК в якості ознаки багатьох юридичних складів злочину, поєднуючись з фізичним насильством

* У Конвенції також вживається слово «forced», перекладене українською мовою як «примусовий». Відповідно до п. 196 Пояснювальної записки до Конвенції цей термін включає психологічне та фізичне насильство, що вступає в суперечність з правовою природою «coercion» (примушування) як прояву виключно психічного насильства. На наш погляд, така колізія обумовлена проблемою перекладу, оскільки обидва слова мають різне стилістичне забарвлення: «coercion» має політичне значення, що також може перекладатися як «заклякування», а «forced» походить від англійського іменника «сила» (force), тому семантично має охоплює всі форми застосування насильства. У Конвенції зазначено, що «coercion» є одним із проявів психічного насильства, а «forced» – більш широке поняття, що включає фізичне та психічне насильство, тому проблема їх розмежування постає лише при перекладі тексту Конвенції. Її вирішення можливе у перекладі «forced» українською як «насилницький», що з урахуванням відповідних роз'яснень п. 196 Пояснювальної записки має усунути вказані суперечності.

(наприклад умисне вбивство, вчинене з особливою жорстокістю* (п. 4 ч. 2 ст. 115 КК); умисне тяжке тілесне ушкодження, вчинене з метою залякування потерпілого або інших осіб** (ч. 2 ст. 121 КК)). В інших розділах ОЧ КК психічне насильство виступає в якості самостійного злочину (наприклад, у ст. ст. 266, 345, 346, 350, 377, 398, 405, ч. 2 ст. 431 (зокрема, насильство над іншими військовополоненими передбачає і психічне насильство), ст. 433 (аналогічно з ч. 2 ст. 431), ч. 2 ст. 444) або є елементом об'єктивної сторони іншого складу злочину (наприклад, ч. 1 ст. 152 КК).

Сам термін «психічне насильство» вживається лише у ст. 180 КК України. У більшості випадків для характеристики психологічного насильства законодавець використовує термін «погроза» з прив'язкою до різновиду фізичного насильства або із зазначенням блага, якого погрожують позбавити. Комплексний аналіз норм КК України дає можливість зробити висновок про те, що фізичному насильству протиставляється не психічне насильство, а погроза (наприклад, ст. 346 «Погроза **або** насильство щодо державного чи громадського діяча»; ст. ст. 350; 377; 398; 405 КК України). Аналогічна тенденція прослідковується і в правозастосовній практиці (п. 8 постанови Пленуму ВСУ від 26 грудня 2003 р. № 15 «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень», де Пленумом ВСУ ототожнюються поняття психічного насильства і погрози). Такий підхід не виправдано звужує зміст психічного насильства виключно до погроз, в той час як погроза становить лише один з багатьох проявів психічного насильства***.

Щодо «**примушування**», то дане поняття широко використовується в нормах ОЧ КК України як для позначення діяння (наприклад, ст. 154 КК), так і для характеристики інших елементів юридичного складу злочину (наприклад, мети – ч. 2 ст. 122; ст. 127; способу – ч. 2 ст. 142 КК України)****. Однак не можна говорити, що в усіх нормах примушування розуміється однаково. Зокрема, у ст. 120 та ч. 2 ст. 142 КК України примушування може полягати як у фізичному, так і у психічному насильстві⁶; за ст. 154 КК примушування розглядається в контексті сексуального насильства як психічний вплив, який не має характеру погрози, властивої для згвалтування⁷. Як прояв психічного насильства примушування може розглядатися у ст. 174; ч. 2 ст. 180; ч. 1 ст. 258-1; ч. 1 ст. 280; ч. 3 ст. 300; ч. ч. 1, 4 ст. 301; ч. 1 ст. 303; ст. 355; ч. 1 ст. 373 КК України.

У межах ЗЧ КК України вживається поняття «*примус*» (зокрема, у ч. 4 ст. 27 він є однією з форм схилення підбурювачем іншого співучасника до вчинення злочину; у ч. 2 ст. 40 КК питання про заподіяння шкоди правоохоронювані інтересам під впливом психічного примусу вирішується за правилом крайньої необхідності). Примус за ч. 4 ст. 27 КК України є проявом фізичного і психічного насильства⁸. Зміст примусу за ч. 2 ст. 40 КК України включає вплив на психіку особи з метою змусити її всупереч її волі до вчинення певних протиправних дій або до протиправної бездіяльності⁹. Такий примус відрізняється від психічного насильства в розумінні Конвенції і за наслідками його застосування: у ч. 2 ст. 40 КК України примус має наслідком змушення особи до вчинення злочину, а за ст. 33 Конвенції – тяжке порушення психічної цілісності.

Із наведеного вище випливає, що поняття *психічне насильство* в КК України знайшло своє відображення в багатьох нормах. Очевидно, що *ступінь кореспондування* таких норм та положень Конвенції не можна назвати повним. Серед основних проблем потрібно відзначити:

1) відсутність цілісного уявлення в КК України про психічне насильство та визначення його основних проявів на противагу ст. 33 Конвенції, в якій чітко визначено два основні прояви психологічного насильства – примушування та погрози;

2) у Конвенції наголошується на *тяжкому порушенні психічної цілісності особи* як необхідній умові криміналізації психологічного насильства, однак зміст цього поняття не розтлумачено ані в Конвенції, ані в Пояснювальній записці до неї. У п. 180 Пояснювальної записки йдеться не тільки про тяжке порушення, а також про *ушкодження* психічної цілісності особи, що можуть бути спричинені різноманітними засобами та способами. Очевидно, що ці поняття є оціночним. На наш погляд, *тяжке порушення психічної цілісності* можна розглядати як своєрідну психічну травму, що передбачає глибокі емоційні страждання особи. При цьому слід зважати на зазначене в Конвенції формулювання «*seriously impairs*» (тяжке порушення), що передбачає серйозні негативні наслідки для психічної цілісності особи. Також варте уваги те, що в Конвенції йдеться про психічну цілісність, а не психічне здоров'я особи, що дозволяє тлумачити відповідні положення більш широко.

Згідно з ч. 1 ст. 121 КК України умисне тяжке тілесне ушкодження серед іншого може спричинити *психічну хворобу*. Згідно з п. 2.1.5 Правил судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень, затверджених наказом Міністерства охорони здоров'я України від 17.01.1995 р. № 6, «до психічних захворювань не можна відносити пов'язані з ушкодженням реактивні стани (психози, неврози). Ушкодження ква-

* Відповідно до п. 8 ППВСУ від 07.02.2003 № 2 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи»: «умисне вбивство визнається вчиненим з особливою жорстокістю, якщо винний, позбавляючи потерпілого життя, усвідомлював, що завдає йому особливих ... психічних чи моральних страждань, а також якщо воно ... вчинювалося в присутності близьких потерпілому осіб і винний усвідомлював, що такими діями завдає останнім особливих психічних чи моральних страждань».

** Спричинення іншій людині тілесних ушкоджень тут виступає засобом психічного впливу на неї або будь-яких інших осіб⁴.

*** Так, на думку О. М. Храмцова, психічне насильство не обмежується тільки погрозами. До них він також відносить систематичне приниження честі та гідності особи, гіпноз⁵.

**** Необхідно зауважити про відсутність єдиного підходу КК України при вживанні в межах ОЧ термінів «примус» та «примушування». Системний аналіз норм дозволяє зробити висновок про однаковий зміст вказаних понять на рівні ОЧ КК.

ліфікується як тяжке тільки тоді, коли воно потягло за собою розвиток психічного захворювання, незалежно від його тривалості і ступеня вилікованості». У порівнянні з *тяжким порушенням психічної цілісності* за Конвенцією психічна хвороба є більш формалізованим поняттям. У випадку з *тяжким порушенням психічної цілісності* прив'язки до психічних захворювань немає, тому можна говорити, що в даному випадку норми КК України лише частково кореспондують з положеннями Конвенції.

В аналітичному експертному звіті «Відповідність окремих законів України положенням Конвенції Ради Європи про запобігання насильству щодо жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами», підготовленому Хав'єром Тручеро-Кувасом та Ганною Христовою спільно з Миколою Хавронюком для Ради Європи, пропонується внести зміни до статті 129 КК України, зокрема, криміналізувати «погрозу заподіянням тілесного ушкодження, зараженням невиліковною хворобою або вчиненням дій сексуального характеру, якщо вони викликали у потерпілої особи реальне побоювання за свою безпеку», а також доповнити статтю частиною третьою: «Діяння, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені:

- 1) повторно;
- 2) за попередньою змовою групою осіб або організованою групою;
- 3) із використанням зброї;
- 4) з мотивів расової, національної, міжрегіональної чи релігійної нетерпимості»⁹.

Такі пропозиції можна оцінити як позитивні зрушення в напрямку наближення положень КК України до вимог Конвенції, оскільки, по-перше, розширено зміст погроз; по-друге, криміналізація таких погроз пов'язана із суб'єктивним сприйняттям потерпілою особою такої погрози; по-третє, кваліфіковані склади злочину включають повторність, що свідчить про систематичність такого типу поведінки, а також використання зброї, про що йдеться в Конвенції.

Також в аналітичному експертному звіті «Відповідність окремих законів України положенням Конвенції Ради Європи про запобігання насильству щодо жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» пропонується криміналізувати *примушування*¹⁰. Зважаючи на те, що примушування як прояв психічного насильства на знайшло належного відображення в КК України, така пропозиція є раціональною. Проблемним може стати питання про вимоги вчинити правомірні дії, які особа повинна вчинити (наприклад, такі, що входять до кола її службових обов'язків). У такому випадку примушування фактично підміняє собою погрозу.

Положення Конвенції щодо **фізичного насильства** теж знайшли своє відображення в нормах КК України. Слід зауважити, що ступінь їх кореспондування високий, проте не може вважатися повним. Фізичне насильство криміналізоване на рівні багатьох статей КК України. Норми, які найповніше відображають положення Конвенції, сконцентровані в розділі II ОЧ КК України, але не обмежені лише цим розділом.

Відповідно до п. 188 Пояснювальної записки, термін «фізичне насильство» передбачає тілесне ушкодження, отримане в результаті застосування прямої та протизаконної фізичної сили. Він також охоплює насильство, що має наслідком смерть жертви.

У теорії кримінального права України немає єдиного підходу щодо того, чи охоплює фізичне насильство смерть жертви. У деяких статтях ОЧ КК такий наслідок прямо передбачений (наприклад, умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого – ч. 2 ст. 121 КК України), в інших такої вказівки немає (приміром, ч. 2 ст. 162 КК в частині «вчинені із застосуванням насильства») не містить опису характеру насильства). Саме останній різновид норм є проблемним при визначенні наслідків фізичного насильства. На думку Л. Д. Гаухмана, поняття насильства як елемента складів насильницьких злочинів має неоднакове кримінально-правове значення. Воно завжди включає наслідки у вигляді легких тілесних ушкоджень, поглинає наслідки у вигляді умисних менш тяжких тілесних ушкоджень не в усіх випадках, а, як правило, лише тоді, коли насильство є елементом складу тяжкого злочину чи злочину, більш небезпечного, ніж спричинення менш тяжких тілесних ушкоджень»¹¹.

На відміну від підходу Конвенції, за кримінальним правом України застосування фізичного насильства не вимагає обов'язкового наслідку у вигляді *тілесних ушкоджень*. Зокрема, на рівні розділу II ОЧ КК України формулювання ч. 1 ст. 126 «інші насильницькі дії» (передбачає вплив на людину (окрім удару і побиття), що викликає більшові відчуття¹²) є найменшим проявом насильства, що становить самостійний злочин. Якщо характеризувати фізичне насильство як обов'язковий елемент інших юридичних складів злочину, то при вчиненні деяких не вимагається навіть такого мінімального наслідку (наприклад, за ч. 2 ст. 405 КК України «під іншими насильницькими діями треба розуміти, наприклад, насильницьке позбавлення можливості вільно пересуватися по місцевості»¹³).

КК України не вирішує всіх проблем застосування фізичного насильства **щодо жінок та домашнього насильства**. Наявність спеціальних суб'єктів вчинення злочину не завжди свідчить про соціальний контекст. Так, у ст. 117 КК України йдеться про вбивство матір'ю новонародженої дитини. Однак це пов'язано з тим, що під час пологів і деякий час після них жінка перебуває в особливому фізичному та психічному стані, який послаблює її здатність повністю усвідомлювати свої дії або керувати ними. До того ж, цей вид умисного вбивства вважається вбивством при пом'якшуючих обставинах, що, очевидно, не відповідає ключовим ідеям Конвенції. Незважаючи на наявність в деяких складах спеціальних суб'єктів і потерпілих, в цілому можна констатувати фрагментарність відображення в КК України насильства щодо жінок та домашнього насильства.

В Експертному висновку до законопроекту «Про запобігання та протидію домашньому насильству», наданому Бюро демократичних інституцій та прав людини, а також в аналітичному експертному звіті

«Відповідність окремих законів України положенням Конвенції Ради Європи про запобігання насильству щодо жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» рекомендовано виділити злочини у сфері домашнього насильства в окрему категорію*. Зважаючи на особливості сучасного законодавства України, створення нового злочину (домашнього насильства) матиме своїм наслідком складність у відмежуванні його від адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 173-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення, та злочинів, передбачених розділом II ОЧ КК України. Основним аргументом розробників ст. 126-1 («Домашнє насильство») є те, що нова категорія злочинів має вирішувати питання, пов'язані із систематичними діями фізичного насильства, а також із психологічним, економічним та сексуальним насильством. Аргумент є слушним, оскільки систематичність є ознакою домашнього насильства як негативного соціального явища, однак в даному випадку постає питання про те, чи може систематичний характер охоплюватися поняттям продовжуваного злочину за ч. 2 ст. 32 КК України? Також проблемною видається можливість досягти адекватної караності «домашнього насильства» порівняно з іншими проявами насильства, оскільки можлива ситуація, за якої тілесні ушкодження як прояв домашнього насильства будуть каратися менш суворо.

В цілому, положення Конвенції щодо психічного та фізичного насильства знайшли своє відображення в КК України. У випадку з психологічним насильством таке відображення є фрагментарним, а з фізичним – більш повним. Однак щодо обох видів насильства не можна говорити про абсолютне кореспондування положень КК України та Конвенції. Це зумовлено насамперед тим, що зазначене насильство в Конвенції має соціальний характер, потребує врахування деяких обставин, про які не йдеться в КК України (передбачені у ст. 46 Конвенції).

Не можна оминати увагою той факт, що п.п. 6, 7, 8 ст. 67 КК за наявності певної фактичної ситуації можуть враховувати прояви домашнього насильства та насильства щодо жінок як обставини, що обтяжують покарання. Проте таке врахування не є комплексним, не охоплює всі прояви домашнього насильства, насильства щодо жінок і здійснюється лише на етапі індивідуалізації кримінальної відповідальності.

Створення ефективних механізмів захисту жертв та протидії домашньому насильству і насильству щодо жінок повинно уособлювати баланс захищеності від його проявів, невтручання в приватне життя і неможливості маніпулювання. На наш погляд, таким механізмом є зазначення так званого «домашнього насильства» в якості обтяжуючої обставини тих юридичних складів злочинів, які пов'язані з умисним застосуванням насильства в межах розділу II ОЧ КК України (зокрема, ст.ст. 115, 120, 121, 122, 125, 126, 127, 129).

¹ Ілкічєва К. І. Деякі питання поняття насильства щодо жінок // Університетські наукові записки. – 2006. – № 3–4 (19–20). – С. 340–344.

² Баякина О. А. Соотношение понятий психического и психологического здоровья личности // Известия Самарского научного центра Российской академии наук. Психология. – 2009. – т. 11, 4 (5). – С. 1195–2000.

³ Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с. – С. 1185.

⁴ Кримінальне право (Особлива частина): підручник / За ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. – [2-ге вид.] – К.: ВД «Дакор», 2013. – 786 с. – С. 76.

⁵ Храмов О. М. Психічне насильство у кримінальному праві: поняття та ознаки // Вісник Національного університету внутрішніх справ. – 2006. – Вип. 34. – С. 132.

⁶ Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-те вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С. С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – 848 с. – С. 270.

⁷ Там само. – С. 291.

⁸ Храмов А. Насилие как категория общей части уголовного права Украины // Национальный юридический журнал: теория и практика. – 2014. – № 4. – С. 171.

⁹ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – 7-ме вид., переробл. та допов. – К.: Юридична думка, 2010 – 1288 с. – С. 123.

¹⁰ Аналітичний експертний звіт «Відповідність окремих законів України положенням Конвенції Ради Європи про запобігання насильству щодо жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами», підготовлений Хав'єром Тручеро-Кувасом та Ганною Христовою спільно з Миколою Хавронюком для Ради Європи. – С. 63. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: mlsp.kmu.gov.ua/document/168506/e.pdf

¹¹ Гаухман Л. Д. Насилие как средство совершения преступлений. – М.: Юридическая литература. – 1974. – 167 с. – С. 91.

* Слід звернути увагу, що в Конвенції йде мова про фізичне та психологічне насильство взагалі (ст. ст. 33, 35). Натомість у п. 149 Доповідної записки зазначено, що з досліджень чинного національного законодавства Сторін щодо насильства проти жінок та домашнього насильства стає очевидною наявність багатьох прогалів, тому необхідно підсилувати законодавчий захист та компенсації, а також брати до уваги існуючу позитивну практику внесення змін до систем законодавства усіх держав-членів для ефективного запобігання та протидії цим формам насильства. У п. 151 Доповідної записки йдеться про те, що національні заходи протидії насильству щодо жінок та домашньому насильству часто проводяться несистематично або залишаються недостатніми через прогалини в законодавстві, а в п. 152 наголошується на тому, що основною метою кримінально-правових заходів є спрямування Сторін до впровадження ефективної політики для стримування насильства щодо жінок та домашнього насильства. З наведеного вище випливає, що положення Конвенції щодо психологічного та фізичного насильства слід розуміти не абстрактно, а в контексті насильства щодо жінок та домашнього насильства. З'ясування цього питання має значення для визначення обсягу зобов'язань держав-учасниць щодо імплементації відповідних положень Конвенції в національне законодавство.

¹² Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. – 4-те вид., переробл. та доповн. / Відп. ред. С. С. Яценко. – К.: А.С.К., 2005. – 848 с. – С. 246.

¹³ Там само. – С. 277.

Резюме

Олена Я. Г. Актуальні питання імплементації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами 2011 року (щодо психологічного та фізичного насильства) в кримінальне законодавство України.

У статті розглядаються особливості імплементації положень Стамбульської конвенції 2011 р. щодо психологічного та фізичного насильства в кримінальне законодавство України. Здійснюється комплексний порівняльно-правовий аналіз проявів психічного насильства в теорії кримінального права України та за підходом Конвенції, приділяється увага понятійним розбіжностям та особливостям перекладу англійських термінів. Досліджується зміст фізичного насильства за Кримінальним кодексом України та в контексті Конвенції, з'ясовуються принципові відмінності між ними. Визначається ступінь відповідності положень національного законодавства вимогам Конвенції, наводяться пропозиції із вдосконалення КК України.

Ключові слова: Стамбульська конвенція 2011 року, насильство щодо жінок, домашнє насильство, психічне насильство, фізичне насильство, погрози, примушування.

Резюме

Олена Я. Г. Актуальные вопросы имплементации положений Конвенции Совета Европы о предотвращении и борьбе с насилием в отношении женщин и домашним насилием 2011 года (относительно психологического и физического насилия) в уголовное законодательство Украины.

В статье рассматриваются особенности имплементации положений Стамбульской конвенции 2011 года относительно психологического и физического насилия в уголовное законодательство Украины. Осуществляется комплексный сравнительно-правовой анализ проявлений психического насилия в теории уголовного права Украины и согласно подходу Конвенции, уделяется внимание понятийным расхождениям и особенностям перевода англоязычных терминов. Исследуется содержание физического насилия в Уголовном кодексе Украины и в контексте Конвенции, выясняются принципиальные отличия между ними. Определяется степень соответствия положений национального законодательства требованиям Конвенции, приводятся предложения по усовершенствованию УК Украины.

Ключевые слова: Стамбульская конвенция 2011 года, насилие в отношении женщин, домашнее насилие, психическое насилие, физическое насилие, угрозы, принуждение.

Summary

Olenina Y. Current Issues of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence Provisions (on Psychological and Physical Violence) Implementation into the Criminal Legislation of Ukraine.

The article deals with the specificity of implementation of Istanbul Convention provisions on psychological and physical violence into the criminal legislation of Ukraine. Author analyses forms of psychological violence in domestic criminal law theory and according to the Convention concept, pays attention to the difference in notions and to the features of English terms translation. The meanings of physical violence under the Criminal Code of Ukraine and according to the Convention concept have been researched into as well as the principal difference between them. The extent of compliance of domestic legislation and the Convention claims has been identified; proposals to the Criminal Code of Ukraine have been submitted.

Key words: Istanbul Convention 2011, violence against women, domestic violence, psychological violence, physical violence, threats, coercion.

УДК 34:61]: 608.1

О. П. ОМЕЛЬЧЕНКО

*Ольга Петрівна Омельченко, студентка VI курсу
Київського університету права НАН України*

ПРОБЛЕМИ РОЗМЕЖУВАННЯ СУБ'ЄКТА І ОБ'ЄКТА МЕДИКО-БІОЛОГІЧНОГО ДОСЛІДЖЕННЯ НА ЛЮДИНІ

Сучасну медицину, яка дедалі все впевненіше робить кроки до свого удосконалення та розвитку, вже неможливо уявити без медико-біологічних експериментів, для проведення котрих все частіше обираються люди. Впровадження новітніх методів та способів лікування, застосування нової медичної техніки, використання сучасних лікарських засобів у медичній практиці потребують попередньої експериментальної апробації з залученням людини в якості об'єкта дослідження.

Проведення експериментів на людях, у тому числі й медико-біологічних, відоме з давніх часів, однак першим міжнародним документом, у якому були закріплені принципи проведення дослідів на людях, а також

етичні норми для вчених, що займалися проведенням таких дослідів, став Нюрнберзький кодекс 1947 року. Передувало його прийняттю розкриття жахливих, нелюдських медичних експериментів на мільйонах людей, які були проведені нацистськими лікарями. Сформовані в Нюрнберзькому кодексі положення в подальшому стали основою для багатьох міжнародних та національних законодавчих актів, якими регулюється проведення медико-біологічних досліджень на людині.

Людина є специфічним об'єктом дослідження і тому такі дослідження мають відповідати закріпленим на міжнародно-правовому рівні стандартам.

Слід погодитися з Г. Т. Терешкевич: «Медичні експерименти повинні проводитися з урахуванням суттєвих для людини цінностей, передусім гідності людини, цінності її життя і здоров'я. Участь у таких експериментах є не лише етичною, але може бути виразом медичної солідарності, шансом для розвитку медицини і насамперед – знаком любові до людини»¹.

Актуальним виявляється питання щодо розмежування суб'єкта і об'єкта медико-біологічного дослідження. Неможливо бути застрахованим від конфлікту прав та інтересів, від їхнього стику, зокрема коли об'єкт дослідження і суб'єкт дослідження поєднуються в одній особі. Тобто, коли вчений, дослідник проводить медико-біологічне дослідження на собі самому. У такому разі, чи доцільно взагалі говорити про якісь межі дослідження і як далеко здатен дійти дослідник, «осліплений» можливістю отримати новий результат чи знання, коли об'єктом дослідження слугує його власний організм. У цьому контексті досить слушними виявляються питання, на яких акцентує увагу О. Ю. Кашинцева. Чи можливо зупинити вченого в його бажанні отримати нові знання? Чи можливо стримати дослідника, який прагне отримати нові результати?

У разі поєднання об'єкта і суб'єкта медико-біологічного дослідження в одній особі доречно з'ясувати те, чи можливо за таких умов досягти балансу між правами людини як об'єкта дослідження і правами людини як суб'єкта дослідження. Зрозуміло, що проводячи експеримент на самому собі, дослідник погоджується на це, розуміючи всі можливі ризики як для об'єкта дослідження. Гельсінська декларація Всесвітньої медичної асоціації «Етичні принципи медичних досліджень за участю людини у якості об'єкта дослідження» 1964 р. містить положення про те, що відповідальність за захист об'єктів дослідження мусить нести лікар чи інший медичний працівник, і ніколи – об'єкт дослідження, навіть якщо він дав згоду. При поєднанні об'єкта і суб'єкта дослідження в одній особі в який спосіб дослідник відповідатиме сам перед собою і чи взагалі виникає така відповідальність?

В усьому світі прослідковується загальна тенденція, спрямована на підкреслення важливої, унікальної ролі людини як цінності, забезпечення інтересів окремої людини стає першочерговим завданням у всіх сферах суспільного життя і, що є особливо важливим, в медицині.

П. П. Складар вказує: «Гуманізм стає провідним принципом співдружності різних країн світу, про що свідчить записане в «Декларації прав людини», прийнятій ООН: «Усі люди народжуються вільними й рівними у своїй гідності та правах». Під гуманізмом у такому контексті розуміється повага до особистості, визнання цінності й гідності людини, її моральних і політичних прав»³.

У Гельсінській декларації Всесвітньої медичної асоціації «Етичні принципи медичних досліджень за участю людини в якості об'єкта дослідження» 1964 р. одним із принципів проведення медичних досліджень закріплено обов'язок лікарів, які проводять медичні дослідження, охороняти життя, здоров'я, гідність, недоторканність, право на самовизначення, недоторканність приватного життя, конфіденційність особистої інформації об'єктів дослідження.

Проведення медико-біологічних експериментів на людині впритул наближене до її особистих немайнових прав, що створює великий ризик завдання їм шкоди. Тому при проведенні медико-біологічних досліджень за участю людини в якості об'єкта дослідження обов'язково повинні бути створені належні умови, які унеможливають порушення особистих немайнових прав людини. До цього зобов'язують вченого, медичного працівника як суб'єктів дослідження не лише норми моралі та етики, а й норми законодавства: національного та міжнародного.

Суть дотримання прав і законних інтересів об'єкта дослідження зводиться до гуманного і шанобливого ставлення до досліджуваного, що базується на знанні вказаних прав і законних інтересів. Права пацієнта щодо медичного втручання мають безпосереднє відношення до біомедичного експерименту, оскільки останній і є медичним втручанням⁴.

Найважливішим, фундаментальним правом людини є її право на життя. Саме це право слугує першоосновою для всіх інших прав. Життя людини – це її особливе благо, її невід'ємна цінність.

Конституція України в ст. 3 проголошує людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку найвищою соціальною цінністю. Право на життя належить кожній людині, воно є невід'ємним, кожен може захищати своє життя і життя інших людей від протиправних посягань. Держава та інші суб'єкти зобов'язані визнавати це право та не порушувати його, ніхто не може бути свавільно позбавлений життя⁵.

Наступною, ще однією категорією, яка має бути врахована і захищена при проведенні медико-біологічного експерименту над людиною, є гідність людини. У цілій низці міжнародних актів, які проголошують, утверджують та захищають права людини, одним із її прав визначається право людини на повагу до своєї гідності. У Статуті ООН 1945 р. зазначено, що народи Об'єднаних Націй прагнуть утвердити віру в гідність і цінність людської особистості, ст. 1 Загальної декларації прав людини 1948 р. проголошує, що всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах, з Преамбули до Міжнародного пакту про економічні та соціальні права 1966 р. випливає, що усі права людини походять із гідності, що властива людській

особі, в Преамбулі до Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини 1997 р. наголошується на необхідності поважати людину як окрему особистість і як члена людської спільноти та важливості забезпечення її гідності.

О. В. Білоскурська зазначає: «Гідність виступає як охоронюване законом особисте немайнове право і невідчужуване благо, що забезпечує соціальне буття фізичної особи. Коли йдеться про гідність конкретної людини, то мається на увазі, насамперед, її самооцінка, тобто судження людини про міру наявності у неї тих чи інших якостей, властивостей порівняно з певним зразком. Крім того, гідність людини відображає її значимість як частини людського суспільства»⁶.

Медицина в особливий спосіб повинна не підривати, а сприяти в утвердженні гідності будь-якої людини в кожному конкретному випадку. Особі, що є об'єктом медико-біологічного експерименту, мають бути створені такі умови, за яких вона буде відчувати свою значимість. І цілком зрозуміло, що здійснення медичних досліджень ставить за мету вдосконалити засоби, уміння, медикаменти та інструментарій, а також збагатити знання, щоб найефективніше допомогти людині, сприяти її здоров'ю та життю⁷.

Право людини на особисту недоторканність Н. Г. Васильєва визначає як: «Право людини на реалізацію й захист приватної сфери – зони особистої недоторканності, в якій індивід має бути захищеним певними правовими межами від несанкціонованого втручання в його автономію, гідність та організм. Таке права надає можливість людині самостійно контролювати доступ і втручання у свої розум, тіло, саморозуміння і почуття власної гідності, зберігати таємницю особистого життя й не розголошувати особистої інформації, встановлювати її ліміт і коло осіб, яким вона може бути доступна»⁸.

Кожна людина має право на повагу до своєї цілісності, що означає можливість зберігати фізичний і психічний складники власного організму в недоторканності. Держава та треті особи повинні поважати право індивіда зберігати цілісність свого організму в неторканому стані⁹.

Отже, право на особисту недоторканність надає можливість кожному вимагати від інших утримуватися від дій, які можуть спричинити вплив на організм конкретної людини.

Наступним правом, яке забезпечує захист людини в медико-біологічному дослідженні в якості об'єкта дослідження, це конфіденційність особистої інформації об'єкта дослідження. Це означає, що дослідник та інші особи, яким в силу виконання професійних обов'язків стала відомою така інформація, зобов'язані не розголошувати жодних особистих відомостей про особу – об'єкта дослідження (ім'я, місце проживання, хворобу і т.д.). Приховування таких даних, якщо того бажає особа, сприяють створенню комфортних психологічних умов для її участі в біомедичному дослідженні.

З'ясувавши суть особистих немайнових прав, котрі потребують захисту при проведенні медико-біологічного дослідження на людині, стає очевидним, що норми міжнародного і національного законодавства зобов'язують першочергово, вдаючись до біомедичних експериментів на людині, враховувати інтереси кожної окремої особи та захищати її права. Разом із тим закріплені в нормах права положення щодо захисту конкретних прав людини при залученні її в якості об'єкта дослідження в медико-біологічний експеримент слугують свого роду моральними обмеженнями та етичними рамками, котрі захищають права людини та її цінність як особистості.

Т. Кучера виокремлює фундаментальні засади біоетики як окремої сфери науки. Певні з цих принципів мають безпосереднє актуальне значення при проведенні медико-біологічних досліджень на людині:

– життя людини – найвища цінність. Кожна людина є цінністю сама по собі, а не засобом чи знаряддям в руках інших;

– не все, що технічно можливе, допустиме з моральної точки зору. Свобода наукових досліджень і гідність особи ідуть поруч;

– життя досліджується з метою лікування та покращення, а не маніпуляцій. Насамперед медицина і науково-технічний прогрес повинні охороняти життя, а не маніпулювати ним;

– закон повинен охороняти та забезпечувати інтереси особи;

– повага автономії особистості. Кожна людина має право самостійно приймати рішення щодо себе та визначати, що є для неї корисним (навіть відмовитись від лікування);

– принцип незаподіяння шкоди – медичний працівник повинен діяти на благо пацієнта і в жодному разі не шкодити йому¹⁰.

Кожне медико-біологічне дослідження передбачає наявність і іншої сторони, а саме суб'єкта дослідження. Такими суб'єктами можуть бути вчені та медичні працівники. Гельсінська декларація Всесвітньої медичної асоціації «Етичні принципи медичних досліджень за участю людини у якості об'єкта дослідження» визначає, що медичні дослідження за участю людини в якості об'єкта дослідження мають проводитися тільки особами з відповідною науковою підготовкою та кваліфікацією. Дослідження на пацієнтах чи здорових добровольцях потребують контролю з боку компетентного лікаря чи іншого медичного працівника, що мають відповідну кваліфікацію.

Статтею 54 Конституції України усім громадянам гарантується свобода літературної, художньої, наукової та технічної творчості, захист інтелектуальної власності, їхніх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, які виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності.

Вчений виступає основним суб'єктом наукової діяльності. Закон України «Про наукову та науково-технічну діяльність» визначає вченого як фізичну особу, яка має вищу освіту ступеня магістра і проводить фундаментальні та (або) прикладні наукові дослідження й отримує наукові та (або) науково-технічні результа-

ти¹¹. Цей же закон наділяє вченого низкою прав, серед яких – право обирати форми, напрями й засоби наукової та науково-технічної діяльності відповідно до своїх інтересів, творчих можливостей і загальнолюдських цінностей. Таким чином законодавчо закріплена можливість вченого задовольнити свою наукову, творчу «жагу» до пізнання шляхом дозволу діяти відповідно до своїх інтересів та творчих можливостей.

Однак у сфері медико-біологічних досліджень на людині як міжнародним, так і національним законодавством встановлений беззаперечний пріоритет прав людини як об'єкта дослідження над правами людини як суб'єкта дослідження, пріоритет інтересів окремої особи над інтересами всього суспільства. Як зазначає О. Ю. Кашинцева, згаданий принцип віднайшов своє логічне продовження в принципі недоторканності антропологічної цілісності людини, зміст якого розкривається тріадою: недоторканність тілесної цілісності людини; недоторканність генетичного матеріалу людини; недоторканність душевної цілісності людини¹².

Можна припустити, що проводячи експеримент на самому собі, дослідник, сповнений бажанням досягти певного результату і прагнучи сповна реалізувати свої наукові ідеї, здатен піддати себе більшому ступеню ризику ніж особу пацієнта чи добровольця, може переступити через певні власні особисті немайнові права задля втілення своїх розробок і досягнення суспільно корисної мети. Чи є прийнятною така «жертвність» для сучасного суспільства?

З розвитком інформаційних технологій, посиленням глобалізаційних процесів нині спостерігається розширення сфери суспільного життя і певною мірою відхід від загальнолюдських цінностей. Сфера медицини і, особливо, медико-біологічні дослідження на людині, вкрай потребують дотримання норм професійної етики. Тому цілком логічним є те, що поєднання суб'єкта і об'єкта дослідження в одній особі концентрує в собі прямо протилежні інтереси та ще й може суперечити інтересам суспільства.

У ст. 2 Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини 1997 р. чітко визначено, що інтереси та благополуччя окремої людини превалюють над виключними інтересами усього суспільства або науки. Отже, яку б благородну мету не мав на увазі дослідник, проводячи експеримент на самому собі, все ж навіть таке дослідження повинно чітко окреслюватися рамками гуманності. Не може бути прийнятним для цивілізованого суспільства біомедичний експеримент, у якому об'єкт і суб'єкт дослідження поєднані в одній особі і коли така особа завдає значної шкоди власному здоров'ю, гідності, правам, навіть якщо такий експеримент приносить позитив науці та/або медичній практиці.

Попри те, що проводячи експеримент на самому собі дослідник свідомо йде на всі можливі пов'язані з цим ризики та наслідки, вважаємо за необхідне законодавчо врегулювати можливість випадків поєднання суб'єкта і об'єкта медико-біологічного дослідження в одній особі.

Врегулюючи це питання, не варто вдаватися і до інших правових крайнощів, таких як вимоги щодо недопущення випадків поєднання в одній особі суб'єкта і об'єкта дослідження. Це обґрунтовується тим, що будь-яка людина має право стати об'єктом медико-біологічного дослідження за власним бажанням і цього ж права не можна лишати і дослідника навіть в тому разі, коли він виступає суб'єктом дослідження. Але випадки, у яких суб'єкт і об'єкт дослідження збігаються, потребують особливої уваги і контролю. Тому було б доцільно прописати і закріпити в законодавстві конкретні умови проведення медико-біологічних досліджень у таких випадках. Ці умови можуть стосуватися, наприклад, обмеження проводити біомедичні експерименти на самому собі лише тоді, коли виявляється неможливим добровільно залучити до цього у якості об'єкта дослідження пацієнта чи добровольця або необхідності участі в медико-біологічному дослідженні, де суб'єкт і об'єкт поєднані в одній особі компетентного вченого-дослідника, котрий буде стежити за дотриманням етичних меж дослідження. Усе це, в разі необхідності, спонукатиме кожного вченого-відчайдуха вчасно зупинитися. Відповідно до міжнародно-правових стандартів вимагається адекватність сприйняття усіх ризиків, які можуть виникнути у разі збігу суб'єкта і об'єкта дослідження. Проводячи дослідження на самому собі, дослідник не повинен нехтувати загальнолюдськими цінностями навіть щодо самого себе. Інакше результат такого дослідження не може бути легітимізованим у науковому співтоваристві. У протилежному випадку суспільство кине виклик самому собі, адже невідомо, скільки вчених-лікарів, сповнених нестримним бажанням поглибитися у прогрес, готові переступити межу і які можуть бути наслідки.

У науковій літературі підкреслюється: на даний час у цивілізованому світі вважається законом, що новий метод діагностики і лікування хвороб, перш ніж буде рекомендований до практичного застосування, повинен пройти клінічне дослідження, тобто попереднє дослідження на людині. Метою такого дослідження є оцінка ефективності та безпеки призначення оптимальних доз лікарських засобів, устаткування та технологій¹³.

Цілком зрозуміло, що прогрес у медицині так чи інакше потребує медико-біологічних досліджень за участю людини в якості об'єкта дослідження. Та не зважаючи на це, сьогодні людство досягло якісно нового рівня свого розвитку та рівня суспільного існування, тієї форми буття, де людина та її інтереси стають стрижнем суспільства, держави, світу. Всі люди наділені особистими немайновими правами і згідно з ч. 3 ст. 269 Цивільного Кодексу України фізична особа не може відмовитися від особистих немайнових прав, а також не може бути їх позбавлена.

Етико-правова контроверсійність окресленої проблеми полягає в тому, що науково-технічний прогрес у сфері медицини повинен слугувати не лише інтересам суспільства в цілому, а й інтересам кожної окремої людини. Медико-біологічне дослідження на людині потребує особливого гуманного підходу. Жоден результат чи суспільна необхідність такого дослідження не можуть слугувати виправданням для надмірних ризиків, яким піддаються об'єкт і його права в силу того, що є неприйнятними для цивілізованого суспільства і

навіть тоді, коли об'єкт і суб'єкт дослідження збігаються. Такий підхід сповна втілює принцип поваги до особи і заохочує суспільство до захисту здоров'я і прав кожної людини.

¹ *Терешкевич Г. Т.* Інформована згода та експериментування над людиною / Г. Т. Терешкевич // Медичне право України: правовий статус пацієнтів в Україні та його законодавче забезпечення (генезис, розвиток, проблеми і перспективи вдосконалення) (м. Львів, 17–18 квітня 2008 р.) / упоряд. канд. юрид. наук І. Я. Сенюта, Х. Я. Терешко. – Л. : ЛОБФ «Медицина і право», 2008. – С. 334–341.

² *Кашинцева О.* Вплив етико-правових норм на легітимність наукового результату у сфері біомедичних досліджень / О. Кашинцева // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2014. – Вип. 6. – С. 13–20.

³ *Скляр П. П.* Становлення ідей гуманізму в національній системі освіти: історичний аспект / П. П. Скляр // Духовність особистості. – 2011. – Вип. 5. – С. 141–151.

⁴ *Стеценко С. Г.* Медичне право України : підруч. / С. Г. Стеценко, В. Ю. Стеценко, І. Я. Сенюта. – К. : Правова єдність. Всеукраїнська асоціація видавців, 2008. – С. 5, 7.

⁵ *Старко О.* Поняття та зміст права на життя / О. Старко // Історико-правовий часопис. – 2013. – № 1. – С. 55–59.

⁶ *Білокурська О. В.* Гідність людини в правовій теорії та практиці / О. В. Білокурська // Альманах права. – К. : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. – 2013. – Вип. 4. – С. 106–110.

⁷ *Підлісний Ю.* Гідність людської особи та деякі межові медичні практики / Ю. Підлісний // Документи єпархіальних соборів. – 2001–2002. – Т. 1.

⁸ *Васильєва Н. Г.* Поняття права на цілісність особистості та його міжнародно-правова характеристика / Н. Г. Васильєва // Проблеми законності. – 2008. – Вип. 94. – С. 225–231.

⁹ *Пожар О. М.* Сутність та зміст особистої недоторканності як суб'єктивного права громадян / О. М. Пожар // Актуальні проблеми держави і права. – 2012. – Вип. 64. – С. 137–145.

¹⁰ *Кучера Т.* Біоетика: огляд найактуальніших проблем / Т. Кучера // Університетська кафедра. – 2014. – № 3. – С. 67–91 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Ukaf_2014_3_9.pdf

¹¹ Про наукову та науково-технічну діяльність : Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1977-12>

¹² *Кашинцева О. Ю.* Наріжні проблеми захисту прав людини в сфері біології та медицини / О. Ю. Кашинцева // Право України. – 2009. – № 4. – С. 152–157.

¹³ *Лісовий В. М.* Біоетичні принципи випробувань лікарських засобів / В. М. Лісовий, В. В. М'ясоєдов, О. М. Ковальова. – Х. : ХНМУ, 2012. – С. 144.

Резюме

Омельченко О. П. Проблеми розмежування суб'єкта і об'єкта медико-біологічного дослідження.

Стаття розкидає проблеми медико-біологічних досліджень, у яких суб'єкт і об'єкт дослідження збігаються в одній особі. Автор акцентує увагу на правових та етичних аспектах самоекспериментування.

Ключові слова: медико-біологічні дослідження, людина як об'єкт дослідження, особисті немайнові права людини, медицина, загальнолюдські цінності.

Резюме

Омельченко О. П. Проблемы разделения субъекта и объекта медико-биологического исследования на человеке.

Статья раскрывает проблемы медико-биологических исследований, в которых субъект и объект исследования совпадают в одном лице. Автор акцентирует внимание на правовых и этических аспектах самоэкспериментирования.

Ключевые слова: медико-биологические исследования, человек как объект исследования, личные неимущественные права человека, медицина, общечеловеческие ценности.

Summary

Omelchenko O. The problems of distinguishing the researcher and participant of biomedical research.

The article is devoted to the problems of biomedical researcher in which the researcher and the participant coincided in one person. Author focuses attention on the legal and ethic aspects of self-experimentation.

Key words: biomedical researches, moral rights, human subject, medicine, human values.

Д. С. ЧЕРНЮК

Денис Сергійович Чернюк, студент III курсу Навчально-наукового інституту права Національного університету державної податкової служби України

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ЦІЛІСНОСТІ І НЕДОТОРКАНОСТІ УКРАЇНИ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ІЗ ЗАРУБІЖНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ

Нині питання національної безпеки України постає справжньою проблемою для держави. Події, які відбуваються в нашій державі, показують деяку недосконалість і законодавчої бази у сфері забезпечення національної безпеки, в тому числі кримінального. А так як саме територія є однією із головних ознак державності, на нашу думку, інститут посягання на територіальну цілісність та недоторканість України потребує детального вивчення.

У ч. 3 ст. 2 Конституції України зазначено: «Територія України в межах існуючого кордону є цілісною і недоторканою, визначається неможливістю посягання на територіальну цілісність і недоторканість України»¹.

У разі скоєння суспільно небезпечних винних дій, які порушують вищезазначену конституційну норму, особу, що їх вчинила притягують до кримінальної відповідальності, передбаченою ст. 110 Кримінального кодексу України².

Територія України, на яку можуть бути направлені протиправні дії, окреслена державним кордоном України, який визначається Конституцією та законами України, а також міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Державний кордон України є лінія і вертикальна поверхня, що проходить по цій лінії, які визначають межі території України – суші, вод, надр, повітряного простору³.

На нашу думку, ст. 110 Кримінального кодексу України (далі – ККУ) є актуальною в процесі охорони основ національної безпеки України, але потребує модернізації.

Стаття 110 ККУ складається із трьох частин, диспозиції яких розроблені на високому рівні, адже містять добре описані ознаки посягання на територіальну цілісність та недоторканість України.

Наприклад, у Кримінальному кодексі Російської Федерації передбачена відповідальність лише за заклики до вчинення дій, направлених на порушення територіальної цілісності цих держав, самі ж дії, направлені на досягнення цієї мети, спеціально уповноважені служби, очевидно, кваліфікують за іншими статтями.

Так в диспозиції ст. 280-1 Кримінального кодексу Російської Федерації передбачено:

«Стаття 280-1. Публічні заклики до здійснення дій, спрямованих на порушення територіальної цілісності Російської Федерації.

1. Публічні заклики до здійснення дій, спрямованих на порушення територіальної цілісності Російської Федерації.

2. Ті ж діяння, вчинені з використанням засобів масової інформації або електронних або інформаційно-телекомунікаційних мереж (включаючи мережу «Інтернет»)»⁴.

У Кримінальному кодексі Республіки Польща, навпаки, у диспозиціях статті, що передбачає посягання на територіальну цілісність держави, передбачено лише відповідальність за дії, направлені на досягнення цієї мети і не зазначена відповідальність за заклики до таких дій:

«Стаття 127. § 1. Хто, маючи на меті позбавлення незалежності, відокремлення частини території або насильницьку зміну конституційного ладу Республіки Польща, вживає у змові з іншими особами діяльність, безпосередньо спрямовану на здійснення цієї мети»⁵.

У Кримінальному кодексі Грузії, а саме у ст. 308, також не передбачена відповідальність за заклики до зміни території держави, але чітко зазначені наслідки таких дій правопорушників:

«Стаття 308. Порушення територіальної недоторканості Грузії.

1. Дії проти Грузії, спрямовані на передачу іноземній державі всієї території Грузії або частини або відділення від території Грузії її частини...

2. Ті самі діяння, що спричинили втрату всієї території Грузії або її частини або інші тяжкі наслідки»⁶.

Якщо порівнювати диспозиції ст. 110 ККУ та відповідні диспозиції статей кримінального законодавства інших країн, де передбачені посягання на територіальну цілісність цих держав, то можна зробити висновок, що в нашій державі до даного злочину ставляться більш серйозно, а наш законодавець підійшов більш відповідально до зазначеного злочину. Але даний злочин розглянутий не з усіх можливих боків. Недосконалою, ми вважаємо, є диспозиція ч. 2 ст. 110 ККУ, в якій зазначено: « 2. Ті самі дії, якщо вони вчинені особою, яка

є представником влади, або повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або поєднані з розпалюванням національної чи релігійної ворожнечі».

У даній диспозиції як кваліфікуючу ознаку передбачили вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб, ігноруючи при цьому інші форми співучасті у злочині, а саме: група осіб, організована група та злочинна організація. Виходячи із зазначеного вище можна зробити висновок, що у випадку вчинення злочину в інших формах співучасті, відмінних від вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою, співучасники будуть нести відповідальність за ч. 1 ст. 110 ККУ, хоч і з обтяжуючими обставинами. Тому необхідно переробити диспозицію ч. 2 ст. 110 ККУ для усунення зазначеного недоліку шляхом включення усіх форм співучасті, передбачених ст. 28 ККУ, у диспозицію, але для уникнення переліку усіх форм співучасті, на нашу думку, необхідно об'єднати їх у наступну кваліфікуючу ознаку – вчинення злочину у формах співучасті, передбачених ст. 28 ККУ.

Отже, пропонуємо диспозицію ч. 2 ст. 110 ККУ у наступній редакції: «2. Ті самі дії, якщо вони вчинені особою, яка є представником влади, або повторно, або у формах співучасті, передбачених ст. 28 цього Кодексу, або поєднані з розпалюванням національної чи релігійної ворожнечі».

У санкціях ст. 110 ККУ містяться значні міри покарань за посягання на територіальну цілісність та недоторканність України, зокрема в ч. 1 ст. 110 ККУ за умисні дії, вчинені з метою зміни меж території або державного кордону України на порушення порядку, встановленого Конституцією України, а також публічні заклики чи розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення таких дій, – караються позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років з конфіскацією майна або без такої, тобто ступінь тяжкості злочину законодавець визначив як злочин середньої тяжкості. Вчинення цих же діянь з кваліфікуючими ознаками (ч. 2 ст. 110 ККУ), – караються позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років з конфіскацією майна або без такої, тобто ступінь тяжкості злочину законодавець визначив як тяжкий злочин. Вчинення цих же діянь з особливо кваліфікуючими ознаками (ч. 3 ст. 110 ККУ), – караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі конфіскацією майна або без такої, тобто ступінь тяжкості злочину законодавець визначив як особливо тяжкий злочин⁷.

Порівнюючи відповідальність за злочини, направлені на зміну території держави за ККУ та інших країн, можна зробити висновок, що небезпечність даного злочину оцінюється приблизно однаково.

Ми вважаємо, що санкції ст. 110 ККУ містять недостатню міру покарання, адже ступінь тяжкості такого небезпечного діяння загрожує загалом існуванню нашої Батьківщини і повинні відображати адекватну реакцію держави на дані дії. Ще одним недоліком санкцій даної статті, на нашу думку, є невизначена позиція держави з питання застосування до правопорушника додаткового покарання. В усіх трьох частинах ст. 110 ККУ в якості додаткового покарання вказано конфіскацію майна, але не вказано, яка саме частина майна підлягає конфіскації і зазначено, що така конфіскація може й не застосовуватися, хоча, особи, які мають намір вчинити або вчиняють злочини, передбачені вказаною статтею ККУ, повинні чітко усвідомлювати, які каральні заходи до них будуть застосовані з боку держави.

Отже, на наш погляд, злочин, передбачений ч. 1 ст. 110 ККУ необхідно кваліфікувати як тяжкий злочин, відповідно передбачити основне покарання у вигляді позбавлення волі від п'яти до десяти років та додаткове покарання у вигляді конфіскації 2/3 майна правопорушника та позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного рангу та довічним позбавленням права у майбутньому займати державні посади. А ознаки злочину, що зазначені в диспозиціях ч. 2 та ч. 3 ст. 110 ККУ, кваліфікувати як особливо тяжкі злочини і передбачити основне покарання у вигляді позбавлення волі від десяти до двадцяти років та додаткове покарання у вигляді конфіскації 3/4 майна правопорушника та позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного рангу та довічним позбавленням права у майбутньому займати державні посади. При цьому, за злочин, передбачений ч. 3 ст. 110 ККУ, необхідно встановити основним покаранням абсолютно визначену санкцію у вигляді довічного позбавлення волі та додаткове покарання у вигляді конфіскації всього майна, що належить правопорушнику та позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного рангу.

У зв'язку з внесенням зазначених вище змін до ККУ, а саме переробленням та доповненням ст. 110 ККУ, необхідно доповнити ст. 55 ККУ частиною 4 у наступній редакції:

«Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю може бути призначене як основне або додаткове покарання довічно як до осіб, які займали такі посади на момент вчинення злочину, так і до осіб, які не займали такі посади на момент вчинення злочину з метою недопущення до участі в управлінні державними справами осіб, які своїми діями чи бездіяльністю здійснювали заходи (та/або сприяли їх здійсненню), що передбачені ст. 110 Особливої частини Кримінального кодексу України».

Після проведення зазначених реформ, ми розраховуємо на досягнення наступних результатів:

– по-перше, підвищення міри покарання повинно поліпшити попередження даного злочину через залякування настанням значних обмежень особи, яка його вчинила.

– по-друге, у разі скоєння злочину, санкції ст. 110 ККУ покажуть необхідну негативну оцінку цьому діянню з боку держави та реальне прагнення влади перевиховати суб'єкта злочину.

– по-третє, ці заходи підкреслять справжню цінність територіальної цілісності та недоторканості України.

¹ Конституція України. Офіційний сайт Верховної Ради України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>

² Кримінальний кодекс України. Офіційний сайт Верховної Ради України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/para698#n698>

³ Закон України «Про державний кордон України». Офіційний сайт Верховної Ради України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1777-12>

⁴ Кримінальний кодекс Російської Федерації. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://base.garant.ru/10108000/30/#block_2029

⁵ Кримінальний кодекс Республіки Польщі. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1246817&subID=100110056,100110011,100110079,100110352#text>

⁶ Кримінальний кодекс Грузії. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1241370&subID=100095257,100095259,100095270,100095675,100095680#text>

⁷ Кримінальний кодекс України. Офіційний сайт Верховної Ради України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/para698#n698>

⁸ Кримінальний кодекс Російської Федерації. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://base.garant.ru/10108000/30/#block_2029

⁹ Кримінальний кодекс Республіки Польщі. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1246817&subID=100110056,100110011,100110079,100110352#text>

¹⁰ Кримінальний кодекс Грузії. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1241370&subID=100095257,100095259,100095270,100095675,100095680#text>

Резюме

Чернюк Д. С. Кримінально-правове забезпечення територіальної цілісності і недоторканості України: порівняльний аналіз із зарубіжним законодавством.

Проаналізовані норми кримінального права, присвячені посяганням на територіальну цілісність і недоторканість України, в системі злочинів проти основ національної безпеки України. Порівняні диспозиції та санкції норм зарубіжного кримінального законодавства, в яких йдеться про посягання на територіальну цілісність та недоторканість держави з відповідними нормами вітчизняного права. Визначені недоліки інституту та запропоновані шляхи їх вирішення. Зазначені очікувані результати реформування інституту посягання на територіальну цілісність та недоторканість України.

Ключові слова: дії, спрямовані на зміну меж території України; кримінальна відповідальність за посягання на територіальну цілісність і недоторканість України, міра покарання, посягання на територіальну цілісність і недоторканість України, територія України.

Резюме

Чернюк Д. С. Уголовно-правовое обеспечение территориальной целостности и неприкосновенности Украины: сравнительный анализ с зарубежным законодательством.

Проанализированы нормы уголовного права, посвященные посягательствам на территориальную целостность и неприкосновенность Украины в системе преступлений против основ национальной безопасности Украины. Сравнены диспозиции и санкции норм зарубежного уголовного законодательства, в которых говорится о посягательстве на территориальную целостность и неприкосновенность государства с соответствующими нормами отечественного права. Определены недостатки института и предложены пути их решения. Указаны ожидаемые результаты реформирования института посягательства на территориальную целостность и неприкосновенность Украины.

Ключевые слова: действия, направленные на изменение границ территории Украины; уголовная ответственность за посягательство на территориальную целостность и неприкосновенность Украины, мера наказания, посягательство на территориальную целостность и неприкосновенность Украины, территория Украины.

Summary

Chernyuk S. Criminal-legal ensuring of territorial integrity and inviolability of Ukraine: comparative analysis with foreign legislation.

In the article are analyzed the criminal law norms which are devoted to the infringement on territorial integrity and inviolability of Ukraine in the crimes against national security of Ukraine. There are compared dispositions and sanctions of foreign criminal law standards, which deal with the infringement on the territorial integrity and inviolability of state with the relevant rules of domestic law. Were identified drawbacks of the institution and proposed main solutions to problems. There were also specified results of the reform of the infringement on the territorial integrity and inviolability of Ukraine institution.

Key words: actions aimed at changing the borders of Ukraine, criminal liability for an encroachment on territorial integrity and inviolability of Ukraine, the penalty, infringement of the territorial integrity and inviolability of Ukraine, territory of Ukraine.

О. Г. КУЛИК

Олександр Георгійович Кулик, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувач науково-дослідної лабораторії кримінологічних досліджень та проблем запобігання злочинності Державного науково-дослідного інституту МВС України

АНТИКОРУПЦІЙНА СТРАТЕГІЯ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЙНІЙ ЗЛОЧИННОСТІ В УКРАЇНІ: НАУКОВИЙ ПОГЛЯД СУЧАСНИКА*

Корупція на сьогодні є однією з найгостріших соціально-економічних проблем України. Вона перебуває в центрі уваги політиків, правоохоронців, ЗМІ та населення. Високий рівень корупції в Україні завдає значної шкоди суспільству і державі. По-перше, це призводить до падіння авторитету органів державної влади всіх рівнів, яке має своїми наслідками зменшення ефективності управління, зниження дисципліни в усіх сферах суспільного життя, розповсюдження випадків свавільної поведінки та альтернативних недержавних форм розв'язання конфліктних ситуацій. По-друге, корупційні прояви за умови їх значного поширення завдають величезної матеріальної та моральної шкоди широкому колу громадян, негативно позначаються на економічній діяльності суб'єктів господарювання, особливо недержавних форм власності. По-третє, корупція в правоохоронній сфері зменшує дієвість боротьби зі злочинністю, тим самим сприяє погіршенню кримінальної ситуації в країні. По-четверте, як вказують зарубіжні урядовці та бізнесмени, саме поширення корупції є однією з основних перешкод для розвитку нормальних економічних відносин України з іншими державами, причиною їх небажання вкладати значні інвестиції у вітчизняну економіку. Сказане свідчить, що пошук ефективних шляхів протидії корупційній злочинності в Україні є актуальним завданням для нашого суспільства.

В українській кримінології та інших дисциплінах вже багато зроблено в сфері дослідження корупції. Достатньо згадати роботи М. І. Мельника, В. Д. Гвоздецького, М. І. Хавронюка, Є. В. Невмержицького, Є. Д. Скуліша тощо. Але таке комплексне дослідження кримінологічних проблем протидії корупційній злочинності в Україні в сучасний період здійснено в юридичній науці вперше. Все це свідчить про актуальність і високу суспільну значимість наукової монографії О. Ю. Бусол.

Обґрунтованість положень, сформульованих у монографії О. Ю. Бусол, підтверджується наявністю в ній ретельного аналізу великої кількості літературних джерел із різних галузей науки. Особливо слід відмітити використання здобувачем значної кількості робіт зарубіжних авторів, а також нормативних актів інших країн, що забезпечило глибший підхід до вирішення проблеми, врахування широкого світового досвіду протидії корупції. Положення та висновки, сформульовані та викладені автором, ґрунтуються на конституційних, законодавчих та підзаконних нормативно-правових актах, які визначають засади протидії корупції в Україні.

У процесі аналізу та оцінки сформульованих раніше наукових положень фахівців з кримінології та кримінального права автор уміло використовує ті з них, з якими погоджується, і обґрунтовано, дотримуючись етики наукових дискусій, критикує твердження, які вважає недостатньо розробленими чи аргументованими.

Висока ступінь наукової обґрунтованості результатів виконаного дослідження забезпечується за рахунок використання широкого кола загальнонаукових та спеціально-наукових методів пізнання, які відповідають меті дослідження.

Монографія ґрунтується на цікавому та різноманітному емпіричному матеріалі, який складається зокрема з результатів анкетування автором 335 атестованих працівників органів внутрішніх справ та 680 громадян різних регіонів, професій і соціальних груп щодо з'ясування причин корупції, відповідно, в правоохоронних органах та в медичних закладах системи охорони здоров'я України; матеріалів судової практики.

Серед найбільш вагомих нових наукових положень, що містяться в роботі, слід виділити наступні.

На основі аналізу історії розвитку наукових досліджень корупції та протидії їй, доробків вчених щодо понятійно-термінологічного апарату досліджуваної проблеми автором сформульовано низку кримінологічних та законодавчих понять у цій сфері, які узагальнено у Висновках.

© О. Г. Кулик, 2015

* Рецензія на кн.: Бусол О. Ю. Протидія корупційній злочинності в Україні у сучасний період : монографія / О. Ю. Бусол. – К. : Ін Юре, 2014. – 564 с. – Бібліогр. : С. 500–557.

У розділі 1 на основі ґрунтовного аналізу численних наукових джерел дається авторське визначення протидії корупції як системи правових, організаційних, соціальних, ідеологічних, психологічних заходів, які проводяться як на державному, так і на локальному рівнях, комплексно або окремо, з метою мінімізації небезпечного впливу корупційних проявів на розвиток суспільства. Цілком слушною є пропозиція автора включити це визначення до Закону України «Про запобігання корупції».

На основі детального дослідження існуючих у світі моделей корупції та ситуації з корупцією в Україні О. Ю. Бусол робить важливий для побудови оптимальної стратегії протидії корупції висновок, що в нашій країні існує модель корупції країн колишнього соціалістичного табору, що є частиною «суспільного договору», з проявами азіатської (традиційної) моделі, яка за період незалежної української держави еволюціонувала до чітких рис олігархічної моделі.

Автор спеціально дослідила проблему оптимального вимірювання корупції, яке здійснюється за допомогою соціальних індикаторів або індексів (кількісний показник), та її оцінювання, тобто узагальнення результатів виміру та надання відповідної оцінки щодо корупції, формулювання висновків тощо (якісний показник). Ключовими критеріями для оцінювання визначено: реальний стан корупції (поширеність), сприйняття корупції населенням, ефективність заходів протидії корупції. Слід відмітити об'єктивну і зважену оцінку автором численних індексів корупції, які використовуються у світі, зокрема індексу Transparency International.

У розділі 2 докладно розглядається розвиток нормативно-правової бази антикорупційної діяльності за час незалежності держави і визначаються такі її основні риси, як формальний підхід, декларативність, непослідовність, заполітизованість. Цей висновок є край важливим, оскільки він свідчить про суттєві недоліки у державній антикорупційній політиці. Окремо розглянуто проблему антикорупційної експертизи проєктів нормативно-правових актів, сформульовано ряд важливих пропозицій щодо покращення нормативно-правової бази та методики її проведення.

У монографії в розділі 3 розкрито специфіку організованої корупційної злочинності як окремого прояву корупції. Обґрунтовується введення в науковий обіг поняття «організована корупційна злочинність» як статистично обумовлена сукупність злочинних діянь осіб і груп, які відповідно до кримінального закону є корупційними злочинами та кваліфікуються за ознаками, притаманними організованій злочинній групі та злочинній організації.

За результатами аналізу корупційних загроз національній безпеці України доведено, що корупцію слід вважати загрозою національній безпеці України та порушенням прав і свобод людини не лише у сфері державної безпеки, але й в інших сферах, передбачених у Законі України «Про основи національної безпеки України». Запропоновано внести до цього Закону відповідні зміни.

У розділі 4 дається розгорнута характеристика виявленої та фактичної корупції в органах прокуратури, внутрішніх справ, судах, медичних закладах системи охорони здоров'я. Змістовний і різноплановий емпіричний матеріал щодо поширеності корупції в різних сферах суспільного життя проаналізовано в розділі 5. Визначені специфічні чинники поширення корупції у зазначених сферах та визначені заходи ефективного протидії їй. При цьому автор активно використовує як запозичену, так і масштабну власну емпіричну інформацію.

У розділі 6 роботи визначені стратегічні напрями протидії корупції в країні. У процесі дослідження виділено значимі чинники (критерії) протидії корупційній злочинності в окремих зарубіжних державах, за якими можна порівнювати ефективність їх впливу на загальний рівень корупції. На цій основі, зокрема встановлено: незначну ефективність наявності спеціалізованих антикорупційних органів та етичних стандартів державних службовців для запобігання вчиненню корупційних діянь; пряму залежність між економічним рівнем розвитку держави та рівнем корупції в країні (чим вище такий рівень, тим менший рівень корупції); необхідність кримінальної відповідальності за корупційні діяння як ефективного чинника протидії цьому явищу; важливість залучення населення і громадських організацій, політичної волі уряду для мінімізації корупції в країні.

Автор визначає ряд шляхів підвищення ефективності національної антикорупційної стратегії – створення координуючих і моніторингових органів, забезпечення реальної участі громадянського суспільства в протидії корупційній злочинності. У монографії доводиться, що ефективна стратегія протидії корупційній злочинності має поєднувати законодавчі заходи, здійснення кримінального судочинства та просвітницьких методів, спрямованих на підвищення соціальної культури громадян.

Заслужують на увагу наукової громадськості розкриті автором проблеми вдосконалення заходів протидії корупційній злочинності на державній службі та використання потенціалу окремих інститутів громадянського суспільства в Україні (розділи 7 і 8).

Наукове та практичне значення результатів монографічного дослідження полягає у тому, що сформульовані у ньому теоретичні положення є достовірними і завершеними. Висновки, пропозиції та рекомендації, викладені в роботі, можуть бути використані: у практичній діяльності Ради національної безпеки і оборони України при плануванні заходів щодо протидії корупційній злочинності; у науково-дослідній діяльності при дослідженні відповідної тематики; у законотворчій діяльності, спрямованій на протидію корупційній злочинності в Україні; у навчальному процесі під час викладання відповідних розділів курсу кримінології.

Високо оцінюючи монографічне дослідження О. Ю. Бусол, слід вказати на його окремі недостатньо аргументовані положення, спірні оцінки і пропозиції.

Монографія ґрунтується на цікавій та різноплановій емпіричній базі, але в ній не наведено ряд деяких важливих відомостей, необхідних для належної оцінки читачем результатів цих емпіричних досліджень. Зокрема, не вказано параметри генеральної сукупності, спосіб формування вибірок, ступінь репрезентативності отриманих даних.

Автор обґрунтовує введення в науковий обіг поняття «організована корупційна злочинність», розглядаючи його як «різновид економічної злочинності». Підтримуючи введення даного терміна, ми вважаємо, що визначення його як різновиду саме економічної злочинності не виправдано його звукує. Адже існує цілий ряд організованих корупційних угруповань, яке діють поза сферою економіки і не вчиняють економічних злочинів.

Деякі пропозиції автора щодо внесення змін до нормативно-правових актів виглядають недостатньо аргументованими. Зокрема це стосується критики назви Закону України «Про запобігання корупції», яка на думку автора, не відповідає його змісту, адже є констатацією заперечення існування корупційної злочинності в Україні. На нашу думку, така критика є надмірною. У кримінології формулювання запобігання злочинності, зокрема корупційним злочинам, є усталеним і розуміється як діяльність, спрямована на недопущення вчинення нових злочинів.

О. Ю. Бусол запропоновано визначення та включення до статті 1 Закону України «Про запобігання корупції» терміна «суб'єкти протидії корупції». Нам здається, що віднесення до суб'єктів протидії корупції всіх фізичних та юридичних осіб, які вживають заходи з метою мінімізації корупції, робить це визначення надто широким і розпливчастим. Цей припис не може означати покладання на фізичних та юридичних осіб спеціальних прав чи обов'язків в цій сфері. З іншого боку, всі вони і так у встановлених законодавством межах мають право вчинювати дії антикорупційного характеру.

У цілому рецензована робота є самостійною та завершеною науковою працею, яка до того ж має певну історичну цінність завдяки охопленню нею періоду розбудови незалежної України. Основні положення, викладені в монографії, можна побачити в попередніх наукових публікаціях О. Ю. Бусол. Тож рецензована книга є логічним підсумком багаторічної роботи автора над тематикою протидії корупційній злочинності в Україні.

Монографія Бусол Олени Юріївни «Корупційна злочинність в Україні у сучасний період», безумовно, є суттєвим внеском у розвиток вітчизняної кримінології.

I. О. КРЕСІНА

Ірина Олексіївна Кресіна, доктор політичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, завідувач відділу правових проблем політології Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

ЖИТИ ВІЛЬНИМ АБО ПОМЕРТИ*

«Жити вільним або померти» – це безальтернативна настанова Українського народу в його тисячолітній боротьбі за вільну, соборну, самостійну державу, це дух Майдану під час Революції Гідності, це доленосний імператив українських патріотів – воїнів та волонтерів у нинішній російсько-українській війні. І ці слова з виступу Президента України Петра Порошенка у Конгресі США зірвали бурхливі оплески американських конгресменів. І цей імператив фактично визначає сутність і спрямованість зусиль нашого суспільства і держави для забезпечення інтересів нації, її безпеки, територіальної цілісності й суверенітету.

В умовах агресії і окупації Російською Федерацією Автономної Республіки Крим – невід'ємної складової Української держави особливої актуальності набуває наукове осмислення кримської проблематики в контексті забезпечення національної безпеки України, причин того її стану, за якого сталася окупація Криму, вироблення наукових підходів до формування державної стратегії деокупації півострова, відновлення правового статусу Автономної Республіки Крим і міста Севастополя в складі єдиної, соборної, унітарної Української держави. Виконання цього вкрай важливого завдання передбачає міцне опертя на документальну, широку джерельну базу, її систематизацію і переосмислення.

Саме такою базою і став п'ятитомний збірник документів і матеріалів, систематизованих у хронологічному й тематичному порядку щодо політики безпеки в її кримському векторі. Це архівні документи, акти української і кримськотатарської державності, міжнародно-правові акти, судові рішення, матеріали діяльності громадських організацій, політичних партій, наукові публікації тощо. За обсягом охоплених документів і матеріалів даний збірник є унікальним у вітчизняній документалістиці. Як зазначають упорядники

© I. О. Кресіна, 2015

* Національна безпека України: кримський вектор: збірник документів і матеріалів (1917–2014 рр.); у 5 ч. / упоряд.: Л. Рябошапка, І. Вдовичин, В. Гринчак, А. Луцький, І. Том'юк; за ред. Л. Рябошапка, А. Луцького. – Л.: Ліга-Прес, 2015. – Ч. 1. – 904 с.; Ч. 2. – 732 с.; Ч. 3. – 828 с.; Ч. 4. – 760 с.; Ч. 5. – 772 с.

цього видання, представлення документів і матеріалів у міжнародному, правовому, історичному, культурному, соціологічному, психологічному вимірах створює додаткові підстави для продовження змістовного аналізу проблематики національної безпеки, а це, у свою чергу, передбачає формування більш дієвого механізму реалізації окремих напрямів державної політики з питань національної безпеки, визначення збалансованої конституційної моделі територіальної організації влади.

Без сумніву, виданням цього збірника колектив упорядників (доктор юридичних наук Л. Рябошапка, доктор політичних наук І. Вдовичин та ін.) дав науковцям, державним діячам і службовцям колосальну можливість розбудувати систему національної безпеки України на основі демократичних європейських принципів, на засадах гуманізму, патріотизму і верховенства права. Шкода лише, що наклад цього унікального видання (30 примірників) робить його бібліографічною рідкістю. А тому хочеться низько вклонитися упорядникам за їхню подвижницьку працю й одночасно побажати їм належної уваги з боку урядовців до надзвичайно цінного джерела мудрості й державницького досвіду та збільшення накладу для розширення кола небайдужих, свідомих і рішучих у відстоюванні національних інтересів читачів.

Всеукраїнський семінар «Роль навчально-реабілітаційних центрів у створенні регіонального та корекційно-реабілітаційного освітнього простору для дітей з особливими освітніми потребами»

18–19 вересня 2015 р. у м. Львові, у будівлі Національної академії наук України, відбувся Всеукраїнський семінар «Роль навчально-реабілітаційних центрів у створенні регіонального та корекційно-реабілітаційного освітнього простору для дітей з особливими освітніми потребами».

У рамках семінару проводився круглий стіл на тему «Актуальні питання соціально-правового захисту та реабілітації осіб з обмеженнями життєдіяльності в країнах Центрально-Східної Європи». Співорганізаторами заходу виступили Київський університет права НАН України, Всеукраїнська громадська організація «Наукове товариство інвалідів «Інститут соціальної політики», кафедра ортопедагогіки та реабілітології Інституту корекційної педагогіки та психології Національного педагогічного університету ім. М. П. Драгоманова.

З вітальними словами до присутніх звернулися ректор Київського університету права, професор, заслужений юрист України Ю. Л. Бошицький та доктор педагогічних наук, професор, начальник Управління ліцензування, акредитації та нострифікації Міністерства освіти і науки України, президент Всеукраїнської громадської організації «Наукове товариство інвалідів «Інститут соціальної політики» А. Г. Шевцов та наголосили на значимості та актуальності розв'язання теоретико-прикладних освітніх, соціальних та правових проблем захисту та реабілітації осіб з обмеженнями життєдіяльності. Основною метою проведення семінару було з'ясування ключових концептуальних теоретичних та прикладних питань, пов'язаних із створенням регіонального та корекційно-реабілітаційного освітнього простору для дітей з особливими освітніми потребами; здійсненням порівняльного аналізу соціально-правового забезпечення, освіти та реабілітації дітей та дорослих з інвалідністю в країнах Центрально-Східної Європи і започаткування нових міжнародних проєктів та досліджень у цій сфері; обмін досвідом у практичній роботі з проблем роботи з дітьми з обмеженнями життєдіяльності.

На заході були присутні почесні гості: директор Інституту українознавства ім. І. Крип'якевича НАН України М. Р. Литвин, директор Державної установи «Інститут регіональних досліджень ім. М. І. Долішнього НАН України» В. С. Кравців, заступник голови Громадської ради при Львівській обласній державній адміністрації І. В. Гарат.

У роботі заходу взяли участь провідні представники наукової спільноти Київського університету права НАН України: д.ю.н., доцент, в.о. завідувача кафедри конституційного, адміністративного, господарського права та процесу Н. О. Армаш; д.ю.н., професор, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, завідувач кафедри кримінального права та процесу О. О. Кваша; к.ю.н., доцент, професор кафедри кримінального права та процесу П. Д. Біленчук; к.ю.н., доцент кафедри цивільного та трудового права С. С. Петрачкович, які у своїх виступах зверталися до різноманітних аспектів ефективності соціально-правового захисту осіб з обмеженнями життєдіяльності, висловили свої міркування та пропозиції щодо удосконалення нормативної регламентації окресленої сфери відносин.

Семінар відбувся на високому організаційному та науково-теоретичному рівнях, у дусі жвавих дискусій та великим зацікавленням присутніх до обраної проблематики науково-практичного заходу.

По завершенню заходу відбулось нагородження учасників сертифікатами.

Науковий семінар «Розвиток відносин цивільно-правової відповідальності в сучасній Україні»

До Дня юриста кафедра цивільного та трудового права спільно з сектором інтелектуальної власності та інноваційних технологій КУП НАНУ провели засідання наукового семінару «Розвиток відносин цивільно-правової відповідальності в сучасній Україні». Зі вступним словом виступив ректор університету, професор Ю. Л. Бошицький, який звернув увагу на нагальну потребу наукового й методичного опрацювання вузлових питань юридичної науки та зокрема цивільного права. Це має не тільки державне, а й міждержавне значення. Зокрема колеги із Грузії запропонували університету тісну співпрацю щодо розробки наріжних проблем цивільного права і права інтелектуальної власності.

Модератором семінару був професор Р. Б. Шишка, який водночас торкнувся проблеми розмежування акцесорних та деліктних зобов'язань в цивільно-правовій відповідальності. Далі з доповідями виступили викладачі кафедри цивільного і трудового права:

– к.ю.н., професор В. О. Десятник «Щодо підстави цивільно-правової відповідальності»;

- к.ю.н., доцент М. М. Великанова «Відповідальність сторін за договором на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських і технологічних робіт»;
 - ст. науковий співробітник М. Д. Пленюк «Проблеми цивільно-правової відповідальності за договором»;
 - к.ю.н. В. О. Кожевникова «Правові наслідки невиконання сторонами договору сурогатного материнства»;
 - к.ю.н. О. А. Рассомахіна «Порушення прав на торговельні марки шляхом використання позначень в мережі Інтернет та відповідальність за них»;
 - к.ю.н. М. О. Гузеват «Цивільно-процесуальна відповідальність за порушення земельного законодавства»;
 - к.ю.н. В. С. Різник «До питання про значення категорії «цивільно-правова відповідальність» як законодавчої та науково-теоретичної категорії»;
 - к.ю.н. В. В. Кочин «Особливості цивільно-правової відповідальності юридичних осіб приватного права»;
 - магістр Ю. В. Мойсеєнко «Проблеми потенційного зловживання правом при застосуванні процедури захисту права суб'єктами права інтелектуальної власності»;
- З доповідями виступили також студенти університету: В. Бондар, В. Бондар, Б. Поліщук, В. Горелова, М. Зам'ятін, В. Буфан, В. Туровська, Б. Третьяков, О. Осипенко та інші.

Круглий стіл на тему: «Понятійне співвідношення «народів» та «націй»»

6 жовтня 2015 р. кафедра міжнародного права та порівняльного правознавства за участю студентів – магістрів факультету «Правознавство та міжнародні відносини» організувала та провела круглий стіл на тему: «Понятійне співвідношення «народів» та «націй»: міжнародне право та законодавства провідних країн світу» під керівництвом к.ю.н., доцента кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства КУП НАНУ Е. В. Тітко та к.ю.н., доцента кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства КУП НАНУ О. О. Харчука.

Із вступним словом до присутніх звернулася Е. В. Тітко, яка наголосила на актуальності даної тематики, звернувши особливу увагу на особливості тлумачення понять «народ» та «нації» в теорії міжнародного права.

У рамках роботи круглого столу учасники торкалися таких проблем: визначення і співвідношення понять «нації» та «народ», визначення основних прав націй (фізичні, етнічні, культурні, економічні, політичні права), питань міжнародно-правового механізму забезпечення і захисту прав націй і народів, питання тлумачення та розуміння «Українського народу» відповідно до Конституції України та чинного законодавства.

Під час обговорення проблемних питань круглого столу учасники відзначилися високим науковим рівнем ведення дискусій і виступили з доповідями, підготовленими на високому науково-теоретичному рівні. Варто відзначити, що серед представлених доповідей науковий інтерес становили доповіді: Олександра Білого («Міжнародно-правовий механізм забезпечення і захисту прав націй і народів відповідно до положень Статуту ООН та Резолюції 1514 ГА ООН «Право народів та націй на самовизначення»); Катерини Озерової («Міжнародно-правовий захист прав націй і народів у контексті положень Конвенції про запобігання злочинів геноциду та покарання за нього, 1948 р.» та «Декларації ООН про право на розвиток, 1986 р.»); Інни Сусли («Міжнародно-правовий механізм забезпечення і захисту прав націй і народів відповідно до Декларації про принципи міжнародного права, що стосуються усіх дружніх відносин і співробітництва, 1970 р.»); Ірини Розпашнюк («Міжнародно-правове регулювання права народів на мир у контексті положень Декларації про надання незалежності колоніальним країнам і народам 1960 р.»).

Круглий стіл на тему: «Проблеми кримінальної юстиції в контексті конституційної реформи в Україні: актуальні питання кримінального права, кримінального процесу та криміналістики»

7 жовтня 2015 р. кафедрою кримінального права та процесу було проведено засідання круглого столу на тему: «Проблеми кримінальної юстиції в контексті конституційної реформи в Україні: актуальні питання кримінального права, кримінального процесу та криміналістики». У засіданні взяли участь досвідчені практичні працівники Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, професорсько-викладацький склад, докторанти, аспіранти, магістри та студенти КУП НАН України та інших вузів України. Зокрема, начальник науково-експертного управління Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ Р. Ш. Бабанли, який всебічно охарактеризував стан теоретичних розробок і практичних новацій у галузі науки кримінального і кримінально-виконавчого права; завідувач кафедри кримінального права і процесу Київського університету права НАН України, доктор юридичних наук, професор О. О. Кваша, яка чітко визначила основні сучасні пріоритети розвитку науки кримінального права і процесу та криміналістики в контексті реальної кримінальної ситуації новітніх загроз, ризиків і небезпек, пов'язаних із ситуацією на сході нашої держави. Було заслухано ряд наукових повідомлень, зокрема: Віталій Бондар розкрив проблеми реалізації конституційних засад рівності сторін у кримінальному судочинстві

України; Вікторія Ярова висвітлила питання процесуального закріплення даних, отриманих за допомогою поліграфа, Ганна Дерев'яно розглянула Конституцію України як джерело кримінального права. Цікавими були доповіді Юлії Гладкої, яка присвятила свій виступ медіації як позасудовому способу вирішення спорів, Аліни Свистун, яка визначила суперечності між Конституцією України та Кримінальним кодексом України та Колеснік Ірини, яка розглянула питання конституційних принципів у нормах Кримінального кодексу України. Також яскраво виступив Шалієвський Дмитро, який зазначив критерії допустимості доказів у механізмі кримінальної юстиції.

Можна стверджувати, що питання та пропозиції, які обговорювались учасниками круглого столу, знайдуть своє безпосереднє втілення у науковій та практичній діяльності органів кримінальної юстиції.

Круглий стіл щодо правового регулювання імміграційної політики ЄС

8 жовтня 2015 р. в Київському університеті права НАН України під керівництвом к.ю.н., доцента О. О. Харчука та к.ю.н., доцента Н. Б. Мушак було проведено круглий стіл на тему: «Співробітництво держав-членів ЄС у питаннях, пов'язаних зі спільною імміграційною політикою ЄС». До участі у круглому столі були залучені студенти V та VI курсів факультету «Міжнародних відносин» спеціальності «Міжнародне право».

Із вступним словом до присутніх звернулися О. О. Харчук та Н. Б. Мушак. Вони наголосили на важливості та актуальності дослідження зазначеної тематики у зв'язку із складною міграційною ситуацією, що склалася в межах Європейського Союзу в результаті значної кількості нелегальних мігрантів зі Сходу на територію ЄС, а також встановили завдання дослідити імміграційне законодавство ЄС та законодавство його держав-членів, визначити співвідношення положень національних законодавств із правом ЄС в цій сфері, а також з'ясувати, яким чином ситуація, що склалася в ЄС, може вплинути на процес запровадження безвізового режиму між Україною та Європейським Союзом.

Під час обговорення тематики круглого столу студентами було продемонстровано високий рівень теоретичних знань, а також аналіз з правової точки зору проблемних питань, що мають практичне значення. Студенти виступили із науковими доповідями та презентаціями: Чебанов Євгеній – «Національне законодавство держав-членів ЄС щодо регулювання міграційної сфери», Кортуківа Тамара – «Основні методи боротьби з нелегальною імміграцією», Лазарчук Мирослава – «Розподіл компетенції між інститутами ЄС в сфері імміграційної політики», Пашковець Ольга – «Повноваження держав-членів ЄС та ЄС у питаннях, пов'язаних із наданням притулку», Величко Касим – «Проблема воз'єднання сімей», Коротич Альона – «Процедура оскарження відмови у наданні притулку» тощо.

Під час обговорення доповідей та проблемних питань учасниками було зазначено, що правове регулювання імміграційної сфери ЄС належить до спільної компетенції Європейського Союзу та його держав-членів. Компетенція у даній сфері чітко розподілена між органами, установами та інституціями ЄС та державами-членами ЄС. Правові засади співробітництва держав-членів ЄС у зазначеній сфері визначені у статтях 77 та 80 Договору про функціонування ЄС. До завдань ЄС належать: 1) забезпечення відсутності будь-якого контролю щодо осіб незалежно від громадянства при перетині внутрішніх кордонів ЄС; 2) проведення перевірок щодо осіб при перетині зовнішніх кордонів; 3) введення інтеграційної системи управління зовнішніми кордонами. Більш детально імміграційну сферу регулюють: Кодекс ЄС про режим перетину особами кордонів, ухвалений регламентом № 562 від 15 березня 2006 р.; Регламент № 863 про створення Європейського агентства управління оперативним співробітництвом на зовнішніх кордонах (FRONTEX) від 11 липня 2007 р.; та Регламент № 810, що встановлює Кодекс спільноти про візи від 13 липня 2009 р. тощо. Однак, незважаючи на те, що всі нормативні акти ЄС в цій сфері мають характер прямої дії, тобто є обов'язковими до виконання державами-членами ЄС, держави-члени приймають власні законодавчі акти, що регулюють імміграційну сферу. Здебільшого національні акти держав-членів відповідають актам ЄС, однак існують випадки, коли держави-члени можуть відступати від положень актів ЄС, що також зазначено у Шенгенському кодексі ЄС 2006 року. Так, держави-члени повинні усувати всі перешкоди, що заважають рівномірному руху осіб та транспорту в пунктах перетину внутрішніх кордонів, але у випадку серйозної загрози, держава-член ЄС може тимчасово відновити прикордонний контроль на своїх внутрішніх кордонах на строк не більше 30 днів або сама передбачити термін дії серйозною загрози. У випадку відновлення такого контролю, держава повинна повідомити про це Європейську Комісію та Європейський Парламент. У ході обговорення було з'ясовано, що такою серйозною загрозою може бути загроза національній безпеці держава-члена ЄС, її громадському порядку, а також терористична атака.

Детально було розглянуто питання правового регулювання співробітництва держав-членів ЄС з ЄС у боротьбі з нелегальною міграцією, де було підкреслено важливу роль діяльності FRONTEX, RABIT (загонів швидкого прикордонного реагування ЄС) та Євросур (Європейської системи прикордонного контролю) у боротьбі проти нелегальної міграції та протидії виникненню надзвичайних міграційних потоків.

Також під час круглого столу було досліджено питання надання притулку в ЄС та процедуру оскарження відмови у наданні притулку. У прийнятій ЄС Дублінській конвенції 1990 р. визначається, яка держава має розглядати клопотання про надання притулку. Відповідно до цієї угоди біженець зобов'язаний просити притулок у першій «безпечній країні», в яку він в'їхав. Дублінська конвенція не регламентує процедуру оскарження відмови у наданні притулку, але важливим є те, що якщо біженцю відмовила у наданні притулку хоча

б одна країна Європейського Союзу, він автоматично втрачає право на притулок в усіх інших країнах Євросоюзу. Водночас, у кожній державі-члені існують свої правила отримання статусу біженця: різні правила подачі заяви, різні терміни розгляду заяви, різні правила подачі апеляцій тощо. Проте в усіх державах обов'язковою є подача розгорнутої заяви, проходження співбесіди (інтерв'ю), реєстрація в центрі для біженців (або за місцем проживання) та прибуття за викликом до інстанції, що розглядає справу про надання притулку. Деякі держави дозволяють подавати заяву про надання притулку не лише на території або кордоні країни, а й у посольствах за кордоном. Студентами було з'ясовано, що загальним для всіх держав-членів ЄС є встановлення двоступеневої процедури вирішення питання про статус біженця. На першому етапі імміграційні органи вирішують питання про доступ на територію країни. На другому етапі докладно розглядається питання про можливість надання статусу біженця відповідно з визначенням поняття «біженець», що міститься в Конвенції 1951 року. Більше того, в кожній державі існує процедура оскарження рішення щодо статусу біженця, в якій потрібно чітко описати, які саме обставини не були враховані при відмові або навести додаткові докази переслідувань, а також описати всі порушення процедури, які були допущені при розгляді справи про надання статусу біженця.

Наприкінці обговорення було розглянуто питання правового регулювання возз'єднання сімей в ЄС, яке регулюється 2003/86 ЄС та національним законодавством держав-членів ЄС. Обговорення даного питання полягало у визначенні того, хто ж належить до членів сім'ї, а також вікові обмеження. У ході дослідження даного питання було з'ясовано, що возз'єднання сімей стосується всіх громадян держав-членів ЄС, що користуються свободою пересування, громадян ЄС, які перебувають у шлюбі з громадянами третіх країн.

Під час підбиття підсумків керівництвом заходу було відзначено та заохочено студентів із найкращими доповідями та презентаціями, зокрема Величка Касима та Кортуюву Тамару.

Новий проект КУП НАНУ щодо видання коментаря до Конституції Пилипа Орлика

19 жовтня 2015 р. в Міжнародному центрі правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи КУП НАН України відбулася зустріч ректора Київського університету права НАН України, професора Ю. Л. Бошицького з кандидатом філологічних наук, істориком літератури, членом Асоціації українських письменників М. С. Трофимуким.

Мирослав Степанович є видатним неолатиністом сучасності, автором серії видань, присвячених політичній діяльності та літературній творчості гетьмана Пилипа Орлика, зокрема він один із перших здійснив переклад з мови оригіналу (латинської) Першої конституції України гетьмана Пилипа Орлика 1710 р.

Конституція Пилипа Орлика є унікальною пам'яткою не лише вітчизняної, а й усієї європейської конституційно-правової доктрини, вона стала відправною точкою для написання конституцій сучасності.

Зважаючи на те, що основні положення Першої конституції мають безпосередній вплив на подальший розвиток українського конституціоналізму та державотворення, не викликає жодних сумнівів значимість пізнання її юридичної природи, необхідність концептуального осмислення та дослідження змісту її доктринальних засад усіма фахівцями у галузі права, зокрема і студентською молоддю Київського університету права НАН України.

Відтак метою зустрічі було обговорення питань видання перекладеного тексту Конституції П. Орлика з правовими коментарями, підготовленими професорсько-викладацьким складом КУП НАН України.

Окрім того, було досягнуто консенсусу щодо спільного видавництва латинсько-українського словника, серії книг з історії культури України, а також було домовлено про публікацію листів П. Орлика, що безперечно сприятиме підвищенню професіоналізму та правової культури юристів-практиків, науковців, студентів.

Співробітництво Київського університету права із Західним науковим центром НАН України у м. Львів

19 жовтня 2015 р. у Міжнародному центрі правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи КУП НАН України відбулася зустріч ректора Київського університету права НАН України, професора Ю. Л. Бошицького з помічником голови Західного наукового центру НАН України Є. В. Захарчуком.

Метою зустрічі було обговорення питань щодо напрямів майбутньої співпраці, зокрема щодо організації та проведення спільних конференцій, майстер-класів, тренінгів, круглих столів та інших науково-практичних заходів; забезпечення обміну інформацією у сфері науково-дослідної та культурно-просвітницької діяльності; створення та реалізації освітнянських програм; здійснення спільної видавничої діяльності. Особливу увагу було акцентовано на перспективних напрямках співробітництва в рамках реалізації науково-дослідних та науково-технічних проектів, подання спільних напрацювань у сферах, що становлять взаємний інтерес для установ, на грантові програми та конкурси.

Користуючись нагодою, ректор Ю. Л. Бошицький розповів про креативні проекти та діяльність Міжнародного центру КУП НАН України у м. Львові та окреслив ключові детермінанти його створення та функціонування.

У результаті було досягнуто консенсусу щодо підписання у майбутньому меморандуму про співробітництво між Київським університетом права НАН України та Західним науковим центром НАН України.

**Круглий стіл на тему:
«Завдаток як один із способів забезпечення виконання зобов'язань
у цивільному праві зарубіжних країн»**

20 жовтня 2015 р. у стінах КУП НАНУ відбувся круглий стіл з порівняльного цивільного права на тему: «Завдаток як одна з форм забезпечення зобов'язання», під керівництвом Е. В. Тітко (к.ю.н., доцент кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства КУП НАНУ) за участю О. О. Харчука (к.ю.н., доцент кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства КУП НАНУ).

Із вступним словом до присутніх звернулися О. О. Харчук та Е. В. Тітко. Вони наголосили на важливості зазначеної тематики, так як завдаток, особливо на території України, виступає часто використовуваною формою забезпечення виконання зобов'язань у цивільному праві.

Студенти були залучені до різних форм діяльності: наукове обговорення, вирішення поставлених завдань, наглядне розроблення відповідних документів. На порядку денному круглого столу було винесено три наукові доповіді, які стосувалися загальних питань щодо самого поняття завдатку та його особливостей. Першим доповідачем був Я. Миркеєв, що висвітлив у своїй доповіді поняття завдатку, де розкрив сутність поняття, змісту, правових наслідків порушення або припинення завдатку. Наступними доповідачами були О. Даценко та К. Пашков. Перший з яких розкрив основні функції завдатку, а другий – порушив досить цікаве питання для студентів про різницю між завдатком та авансом з урахуванням чинного законодавства та практики України. Під час обговорення актуальних питань круглого столу студенти активно ставили питання та вели дискусії.

Щодо розуміння обговорюваної теми студентами були підготовлені стінгазети «Завдаток як одна з форм забезпечення зобов'язання», які носили креативний характер, а саме: «Завдаток як форма забезпечення виконання договору купівлі-продажу рухомого майна на який розповсюджується режим нерухомої речі» – Ю. Дешиця, А. Лісойван, В. Попенко, Я. Приходько, Т. Чайковська; «Попередній договір для купівлі-продажу квартири забезпечений завдатком» – М. Маліновська, Н. Накоп'я, А. Хмарук, Д. Ярцева; «Договір завдатку щодо належного забезпечення умов договору про постачання автомобілів Лексус на територію Києва» – А. Абраам'ян, В. Балагур, Я. Кононюк, В. Юдін.

Під час підбиття підсумків керівництвом заходу було зазначено, що всі студенти виступали на високому рівні, що ще раз підкреслює актуальність даної тематики.

**Семінар-дискусія на тему:
«Шляхи вирішення територіальних питань у сучасному міжнародному праві»**

21 жовтня 2015 р. відбувся семінар-дискусія з дисципліни «Міжнародне публічне право» за участю старшого викладача кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Київського університету права НАН України Т. М. Борисової та групи МП-41.

У рамках семінару-дискусії було розкрито поняття території в міжнародному праві, проаналізовано і обговорено ключові питання в контексті заявленої тематики. Адже, поняття території є дуже актуальним для України в сучасних умовах, зважаючи на те, що інститут території є одним із старіших у міжнародному праві. Територія має важливе значення, оскільки державна територія є простором у межах якого суверенна влада держави здійснює свою юрисдикцію. Не менш важливими на сьогодні є питаннями щодо визначення правового статусу міжнародних територій, нічийних територій та територій зі змішаним правовим режимом. Саме тому студентами була вибрана заявлена тема.

Під час семінару-дискусії були розглянуті такі питання, як: урегулювання територіальних спорів, питання державних кордонів, міжнародно-правовий статус Арктики та Антарктики, правові підстави, способи змін державних територій та ін. Тема кожного з доповідачів викликала жваве обговорення. Доповіді студентів гармонійно доповнювалися презентаційним показом слайдів. Зокрема, найцікавішими виявилися виступи: Анастасії Чубарук, яка розкрила питання щодо без'ядерних зон; Тетяни Горбонос, яка розповіла про врегулювання територіальних спорів за участю Святого Престолу; Володимира Капустіна, який висвітлив питання щодо розмежування водного простору між державами; Ярослава Населевського, котрий у своїй доповіді проаналізував про основні міжнародно-правові акти щодо вирішення питань про повітряний простір; Анастасії Соловйової, котра розглянула тему щодо правового статусу різних видів територій у міжнародному праві.

На завершення аудиторією було констатовано те, що кордони кожної держави мають бути непорушними, а втручання у внутрішні справи будь-якої держави є неможливим і проголошується одним із основних принципів міжнародного права. Міжнародно-правовий статус стосовно користування іншими видами територій відповідно до міжнародного права повинен підтримуватися та вирішуватися за участю заінтересованих держав, а найважливіші проблеми – за участю всього світового співтовариства. Студенти також зробили висновок, що інститут території у міжнародному праві ще досить недосконалий і потребує доопрацювання.

IX Міжнародна науково-практична конференція «Європейська юридична освіта і наука»

13–14 листопада 2015 р. у м. Ужгороді Київським університетом права НАН України спільно із Закарпатською обласною державною адміністрацією та Ужгородським національним університетом проведено IX Міжнародну науково-практичну конференцію «Європейська юридична освіта і наука».

На адресу організаторів та учасників міжнародної науково-практичної конференції надійшли привітання, зокрема від Президента Національної академії наук України, академіка НАН України Б. Є. Патона; Голови Союзу юристів України В. О. Євдокимова; в яких зазначається, що перед вітчизняною правовою наукою стоять важливі завдання щодо забезпечення інтеграції української освіти і науки у європейський освітянський простір, ефективного юридичного забезпечення становлення якісно нових суспільних відносин у нашій державі. Із вітальним словом від Закарпатської облдержадміністрації до присутніх звернувся заступник голови – керівник апарату Закарпатської облдержадміністрації О. В. Петік, який висловив надію, що доповіді, які пролунають на конференції допоможуть реалізовувати багатогранні досягнення науки зі світової юридичної практики. У вступному слові до учасників конференції ректор Київського університету права НАН України, професор Ю. Л. Бошицький зокрема зазначив, що жодні соціальні перетворення неможливі за відсутності сучасного теоретичного обґрунтування. У сучасних умовах наука розробляє конкретні наукові пропозиції та рекомендації стосовно усіх без виключення сфер суспільного життя, а юридична наука надає їх державно-правовій практиці. У наш час, коли відбувається процес становлення правової держави, соціальна та юридична практика, не може не вивчати та не враховувати теоретичних висновків, які впливають із узагальнення її досвіду, а також не брати до уваги науково обґрунтованих рекомендацій, спрямованих на вдосконалення практичної діяльності.

До учасників конференції із вітальним словом від Ужгородського національного університету звернувся декан юридичного факультету Ужгородського національного університету д.ю.н., професор Я. В. Лазур, який зазначив, що підготовка юристів у вищих навчальних закладах України має відповідати сучасним вимогам європейської освіти, а тому сучасна юридична наука та юридична освіта набувають особливої ваги та значення, оскільки перебувають в умовах, коли право і держава зазнають таких змін, які тягнуть за собою не тільки появу нових сфер юриспруденції, а й зміну їх змісту і складу наук, що входять до неї.

У наукових доповідях порушувалися актуальні питання вищої юридичної освіти в Україні, зокрема: «Імплементція європейських стандартів у сфері юридичної освіти» – Я. В. Лазур, д.ю.н., професор; «Роль вищого навчального закладу у формуванні цілісної особистості молодого спеціаліста» – Н. О. Армаш, д.ю.н., доцент; «Реформа вищої освіти в державах Центральної Європи і України: загальне і особливе» – В. В. Лемак, д.ю.н., професор, член-кор. НАПрН України; «Окремі напрями співпраці у сфері приватного права із колегами із ВНЗ ЄС» – Р. Б. Шишка, д.ю.н., професор; «Використання ноозасобів і грид-технологій в юридичному вузі: вітчизняний та європейський досвід» – П. Д. Біленчук, професор кафедри, к.ю.н.; «Концепція розвитку кафедри міжнародного права ДВНЗ «Ужгородський національний університет» та пріоритетні напрями освітньої, методологічної, наукової діяльності» – Г. Г. Динис, к.ю.н., доцент.

Робота міжнародної науково-практичної конференції «Європейська юридична освіта і наука» здійснювалася у формі пленарного засідання на високому науково-теоретичному рівні, в дусі дискусій з поміркованою полемікою та великим зацікавленням як молодих вчених, так і студентської молоді.

Обрана тематика міжнародної науково-практичної конференції послугувала плідним підґрунтям для обміну думками із зазначеної проблематики. У зв'язку з актуальністю порушених питань за результатами конференції буде опублікована збірка матеріалів тез та доповідей учасників конференції.

Обмін досвідом, думками, аналіз проблем вищої юридичної освіти в Україні дали можливість присутнім на IX Міжнародній науково-практичній конференції «Європейська юридична освіта і наука» напрацювати та схвалити Рекомендації.

РЕДАКЦІЙНІ ПОВІДОМЛЕННЯ

До відома авторів

Просимо вас дотримуватися правил підготовки, комплектації та оформлення рукописів для «Часопису Київського університету права». Авторські рукописи мають бути оформленими відповідно до державних стандартів і відповідати вимогам Постанови ВАК України №7-05/1 від 15.01.2003 р.: «...*приймати до друку... лише наукові статті, які мають такі необхідні елементи: постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями; аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор; виділення невиділених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття; формулювання цілей статті (постановка завдання); виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів; висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямі*» (Бюлетень ВАК України, № 1, 2003).

1. Редакція приймає до друку статті українською або російською, або англійською мовами.

Файл з текстом наукової статті має містити:

– відомості про автора (ім'я, по батькові повністю, прізвище, вчений ступінь, вчене звання, посада, місце роботи, службовий і мобільний телефони, E-mail);

– розширене УДК статті;

– назва статті, резюме (800–1000 знаків) та ключові слова (5–7 слів або словосполучень) українською, російською та англійською мовами);

– окремим файлом надається розширена (1,5–2 сторінки: шрифт – 14 pt.; інтервал між рядками – 1,5) анотація англійською мовою.

До тексту додається рецензія-рекомендація.

2. Вимоги до оформлення тексту рукопису.

2.1. Папір формату А4; параметри сторінки: верхній і нижній береги – 20 мм, лівий – 30 мм, правий – 15 мм; шрифт Times New Roman – 14 pt.; інтервал між рядками – 1,5.

2.2. Посилання на джерела оформлюються як прикінцеві виноски – індексом (арабськими цифрами).

2.3. Бібліографічні описи джерел мають обов'язково містити прізвище та ініціали авторів, назви їхніх праць, місто та рік видання, видавництво, загальну кількість сторінок тощо.

2.4. Авторські примітки оформлюються наприкінці сторінок з використанням символу * як знаку виноски.

3. Обсяг авторських рукописів. Обсяг статті – до 0,5 обл. вид. арк. (до 20 тис. зн. з пробілами); наукових повідомлень, рецензій тощо – до 0,25 обл. вид. арк.

Рукописи, що не відповідають вимогам, зазначеним у п. 1–3, редакція не реєструє й не розглядає з метою публікації.

Рукописи і рецензії редакція не повертає.

Автори частково оплачують публікацію.

«Часопис Київського університету права» внесено до переліку фахових видань за спеціальністю «Юридичні науки» (постанова Президії ВАК України № 1-05/6 від 12.06.2002 р.; постанова Президії ВАК України № 1-05/3 від 14.04.2010 р.; наказ Міністерства освіти і науки України № 528 від 12.05.2015 р.).

Приймання рукописів, квитанції на оплату:

Київський університет права НАН України

вул. Терещенківська, 2. **Тетяна Володимирівна**, тел.: 235-63-24.

E-mail: chasprava@ukr.net

Нагадуємо:

відповідальність за достовірність інформації, що міститься в статтях і повідомленнях часопису, лежить на їхніх авторах; у статтях і повідомленнях часопису висловлені погляди їхніх авторів, які не завжди збігаються з поглядами редакції; листування з читачами тільки на сторінках часопису; рукописи і рецензії авторам не повертаємо.

Редакція часопису