ПРАВО І СУСПІЛЬСТВО

Науковий журнал

Журнал заснований у 2004 році з ініціативи генерал-лейтенанта міліції ВІТАЛІЯ ФЕДОРОВИЧА ЗАХАРОВА, заслуженого діяча науки і техніки України, кандидата юридичних наук, професора

Свідоцтво про державну реєстрацію – серія КВ № 11724-595 ПР від 12.09.2006

Офіційний сайт: www.pravoisuspilstvo.org.ua

Виходить 6 разів на рік

Адреса редакції: 49064, м. Дніпро, вул. Орловська, 1-Б тел.: (056) 371-51-47

ISSN 2078-3736

У номері

РОЗБУДОВА ДЕРЖАВИ І ПРАВА: ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА КОНСТИТУЦІЙНОЇ ПРАКТИКИ

ЦИВІЛІСТИКА

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС

ТРУДОВЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОЦЕС, ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

ФІНАНСОВЕ ПРАВО

ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА, КРИМІНОЛОГІЇ ТА КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА

КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНАЛІСТИКА

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

1 ч. 2
2018

ПРАВО І СУСПІЛЬСТВО

1 ч. 2 • 2018

Науковий журнал

Науковий журнал. Заснований у 2004 році. Засновники: ВНПЗ «Дніпропетровський гуманітарний університет», Фонд юридичної науки Академіка права В.В. Сташиса, Національна академія внутрішніх справ. Видавець – ВНПЗ «Дніпропетровський гуманітарний університет». Включений до переліку фахових видань України з юридичних наук (Постанова Президії ВАК України від 10.03.2010, № 1-05/2). Проведено перереєстрацію видання (Наказ МОН України № 261 від 06.03.2015, додаток № 13).

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

Головний редактор **М.В. Корнієнко**
Заступники головного редактора:
О.М. Джужа, О.В. Негодченко

Редакційна колегія не завжди поділяє позицію автора

За точність викладеного матеріалу відповідальність покладається на авторів

Зміни до тексту та скорочення, що не впливають на зміст матеріалів, а також їх перейменування вносяться редакцією без узгодження з автором

Рукописи не рецензуються і не повертаються

Ухвалено до друку та поширення через мережу Internet Вченою радою Дніпропетровського гуманітарного університету (протокол № 4 від 13.12.2017 р.)

Бандурка О.М. – доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України;
Биргеу М.М. – доктор юридичних наук, професор (Республіка Молдова);
Богатирьов І.Г. – доктор юридичних наук, професор;
Бондаренко Н.Л. – доктор юридичних наук, професор (Республіка Білорусь);
Вербенський М.Г. – доктор юридичних наук, професор;
Джужа О.М. – доктор юридичних наук, професор;
Ємець Л.О. – кандидат юридичних наук, доцент;
Калюжний Р.А. – доктор юридичних наук, професор;
Кисельов О.О. – кандидат юридичних наук, доцент;
Колпаков В.К. – доктор юридичних наук, професор;
Корнієнко М.В. – доктор юридичних наук, професор;
Макушев П.В. – доктор юридичних наук, професор;
Мисливий В.А. – доктор юридичних наук, професор;
Негодченко О.В. – доктор юридичних наук, професор;
Недов С.Л. – кандидат юридичних наук, доцент;
Сергевнін В.А. – доктор юридичних наук, професор (Сполучені Штати Америки);
Торяник В.М. – доктор політичних наук, професор;
Хюльсхерстер Штефан – доктор юридичних наук, професор (Федеративна Республіка Німеччина);
Чернєй В.В. – доктор юридичних наук, професор;
Ярмиш О.Н. – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України.

© ВНПЗ «Дніпропетровський гуманітарний університет», 2018
© Всеукраїнський фонд юридичної науки академіка права В.В. Сташиса, 2018
© Національна академія внутрішніх справ, 2018

РОЗБУДОВА ДЕРЖАВИ І ПРАВА: ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА КОНСТИТУЦІЙНОЇ ПРАКТИКИ

БІЛЕЦЬКА А. М.,
здобувач кафедри організації судових
та правоохоронних органів
*(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*

УДК 347.962

ЗАПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ СУДОВОЇ СПЕЦІАЛІЗАЦІЇ З ПИТАНЬ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

У статті досліджується процес запровадження в Україні судової спеціалізації з питань інтелектуальної власності шляхом створення Вищого суду з питань інтелектуальної власності. Акцентується увага на нормативні недоліки його регулювання, можливі труднощі в запровадженні та пропонуються шляхи їх вирішення.

Ключові слова: *спеціалізація суддів, спеціалізація судів, Вищий суд з питань інтелектуальної власності.*

В статье исследуется процесс введения в Украине судебной специализации по вопросам интеллектуальной собственности путем создания Высшего суда по вопросам интеллектуальной собственности. Акцентируется внимание на нормативные недостатки его регулирования, возможные трудности во внедрении и предлагаются пути их решения.

Ключевые слова: *специализация судей, специализация судов, Высший суд по вопросам интеллектуальной собственности.*

The introduction of judicial specialization in the field of intellectual property in Ukraine through the establishment of the Supreme Court of Intellectual Property is considered in the article. Attention is focused on regulatory deficiencies in its regulation, possible difficulties in implementation and suggests ways to address them.

Key words: *specialization of judges, specialization of courts, High Court of Intellectual Property.*

Вступ. На сьогодні інтелектуальне право в Україні є досить новою, порівняно з іншими, галуззю законодавства в силу низького рівня усвідомлення необхідності захисту своїх майнових та особистих немайнових прав творця (автора) конкретного об'єкта інтелектуальної власності, латентності вчинюваних порушень, труднощів у встановленні особи порушника, зумовлених, в основному, розвитком інформаційних технологій. Піратство, плагіат та інші проблемні аспекти цієї сфери, на жаль, стали сучасними реаліями суспільних відносин у сфері порушення прав інтелектуальної власності на теренах України. Все це обумовлює необхідність постійного вдосконалення системи захисту зазначених правовідносин, серед яких необхідно виокремити судовий захист.

Справи про захист прав інтелектуальної власності вирішуються зараз судами, котрі розглядають цивільні, господарські й адміністративні справи, що за відсутності чіткого

розмежування юрисдикцій цих судів, насамперед, у сфері вирішення спорів за участю органів державної влади, а також зважаючи на суттєву специфіку, притаманну цій категорії спорів, тенденцію до збільшення їх кількості та внутрішньої різноманітності, зумовлює потребу в удосконаленні інституційного забезпечення судової форми захисту прав інтелектуальної власності [1, с. 39].

У наукових дослідженнях неодноразово наголошувалося на необхідності створення в Україні окремого, спеціалізованого суду з розгляду спорів у сфері інтелектуальної власності як елемента системи адміністративних або господарських судів. Зазначеній проблематиці присвячено наукові праці Г. Андрощука, Н. Бочарової, О. Дорошенка, І. Коваль, О. Орлюк, В. Татькова, та ін. Закріплення ідеї створення суду з питань інтелектуальної власності в національному законодавстві актуалізувало потребу дослідження правового статусу такого судового органу відповідно до положень Закону України «Про судоустрій і статус суддів».

Постановка завдання. Метою статті є комплексний аналіз і характеристика правових та організаційних форм діяльності Вищого суду з питань інтелектуальної власності, а також розробка пропозицій щодо вдосконалення його правового статусу.

Результати дослідження. Ідея поглиблення спеціалізації судів у спорах із питань інтелектуальної власності активно обговорювалася в Україні протягом останніх декількох років. З цього приводу були дві основні точки зору: утворення окремого суду або запровадження судових палат у складі місцевих і апеляційних судів. Вирішення цього питання частково було розв'язано 02 червня 2016 року, коли Верховна Рада України прийняла Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» [2] та новий Закон України «Про судоустрій і статус суддів» [3], які передбачають суттєві зміни побудови та функціонування судової системи України, а саме – зазначені закони спрямовані на встановлення конституційно-правових можливостей для проведення фундаментальної судової реформи в Україні, заснованої на власному досвіді та європейських стандартах правосуддя. Одним із важливих кроків у проведенні конституційної та судової реформ, який відобразився у вказаних законодавчих актах, є створення в Україні Вищого суду з питань інтелектуальної власності. Відповідно до п. 15 прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про судоустрій і статус суддів» Вищий суд з питань інтелектуальної власності повинен бути створений протягом дванадцяти місяців із дня набрання чинності Закону України «Про судоустрій і статус суддів», тобто до 30 вересня 2017 року. Таким чином, перемогла перша концепція, і вже 29 вересня 2017 року Президент України підписав Указ № 299/2017 «Про утворення Вищого суду з питань інтелектуальної власності» [4] з місцезнаходженням у місті Києві.

Як вже зазначалось, пунктом 15 розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про судоустрій і статус суддів» встановлено, що проведення конкурсу на посади суддів у Вищому суді з питань інтелектуальної власності має бути оголошено до 30 вересня 2017 року. Згідно з ч. 1 ст. 79 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» конкурс на зайняття вакантної посади судді проводиться відповідно до цього Закону та положення про проведення конкурсу. Таким чином, у зв'язку з прийняттям Указу Президента «Про утворення Вищого суду з питань інтелектуальної власності» виникла необхідність внесення змін до існуючих та прийняття нових відомчих нормативних актів. Так, 30 вересня 2017 року було внесено зміни до Положення про проведення конкурсу на зайняття вакантної посади судді й затверджено рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 02 листопада 2016 року № 141/зп-16. Було видано наказ Державної судової адміністрації України від 30 вересня 2017 року № 929 «Про визначення кількості суддів у Вищому суді з питань інтелектуальної власності», в якому визначено чисельність штатних посад суддів Вищого суду з питань інтелектуальної власності – 21 одиниця. А Вища кваліфікаційна комісія суддів України 30 вересня 2017 року прийняла рішення № 98/зп-17 «Про оголошення конкурсу на зайняття вакантних посад суддів Вищого суду з питань інтелектуальної власності», яким затвердила умови проведення цього конкурсу.

Таким чином, було дотримано всіх встановлених Законом України «Про судоустрій і статус суддів» вимог щодо початку створення Вищого суду з питань інтелектуальної

власності. Однак вже сьогодні виникає багато дискусій стосовно цього суду, які можна поділити на дві групи. По-перше, питання, що пов'язані зі створенням та організацією роботи Вищого суду з питань інтелектуальної власності, а по-друге, питання, що пов'язані з процесуальним порядком здійснення правосуддя вищезазначеним судом.

Однією з організаційних проблем створення нових вищих спеціалізованих судів, зокрема Вищого суду з питань інтелектуальної власності, є доцільність їх створення. Як зазначає Ю.С. Шемшученко, є сумніви щодо доцільності утворення Вищого суду з питань інтелектуальної власності. Практика свідчить, що кількість судових справ з питань цієї власності є невеликою, щоб утримувати спеціальну систему судів для їх розгляду [5, с. 49]. Водночас необхідно враховувати, що інтелектуальне право в Україні є порівняно новою і недостатньо вивченою, порівняно з іншими, галуззю законодавства. Це відбувається внаслідок цілого ряду факторів, таких як: невисокий рівень усвідомлення особою необхідності захисту своїх авторських прав конкретного об'єкта інтелектуальної власності; латентність вчинюваних порушень; труднощі у встановленні особи порушника, зумовлені в більшості випадків низьким рівнем розвитку інформаційних технологій тощо. Враховуючи це, можна стверджувати, що створення спеціальної системи судів для розгляду справ інтелектуальної власності зможе надати підґрунтя як для подальшого становлення інтелектуального права в Україні, так і, в свою чергу, для збільшення кількості судових справ із питань інтелектуальної власності. На наш погляд, створення в Україні Вищого суду з питань інтелектуальної власності уніфікує судову практику у справах у сфері інтелектуальної власності і зменшить випадки застосування різної правозастосовної практики, що було й залишається можливим внаслідок того, що зазначені справи розглядаються судами трьох юрисдикцій (загальної, господарської, адміністративної), а отже, відбувається різноманітне за змістом застосування одних і тих самих норм законодавства, яке регулює інтелектуальну власність, що створює різну судова практику, в деяких випадках – цілком протилежну.

Крім того, законодавець передбачав, що метою створення єдиного спеціалізованого суду з питань інтелектуальної власності також є спрощення процедури звернення до суду (у громадян буде розуміння щодо того, в який саме суд звертатися для розгляду спорів, пов'язаних з інтелектуальною власністю, бо це буде єдиний суд) та покращення правосуддя в цій галузі шляхом відбору висококваліфікованих фахівців вузької спеціалізації. Однак намагання вирішення зазначених проблем призводять до нових. Так, щодо спрощення процедури звернення до суду, то відповідно до Указу Президента України № 299/2017 від 29 вересня 2017 року «Про утворення Вищого суду з питань інтелектуальної власності» цей суд утворюється в місті Києві, тобто із дня початку функціонування Вищого суду з питань інтелектуальної власності розгляд усіх цих спорів зосереджуватиметься у вказаному суді з місцезнаходженням у місті Києві, на відміну від можливості розгляду справ з питань інтелектуальної власності всіма господарськими, районними та апеляційними судами. Необхідно погодитись з Н. Кучерук, яка зазначає, що для осіб з віддалених населених пунктів це буде додатковою перешкодою для доступу до правосуддя, в тому числі й фінансовою. Тим самим, враховуючи низький рівень життя населення, такі новели судової реформи, так як і підвищення ставок судового збору та запровадження адвокатської монополії, призведуть до подорожчання доступу до правосуддя. Не вирішить вказану «територіальну проблему» й інститут відеоконференції, оскільки Господарський процесуальний кодекс України передбачає право, а не обов'язок суду її проводити. Як показує практика, в більшості випадків суди таким правом зловживають та у відеоконференції відмовляють, прикриваючи своє небажання її здійснювати різними причинами (відсутністю поважних причин особистої участі, можливістю направити до суду іншого захисника тощо) [6].

Наступним питанням є намагання законодавця покращити правосуддя в цій галузі шляхом відбору висококваліфікованих фахівців вузької спеціалізації. Так, суддею Вищого суду з питань інтелектуальної власності може бути особа, котра відповідає вимогам до кандидатів на посаду судді й за результатами кваліфікаційного оцінювання підтвердила здатність здійснювати правосуддя у Вищому суді з питань інтелектуальної власності, а також

відповідає одній із таких вимог: 1) має стаж роботи на посаді судді не менше ніж 3 роки; 2) має досвід професійної діяльності представника у справах інтелектуальної власності (патентного повіреного) щонайменше 5 років; 3) має досвід професійної діяльності адвоката щодо здійснення представництва в суді у справах щодо захисту прав інтелектуальної власності щонайменше 5 років; 4) має сукупний стаж (досвід) роботи (професійної діяльності) відповідно до вимог, визначених п. п. 1–3, щонайменше 5 років (ст. 33 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

Дійсно, запровадження спеціалізації повинно якісно відобразитись на кінцевому результаті, та спеціалізований суд із питань інтелектуальної власності мав би об'єднати осіб, які мають як досвід роботи в цій сфері, так і відповідну спеціальну освіту (спеціальні знання). Проте законодавець чомусь вирішив, що у Вищому спеціалізованому суді можуть працювати особи, які можуть не мати ані першого, ані другого. Зокрема, йдеться про суддів, які за Законом України «Про судоустрій і статус суддів» можуть стати кандидатами до Вищого суду за наявності трирічного стажу на посаді судді. При цьому той факт, чи буде такий стаж у сфері інтелектуальної власності або з розгляду кримінальних, цивільних, адміністративних та інших справ, жодного значення не має. Водночас для зайняття цієї ж посади адвокатом недостатньо лише досвіду представництва в суді, адже за законом останній має мати досвід саме з ведення справ щодо захисту прав інтелектуальної власності. Слід звернути увагу, що згідно до п. 7.4. Положення про проведення конкурсу на зайняття вакантної посади судді, затвердженого рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 02 листопада 2016 року № 141/зп-16 (зі змінами), у разі однакової позиції за рейтингом, визначеним за результатами кваліфікаційного оцінювання для участі в конкурсі на посаду судді Вищого суду з питань інтелектуальної власності, перевага надається учаснику, який набрав більшу кількість балів із виконаного під час іспиту, проведеного в межах процедури кваліфікаційного оцінювання, практичного завдання, а за однакової кількості балів – учаснику, який є суддею, а не адвокатом чи патентним повіреним.

Таким чином, сформований за такими критеріями суд може складатись з осіб, які не мають ані спеціальної освіти у сфері інтелектуальної власності, ані досвіду роботи в цій сфері. На це звертає увагу адвокат Ніна Кучерук, яка зазначає, що єдиними кандидатами в судді, які обов'язково матимуть спеціальну освіту у сфері інтелектуальної власності, будуть представники у справах інтелектуальної власності, оскільки наявність такої освіти є необхідною умовою для набуття статусу патентного повіреного. Однак, на думку Н. Кучерук, попри наявність спеціальної освіти надання можливості стати суддею патентному повіреному видається необґрунтованим, адже такі особи взагалі можуть не мати досвіду з представництва в суді, а з повним введенням адвокатської монополії і не зможуть мати, позаяк судове представництво здійснюватимуть виключно адвокати. Крім того, досвіду патентного повіреного може бути недостатньо для здійснення правосуддя у справах інтелектуальної власності, оскільки останні патентними спорами не обмежуються [6].

Також слід звернути увагу на питання підтвердження відповідності вимогам, передбаченим ст. 33 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», так, якщо п. 1 ч. 1 ст. 33 Закону не викликає сумнівів щодо можливості його підтвердження, то питання підтвердження п. 2 та 3 ч.1 ст. 33 Закону викликає певні зауваження. Так, підпункт 3 п. 19 Умов проведення конкурсу на зайняття вакантних посад суддів Вищого суду з питань інтелектуальної власності (зі змінами, внесеними рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 18 грудня 2017 року № 130/зп-17) [7] передбачає можливість подання копій договорів та рішень суду, однак відкритим залишається питання систематичності такого представництва, його результативності та питань адвокатської таємниці (чи може подати адвокат на підтвердження свого стажу рішення суду з відкритими даними клієнта: прізвищами чи індивідуалізованими даними юридичних осіб, окремих аспектів їх господарської діяльності).

Окремо необхідно звернути увагу на виключення з числа потенційних кандидатів до Вищого суду з питань інтелектуальної власності науковців. Так, за Законом України «Про судоустрій і статус суддів» суддею вказаного суду можуть бути лише особи зі стажем

на посаді судді, адвоката та патентного повіреного. Тобто науковці, яким цим же Законом дозволено ставати суддями Верховного Суду, не допускається здійснювати правосуддя в суді першої інстанції з розгляду справ інтелектуальної власності. На наш погляд, така позиція законодавця є помилковою та необґрунтованою.

Також до проблем запровадження Вищого суду з питань інтелектуальної власності слід віднести питання його юрисдикції. На це звертає увагу В.С. Москаленко, зазначаючи, що в контексті утворення Вищого спеціалізованого суду з питань інтелектуальної власності проблемним питанням є визначення його юрисдикції, зокрема, щодо розгляду ним справ про визнання торгової марки добре відомою, адже за правовою природою такі справи варто відносити до справ про встановлення фактів, що мають юридичне значення. Згідно зі ст. 31 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» вищі спеціалізовані суди розглядають справи, які віднесені до їх юрисдикції процесуальним законом. Однак зазначений закон не передбачає вказівки на те, яке саме процесуальне законодавство повинно встановити юрисдикцію Вищого спеціалізованого суду з питань інтелектуальної власності. Таким чином, виникає запитання: це має бути окремий процес або особливості розгляду справ у рамках одного з процесів? З урахуванням того, що найбільше справ у відповідних спорах пов'язано з промисловою власністю і розглядається господарськими судами, вважаємо, що саме господарсько-процесуальне законодавство повинно встановити юрисдикцію зазначеного суду.

Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» було внесено зміни до Господарського процесуального кодексу України шляхом викладення його в новій редакції, яка передбачає норми, що регулюють діяльність Вищого суду з питань інтелектуальної власності. В ч. 4 ст. 3 Господарського процесуального кодексу України передбачено, що Вищий суд з питань інтелектуальної власності розглядає справи, віднесені до його компетенції, в порядку, передбаченому цим Кодексом, а саме – ч. 2 ст. 20 Господарського процесуального кодексу України визначає справи, що відносяться до юрисдикції Вищого суду з питань інтелектуальної власності, зокрема:

1) справи у спорах щодо прав на винахід, корисну модель, промисловий зразок, торговельну марку (знак для товарів і послуг), комерційне найменування та інших прав інтелектуальної власності, в тому числі щодо права попереднього користування;

2) справи у спорах щодо реєстрації, обліку прав інтелектуальної власності, визнання недійсними, продовження дії, дострокового припинення патентів, свідоцтв, інших актів, що посвідчують або на підставі яких виникають такі права, або які порушують такі права чи пов'язані з ними законні інтереси;

3) справи про визнання торговельної марки добре відомою;

4) справи у спорах щодо прав автора та суміжних прав, у тому числі в спорах щодо колективного управління майновими правами автора та суміжними правами;

5) справи у спорах щодо укладання, зміни, розірвання і виконання договору щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності, комерційної концесії;

6) справи у спорах, які виникають із відносин, пов'язаних із захистом від недобросовісної конкуренції, щодо: неправомірного використання позначень або товару іншого виробника; копіювання зовнішнього вигляду виробу; збирання, розголошення та використання комерційної таємниці; оскарження рішень Антимонопольного комітету України з визначених цим пунктом питань.

Однак необхідно звернути увагу, що в ст. 1 цього кодексу закріплюється призначення Господарського процесуального кодексу України, яке полягає у визначенні юрисдикції та повноважень лише господарських судів, встановлення порядку здійснення судочинства в господарських судах. Таким чином, законодавець прирівнює Вищий суд з питань інтелектуальної власності до різновиду господарських судів, що суперечить самої суті створення окремого суду з питань інтелектуальної власності.

Як продовження проблематики процесуального врегулювання діяльності Вищого спеціалізованого суду з питань інтелектуальної власності є процедура перегляду судових

рішень цього суду в апеляційному порядку. Приймаючи до уваги обговорення зазначеної проблеми, виокремлюють два шляхи її вирішення: перегляд справ у Касаційному господарському суді; перегляд справ в окремій палаті Вищого спеціалізованого суду з питань інтелектуальної власності. Однак слід звернути увагу, що обидва варіанти суперечать принципам судової влади. Так, віднесення повноважень щодо перегляду судових рішень Вищого спеціалізованого суду з питань інтелектуальної власності до компетенції Касаційного господарського суду позбавляє сенсу запровадження нової спеціалізації, а перегляд справ в окремій палаті спеціалізованого суду суперечить принципу інстанційності та ступінчастості. Однак, незважаючи на це, законодавець прийняв другий варіант, закріпивши в ч. 3 ст. 25 Господарського процесуального кодексу України, що апеляційна палата Вищого суду з питань інтелектуальної власності переглядає в апеляційному порядку судові рішення, ухвалені Вищим судом з питань інтелектуальної власності. Закон України «Про судоустрій і статус суддів» дійсно передбачає можливість створення палат у складі вищих спеціалізованих судів, однак, як свідчать положення цього ж Закону, такі палати можуть створюватися лише для розгляду окремих категорій спорів, а вищі спеціалізовані суди – для розгляду справ як суди першої інстанції.

Проаналізувавши правовий статус Вищого спеціалізованого суду з питань інтелектуальної власності, виникає запитання до самої назви вищезазначеного суду, а саме – застосування позначення його як «вищий». Тобто, на наш погляд, вбачається помилковим створення Вищого суду з питань інтелектуальної власності за відсутності судів нижчих інстанцій з розгляду цієї ж категорії справ, тим більше, що за Законом України «Про судоустрій і статус суддів» та Господарським процесуальним кодексом України саме Вищий суд з питань інтелектуальної власності буде судом нижчої інстанції, адже діятиме як суд першої інстанції.

Висновки. Разом з тим, незважаючи на виникаючі перешкоди на шляху запровадження нового спеціалізованого суду, необхідно звернути увагу на те, що створення Вищого суду з питань інтелектуальної власності є важливим і необхідним кроком на шляху до якісного розвитку як судової системи України, так і становлення інституту інтелектуальної власності. Водночас таке становлення повинно відбуватися на глибокому аналізі суспільних відносин та обґрунтованих наукових дослідженнях.

Список використаних джерел:

1. Коваль І. Щодо правового статусу Вищого суду з питань інтелектуальної власності. Теорія і практика інтелектуальної власності. 2016. № 5. С. 39–44.

2. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 02.06.2016 р. № 1401-19 / Верховна Рада України: офіц. веб-сайт. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1401-19

3. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. Відом. Верхов. Ради України. 2016. № 31. Ст. 545.

4. Про утворення Вищого суду з питань інтелектуальної власності: Указ Президента України від 29.09.2007 р. № 299/2017 / Верховна Рада України: офіц. веб-сайт. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/299/2017

5. Шемшученко Ю.С. Судова реформа в Україні у світлі європейського досвіду: конституційний аспект. Часопис цивільного і кримінального судочинства. 2016. № 6. С. 47–59.

6. Кучерук Н.В. Чому проблема Вищого суду з інтелектуальної власності. Думка юриста. URL: https://espreso.tv/news/2017/10/05/v_chomu_problema_vyschogo_sudu_z_intelektualnoyi_vlasnosti_dumka_yurysta

7. Умови проведення конкурсу на зайняття вакантних посад суддів Вищого суду з питань інтелектуальної власності (із змінами, внесеними рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 18 грудня 2017 року № 130/зп-17). URL: https://vkksu.gov.ua/ua/news/shtchodo-konkursu-na-zajniattia-wakantnich-posad-suddiw-wishtchogo-sudu-z-pitan-intieliektualnoi-wlasnosti/

ГРИНДЕЙ Л. М.,
кандидат медичних наук, доцент
кафедри юридичної психології
*(Чернівецький національний
університет імені Юрія Федьковича)*

УДК 343.95:343.162

ФОРМУВАННЯ СВІТОГЛЯДУ ЯК ЗАПОРУКА ПРАВОВОГО МИСЛЕННЯ СУДДІВ

Стаття присвячена проблемам формування світогляду як запоруки правового мислення суддів. Особливої актуальності проблематика правового мислення набуває в контексті теорії правової діяльності. Зазвичай дослідження правового мислення передбачає аналіз його змісту та засобів без урахування його специфіки в конкретних юридичних ситуаціях. Натомість правова праксеологія як один з актуальних напрямів сучасних загальнотеоретичних досліджень переконливо демонструє, що використання певних засобів та прийомів правового мислення безпосередньо визначається тим, до якої сфери правової діяльності належить його носій.

Ключові слова: *світогляд, правове мислення, рефлексії, правова свідомість, моральні цінності.*

Статья посвящена проблемам формирования мировоззрения как залога правового мышления судей. Особую актуальность проблематика правового мышления приобретает в контексте теории правовой деятельности. Обычно исследование правового мышления предполагает анализ его содержания и средств без учета его специфики в конкретных юридических ситуациях. Зато правовая праксеология как одно из актуальных направлений современных общетеоретических исследований убедительно демонстрирует, что использование определенных средств и приемов правового мышления непосредственно определяется тем, к какой сфере правовой деятельности принадлежит его носитель.

Ключевые слова: *мировоззрение, правовое мышление, рефлексии, правовое сознание, моральные ценности.*

The article is devoted to the problems of formation of the worldview as a guarantee of legal thinking of judges. The problem of legal thinking becomes of particular relevance in the context of the theory of legal activity. Typically, the study of legal thinking involves an analysis of its content and tools without taking into account its specifics in concrete legal situations. Instead, legal praxeology as one of the most important directions of contemporary general theoretical research convincingly demonstrates that the use of certain means and methods of legal thinking is directly determined by the scope of legal activity of its carrier.

Key words: *worldview, legal thinking, reflection, legal consciousness, moral values.*

Вступ. Органічне поєднання моральних засад і правових норм є визначальним для кримінального процесу України. Це, в свою чергу, вимагає від службових осіб, які здійснюють кримінальне провадження, оволодіння навичками правового мислення.

В умовах реформування судової системи особливої актуальності набувають питання загальнотеоретичного осмислення особливостей правозастосовчої діяльності суду. Стрімкий розвиток сучасного права особливо актуалізує проблематику правового мислення суддів і стає проявом динамізму та гнучкості правової сфери. При цьому теоретичне та філософське осмислення принципів та особливостей правового мислення суддів, оцінки його значення в системі права є неможливим без аналізу світогляду суддів. Дослідження основних параметрів світогляду суддів набуває особливої актуальності під час судового реформування, коли розширюється сфера застосування судового розсуду в результаті наявності правових колізій або «білих плям» у законодавстві та його поступового оновлення. Обмеженість у вітчизняній юридичній науці теоретичних досліджень проблематики правового мислення суддів породжує дискусійність питань жорсткої фіксації меж судового розсуду.

Світогляд суддів як суб'єктів з особливим покликанням є незмінно актуальним та перспективним напрямом психолого-правових та загальнотеоретичних рефлексій. З одного боку, це пояснюється їх значенням для розвитку правової системи, втіленням у правовому житті ідеалів законності, справедливості та верховенства права, з іншого – суддів завжди включено до загального контексту буття суспільства, їхній світогляд детермінований загальними культурними особливостями соціальної спільноти, її переконань, традицій та уявлень. Така подвійна природа суддівського світогляду породжує цілий комплекс психолого-правових та загальнотеоретичних проблем методологічного та концептуально-онтологічного характеру.

Інститут формування світогляду як запоруки правового мислення суддів знаходиться на перетині юридичної та психологічної наук, а отже, поєднує в собі елементи як правових галузей знань, так і психологічних наук. Поняття світогляду як першооснови людського мислення, що кристалізує в собі моральні, аксіологічні, міфологічні та водночас цілком раціональні елементи, є одним із найбільш принципових для сучасної гуманітаристики та психології, а отже, – соціальних та правових наук. Тим часом традиційно світоглядна проблематика є предметом дослідження психологічних наук, оскільки вважається, що вона охоплює мислення в найбільш широкому контексті «людина–всесвіт». Такий підхід є вираженням примату ідеалістичної психології в сучасному психолого-правовому дискурсі, що, однак, не дозволяє повною мірою охопити сучасні уявлення про те, чи можливі теоретичні інтерпретації світогляду в межах окремих психологічних наук. Особливо важливим це питання є в контексті пошуку відповідей на доволі складні питання, наприклад: чи формується правове мислення, виходячи винятково із правових ідей; як правове мислення пов'язане з чуттєвою та надчуттєвою сферами життя людини; чи можна говорити про неюридичні детермінанти правового мислення тощо.

Саме тому дослідження інституту формування світогляду як запоруки правового мислення знайшло своє відображення в наукових працях таких фахівців, як: Д.Б. Абушенко, А.В. Аверін, С.М. Амосов, А. Барак, Л.М. Берг, Ю.В. Грачова, П.О. Гук, О.В. Кораблiна, В.В. Кубинець, В.П. Куфтирєв, П.М. Рабінович, О.А. Пивоварова та ін.

Теоретичною базою дослідження стали роботи таких вітчизняних та зарубіжних учених-спеціалістів у сфері загальнотеоретичної юриспруденції та юридичної психології, як: М.М. Алексєєва, С.С. Алексєєва, В.М. Баранова, П.П. Баранова, В.А. Бачинін, Ж.-Л. Бержель, Г.Дж. Берман, А.М. Бернюков, Х. Бехруз, В.С. Бігун, С.В. Бобровник, М.М. Вопленко, В.С. Нерсесянц, Ю.М. Оборотов, А.І. Овчинников, Р. Познер, А.В. Поляков, Г. Радбрух, О.Ф. Скакун, Є.В. Скурко, О.В. Стовба, О.О. Уварова та ін. Роботи цих науковців сприяли усвідомленню нових засад здійснення правозастосовчої діяльності.

Постановка завдання. Таким чином, метою статті є визначення психолого-правових засад формування світогляду як запоруки правового мислення суддів.

Результати дослідження. Для юриспруденції поняття світогляду має принципове значення у зв'язку з необхідністю формування та функціонування правового мислення як особливого модусу, типу мислення взагалі. Сама постановка питання про специфічний юридичний погляд на світ зумовлює актуалізацію питання щодо існування світогляду

юристів як носіїв специфічного типу мислення. У цьому сенсі розгляд світогляду має відбуватися на всіх рівнях знань про право – від психолого-правового до галузевого, а особливо – виводити на практику правотворення та правозастосування, оскільки, на думку П.Г. Щедровицького, саме в момент співіснування теоретичної та практичної діяльності актуалізується світогляд як особливий акт розумової діяльності [1, с. 36–54].

Слід згадати також про те, що поняття юридичного світогляду виникло на етапі утвердження капіталістичних відносин, розвиток яких супроводжувався зростанням ролі права, законності, правопорядку в житті суспільства. Як доводить Г.Дж. Берман, закріплюючи свою економічну та політичну владу, буржуазія не лише виробила розгорнуту систему поглядів на роль і зміст права, але й надала всій своїй світобудові переважно правового характеру. Юридичний світогляд відігравав важливу роль в усіх демократичних державах [2, с. 12–21].

Г.В. Паластрова виокремлює юридичний світогляд як його особливу форму [3, с. 27]. Оригінальним є підхід дослідниці до ознак юридичного світогляду. На її думку, до властивостей та ознак юридичного світогляду як структурного елементу правової сфери внутрішнього світу людини і результату культурно-історичного розвитку суспільства, що опосередковує форми відображення національної правової свідомості, слід віднести: а) відносну в порівнянні з правосвідомістю та правовим менталітетом стійкість; б) рефлексивність та теоретичну раціональність; в) державно-правову інтенціональність; г) взаємозв'язок з юридичною теорією та практикою; д) наявність культурно-цивілізаційної та доктринальної основ, що визначають його зміст та історичні форми [4, с. 7].

Світогляд, як можна переконатися, по суті стає невід'ємною ланкою в осмисленні проблем правового мислення та його праксеологічного аспекту. Саме тому, розглядаючи світогляд специфічної групи людей – суддів, слід, на нашу думку, звернути увагу на те, що об'єднує їх, у чому саме має вираження цілісності їхнього світогляду, та як його формування впливає на ті ментальні конструкції, які в загальнотеоретичній юриспруденції прийнято іменувати правовим мисленням.

Слід зазначити, що правозастосовча діяльність, яка є чи не найбільш яскравою сферою діяльності будь-якого судді, показником його компетентності та професіоналізму, – це складний процес, що складається з послідовних процедур (стадій, етапів): встановлення фактичних обставин по справі, вибір та аналіз норми права, що має бути застосована, та винесення рішення по справі. Судове пізнання на першому етапі, аналіз та оцінка на другому і синтезоване осмислення всіх матеріалів по справі на третьому етапі не можуть уникнути суб'єктивного фактору правозастосування, що виявляється у впливові світогляду суб'єкта правозастосовчої діяльності.

Як зазначає ізраїльський правознавець та суддя А. Барак, у важких справах вибір судді визначається, насамперед, його судовою психологією, що є продуктом його досвіду та світогляду [5, с. 2] .

Судді в силу свого професійного покликання мають особливий світогляд. Такий світогляд формується у процесі пізнання та практичної діяльності через усвідомлення та осмислення власного та сприйнятого опосередковано досвіду. Значну роль у цьому процесі відіграє система власних моральних цінностей суб'єкта правозастосування, його особистих психологічних складових та етики, рівня толерантності тощо.

Правозастосовчий процес завжди вимагає здатності до правового судження, необхідного для того, щоб розірвати логічне хибне коло – норми (множинність аналогічних ситуацій) та казусу (однієї із ситуацій) – через творчий акт формування бажаного права, що поєднує життєвий і правозастосовчий досвід судді та є контекстом їх інтерпретації. Розуміння норми і конкретного випадку постає як один і той самий світоглядний акт, який ніколи не піддається абсолютній рефлексії, що доводить неможливість повного розмежування питань «факту» і «права».

Саме в цьому зв'язку світогляд судді як особи, яка втілює в собі образ правозастосовувача, набуває особливої ваги. Судді завжди відіграють ключову роль у розвиткові правозастосовчої практики, вони занурені до «живого» права, творять його, інтерпретують, і за рахунок цього стають головними діячами у правовому та державному полі.

Тим часом, «судді теж люди» – це відомий вислів Р. Дворкіна та розвинута ним багатопланова антипозитивиська концепція суддівського розсуду [6, с. 49]. Саме світоглядні засади суддівського розсуду породили врешті-решт те, що П.М. Рабінович називає «європейським праворозумінням» [7, с. 4–6].

Формування світогляду як цілісної системи переконань та цінностей, що характеризують людину або соціальну групу, найбільш суттєвим чином впливають на мислення. Саме в мисленні найбільш послідовно конкретизуються ті психоментальні конструкції, які визначаються світоглядом людини, її загальною спрямованістю на ті чи інші соціальні цінності.

Саме тому складними та багатогранними видаються аспекти співвідношення світогляду та правового мислення. З одного боку, правове мислення традиційно сприймають у контексті гносеологічних проблем правової сфери, звужуючи, таким чином, його обсяг у порівнянні зі світоглядом [8, с. 158–159]. З іншого боку, слушною є думка А.І. Овчиннікова, який стверджує: «Класична гносеологічна парадигма правового мислення, що передбачає аналіз його формально-раціонального змісту, постає явно недостатньою для комплексного дослідження процесу осмислення соціально-правової дійсності. За межами цієї інтерпретації правового мислення залишаються його стрижневі елементи: оціночні й імперативні судження і поняття, практичні умовиводи, які можуть бути адекватно досліджені лише в контексті розуміння як основної духовно-практичної інтелектуальної операції» [9, с. 12].

Тут слід звернутися до точки зору відомого німецького вченого К. Шмітта, для якого питання світогляду та правового мислення завжди перебували в центрі уваги. У роботі «Про три види юридичного мислення» науковець виокремлює мислення про правило (закон), мислення про рішення і мислення про порядок і форму. Мислення про правило (легалізм) матиме місце в рамках різних державних і громадських служб і організацій (наприклад, в органах з податків і зборів, установах пошти тощо), діяльність яких суворо регламентована, порядок юридично значущіх дій і рішень логічно виводиться із нормативно-правових актів, на базі яких їх засновано і на базі яких вони функціонують [10, с. 307–357].

Мислення про рішення (десізіонізм) матиме місце в рамках різних державних органів, чию діяльність спрямовано на вирішення тих чи інших юридичних ситуацій. Вони також керуються буквою закону, хоча саме їх існування цим не вичерпується, оскільки вони виходять і з духу закону, що виявляється у прийнятті юридично значущих рішень, зміст яких не виводиться з норм права, але є «чистим» рішенням (наприклад, органи слідства і суду).

Мислення про порядок і форму буде мати місце щодо законодавця як виразника ідеалів та цілей суспільства і держави, який стверджує насправді своєю волею якусь модель соціальної організації, що повинна бути.

Можна погодитися з думкою Д.В. Зикова, що така класифікація дозволяє відійти від усталеного підходу, відповідно до якого виокремлюється прецедентне та статутне правове мислення [11, с. 83].

Тим часом, використання правового мислення неможливе без використання догми права та формальної логіки. Справедливим, на нашу думку, в цьому сенсі є твердження С.С. Алєксєєва про те, що первинно закладена в позитивному праві спрямованість на вирішення життєвих ситуацій, а звідси – на забезпечення максимальної, граничної визначеності в регулюванні суспільних відносин, на забезпечення її максимально можливої точності, досягається, перш за все, якраз за допомогою того, що всі елементи правової матерії, всі її «атоми» підпорядковувалися вимогам і правилам формальної логіки, коли виведені з них висновки виражаються не в діалектичних судженнях типу «і так, і ні», а в суворих висновках – «тільки так», «тільки ні» [12, с. 178].

Схожого «раціонального» підходу дотримується А.Е. Жалінський, який виокремлює етапи правового мислення. Перший – виявлення, усвідомлення та формулювання проблемної ситуації, пов'язаної з визначеним об'єктом; отримання фактичної та правової характеристики об'єкта мислення; формулювання завдання, на вирішення якого

спрямовано процес мислення. Другий етап складається з аналізу можливостей застосування правових засобів та способів вирішення завдання з урахуванням наслідків, що виникають, та існуючих обмежень. Третій етап зосереджується на виборі оптимального варіанта вирішення, отримання його ресурсної характеристики (ціни), визначення можливих результатів та негативних наслідків.

Правове мислення, таким чином, доцільніше пов'язувати з тією частиною свідомості, яка діє раціонально, оперує складеними поняттями, категоріями та ситуаціями їх інтерпретацій.

Отже, ми дійшли висновку, що правове мислення як характеристика професійної свідомості судді охоплює свідому, понятійну її частину. Такий підхід видається більш прийнятним з огляду на те, що знімає протиріччя між понятійним та образним мисленням: останнє залишається за межами права, у сфері індивідуального світогляду.

Правове мислення – це внутрішня форма процесу розуміння професіоналом-правознавцем правової дійсності, результатом якого є правова поведінка у контексті позитивного права, що втілюється у правовій культурі професіонала-правознавця, при цьому формуючи образ професійної правосвідомості.

Правове мислення ґрунтується на засадах як раціоналізму, так і ірраціоналізму, тому що розуміння права, будучи первинною ланкою правового мислення, є оціночною діяльністю, яка полягає в порівнянні правових норм, явищ суспільної дійсності, із цінностями права та правовими цінностями, які зосереджуються у джерелах права.

На думку А.Ю. Мордовцева, правове мислення – це особливий вид інтелектуально-пізнавальної діяльності, а також правила (канони), за якими у визначеній соціально-правовій системі прийнято формувати та розвивати правову мову та передавати будь-яку юридично важливу інформацію.

При цьому можна погодитися з І.Я. Андрюшко щодо того, що правове мислення у правозастосуванні можливо визначити як розумову, творчу, інтелектуальну діяльність професіонала-правознавця у процесі правозастосування, спрямовану на пізнання, оцінку суспільних явищ, що становлять фактичну сторону юридичної ситуації, подальшу кваліфікацію цієї справи, з метою прийняття правозастосовчого акта, що дозволить більш детально регламентувати конкретні правовідносини.

А.Е. Жалінський наголошує на тому, що правове мислення являє собою інтелектуальну діяльність, що спрямована на вирішення завдань, пов'язаних з використанням правових засобів або правових аргументів. Мислення стає правовим, якщо воно, по-перше, спрямовано на реалізацію права з використанням можливостей права; по-друге, якщо для досягнення поставленої мети проектуються та використовуються правові засоби; та, по-третє, під час вирішення правових завдань враховуються закономірності та властивості права, в тому числі дотримання деяких загальнообов'язкових правил.

Думається, такий підхід є цілком виправданим, особливо зважаючи на те, що професійна діяльність судді якраз пов'язана з використанням специфічних засобів правового мислення, які не використовуються іншими юристами-професіоналами.

Якщо взяти до уваги судження П.О. Гука, що прийняття рішення суддею на основі його правового мислення слід розглядати у двох аспектах – з точки зору тлумачення закону та з точки зору доцільного вибору, то логічним буде стверджувати, що саме у другому випадку світогляд судді зосереджено саме на психологічних елементах.

Саме через це Л.М. Берг розглядає основну мету правового мислення судді, що полягає у виборі мотивованого законного й обґрунтованого рішення, що здійснюється уповноваженим суб'єктом (суддею) в конкретній юридичній справі в межах, установлених нормою права. Такий вибір здійснюється під впливом гносеологічних, аксіологічних та психолого-етичних параметрів світогляду суддів. Відповідно, переконання, почуття, цінності та ідеали, що визначають життєву позицію та стратегію поведінки в житті судді, дозволяють зробити мотивований вибір у межах можливих варіантів застосування норм права.

Саме цей вибір «у межах можливого» й зумовлюється індивідуальними моральними цінностями судді. Проте ціннісні елементи морального суворо обмежуються правовими нормами, що лімітують можливості «вольового» в аналізі співвідношення права і моралі судді. Саме тому науковці говорять про «сильну дискрецію» та «слабку дискрецію».

Д.Б. Абушенко щодо цього зазначає, що світоглядною основою правового мислення суддів, яке, зокрема, виражене у феномені суддівського розсуду, є свобода як право вибору одного з передбачених законодавством варіантів. При цьому автор вважає, що суддя під час винесення остаточного рішення у формі акта правозастосування керується певними мотивами: 1) мотивами, що ґрунтуються на традиційних підходах до вирішення питань (справедливість, розумність, доцільність); та 2) мотивами, що постають як конкретні пріоритетні основи у правовому регламентуванні певної галузі правових відносин, тобто норми моралі поряд із законодавчими пріоритетами служать ціннісною базою, аксіологічними основами для визначення суддею рішення тоді, коли норми права також посилаються на такі аксіологічні категорії, як справедливість, доцільність, людяність, моральна шкода тощо.

Таким чином, у формуванні світогляду судді задіяна інтелектуально-вольова та ціннісно-емоційна сфера людської свідомості.

Питання правового мислення та правової свідомості суддів мають першочергове значення для визначення головних аспектів психологічної спрямованості світогляду суддів під час здійснення суддівського розсуду. Дійсно, саме правове мислення та правосвідомість постають як ключові «медіатори» світогляду, його ретранслятори, що переводять абстрактні етико-психологічні принципи на рівень конкретних рішень судді.

Висновки. Підсумовуючи, слід зазначити, що психологічна складова частина світогляду як психолого-правової категорії полягає в розумінні світогляду судді як цілісної системи уявлень, переконань та поглядів судді на соціальну реальність, що зумовлює визначення його позиції щодо реалізації правових норм та їх практичного застосування у процесі здійснення судочинства. Функціональний вплив світогляду судді на формування його правового мислення полягає в тому, що правове мислення суддів має розглядатися як продовження суддівського світогляду, ключовою рисою якого є спрямованість на збалансування інтересів суб'єктів права у процесі винесення правосудного рішення.

Правове мислення суддів є системою правових поглядів, знань, почуттів, стереотипів, ціннісних орієнтацій, що визначаються світоглядом та відображають спрямованість судді на здійснення правосудного судочинства. Світогляд судді задіяний у пізнавальному процесі правового мислення – визначенні місця, часу та причинно-наслідкових зв'язків між обставинами здійснення та його наслідками, – у процесі ідентифікації правової норми, її пошуку і тлумачення та прийняття рішення по справі.

Саме світоглядна детермінація правового мислення суддів включає в себе моральні, психологічні, традиційні або інші цінності на вибір судді під час обрання відповідної норми в разі винесення рішення у справі. Світогляд судді формує певну етичну базу, яка зумовлює багатоаспектну оцінку фактів та доказів у певній справі та прийнятті рішення в ній з урахуванням прийнятих у суспільстві психологічних та інших цінностей, опосередкованих його особистісними якостями.

Список використаних джерел:

1. Шмитт К. Государство: право и политика; пер. с нем. и вступ. ст. О.В. Кильдюшова. М.: Издат. дом «Территория будущего», 2013. 448 с.

2. Берман Г.Дж. Западная традиция права. Эпоха формирования. 2-е изд. М.: Норма, 1998. С. 12–21.

3. Паластрова Г.В. Юридическое мировоззрение: историко-правовые и аксиологические аспекты: автореф. дисс. … на соискание науч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 / Г. В. Паластрова. Ростов-н/Д., 2008. 27 с.

4. Паластрова Г.В. Юридическое мировоззрение: историко-правовые и аксиологические аспекты: автореф. дисс. … на соискание науч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. Ростов-н/Д., 2008. 7 с.

5. Барак А. Судейское усмотрение: пер. с англ. М.: НОРМА. 1999. 364 с.
6. Дворкин Р. О правах всерьез; пер. с англ. ред. Л.Б. Макеева. М.: РОССПЭН, 2004. 392 с.
7. Рабінович П. Сучасне європейське право розуміння. Право України. 2006. № 3. С. 4–6.
8. Актуальні грані загальнотеоретичної юриспруденції: монографія / за ред. Ю.М. Оборотова. О.: Фенікс, 2012. 492 с.
9. Овчинников А.И. Правовое мышление: автореф. дисс. … на соискание науч. степени доктора юрид. наук: спец. 12.00.01. Краснодар, 2004. 48 с.
10. Шишко В.В. Культурологічні проблеми правотворчості : автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.12. К., 2004. 417 с.
11. Зыков Д.В. О трех видах юридического мышления. Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 5: «Юриспруденция». 2013. № 2. С. 82–84.
12. Алексеев С.С. Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. 712 с.

ІВЧЕНКО Ю. В.,
кандидат юридичних наук,
докторант докторантури
та аспірантури
*(Національна академія
внутрішніх справ)*

УДК 340.12

ГІРКИЙ ДОСВІД ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ, ЯКИЙ НЕ ПОВИНЕН ПОВТОРИТИСЯ (СУЧАСНИЙ НАДНАЦІОНАЛЬНИЙ ПАТРІОТИЗМ НІМЕЧЧИНИ)

У статті розглядається сутність наднаціонального патріотизму Німеччини. Особлива увага зосереджується на причинах появи та сьогоднішньому ефективному функціонуванні такого різновиду патріотизму. Визначається, що федералізація й верховенство права та закону є пріоритетними факторами побудови й існування сучасної ФРН.

Ключові слова: *наднаціональний патріотизм, федералізація, нація, націоналізм, національна інтеграція.*

В статье рассматривается сущность наднационального патриотизма Германии. Особое внимание акцентируется на причинах появления и сегодняшнем эффективном функционировании такой разновидности патриотизма. Определяется, что федерализация и верховенство права и закона являются приоритетными факторами построения и существования современной ФРГ.

Ключевые слова: *наднациональный патриотизм, федерализация, нация, национализм, национальная интеграция.*

The article deals with the essence of supranational patriotism in Germany. Particular attention is paid to the reasons for the emergence and the present effective existence of this kind of patriotism. It has been determined that federalization and the rule of law are the priority factors in the construction and functioning of modern Germany.

Key words: *supranational patriotism, federalization, nation, nationalism, national integration.*

Вступ. У більшості країн світу патріотизм розцінюють як найважливішу громадянську чесноту, а в післявоєнній Німеччині ця тема довгий час вважалася надто гострою й делікатною для публічного обговорення. На офіційному рівні громадськість, обтяжена гірким історичним досвідом, ухилялася від з'ясування проблем національної гордості.

Таке явище, як патріотизм, було об'єктом дослідження багатьох наук і, відповідно, великої кількості вчених. Від часів Античності й до сьогодення воно залишається актуальним і дискусійним. Методологічні та теоретичні основи формування особистості з глибоким почуттям патріотизму, любові до Батьківщини розкриті в працях І. Беха, Г. Біленької, М. Боришевського, Г. Ващенка, П. Ігнатенка, В. Каюкова, М. Левківського, О. Сухомлинської та ін. Найбільш відомими дослідниками філософських основ цього питання є Ж.-Ж. Руссо, Т. Гоббс, К. Гельвецій, П. Гольбах, П.Б. Струве, С.Л. Франк. Традиція глибокого світоглядного вивчення проблем патріотизму закладена В. Соловйовим

і Н. Бердяєвим. Теоретико-методологічному й політологічному дослідженню проблеми патріотизму сприяли ідеї Г.В.Ф. Гегеля. Розробленням концепцій конституційного патріотизму займався відомий німецький учений Юрген Хабермас .

Постановка завдання. Метою статті є визначення сутності та причин побудови сучасної Німеччини на принципах наднаціонального патріотизму.

Результати дослідження. Історик Ханс-Хайнріх Нольте зазначав: «Для більшості німців Друга світова війна – це пам'ять про злочини Німеччини того часу. Мова йде передусім про голокост у Німеччині й Польщі. При цьому менше уваги приділяється іншим злочинам, таким як трагедія радянських військовополонених, приречених на голодну смерть, примусові роботи або холокост на окупованих територіях СРСР».

Тому, коли мова йде про патріотизм, Німеччина дуже сильно відрізняється від Америки. І символ держави – державний прапор – тут можна побачити практично лише на будівлях держустанов. Пишатися своєю країною німці дуже хочуть, але все ще бояться.

Після 1945 року німці стали головними вигнанцями на світовій арені. Свою історичну провину, зокрема, за холокост вони відчувають і до цього часу, хоча нові покоління до нього ніякого стосунку вже не мають.

Друга світова війна, безумовно, стала найбільшою подією в історії людства. Вона сформувала ту систему світового устрою, в якій ми живемо й досі. Цілком природно, що ця подія минулого ще дуже довгий час буде впливати на сучасне політичне життя як у Німеччині, так і в усьому світі.

Після розгрому фашизму на німецькій землі утворилося дві держави, кожна зі своєю атрибутикою й різним ставленням до поняття «Батьківщина». У НДР завзято насаджувався казенний патріотизм за радянським зразком, а основою державотворчих процесів у ФРН стало прагнення німців до братнього єднання, справедливості і свободи.

У 1988 році Оскар Лафонтен опублікував книгу «Die Gesellschaft der Zukunft» («Товариство майбутнього»). У той час він був віце-головою Соціал-демократичної партії (СДП) і прем'єр-міністром федеральної землі Саар. У книзі ми можемо знайти такий аргумент: саме тому, що ми, німці, випробували найтрагічніші наслідки збоченого націоналізму, сьогодні наше призначення – вести Європу в майбутнє в процеси наднаціональної інтеграції. Саме таке обґрунтування німецької місії зумовлено необхідністю бути прикладом жахливого німецького досвіду минулого, який не варто повторювати іншим країнам [1].

Справжнє пробудження патріотичної самосвідомості німців почалося з об'єднання Німеччини. У 1990-ті роки в суспільстві відкрито порушили тему необхідності переосмислити місце та роль ФРН у сучасному світі і щодо формування нового типу демократії, яка врахувала б помилки історії та створила принципово нову державу.

Професор Берлінського університету Генріх-Август Вінклер зазначав, що об'єднана в 1990 році Німеччина стала національною державою, хоча й не класичного типу, але, як і всі держави-члени Євросоюзу, посткласичною національною державою. А це означає, що ми повинні бути готові поділитися своєю суверенністю з іншими. Європейські національні держави сьогодні повинні бути готові до часткової реалізації своєї суверенності спільно з іншими, а частково – до передачі її у відання наднаціональних органів і установ. Саме це і становить зміст посткласичних національних держав в об'єднанні держав Євросоюзу.

Говорячи про нову німецьку національну державу, Г.-А. Вінклер зазначає, що Німеччина вже не зможе стати частиною Європи зі схильністю до гегемонії, що може загрожувати іншим, адже вона навчилася відповідально ставитися до отриманого суверенітету. Жоден федеральний уряд після 1990 року, на чолі з Гельмутом Колем або Герхардом Шредером, не був урядом націоналістичним, усі вони підтримували європейську інтеграцію. Це стосується й усіх німецьких політичних партій, які прагнуть відповідально підходити до нових отриманих прав об'єднаної Німеччини. Той факт, що у світі існують нації й саме вони сьогодні роблять Європу Європою, є беззаперечним. Під цим твердженням можуть підписатися сьогодні всі європейці. Хоча нації повинні нині сприйматися як елементи європейської інтеграції. Європа, до якої ми всі прагнемо, є Європою національних держав і громадян.

Національні держави будуть співпрацювати одна з одною, лише частково обмежуючи свою суверенність, а частково будуть користуватися нею спільно. Якщо вони оберуть цей шлях, якщо вони визнають своїм гаслом «Не питай, що Європа може зробити для тебе, питай, що ти можеш зробити для Європи», тоді в проекту європейської інтеграції є майбутнє [1].

Повертаючись до проявів патріотизму в Німеччині, варто згадати, напевне, найбільш показовий, що об'єднав усю країну та примусив згадати про свої національні символи. Реальний перелом у свідомості людей стався в країні під час чемпіонату світу з футболу 2006 року. Хоча родоначальники футболу – англійці, для німців він став способом національного самоствердження і єднання. У дні чемпіонату світу німецький триколор після десятиліть приховування став гордо майоріти на будинках та автомобілях, а вболівальники на стадіонах усе сміливіше й голосніше співали державний гімн. На наступних чемпіонатах світу та Європи подібний ажіотаж частково повторювався.

Сьогодні суспільство Німеччини по-різному реагує на цей феномен. Одні бачили в ньому вираження здорового патріотизму. Інші характеризували його як форму масового психозу й засіб відволікання населення від насущних соціальних проблем. Треті вважали футбольний азарт різновидом фанатизму, що призводить до націонал-шовінізму та екстремізму, при цьому посилаючись на скандальні вигуки расистських гасел, спалювання національних символів суперників, побиття їхніх уболівальників, дії ультраправих з прославлянням подвигів німецького спорту й не менш бурхливі протести лівих. У цьому плюралізмі позицій відбилася складність і багатоплановість проблеми.

Безсумнівно, немає нічого поганого у відданості команді своєї країни. Вона цілком сумісна з лояльністю й повагою до суперників навіть у разі їхньої перемоги в грі. Про це свідчить і визнання німцями переваг членів власної збірної з некорінних етнічних груп. Ентузіазм, народжений її спортивними перемогами, широко виявився також серед мігрантів, які живуть у ФРН, що може слугувати індикатором їхньої інтеграції в німецьке суспільство.

Разом із тим ексцеси, пов'язані з крайнощами в поведінці уболівальників і спортсменів, підтверджують небезпеку переродження патріотизму в націоналізм. Адже ставлення до спортивних результатів своєї збірної – ознака ментальності й загальної культури громадян країни. Більшість німців сьогодні виважено сприймають успіхи та невдачі власних гравців. А якщо повернутись в історію, Олімпійські ігри 1936 року стали прикладом абсолютно протилежного сьогоднішньому ставлення до інших народів і національностей. Літня Олімпіада в Берліні була використана нацистами для оскаженілої пропаганди, нагороди німецьким спортсменам стали приводом для расистської істерії, а успіхи представників інших країн, особливо євреїв і чорношкірих, викликали в німців ненависть і злобу.

«Німеччина понад усе!» Ці слова з пісні, складеної Гофманом фон Феллерслебеном на мелодію Йозефа Гайдна в 1847 році, в період піднесення національно-об'єднавчого руху, висловлювали любов до в той час роз'єднаної Батьківщини. Після проголошення Німецької імперії офіційним став гімн Пруссії, що прославляв кайзера й велич єдиної нації. Німецький патріотизм перейнявся великодержавним шовінізмом і мілітаризмом, який і призвів до краху імперії. Любов до свого народу та Батьківщини підмінялася вірністю фюреру й арійській расі. Щодо інших народів культивувалися зарозумілість і ненависть, реалізовані в захопленні й розграбуванні чужих земель, поневоленні та винищенні мільйонів «неповноцінних» [2].

Саме тому сучасний світ повинен завжди пам'ятати ці сторінки історії, де, по суті, саме псевдопатріотизм став каталізатором однієї з найстрашніших воєн в історії людства та смерті більше ніж 60 мільйонів людей.

Сьогодні для німців питання, чи варто пишатися своєю країною, одне з важливих питань в умовах пошуку національного самовизначення. До недавнього часу активно демонструвати патріотизм уважалося чимось непристойним.

Повністю оговтатися від наслідків минулого в німців ще не виходить. Німеччина давно вже перестала бути оплотом «світового зла» й перетворилася в одну з провідних економік світу. Але, як виявилося, відновити країну з руїн простіше, ніж змінити усталені образи в головах людей.

Історик Ханс-Хайнріх Нольте, що спеціалізується на Східній Європі, визначив особливості того, як німці переживають свою історію після 1945 року. Говорячи про Другу світову війну, прийнято щоразу згадувати німецьке почуття провини. Для більшості німців Друга світова – це пам'ять про злочини Німеччини того часу.

У Німеччині й до цього часу роблять усе для того, щоб і молоде покоління знало про трагічні сторінки історії своєї країни та зробило все, щоб не повторити помилок своїх попередників. У всіх німецьких містах установлені пам'ятники вбитим євреям, насильно вивезеним до Німеччини жертвам Третього рейху або загиблим радянським солдатам. Школярам часто влаштовують екскурсії в пам'ятні місця, де раніше розташовувалися концентраційні табори [3].

Одразу після війни в Німеччині на слово «патріот» реагували насторожено, ототожнюючи його з «націоналістом» і навіть із «фашистом». Не тільки під впливом політики демілітаризації та демократизації, що проводилися союзниками, а й унаслідок тривалої роботи всередині країни відбувався процес позбавлення від нацистських упереджень. Але ганебна спадщина Третього рейху, почуття сорому та провини за його жахливі злочини заважали їм повністю звільнитися від комплексу національної неповноцінності. Але поступово змінюється ставлення німців до своєї Батьківщини, відбувається відродження німецького самосвідомості на основі колективної відповідальності за сьогодення і майбутнє країни.

У сучасній Німеччині формується критичне ставлення німців до історії й сучасного суспільно-політичного життя. Не ототожнюючи поняття Батьківщини з провідними політичними партіями та їхньою діяльністю, вони разом із тим високо оцінюють її державний устрій. Саме такий підхід і називається конституційним патріотизмом, оскільки в ньому виражається прихильність громадян моральним принципам та ідеалам, утіленим в Основному Законі країни.

Однак становлення німецького патріотизму нового типу не варто спрощувати. Націоналістичні та ксенофобські установки все ще зберігаються у свідомості й поведінці близько 18 відсотків громадян з ультраправими поглядами, що підтримують гасло: «Німеччина тільки для німців!» Приблизно чверть суспільства відкидає мультикультурне суспільство, схвалюючи абсолютне домінування німецької культури. З іншого ж боку, існує й інша думка: ліві радикали в Німеччині оцінюють патріотизм як анахронізм, уважаючи, що глобалізація передбачає відмову від «провінційної ностальгії» на користь європейської єдності й «наднаціонального космополітизму» [2].

Сьогодні німці почали розуміти, що самосвідомість багато в чому визначає й нація, до якої людина належить. Говорячи про поняття «німецька нація», історик Генріх-Август Вінклер зазначав, що, відповідно до законодавства 2000 року, ФРН відійшла від суто етнічного визначення нації. Німцем сьогодні уважається не лише та людина, що має німецьке походження. Ним може стати будь-хто, хто цього хоче і при цьому виконає певні умови – в сенсі класичної формули французького етнолога й орієнталіста Ернеста Ренана: «Націю становлять ті особистості, які хочуть бути нацією». Саме ці зміни розуміння поняття німецької нації зближують країну із Заходом.

І все ж останнім часом патріотичні настрої посилюються. Уже 60% громадян Німеччини пишаються своєю країною, як показало опитування фонду Identity Foundation. Хоча відкрито та голосно заявити про свій патріотизм готові далеко не всі. Нині патріотичні почуття не засновані, як раніше, на величі й силі держави. Пріоритети змінилися. Тепер у німців інші приводи для гордості, і це – стабільність, шанобливе ставлення до традицій, розвинена культура, економічні, політичні та спортивні успіхи. Німці живуть сьогоденням і майбутнім. Вони не відмовляються від своєї історії, вони віддають минулому данину, щоб потім забути його, як страшний сон, і йти вперед.

Крім цього, важливим є те, що сьогодні федералізм є основою Німецької держави. Побудова держави на основі федералізму – це запорука ефективного розвитку країни. Німецький федералізм сьогодні – це втілене бажання назавжди відмежуватись від тоталітарного минулого. І ця стратегія побудована на створенні якомога більше центрів

впливу всередині країни, що, як показує практика, працює ефективно. Свідченням цього є географічне розташування галузевих центів країни: столиця – Берлін, фінансовий центр – Франкфурт-на-Майні, колишня столиця Західної Німеччини, де й до цього часу знаходиться чимало міністерств, – Бонн. Газети загальнофедерального значення розкидані по всій країні: Sueddeutsche Zeitung базується в Мюнхені, Handelsblatt – у Дюссельдорфі, Die Zeit – у Гамбурзі.

Сучасна Німеччина позиціонує себе в ролі посередника, що сприяє розвитку діалогу в усьому світі й цим прагне остаточно закрити темні сторінки своєї історії. Міністерство закордонних справ, Корпорація з міжнародного інформаційного мовлення Deutsche Welle, Гьотте-інститут і Німецька служба академічних обмінів DAAD – усі вони працюють заради досягнення однієї головної мети – показати, що Німеччина тоді й Німеччина зараз – це різні країни [3].

Висновки. Отже, підводячи підсумок, варто зауважити, що патріотизм у Німеччині, як і будь-який іншій країні, має свої особливості, зумовлені історією, національними та культурними відмінностями. З огляду на гіркий досвід крайнього націоналізму в часи Другої світової війни, пріоритетним напрямом державної політики й суспільної свідомості сучасної Німеччини став наднаціональний патріотизм, що спроможний зберегти національну культуру та гордість за свою державу і сприяти подальшому розвитку країни.

Список використаних джерел:

1. Патриотизм европейский и патриотизм национальный. URL: https://novpol.org/ru/HJo5dufDjZ/PATRIOTIZM-EVROPEJSKIJ-I-PATRIOTIZM-NACIONALNYJ].

2. Шимановский (Карлсруэ) Д. Быть патриотом в Германии. Табу снято – вопросы остались. URL: http://www.partner-inform.de/partner/detail/2014/3/266/6755/byt-patriotom-v-germanii.

3. Карбасова Н. Патриотизм по-немецки: очень хочется, но страшно. О немецком чувстве вины, переосмыслении прошлого и сегодняшнем самосознании 2010 г. URL: http://www.chaskor.ru/article/patriotizm_po nemetski_ochen_hochetsya_no_strashno_17261.

ЛЯШЕНКО Р. Д.,
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри правознавства
(Житомирський національний агроекологічний університет)

МАМЧУР С. М.,
студентка
(Житомирський національний агроекологічний університет)

УДК 347.998.85

АДВОКАТСЬКА МОНОПОЛІЯ В УКРАЇНІ: ПЛЮСИ ТА МІНУСИ РЕФОРМУВАННЯ

У статті окреслено сутність адвокатської монополії на представництво в суді. Зазначено причини, які передували запровадженню в Україні монополії адвокатури. Досліджено зміни, що внесені до вітчизняного законодавства. Визначено поняття, мету, завдання, а також обґрунтовано позитивні та негативні аспекти адвокатської монополії.

Ключові слова: *адвокатська монополія, представництво в суді, адвокат, чинне законодавство, адвокатура, права, інтереси, правова допомога, адвокатська діяльність, процесуальні гарантії.*

В статье обозначена сущность адвокатской монополии на представительство в суде. Указаны причины, которые предшествовали введению в Украине монополии адвокатуры. Исследованы изменения, которые внесены в действующее законодательство нашего государства. Определены понятие, цели, задачи, а также обоснованы позитивные и негативные аспекты адвокатской монополии.

Ключевые слова: *адвокатская монополия, представительство в суде, адвокат, действующее законодательство, адвокатура, права, интересы, правовая помощь, адвокатская деятельность, процессуальные гарантии.*

The article outlines the essence of the lawyer's monopoly on representation in court. The reasons, which preceded the introduction of monopoly of advocacy in Ukraine, were indicated. The changes that were made to the current legislation of our state are investigated. The concept, the purpose, the task, as well as the substantiated positive and negative aspects of the lawyer's monopoly are defined.

Key words: *lawyer monopoly, representation in court, lawyer, current legislation, law, rights, interests, legal assistance, advocacy, procedural guarantees.*

Вступ. Сьогодні в Україні триває конституційна реформа, спрямована на запровадження адвокатської монополії на судове представництво, що передбачає здійснення захисту підозрюваного чи обвинуваченого, а також представлення інтересів потерпілого, позивача чи відповідача в суді виключно адвокатами.

Проблеми, пов'язані безпосередньо з організацією та діяльністю інституту адвокатури, у тому числі й ті, що стосуються адвокатської монополії, досліджувалися

багатьма вченими, а саме: Н.В. Андріановим, В. Бернамом, А.В. Богмою, О.Н. Бондарем, Т.Б. Вільчик, Л.Є. Владиміровим, С. Гібенсом, І.Ю. Гловацьким, С.В. Гончаренко, Т.С. Коваленко, Р.Г. Мельниченко, М.В. Руденко, О.Д. Святоцьким, М.І. Сірим, Р. Смітом, О.Н. Стояновим, Н.В. Хмелевською, Ю.Т. Шрамко, К. Штерном, О.Г. Яновською та ін. Проте питання позитивних і негативних аспектів реформи монополії адвокатури є дискусійним у вітчизняній юридичній науці.

Постановка завдання. Метою статті є аналіз конституційної реформи, що стосується запровадження адвокатської монополії в Україні.

Результати дослідження. Нині існує низка запланованих змін у сфері правосуддя, впровадження яких уже варто очікувати в найближчому майбутньому. Передбачається, що ці зміни передусім сприятимуть виведенню українського правосуддя на новий щабель розвитку, а також наближенню його до відповідних європейських стандартів, що є важливим для України, особливо тепер, коли вона прагне утвердитись у європейській спільноті. Ці реформаційні процеси не оминули й адвокатуру. Загалом процес, пов'язаний з удосконаленням роботи цього органу, розпочався ще у 2015 році, коли була запропонована концепція інституціонального реформування адвокатури України. Вона основана на порівняльно-правовому аналізі законодавства країн Європейського Союзу та вітчизняного законодавства, спрямована на вирішення завдань реформування інституту адвокатури, закріплених у Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 р. (прийнятій 20.05.2015), що передбачає системні зміни в законодавстві. Зокрема, ці зміни стосуються комплексної побудови інституційних спроможностей цього правозахисного інституту, гармонізації законодавства, що регулює діяльність адвокатури відповідно до європейських стандартів [1].

Ще одним поштовхом до реалізації цих змін стало те, що адвокати почали порушувати питання стосовно надання їм виключного права представляти інтереси як фізичних, так і юридичних осіб у судах, запровадивши монополію адвокатури на судове представництво.

Перші кроки на шляху до запровадження адвокатської монополії зроблені ще у 2012 році. Саме тоді почали розробляти план проекту стосовно введення в дію монополії адвокатури. І вже у 2016 році внесено відповідні зміни до Кримінального процесуального кодексу України, згідно з яким тепер виключно адвокат може бути захисником підозрюваного чи обвинуваченого, представляти інтереси потерпілого, позивача чи відповідача в суді [2].

Відповідно, розроблено низку законопроектів, а пізніше прийнято Верховною Радою України, такі як Проект Закону України про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» щодо заходів правового захисту адвокатів від 02.12.2014 № 1194; Проект Закону України про внесення змін до деяких законів України (щодо обов'язкового страхування професійної відповідальності адвоката) від 06.07.2015 № 2298а; Проект Закону України про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (щодо статусу і гарантій адвокатської діяльності та формування органів адвокатського самоврядування) від 19.01.2015 № 1794; Проект Закону України про внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та деяких інших законодавчих актів України (щодо статусу і гарантій адвокатської діяльності та формування і роботи органів адвокатського самоврядування) від 04.02.2015 № 1794-1. Спільною ідеєю вище перелічених Законопроектів стало впровадження монополії адвокатури. Однак реальні зміни передбачено прийняттям Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» № 1401-VIII. Цей Закон містить положення, які передбачають, що ця монополія закріплюється на конституційному рівні. Підтвердженням цього є внесені зміни до статей 59 і 1312 Конституції України. Зокрема, у статті 59 зазначається: «Кожен має право на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав». У статті 1312 Основного Закону говориться: «Для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура. Незалежність адвокатури гарантується. Засади організації і діяльності адвокатури та здійснення адвокатської діяльності в Україні визначаються законом. Виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення» [3, с. 3].

Також варто зазначити, що Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» № 1401-VIII запропоновано чіткий план поетапного запровадження адвокатської монополії на судове представництво. Так, згідно з Перехідними положеннями цього законодавчого акта, адвокати здійснюють представництво: з 1 січня 2017 року – у Верховному Суді України та касаційних судах; із 1 січня 2018 року – в апеляційних судах; із 1 січня 2019 року – почнуть представляти інтереси клієнтів у судах першої інстанції, а з 1 січня 2020 року – в судах органів державної влади та органів місцевого самоврядування [4]. Передбачається, що таке поступове введення адвокатської монополії буде більш ефективним і принесе плідні результати. Окрім цього, ці реформаційні процеси спрямовані на те, щоб адвокатура України стала однією з найпотужніших правозахисних структур.

Отже, адвокатська монополія – це виключне право адвокатів на судове представництво. Тепер тільки та особа, яка є адвокатом, може захищати права та представляти інтереси як фізичних, так і юридичних осіб у цивільному, адміністративному, кримінальному й господарському судочинстві. Проте варто зазначити, що є винятки, передбачені Законом України від 02.06.2016 № 1401-VIII, стосовно судового представництва. Так, у Конституції України в статті 131^2 зазначається: «Законом можуть бути визначені винятки щодо представництва в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена» [3, с. 3].

Що стосується основного завдання адвокатської монополії, то можна сказати, що воно не спрямоване на наділення будь-кого певними конкурентними перевагами стосовно іншого. Навпаки, така монополія спрямована на те, щоб підвищити й покращити рівень якості правничих послуг за рахунок особистої зацікавленості адвоката, тобто це означає, що за некваліфіковане надання своїх послуг адвокат буде притягуватися до дисциплінарної відповідальності, а в окремих випадках – буде здійснюватися анулювання свідоцтва, що підтверджує право на зайняття адвокатською діяльністю.

Крім цього, запровадження адвокатської монополії передбачає виведення з тіньового обороту тих правників, які не мають статусу адвоката, практичного досвіду роботи, відповідних навичок і знань, але при цьому вони надають людям послуги у сфері права.

Реформа, першими результатами якої стали зміни, внесені до Конституції України в частині правосуддя, вже розпочалась. Проте, незважаючи на це, запеклі дискусії не припиняються. Щодня з'являються все нові й нові погляди, одні з яких схвалюють такі зміни, а інші, навпаки, – критично ставляться до цього. Тому, аби зрозуміти, чи дійсно важливо продовжувати надалі реалізовувати в країні адвокатську монополію, необхідно зважити всі аргументи «за» і «проти» цієї реформи.

Основні аргументи «за» впровадження реформи.

– Монополія адвокатів слугуватиме запорукою ефективної реалізації конституційного права громадян на отримання кваліфікованої правничої допомоги. Тобто адвокати будуть зацікавлені в тому, щоб надати якісну правничу допомогу своїм клієнтам, у протилежному випадку вони притягуватимуться до дисциплінарної відповідальності або взагалі будуть позбавлені права займатися адвокатською діяльністю, що стане для них неабияким стимулом.

– Адвокатська монополія на судове представництво сприятиме утвердженню єдиної корпорації правників, тобто створюватимуться спеціальні професійні групи та незалежні об'єднання адвокатів, які будуть надавати кваліфіковану правничу допомогу.

– Монополія адвокатів на представництво в суді є необхідною в нашій державі та не менш важливою для суспільства, ніж монополія, зокрема, нотаріусів.

– Сторона, яка буде працювати з адвокатом, матиме змогу користуватися всіма передбаченими чинним законодавством України процесуальними гарантіями, зокрема такими як недопустимість звуження чинних прав і свобод як за обсягом, так і за змістом; надання допомоги захисником у реалізації прав і свобод учасниками процесу; недопущення порушення процесуальних прав людини та громадянина; відновлення порушених прав і свобод тощо.

– Основною метою адвокатів стане не підприємницька діяльність, тобто отримання прибутку за рахунок клієнтів, а здійснення своєї головної функції – захист прав та інтересів людини та громадянина.

– В Україні існує достатня кількість професійних і кваліфікованих адвокатів, аби мати можливість підтримувати відповідний, високий, рівень конкуренції й разом із тим не спровокувати зростання цін на правничі послуги.

– Кожен професійний правник, який виявить бажання отримати статус адвоката, зможе без будь-яких перешкод скласти іспит на зайняття адвокатською діяльністю.

– Адвокатська монополія на судове представництво є в більшості розвинених країнах світу, у тому числі й у країнах Європейського Союзу. Так, у США законодавчо закріплена презумпція надання ефективної допомоги захисником (адвокатом) [5, с. 149].

Аргументи «проти» адвокатської монополії.

– Отримання статусу адвоката буде пов'язане з багатьма складнощами, одне з можливих – корупційний складник.

– Монополія адвокатури суперечить принципу верховенства права, ускладнюється доступ до правосуддя. Варто зазначити, що Конституцією України передбачено, по-перше, що права людини не можуть бути обмежені; по-друге, звернення громадян до суду стосовно захисту своїх прав і свобод гарантується; по-третє, кожен громадянин є вільним у виборі свого захисника, а адвокатська монополія передбачає обмеження права громадян на вільний вибір захисника виключно з числа професійних адвокатів. Тобто можливість отримати правничі послуги від правника, що не є професійним адвокатом, обмежена законом.

– Монополія може призвести до того, що почне посилюватися контроль з боку держави за адвокатурою. Адже забезпечення та захист прав і свобод людини в нашій державі є її головним конституційним обов'язком, тому саме це може стати причиною надмірного втручання держави в діяльність адвокатури.

– Звернення до адвокатів для здійснення судового представництва в дрібних справах є невиправданим.

– Значний дефіцит адвокатів у невеликих містах нашої держави унеможливить реалізацію права громадян на отримання правничої допомоги.

– Виходячи з кількості звернень громадян до суду, показник завантаженості одного адвоката в умовах дії адвокатської монополії буде дуже високим, а це, у свою чергу, призведе до того, що адвокати не зможуть ефективно надавати правничу допомогу.

– Монополія адвокатури не відповідає рівню розвитку нашого суспільства, тобто це означає, що вона уподібнюється такому собі закритому клубу, а це, звичайно, не може позитивно вплинути на подальший розвиток конкуренції (чим менша конкуренція, тим нижча якість).

Як бачимо, монополія адвокатури на судове представництво отримала неоднозначну оцінку від фахівців. Зокрема, її прихильники стверджують, що вона має безліч плюсів, водночас опоненти, навпаки, вбачають в адвокатській монополії лише недоліки.

Ми підтримуємо та поділяємо позицію тих фахівців, що виступають «за» адвокатську монополію й аргументуємо це таким:

– вона дасть змогу значно покращити якість надання правничої допомоги за рахунок підвищення рівня кваліфікованості наших адвокатів, тобто представником адвокатської діяльності зможе стати не будь-яка особа, а лише та, яка матиме вищу юридичну освіту, на відмінно складе відповідний іспит, а також матиме досвід роботи помічником адвоката не менше як два роки;

– адвокати почнуть відповідальніше ставитися до своїх професійних обов'язків, інакше вони будуть позбавлені права на зайняття адвокатською діяльністю;

– зросте не лише довіра пересічних громадян до адвокатів, а й попит на таких фахівців на вітчизняному ринку праці;

– ця монополія сприятиме вдосконаленню роботи всієї адвокатури України, що виведе її на новий рівень розвитку;

– адвокатська монополія допоможе підвищити рівень конкуренції представників адвокатської діяльності як усередині держави, так і на міжнародній арені в майбутньому;

– Україна є демократичною, соціальною та правовою країною, в якій велику роль відіграють права і свободи людини, а їх дотримання й захист є головним обов'язком держави. Тому адвокатська монополія певною мірою стане запорукою покращення рівня якості життя наших громадян.

Відтоді, як реформа стосовно запровадження адвокатської монополії на судове представництво дала свій старт, усе частіше висловлюються думки про те, що її варто тимчасово призупинити, а саме до закінчення судової реформи. Активно проводяться дискурси щодо того, аби в майбутньому обмежити монополію адвокатури немайновими справами на суму позовних вимог понад 2 млн. грн., тобто адвокатура стане обов'язковою для серйозних бізнес-спорів, в інших випадках участь адвокатів буде необов'язковою. Дехто ж категорично виступає за скасування адвокатської монополії. Проте чи матимуть такі дискурси своє продовження в діях на практиці та чи взагалі бути адвокатській монополії в нашій державі, покаже час.

Висновки. Отже, підсумовуючи все вищезазначене, можна резюмувати, що прагнення врегулювати вітчизняний ринок надання правничих послуг є важливим і надзвичайно необхідним фактором сьогодення нашої держави, а здійснення монополізації адвокатури, яка безпосередньо спрямована на представництво прав та інтересів громадян у судах, є одним із головних елементів такого врегулювання. І хоч адвокатська монополія має певні недоліки, проте вони не переважають над позитивними сторонами цієї реформи. На нашу думку, запровадження монополії адвокатури стане не лише стимулом для адвокатів – відповідальніше ставитися до своїх безпосередніх обов'язків, а й підвищить якість надання ними правничої допомоги, сприятиме зростанню довіри пересічних громадян до адвокатів. Також адвокатська монополія допоможе ефективно вдосконалити діяльність усієї адвокатури України, що, у свою чергу, виведе її на новий рівень розвитку. Окрім цього, ця монополія позитивно впливатиме на підвищення рівня конкуренції представників адвокатської діяльності як усередині держави, так і на міжнародній арені.

Список використаних джерел:

1. Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки: Указ Президента України від 20.05.2015 № 276/2015. Київ: Парламентське видавництво, 2015. 13 с.

2. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 № 4651-17. Київ: Парламентське видавництво, 2018. 88 с.

3. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. Київ: Парламентське видавництво, 2016. 141 с.

4. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 02.06.2016 № 1401-19. Київ: Парламентське видавництво, 2016. 532 с.

5. Ляшенко Р.Д. Презумпції у праві: питання теорії та практики: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.0. Київ, 2011. 234 с.

МИХАЙЛОВ М. Б.,
аспірант
(Харківський національний університет внутрішніх справ),
помічник судді
(Апеляційний суд Полтавської області)

УДК 342.3

МОНІТОРИНГОВА ДЕМОКРАТІЯ: ПОНЯТТЯ, ЗМІСТ ТА МІСЦЕ В СИСТЕМІ ФОРМ БЕЗПОСЕРЕДНЬОЇ ДЕМОКРАТІЇ

Стаття присвячена визначенню поняття, сутності та змісту нового для вітчизняної правової науки інституту моніторингової демократії. Охарактеризовано даний інститут крізь призму реалізації права народу на владу. Здійснено аналіз моніторингової демократії в контексті визначення її місця в системі прямого народовладдя та його нетипових (допоміжних) форм, а також співвідношення з електронною демократією.

Ключові слова: *моніторинг, моніторингова демократія, безпосередня демократія, нетипові (допоміжні) форми безпосередньої демократії, електронна демократія, право на владу, громадський контроль.*

Статья посвящена определению понятия, сущности и содержания нового для отечественной правовой науки института мониторинговой демократии. Данный институт охарактеризован сквозь призму реализации права народа на власть. Осуществлен анализ мониторинговой демократии в контексте определения ее места в системе прямого народовластия и его нетипичных (вспомогательных) форм, а также соотношения с электронной демократией.

Ключевые слова: *мониторинг, мониторинговая демократия, непосредственная демократия, нетипичные (вспомогательные) формы непосредственной демократии, электронная демократия, право на власть, общественный контроль.*

Article is devoted to the definition of the concept, essence and content of the monitory democracy – the new institute for domestic legal science. The characteristic of this institute through the prism of the realization of the people's right to power is given. Monitory democracy has been analyzed in the context of determining its place in the system of direct democracy and its atypical (auxiliary) forms, as well as relation with e-democracy.

Key words: *monitoring, monitory democracy, direct democracy, atypical (auxiliary) forms of direct democracy, e-democracy, right to power, public control.*

Вступ. Сучасне демократичне суспільство характеризується зростаючою потребою в безпосередній участі народу у правовідносинах владного характеру. Відсутність міцних, безперервних інтерактивних зв'язків між народом і державою, суспільством і владою призвело до кризи представницької демократії та необхідності пошуку нових способів реалізації права народу на безпосереднє здійснення влади.

Особливості реалізації гарантованого Конституцією України права народу на владу перебувають у прямому взаємозв'язку з реальними правовідносинами, що склалися

в суспільстві, й іншими факторами, що визначають характер безпосереднього здійснення владного впливу на суспільні відносини з боку суб'єктів прямої демократії. Нові інформаційно-комунікаційні технології мають значний вплив на демократичні процеси, особливо на відкритість владної діяльності держави, розширення кола засобів її моніторингу, а також підвищення ефективності механізмів народного контролю за такою діяльністю.

У 2009 р. професор Сіднейського університету Джон Кін першим серед вчених-правників увів до наукового вжитку термін «моніторингова демократія», який характеризує процес еволюції та трансформації демократії, що розпочався після Другої світової війни, а також визначає нову форму демократії, засновану на безпосередній участі громадян у вирішенні суспільно-значущих питань шляхом впливу на уповноважені органи влади через механізми моніторингу та активного громадського контролю, які спонукають державу до актуальних дій, спрямованих на задоволення актуальних потреб суспільства та держави.

Очевидно, що моніторингова демократія може допомогти громадянам у реалізації активної позиції під час прийняття суспільно важливих рішень, дозволяє зробити цей процес більш прозорим, а також забезпечити належні комунікативні зв'язки всередині суспільства, що визначає актуальність досліджень, спрямованих на науково-теоретичне обґрунтування практики реалізації права народу на владу через інститут моніторингової демократії.

Моніторингова демократія стала предметом жвавої наукової дискусії серед зарубіжних правників лише в останні декілька років, проте встигла отримати серйозну доктринальну базу. Так, чималу увагу до даного інституту приділено Джеймсом Міллером, Далласом Роджерсом, Ларсом Трагардом та іншими науковцями. На пострадянському просторі даної тематики у своїх наукових працях торкався російський науковець С.П. Прегудов. Вітчизняна наука, на жаль, лишилася осторонь проблем теорії та практики моніторингової демократії. Такими науковцями, як В.Ф. Погорілко, О.О. Галус, Р.П. Князевич, С.М. Дерев'янко та деякими іншими досліджувалися питання участі народу у правовідносинах владного характеру, однак питанням активного народного контролю влади через інститут моніторингової демократії належної уваги так і не було приділено.

Концептуальні особливості інституту моніторингової демократії підлягають подальшому дослідженню. Окрім того, у зарубіжній науковій літературі фактично не висвітлюється й не аналізується практика його реалізації. Із активізацією українського громадянського суспільства та розширенням кола механізмів моніторингу і контролю влади комплексне дослідження теорії та практики моніторингової демократії дозволить підвищити ефективність впливу громадян на державно-владні процеси в Україні.

Постановка завдання. Метою даної роботи є визначення поняття, змісту та особливостей моніторингової демократії, дослідження доктрини моніторингової демократії, розробленої зарубіжними науковцями, та практики її реалізації в межах вітчизняної правової системи. Дослідження спрямоване на визначення місця моніторингової демократії в системі форм демократії як такої, а також у системі форм прямого народовладдя, зокрема нетипових (допоміжних) форм. Вирішенню підлягає питання співвідношення моніторингової демократії та е-демократії як особливої технократичної форми демократії.

Результати дослідження. Оскільки переважна частина досліджуваних джерел є англомовними, слід уточнити деякі термінологічні особливості, притаманні даному правовому інституту. Так, у західній науковій літературі вживаються такі терміни, як *monitoring democracy* та *monitory democracy*, які можуть бути перекладені як «моніторингова демократія», проте мають дещо різний зміст. Якщо *monitoring democracy* використовується для розкриття зовнішнього моніторингу розвитку демократії в окремих країнах (наприклад, діяльність міжнародних спостерігачів на виборах або діяльність моніторингових місій різного характеру), то *monitory democracy* означає саме внутрішній контроль суспільства за демократичними процесами в країні і моніторингову демократію у тому розумінні, у якому зазначений термін використовується у даному дослідженні.

Термін «моніторингова демократія» вперше був запропонований Джоном Кіном у 2009 р. [1]. Автор ідеї моніторингової демократії, звертаючи увагу на її всеохоплюючий

характер та потужний вплив на владні правовідносини з боку громадян, пропонує розглядати даний інститут як нову, особливу форму демократії, яка йде на зміну звичним представницькій та безпосередній демократії, хоча і не заперечує їх. Така позиція, на нашу думку, є занадто радикальною, тим паче, що і сам Джон Кін у своїх наступних наукових роботах вже не є таким категоричним [2, с. 30].

Зміст поняття «моніторингова демократія» Джон Кін [1], як і інші науковці [3], роботи яких здебільшого зводяться до обговорення окремих аспектів оригінальної книги «The Life and Death of Democracy», виводить із сутності самого слова «моніторинг», який визначається як публічний (народний) контроль та публічна (народна) перевірка тих, хто приймає владні рішення у межах державних та міждержавних інституцій. Це не тільки контроль, перевірка, але і взаємодія, яка суттєво впливає на сам характер демократичних процесів.

Заслуговує на увагу думка М.А. Баранова [4, с. 19] стосовно сутності моніторингової демократії, а саме, що в умовах моніторингової демократії відбувається контроль влади, який здійснюється незалежними організаціями публічної сфери, що діють у державних структурах та в рамках громадянського суспільства. Завдяки цьому підвищується динаміка самоуправління, послаблюється вплив виборчого процесу та влада політичних партій і парламенту над життям громадян. Незалежні «контролери» влади здійснюють все потужніший вплив на прийняття рішень урядовими та парламентськими інститутами, спонукаючи до корегування програм їхньої діяльності в інтересах суспільства.

Важливим для розуміння моніторингової демократії є те, що вона передбачає саме активну поведінку громадян. Пасивне ж спостереження за державно-владними процесами С.П. Перегудов [5, с. 62] називає аудиторною демократію, яка не дозволяє її учасникам впливати на прийняття владними суб'єктами суспільно-значущих рішень, хоча, звичайно, має важливе значення для демократичного суспільства в частині забезпечення громадянам доступу до інформації державно-владного характеру. «Моніторинг» у межах моніторингової демократії є виключно активною діяльністю громадян із метою встановлення громадського контролю за законністю державно-владних процесів, відповідністю їх інтересам та потребам суспільства, а також впливу на формування та здійснення державної політики. Будь-який збір інформації про державно-владні процеси, не спрямований на досягнення вищевказаних цілей, не може вважатися моніторингом, а є аудитом, який не входить до системи моніторингової демократії.

Активна діяльність громадян, спрямована на моніторинг державно-владних правовідносин із метою правомірного впливу на них, є умовою існування моніторингової демократії. Останнім часом поряд із цим поняттям у науковій літературі використовується термін «моніторіальне громадянство» у розумінні «ефективне громадянство» [6, с. 45]. Саме «ефективний» громадянин є суб'єктом моніторингової демократії, адже він прямо чи опосередковано, через громадські організації, повинен здійснювати активний контроль за владою. «Ефективний» громадянин критично ставиться до влади і, хоча й не бере безпосередньої участі у політичних процесах, активно цікавиться значущими суспільними проблемами та шляхами їх вирішення [7, с. 252]. Громадський контроль за владою, як стрижень моніторингової демократії, є діяльністю цілісної мережі незалежних моніторингових груп, а не анархічними і безсистемними випадами окремих «моніторіальних громадян».

Повноцінне розкриття сутності моніторингової демократії та її місця серед інших її форм неможливе поза аналізом витоків та причин появи даного інституту. Не дивлячись на те, що формування теорії та практики моніторингової демократії відбулося лише в останньому десятилітті, її поява стала логічним наслідком тривалого розвитку правових учень, а також науково-технічного прогресу. Так, розвиваючи ідеї Джона Локка [8] про мультиполярне управління державою через законодавчу, виконавчу і судову владу, Ш.-Л. Монтеск'є [9, с. 352] обґрунтував позитивний вплив змагальності і конструктивної конкуренції між політикою, економікою і суспільством, що робить владу більш чутливою до потреб суспільства і породжує креативне вирішення суспільно-значущих проблем.

Поступова еволюція демократії призвела до її занепаду, а саме нездатності традиційних її форм виправдати очікування суспільства, яке вимагає встановлення міцних

та інтерактивних зв'язків із владою. Такій кризі демократії було присвячено резолюцію ПАРЄ № 1746 2010 р. [10], яка містить обґрунтування важливості пошуку нових, нетипових форм демократії, передусім безпосередньої, які дозволили б належним чином забезпечити невід'ємне право народу на владу. Цілком логічним виглядає виникнення теорії та формування практики моніторингової демократії. Основні механізми даного інституту проявлялися у процесі розвитку демократії як такої, однак лише зараз актуалізувалися одночасно із появою технічних передумов для реалізації принципів моніторингової демократії, зокрема інформаційної насиченості суспільства й електронної демократії.

На важливість для моніторингової демократії різноманітних форм суспільної активності, безпосередньо пов'язаних із Інтернет-технологіями, звертає увагу Джон Кін [1], вказуючи на особливе місце блогінгу та інших форм медійного контролю в практиці моніторингової демократії. Враховуючи, що реалізація моніторингової демократії можлива лише за умови безперервного доступу активних громадян до інформації про державно-владні процеси, а також наявності достатніх технічних засобів для реагування на них, постає питання можливості існування моніторингової демократії поза демократією електронною.

Електронна демократія є особливою формою демократії, яка включає в себе елементи безпосередньої і представницької демократії та спрямована на забезпечення належної участі громадян у справах місцевих і загальнодержавних шляхом використання інформаційно-комунікативних технологій. Наразі відсутні підстави для ототожнення моніторингової та електронної демократії, оскільки остання є набагато ширшим за змістом поняттям. Моніторингова демократія не вичерпується механізмами електронної демократії і не може розглядатися як її складовий елемент. Однак нині моніторингова демократія неможлива поза е-демократією, оскільки виключно механізмами останньої можуть бути забезпечені безперервний доступ до інформації про державно-владні процеси, інтерактивні зв'язки між народом та владою, а також функціонування «громадянської конституції» [11], яка здійснює тиск на систему владних правовідносин із метою приведення їх у відповідність до потреб суспільства. Так, надважливу роль у реалізації принципів моніторингової демократії відіграє конструктивна участь громадян у соціальних мережах (Facebook, Twitter тощо), яку ми відносимо до проявів прямої електронної демократії. Саме через соціальні мережі відбувається формування і прояв громадської думки, об'єднання людей навколо суспільно важливих проблем, доступ до суспільно важливої інформації, її поширення та обговорення. Сформовані внаслідок участі у соціальних мережах суспільні настрої так чи інакше впливають на діяльність суб'єктів владних правовідносин. Повне ігнорування таких настроїв може стати причиною активації деструктивних процесів у державі.

Як бачимо, реалізація моніторингової демократії спрямована на задоволення бажання народу здійснювати безпосередній вплив на процес прийняття владних рішень. Через особливості практики моніторингової демократії такий вплив може полягати не стільки у визначенні змісту та характеру прийнятих рішень, скільки у здійсненні народного контролю за їх законністю та справедливістю. Моніторингова демократія підпорядкована принципам безпосередньої демократії та фактично спрямована на забезпечення участі громадян в управлінні державними справами та впливі на формування державної політики та її здійснення. Застосовуючи морфогенетичний аналіз [12, с. 135] моніторингової демократії, можемо констатувати, що є цілком справедливим віднесення її до форм безпосередньої демократії, а саме до її нетипових (допоміжних) форм. Так, комунікативна обмеженість традиційних форм представницької та безпосередньої демократії стала підґрунтям для формування системи нових правовідносин, спрямованих на здійснення контролю за владою з метою забезпечення відповідності прийнятих нею рішень до норм чинного законодавства, а також реальних інтересів та потреб суспільства. Такий механізм народного контролю частково включений до правового поля держави та закріплений у системі владних правовідносин (наприклад, у межах вітчизняної правової системи – це діяльність ради громадського контролю при Національному антикорупційному бюро України, громадської ради доброчесності при Вищій кваліфікаційній комісії суддів України тощо).

У межах розвиненого демократичного суспільства елементи моніторингової демократії, що законодавчо не включені до системи владних правовідносин, мають потужний вплив на них. Це обумовлено тією обставиною, що в згаданому суспільстві влада перебуває під постійним тиском знизу з боку системи т. зв. «гібридного права» (системи правових і неправових важелів регулювання реальних суспільних відносин, до яких можуть належати моральні, релігійні норми, громадська думка тощо), яке виступає основою «громадянської конституції» [12, с. 135]. За умови високого рівня демократичної культури суспільства та суб'єктів владних правовідносин формування та реалізація державної політики відбувається з урахуванням вищевказаних «регуляторів». Водночас низький рівень демократичної культури суспільства та влади мінімізує ефективність навіть тих елементів моніторингової демократії, що були включені до правового поля держави. Однак, не дивлячись на те, що політична та правова культура українського суспільства перебуває на етапі свого становлення, вважаємо, що моніторингова демократія є надважливим інструментом для налагодження інтерактивних зав'язків між суспільством та владою. Фактичні правовідносини, що склалися в Україні, вказують, що моніторингова демократія поступово закріплюється у практиці прямого народовладдя. Прикладом слугують численні громадські організації, діяльність яких пов'язана із боротьбою з корупцією. Така діяльність є реалізацією безпосередньої демократії, оскільки активний громадський контроль за суб'єктами владних правовідносин спрямований на попередження прийняття ними рішень із корупційним складником, ведення деструктивної корупційної діяльності, яка апріорі суперечить інтересам суспільства та держави, активізацію розробки та прийняття актуального антикорупційного законодавства.

Як бачимо, за сучасних умов інформаційного насичення суспільства моніторингова демократія має всі необхідні механізми для ефективного втілення своїх положень, а, отже, включення її до системи форм безпосередньої демократії відповідає викликам часу. Інститут моніторингової демократії розширює межі прямого народовладдя і дозволяє посилити безпосередній владний вплив народу на владу, забезпечити реалізацію принципу народного суверенітету.

Висновки. Таким чином, інститут моніторингової демократії є новою та такою, що перебуває на етапі свого становлення, нетиповою (допоміжною) формою безпосередньої демократії, яка базується на механізмах прямого електронного народовладдя. Моніторингова демократія спрямована на здійснення громадського контролю за владою з метою корегування її діяльності між виборами. Даний інститут вимагає подальших продуктивних досліджень, спрямованих на формування доктринальної бази, а також теоретичного обґрунтування нових шляхів його практичної реалізації. Якщо увага російських науковців до питань моніторингової демократії знижується у зв'язку з особливостями політичного режиму Російської Федерації, а для західних демократій відхід від класичних, традиційних її форм є досить складним і дискусійним, то в українських реаліях, де суспільство перманентно перебуває в активному пошуку нових форм впливу на владу, науковий інтерес до теорії та практики моніторингової демократії поступово підвищується.

Список використаних джерел:

1. Keane J. The Life and Death of Democracy. W.W. Norton & Company. 2009. 958 p. URL: https://books.google.com.ua/books/about/The_Life_and_Death_of_Democracy.html?id=VYtN6qB8V-AC&redir_esc=y.

2. Keane J. Monitory democracy. ESRC Seminar Series, "Emergent Publics". The Open University. Milton Keynes. 13th–14th March 2008. URL: http://www.open.ac.uk/socialsciences/emergentpublics/seminar1/keane_monitory_democracy.pdf.

3. Civil Society In The Age Of Monitory Democracy / edited by Lars Tragadh, Nina Witoszek and Bron Taylor. Library of Congress. 2013. 350 p. URL: https://books.google.com.ua/books?id=AOXWAgAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru#v=onepage&q&f=false.

4. Баранов Н.А. Влияние современных социальных трансформаций на формирование политической повестки дня. Вестник СПбГУ. Серия 6. 2016. Вып. 4. С. 15–22.

5. Прегудов С.П. Концепция мониторинговой демократии: к новым отношениям власти и общества. Методология анализа политического и социокультурного развития и прогнозирования социально-политических изменений в контексте модернизации. № 12-03-00306. С. 55–67. URL: http://www.politstudies.ru/files/File/2012/6/6.pdf

6. Schudson M. The Good Citizen: A History of American Civic Life. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999. 390 p.

7. Hooge M. Does the "Monitorial Citizen" Exist? An Empirical Investigation into the Occurrence of Postmodern Forms of Citizenship in the Nordic Countries. Scandinavian Political Studies. Volume 30. Issue 2. June 2007. P. 249–271. URL: http://onlinelibrary.wiley.com/wol1/doi/10.1111/j.1467-9477.2007.00180.x/full.

8. Macpherson C.B. Second Treatise of Government John Locke. Hackett Publishing, 1980, 148 p. URL: https://books.google.com.ua/books?id=GK32AiZm3GEC&dq=John+Locke,+The+Legislative,+Executive+and+Federative+Powers+of+Commonwealth,+Second+Treatise+of+Government,+Chapter+XII&hl=ru.

9. Montesquieu Ch.-L. The Spirit of the Laws. Batoche Books, Kitchener, 2001, 726 p. URL: https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/montesquieu/spiritoflaws.pdf.

10. Резолюція 1746 від 23 червня 2010 р. URL: http://www.coe.int/T/r/Parliamentary_Assembly/%5BRussian_documents%5D/%5B2010%5D/%5BJun2010%5D/Res1746_rus.asp#P3_75

11. Conca S., de. Liquid feed back and Gunter Teubner: Direct Democracy, "Social Constitution" and WEB 2.0. In CeDEM 15. Conference for E-Democracy and Open Government. 2015. 451 p.

12. Михайлов М.Б. Особливості морфогенезу нетипових (допоміжних) форм безпосередньої демократії. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 11. С. 133–137.

РЯБОВОЛ Л. Т.,
доктор педагогічних наук, доцент,
доцент кафедри державно-правових
дисциплін та адміністративного права
*(Центральноукраїнський державний
педагогічний університет
імені Володимира Винниченка)*

УДК 342.53 (342.537.2)+328.184

ІНСТИТУТ ЛОБІЮВАННЯ ЯК ПРЕДМЕТ НАУКОВОГО ДОСЛІДЖЕННЯ

У статті проведено дослідження лобіювання як комплексної наукової проблеми. Узагальнено підходи фахівців з політології та юриспруденції до тлумачення сутності даного інституціонального утворення, описано його політичну та правову складові частини. Розкрито й узагальнено ознаки лобіювання як правового інституту, сформульовано відповідне визначення.

Ключові слова: *лобіювання, інститут лобіювання, політико-правовий інститут лобіювання, правовий інститут лобіювання.*

В статье проведено исследование лоббирования как комплексной научной проблемы. Обобщены подходы специалистов в сфере политологии и юриспруденции к толкованию сущности данного институционального образования, описано его политическую и правовую составляющие. Раскрыты и обобщены признаки лоббирования как правового института, сформулировано определение данного понятия.

Ключевые слова: *лоббирование, институт лоббирования, политико-правовой институт лоббирования, правовой институт лоббирования.*

The article analyzes lobbying as a complex scientific problem. The approaches of specialists in political science and jurisprudence to the interpretation of the essence of this institutional formation are summarized; its political and legal components are described. The signs of lobbying as a legal institution are outlined and generalized, the corresponding definition is formulated.

Key words: *lobbying, institute of lobbying, political and legal institution of lobbying, legal institution of lobbying.*

Вступ. Лобіювання – один із основних механізмів реалізації інтересів різних соціальних груп. У сучасних соціально-політичних умовах воно відіграє все більшу роль у процесі прийняття рішень на різних рівнях влади в усьому світі, так само і в Україні. Однак вітчизняний лобізм поки що має негативне навантаження, залишається формою представництва інтересів корумпованих груп, а сам процес прийняття владою політичних та економічних рішень є непублічним та хаотичним. Наразі законодавче забезпечення лобістської діяльності є одним із складників євроінтеграційної програми України, згідно з якою визначення правових засад лобіювання відбувається в контексті реалізації державної антикорупційної політики.

У 2014 р. Верховна Рада України ухвалила Закон України «Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 рр.». Окрім заходів із запобігання корупції в представницьких органах влади, у ньому вказано і на ухвалення законодавства про правові засади лобіювання. Акцентовано на необхідності: унормування

лобіювання як легального демократичного шляху взаємодії громадянського суспільства і правової держави, визначення легальних форм і способів лобіювання; створення законодавчих перешкод для корупції у правотворчому процесі та передбачення захисту його суб'єктів від незаконного впливу на їх діяльність; інформування громадськості про те, хто і чиї інтереси лобіює в органах державної влади; створення ефективних механізмів контролю за лобіюванням; запровадження юридичної відповідальності для учасників лобістських правовідносин і визначення відповідних санкцій за незаконне лобіювання [15].

У Державній програмі щодо реалізації засад державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційної стратегії) на 2015–2017 рр. серед завдань щодо запобігання корупції передбачено і «Створення прозорих засад лобіювання». На його виконання заплановано прийняття законодавства про лобіювання, у т. ч.: проведення аналізу практики застосування в іноземних державах законодавства про лобіювання; проведення дослідження щодо корупціогенної складової частини лобіювання в Україні; розроблення проекту закону про врегулювання лобіювання, створення механізмів контролю та відповідальності, проведення його громадського обговорення та забезпечення проведення міжнародної експертизи; сприяння Верховній Раді України в ухваленні закону про лобіювання (термін виконання – грудень 2017 р.) [16].

Необхідність легітимації лобіювання в Україні детермінується як положеннями названих вище нормативно-правових актів, так і суспільним запитом. Цим і зумовлюється актуальність та доцільність даного дослідження.

Проблема лобіювання як феномену політико-правового життя будь-якої цивілізованої, демократичної держави, наддержавних і наднаціональних утворень викликає значний науковий інтерес. Суттєвий внесок в її висвітлення зробили зарубіжні вчені: Д. Беркхоуд, Ч. Вайз, В. Волп, Р. Девідсон, Д. Зорак, Д. Коен, В. Левін, Р. Лехман, К. Шрифтгіссер та ін. Вона є предметом наукових розробок вітчизняних фахівців із політології та юриспруденції. Як інструмент представництва політичних інтересів різних груп впливу лобіювання вивчали Н. Бедрак, В. Биковець, Д. Виговський, О. Войнич, І. Ворчакова, М.М. Газізов, С. Годний, А. Денисюк, В. Корнієнко, Л. Малишенко, Р.М. Мацкевич, І. Рейтерович, А. Трофименко, О. Шевченко. З правових позицій цю тематику розробляли Д. Базілевич, Т.Ю. Богиня, С. Вітвіцький, О.В. Дягілєв, С. Кисельов, В.Ф. Нестерович, О.О. Одінцова, Р. Радейко, В. Федоренко, Р. Южека, І. Яковюк. Однак лобіювання не було досліджено як комплексна наукова проблема, інституціональне утворення. Цим і зумовлюється тема і мета нашої статті.

Постановка завдання – дослідити лобіювання як міждисциплінарну науковому проблему; визначити політичний та правовий аспекти/складники даного інституціонального утворення; описати лобіювання як правовий інститут.

Результати дослідження. Як вже зазначалося, розробці проблематики лобіювання присвячено праці фахівців із політології та юриспруденції. Для позначення відповідного явища вони використовують терміни «лобізм» та «лобіювання», причому одна частина науковців – як синоніми, інша – як різні за містом поняття. Виходячи з наведених у вступі положень нормативно-правових актів, у яких законодавець оперує терміном «лобіювання», для уніфікації терміносистеми даної тематики вважаємо доцільним вживання терміно-поняття «лобіювання», принаймні у правових дослідженнях.

Як засвідчив аналіз доступних нам робіт, у більшості з них лобіювання розглядають як: «інститут», «інституціональне утворення», «демократичний інститут», «соціальний інститут», «політичний інститут», «інститут політичної системи», «правовий інститут», «політико-правовий інститут», «цивілізований інститут». Р.М. Мацкевич характеризує цей феномен як «соціальний, політичний (політико-правовий) та інформаційно-ідеологічний інститут» [12, с. 8].

У політології лобіювання описують як невід'ємну складову частину політичної комунікації, що передбачає механізм прямого і зворотного зв'язку суспільства і держави (Р.М. Мацкевич) [12, с. 10]; політичне явище, феномен та компонент структури представництва політичних інтересів (В. Биковець) [1, с. 44–45]. Як особливий політичний інститут (інститут політичної системи), лобіювання забезпечує інтереси організацій і різних груп громадськості шляхом цілеспрямованого впливу на законодавчі та виконавчі

органи державної влади; це – широко використовувана, легальна форма впливу різних кіл і груп суспільства на апарат державної влади, особливо парламент; інструмент функціонування системи плюралістичної демократії [4, с. 3, 15]; законна норма і спосіб захисту корпоративних та громадських інтересів (М.М. Газізов) [5, с. 12]; механізм впливу приватних і громадських організацій, політичних партій тощо на процес ухвалення парламентських рішень (Р.М. Мацкевич) [12, с. 10].

Фахівці з юриспруденції суголосні з політологами в тому, що лобіювання – специфічний елемент політичної системи, явище, невіддільне від сучасної демократії [3, с. 42]. Їхні підходи ґрунтуються на правовому баченні лобіювання, його правовій природі. В юриспруденції сформульовано такі визначення лобіювання як правового інституту:

– сукупність норм, що регулюють взаємодію (участь) громадян, громадських об'єднань, організацій, установ, що спеціалізуються на лобістській діяльності, інших суб'єктів правовідносин із органами державної влади для здійснення впливу на прийняття необхідних лобістам рішень та для активного відстоювання своїх інтересів (О.П. Любимов) [11, с. 17];

– невід'ємний інститут сучасного правового життя держави, що припускає активну діяльність різних суб'єктів правовідносин щодо відстоювання своїх інтересів на різних рівнях влади з використанням незаборонених законом форм і методів; сукупність норм, що регулюють процес впливу суб'єктів лобістських правовідносин на органи державної влади з метою задоволення своїх інтересів (О.О. Одінцова) [14, с. 15];

– сукупність правових норм, що регламентують процес легітимного впливу на визначені законом органи влади, їх посадових та службових осіб із боку зареєстрованих у встановленому порядку осіб із метою захисту власних інтересів чи інтересів третіх осіб (замовників лобістських кампаній) у нормативно-правових актах, що приймаються (В.Ф. Нестерович) [13, с. 18];

– сукупність правових норм, що встановлюють та регулюють процес цілеспрямованого впливу на суспільну політику шляхом взаємодії із законодавчими та виконавчими органами державної влади та місцевого самоврядування з метою представництва інтересів окремих осіб, їх груп, із використанням правових методів і форм впливу (Д.А. Чернохатній) [20, с. 25].

О.В. Дягілєв розмежовує «лобізм» та «лобіювання». Лобізм він визначив на засадах інституціонально-правового підходу як сукупність норм, які вимагають правової легалізації, базуються на конституційному праві громадян на участь в управлінні державними справами і регулюють відносини на законодавчому рівні, що виникають у процесі захисту громадянами своїх інтересів або тих, що представляються ними, шляхом незаборонених законом методів впливу на органи державної влади і органи місцевого самоврядування. Це визначення, на наш погляд, дає уявлення саме про лобіювання як правовий інститут, сприяє розумінню його правової сутності [7, с. 8].

Значна частина правових досліджень проблематики лобіювання ґрунтується на комплексному, міждисциплінарному підході. Так, Т.Ю. Богиня розглядає лобіювання як політико-правовий інститут, який став невід'ємною частиною життя суспільства, і визначає його як механізм впливу груп інтересів на суб'єктів владних повноважень незалежно від їх державної та/або партійної належності, а також на суб'єктів міжнародного публічного права [2, с. 552].

П.С. Демченко також акцентує на політико-правовій сутності інституту лобіювання і виокремлює у ньому дві відповідні складові частини: політичну, яка характеризує дане явище як можливість певних осіб чи груп осіб здійснювати вплив на суб'єктів законодавчого процесу з метою реалізації та захисту власних інтересів; правову, що формується сукупністю нормативно-правових актів, які врегульовують відносини лобіювання, забезпечують повноцінне, легальне функціонування цього інституту. Відсутність законодавчого регулювання уможливлює і навіть сприяє розвитку корупції у процесі нормотворення, в якому беруть участь і лобісти [6, с. 3–4]. О.О. Одінцова також вказує на політичний, економічний та управлінський характер лобізму й акцентує на його правовій сутності. Як правове явище, воно безпосередньо стосується правової політики і правового життя будь-якої демократичної держави [14, с. 8].

Загалом, вказівка на інституціональний підхід має місце в багатьох працях, присвячених лобіюванню, проте у дослідженнях цієї проблематики він реалізований не повною

мірою. Так, лобіювання розглядають як процес впливу/тиску зацікавлених осіб/груп на державні органи та органи місцевого самоврядування, уповноважені приймати певні управлінські рішення, вивчають ґенезу даного інституту, описують його окремі інституціональні складові частини. Однак наукове визначення лобіювання як правового інституту, на наш погляд, потребує уточнення та конкретизації.

Звернемося до загальнотеоретичного визначення правового інституту:

– сукупність відокремлених, взаємопов'язаних правових норм, що утворюють частину галузі права та регулюють певну сторону однорідних суспільних відносин; його властивостями є: регулятивність (складається з норм, які мають регулятивний характер); предметність (має предмет правового регулювання – певні суспільні відносини, їх аспект); галузевість (норми, з яких він складається, належать до певної галузі права) (Н. Пархоменко) [17, с. 388];

– виокремлена група норм права, які регулюють певний вид однорідних суспільних відносин; має характеристики: особливий предмет, статус суб'єктів, специфічні поняття, законодавчі конструкції (С.П. Погребняк) [18, с. 184–185].

Описуючи лобіювання як правовий інститут, будемо відштовхуватися від викладених вище визначень інституту права, які відображають підхід до розуміння сутності цієї категорії в юриспруденції. У контексті опису першої ознаки правового інституту (лобіювання – сукупність взаємопов'язаних правових норм) доцільно звернутися й до висновків та результатів загальнотеоретичного дослідження правового механізму лобіювання, проведеного М.І. Бризіцьким. У юридичній літературі лобіювання пов'язують із формалізацією у джерелах права, вказує вчений. Лобіювання є правом особи, і таке право, порядок та засоби його реалізації прямо чи опосередковано формалізовані в джерелах права [3, с. 40, 56].

Розглянемо, які саме норми, норми яких галузей права утворюють даний інститут права. Основи лобістської діяльності закладені в Конституції нашої держави, зокрема в тих її статтях, які закріплюють такі права і свободи особи: об'єднуватися у політичні партії та громадські організації для здійснення і захисту своїх прав і свобод (ч. 1 ст. 36); брати участь в управлінні державними справами (ч. 1 ст. 38); направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів (ч. 1 ст. 40) тощо [9]. Саме останнє конституційне положення безпосередньо закладає нормативно-правове підґрунтя лобіювання. Крім того, конституційний припис щодо можливості вільного вибору професії (ч. 1 ст. 43) [9] дозволяє громадянам обрати й лобіювання як вид професійної діяльності.

Можливість здійснення лобіювання в Україні частково врегульовують окремі положення таких нормативно-правових актів, як: Закони України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», «Про громадські об'єднання», «Про державну службу», «Про доступ до публічної інформації», «Про запобігання корупції», «Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 рр.» тощо; Указ Президента України «Про сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні» тощо; Постанова Кабінету Міністрів України «Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики» тощо; Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції сприяння органами виконавчої влади розвитку громадянського суспільства» тощо.

Не можна не погодитися з В. Федоренко, що загальні конституційні засади і фрагментарне регулювання окремих аспектів лобіювання у чинному законодавстві не вирішує проблеми комплексної легітимізації цього інституту в Україні. Ключ для її розв'язання – прийняття спеціального закону про лобіювання [8, с. 80]. Як справедливо зазначає М.І. Бризінський, правовий механізм лобіювання є логічно незавершеним і непослідовним, система правових засобів неповна й невпорядкована, що, разом із іншими проблемами вітчизняної правової системи, має наслідком неефективний, непрозорий та слаборозвинутий інститут лобіювання [3, с. 157]. Дієвим він буде, акцентує В. Федоренко, за умови утвердження дієвої системи відповідного законодавства як сукупності Закону про лобіювання, Кодексу поведінки лобістів, етичних правил поведінки парламентарів, урядовців і державних службовців, законодавчих актів про конфлікт інтересів [19, с. 212].

Наступною ознакою правового інституту лобіювання є предмет – специфічні, однорідні суспільні відносини, що мають декілька сторін/аспектів. Зокрема, це – відносини з приводу реалізації права громадян на звернення до органів державної влади та місцевого самоврядування, а також щодо реалізації права на лобіювання як професійну діяльність із представлення інтересів певних осіб/груп/асоціацій під час прийняття уповноваженими органами управлінських рішень у процесі формування державної політики.

Питання окреслення предмета даного правового інституту безпосередньо пов'язане із визначенням його галузевої належності. Наразі погоджуємося із О.В. Дягілєвим, котрий, враховуючи специфічну природу предмета правового регулювання, вважає, що найбільш широко правові норми цього інституту представлені в конституційному праві. Багатогранність цього явища зумовлює наявність різноманітних аспектів відповідного правового інституту в адміністративному, трудовому, кримінальному процесуальному та цивільному процесуальному праві [7, с. 20–21]. Викладене дозволяє розглядати лобіювання як комплексний правовий інститут. Спираючись на напрацювання Н.О. Левицької [10, с. 23], його можна описати як такий, що має кумулятивний характер, оскільки він містить норми різних галузей права, об'єднаних для регулювання певних суспільних відносин як предметів правового регулювання цих галузей; його виникнення зумовлене соціальними потребами, необхідністю врегулювання відповідних відносин.

Крім особливого предмета й відповідної галузевої належності, правовий інститут лобіювання охоплює суб'єктів із законодавчо визначеним статусом, вимогами щодо їх реєстрації, фінансової звітності тощо. Ними є: виконавець (лобіст, лобістське об'єднання) та замовник (клієнт) лобістських послуг. Перших зарубіжні вчені класифікують у такі групи: зовнішні (contract lobbyists); внутрішні/корпоративні (in-house lobbyists/corporate); лобісти асоціацій (business and professional association lobbyists); групи, що захищають суспільні інтереси (public-interest groups); профспілки (labor unions) [21, с. 150].

Правовий інститут лобіювання позначають також специфічні поняття і законодавчі конструкції, зокрема, це – об'єкти і предмети лобіювання, що, як зазначають Д. Базілевич та В. Нестерович, є важливими складниками системи лобістських координат. Під об'єктом лобіювання вчені розуміють сукупність чітко визначених законом органів влади, а також посадових і службових осіб цих органів, коло яких залежить від конституційно-правових форм організації та реалізації державної влади. Під предметом – питання, яке становить інтерес певної особи, групи осіб, які представляє лобіст [8, с. 7, 11].

Висновки. Лобіювання як предмет дослідження є міждисциплінарною науковою проблемою, що вивчається як політологією, так і юриспруденцією, отже, за своїм характером та змістом є політико-правовим інститутом. Його політична сутність полягає в тому, що лобіювання є механізмом впливу на державну владу з метою ухвалення нею певних політичних рішень. Правова – в тому, що політичні рішення, ухвалені під впливом лобістів, як правило, формалізуються в юридичних документах, які стають частиною системи законодавства, визначають певні правові процедури тощо, і, таким чином, лобіювання стає частиною правової системи держави.

Як правовий інститут, лобіювання – це сукупність взаємопов'язаних правових норм, що регулюють певну сферу однорідних суспільних відносин. Відповідним предметом/сферою правового регулювання є суспільні відносини, що виникають у процесі представлення та обстоювання громадянами та їхніми об'єднаннями різноманітних суспільних прав та інтересів шляхом впливу/тиску на процес прийняття органами державної влади та органами місцевого самоврядування управлінських рішень. Така специфіка детермінує комплексний характер даного правового інституту, що охоплює норми різних галузей права (конституційного, адміністративного, трудового, цивільного, процесуальних галузей), які врегульовують окремі аспекти їх предметів. Значна частина норм, які складають цей інститут, закріплена в конституційному законодавстві, що дозволяє характеризувати лобіювання як комплексний конституційно-правовий інститут, нормами якого впорядковано також коло відповідних суб'єктів, об'єктів та предметів, технології і методи лобістської діяльності, відповідальність за порушення норм, що її регулюють. Перспективним у напрямку дослідження є детальний аналіз чинного законодавства щодо регулювання лобістської діяльності.

Список використаних джерел:

1. Биковець В. Лобізм у системі представництва інтересів. Політичний менеджмент. 2006. № 5. С. 44–52.

2. Богиня Т.Ю. Інститут лобізму: сутність, методи та функції. Держава і право. Юридичні і політичні науки. К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАНУ, 2013. Вип. 60. С. 546–553.

3. Бризіцький М.І. Правовий механізм лобіювання: загальнотеоретична та порівняльно-правова характеристика: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Львів, 2017. 215 с.

4. Газізов М.М. Інституціональна складова лобістської діяльності в умовах демократії. Державне будівництво. 2015. № 2. С. 1–16.

5. Газізов М.М. Концептуальні підходи до дослідження феномену лобізму. Державне будівництво. 2015. № 1. С. 1–13.

6. Демченко П.С. Інститут лобіювання в конституційному праві: політико-правова характеристика. Науковий огляд. 2017. № 6 (38). С. 1–16.

7. Дягілєв О.В. Правовий інститут лобіювання: конституційно-правовий аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право». Х., 2010. 20 с.

8. Базілевич Д., Нестерович В., Федоренко В. Інститут лобіювання в Україні та за кордоном: походження, проблеми, перспективи розвитку. К.: ФОП Москаленко О., 2015. 111 с.

9. Конституція України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр.

10. Левицька Н.О. Міжгалузеві нормативно-правові інститути: деякі теоретичні питання. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». 2015. № 14. С. 22–24.

11. Любимов А.П. Конституционно-правовые основы формирования лоббистских отношений в открытом обществе. Антикоррупционный проект. М.: Изд. Гос. Думы, 2000. 392 с.

12. Мацкевич Р.М. Політико-правові засади формування інституту лобізму в Україні: автореф. дис. ... канд. політ. наук: спец. 23.00.02 «Політичні інститути та процеси». Одеса, 2008. 20 с.

13. Нестерович В.Ф. Конституційно-правові аспекти лобіювання у правотворчому процесі України: автореф. дис... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право». К., 2008. 20 с.

14. Одінцова О.О. Правове регулювання лобізму в сучасній Україні (загальнотеоретичне дослідження): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень». Одеса, 2008. 21 с.

15. Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 рр. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1699-18.

16. Про затвердження Державної програми щодо реалізації засад державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційної стратегії) на 2015–2017 рр.: Постанова Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2015 р. № 265. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/265-2015п.

17. Бобровник С.В., Журавський В.С., Копиленко О.Л. Теорія держави і права. Академічний курс: підручник / за ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. К.: Юрінком Інтер, 2006. 688 с.

18. Петришин О.В., Погребняк С.П. Теорія держави і права: підручник / за ред. О.В. Петришина. Х.: Право, 2014. 368 с.

19. Федоренко В. Запровадження інституту лобіювання в Україні: законотворчі та державно-управлінські аспекти. Вісник Національної академії державного управління при Президентові України. 2010. № 1. С. 205–213.

20. Чернохатній Д.А. Поняття «інститут лобіювання»: теоретико-правове дослідження. Правова держава. 2016. № 21. С. 21–24.

21. Wolpe B.C., Levine B.J. Lobbying Congress: How the System Works. Washington: Rutgers University Congressional Quarterly Inc., 1996. 206 p.

ШАПОВАЛ Н. В.,
викладач кафедри теорії,
історії держави та права
(Кременчуцький національний університет імені Михайла Остроградського)

УДК 342

ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ТА ІСТОРИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ ФУНКЦІОНУВАННЯ СИСТЕМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ

У статті проаналізовано питання системи місцевого самоуправління в Україні на різних етапах розвитку. Указується на те, що в Україні форма організації місцевого самоврядування пов'язана з двома важливими чинниками, а саме історичним та договірним.

Ключові слова: *Конституція України, місцеве самоврядування, еволюція розвитку місцевого самоврядування, децентралізація, сучасна модель місцевого самоврядування.*

В статье проанализированы вопросы системы местного самоуправления в Украине на разных этапах развития. Указывается на то, что в Украине форма организации местного самоуправления связана с двумя важными факторами, а именно историческим и договорным.

Ключевые слова: *Конституция Украины, местное самоуправление, эволюция развития местного самоуправления, децентрализация, современная модель местного самоуправления.*

The article deals with analysing the system of local government in Ukraine on different stages of their development. The author states that in Ukraine the forms of the local government organization is connected with two important factor, namely historical and contract.

Key words: *Constitution of Ukraine, local government, evolution of the local government development, decentralisation, modern model of the local government.*

Вступ. Система місцевого самоуправління є важливим складником територіальної організації влади будь-якої демократичної за своїм розвитком країни. Кожна правова держава, в якій державні органи і громадяни однаковою мірою відповідальні перед законом, містить вагові інституції, покладені на покращення свого соціально-правового становища.

В Україні форма організації місцевого самоврядування пов'язана з двома важливими чинниками, а саме історичним та договірним.

Історичний – початок існування місцевого самоврядування як першої форми публічної влади припадає на часи правління Київської Русі. Важливість дослідження цього питання полягає у тому, що характерні ознаки територіальних громад вбачаються саме з первісних спроб їх запровадження, характерні риси яких мають певне надбання у порівнянні із сьогоденням. Адже у результаті еволюціонування окремі риси та якості територіальних громад зникли, оскільки об'єктивно не можуть бути витребувані у сучасних умовах. Але прогресування таких ознак як населення, територія та їх кооперація полягає у тому, що ці якості не тільки не втратили

з виникненням нових сторінок історії своєї значущості, а й отримали своє визнання у Конституції України, а також закріплення у законодавстві про місцеве самоврядування.

Постановка завдання. Метою статті є розглянути особливості функціонування та реалізації місцевого самоврядування. На території українських земель завжди прагнучою ціллю було досягти децентралізації та самоврядування. Українське суспільство затверджувало добровільні громади і компанії, запроваджуючи практичний погляд і не порушуючи прав особистої свободи. Це було формою самозахисту і самозбереження, де народ мусив у силу своєї бездержавності реалізовувати себе на локально-індивідуальному рівні.

Такі дії сформували основу для сучасного реформування місцевого самоврядування. Передумови у вигляді історичного розвитку країни, її геополітичного розміщення та організації призвели до логічних та обумовлених процесів формування місцевого управління.

Система звичаєвого права організовувала дисципліну та її регулювання тодішнього суспільного ладу українського суспільства, на основі якого запроваджувався розвиток у сфері місцевого самоврядування. «На рівні міст та регіону елементи народовладдя та муніципальної влади мали свій вияв у вічах, – пише О. Батанов у своїй книзі. – Для вічової організації влади був характерним відносно чіткий розподіл повноважень між князем та вільним населення регіону» [1, с. 257]. І це дійсно так. Загальні збори володіли вагомим внеском у вирішенні громадських справ, війни та миру, закликали або виганяли своїх політичних лідерів, брали участь у формуванні адміністративних та судових органів. Дійшло і до того, що вони вирішували питання компетенції правосуддя, що мали політичний характер [2, с. 483].

У ці часи суб'єктами міського самоврядування оголошувалися міські громади, які користувалися значною адміністративною, господарською і судовою автономією [1, с. 48]. Саме у міських вічах вирішувалися найважливіші питання громадського життя відповідного територіального розміщення. Міська громада самостійно встановлювала правила господарювання, міські податки, платежі та відшкодування неповинності [3, с. 28] У сільському самоврядуванні суб'єктами вирішення тотожних справ локального рівня виступали сільські громади – верви, які об'єднували жителів кількох сусідніх сіл, мали землю у корпоративній власності, представляли своїх членів у відносинах з іншими громадами, феодалами і, власне, самою державою [1, с. 258]. Таким чином, у старовинну Русь віче мало невіддільний характер спряження разом із політичним ладом, ставши діючим атрибутом феодальної державності.

Потім дана історична епоха була ознаменована входженням українських земель до складу Великого князівства Литовського, де вказані раніше елементи муніципальної влади набули свого подальшого ефективного розвитку [4, с. 59]. Тут значне місце займає виникнення магдебурзького права, яке стало поширюватися на українські землі на початку XIV ст. Звичаєве право було усунуте, міста виведено з-під контролю феодалів, воєвод, намісників [5, с. 83]. Наступний історичний момент – підписання договору між Україною та Московською державою у 1654 році, для якого відмінною ознакою був процес періодичної та поступової ліквідації установленої форми місцевого самоуправління.

Такі тенденції зародилися під час правління Петра І та Катерини ІІ. Саме за часів їхнього правління відбувається бурхливе становлення муніципального законодавства. На прикладі Петра І можна побачити прагнення досягти двох цілей, а саме утворити найповнішу адміністративну централізацію за єдиною верховною владою та зміцнення зовнішньої могутності держави. Саме через ці наміри почав утворюватися культ бюрократичної організації політичної системи, домінування ролі установ, адміністративних станцій [1, с. 261].

Для вічової організації влади був характерним розподіл повноважень між вільним населенням регіону та князем. Найважливіші питання вирішувались на вічах та інших зборах громад. Для вирішення інших питань обирались війти або інші посадові особи.

З середини XIV ст. після входження українських земель до Великого Князівства Литовського місцеве самоврядування у містах отримало розвиток у формі війтівства відповідно до Литовських статутів [5, с. 84-85].

Найбільший вплив на розвиток місцевого самоврядування справило так зване Магдебурзьке право, яке передбачало надання міській громаді права на запровадження моделі міського само-

врядування на зразок тієї, якою здійснювалось управління німецьким містом Магдебург. Зокрема, це право передбачало створення власних органів міського самоврядування, магістрів, які у свою чергу складалися з двох колегій: рад (адміністративний орган) та лави (судовий орган) [7, с. 406].

Так, у процесі проведення реформи місцевого самоврядування всередині XIX століття у Російській імперії, до складу якої входила Україна, основною низовою ланкою місцевого самоврядування вважалася сільська громада, а органами, які вирішували господарські та інші питання місцевого життя, був сільський схід і сільський староста, який виступав як виконавець вироків сільського сходу, ніхто не міг без його згоди увійти та вийти з громади; відав питаннями землі, податкового стану.

Другою ланкою самоврядування визнавалися волосні управління, які об'єднували розпорядчу, виконавчу й судову владу у волості та утворювали адміністративну одиницю, яка налічувала у середньому 20 000 осіб. Очолював волосне правління волосний старшина, а органами волосного управління були волосний схід, волосне правління, волосний старшина, волосний писар та інші.

Визначальну роль у становленні місцевого самоврядування відіграли насамперед міста, в органах яких були представлені майже всі прошарки місцевого населення. Це зазначав визначний учений XIX сторіччя М. С. Грушевський [8, с. 32]. У контексті даної ідеології розроблялися й науково-теоретичні погляди видатного діяча національно-визвольного руху М. Міхновського [9, с. 126-135].

Зокрема, у розвитку місцевого самоврядування у містах особливу роль відіграло Магдебурзьке право, яке в Україні протягом XV – XVI століть здобули такі міста, як Володимир-Волинський, Бердичів, Вінниця, Житомир, Овруч, Кременець, Санок, Стародуб, Чернігів, Полтава, Гадяч, Глухів, Лубни, Ніжин та Козелець. Києву Магдебурзьке право було надане у 1497 році і проіснувало до 1835 року, в якому цар Микола I його скасував. У тогочасний період існувала досить велика кількість джерел Магдебурзького права, зокрема у Києві [10, с. 39].

Важливі зміни у правове становище місцевих громад на початку XX ст. внесла аграрна реформа, що здійснювалася за ініціативою міністра внутрішніх справ Росії, а незабаром голови ради міністрів П. А. Столипіна. Змістом реформи було прискорене руйнування громад, зміцнення приватної власності на землю, скасування обмежень у відчуженні надільних селянських земель [15, с. 178].

Ця реформа мала економічний характер, що стало причиною для кардинальних змін адміністративно-територіального устрою у країні, у тому числі реорганізації місцевого самоврядування.

З проголошенням незалежної Української Народної Республіки здійснено спробу реформувати місцеве самоврядування. За ініціативою Центральної Ради проводились губернські та повітові національні з'їзди, які вирішували справи своєї компетенції політичного характеру, брали участь у національно-визвольному русі. У 1917 р. в Україні відбувся ряд виборчих кампаній, починаючи з міських виборів за постановою Тимчасового уряду від 15 квітня 1917 р. Українські партії прагнули у виборах за пропорційною системою зайняти міцні позиції у думах, забезпечивши підтримку діям УЦР на місцях. У ряді міст за Ініціативою української губернської ради створювали «українські демократичні блоки».

У II Універсалі Центральної Ради від 20 листопада 1917 р. оголошувалось про «вжиття всіх заходів до закріплення й поширення прав місцевого самоврядування, що є органами найвищої адміністративної влади на місцях». Зберігаючи земську систему самоврядування, IV Універсал 1918 р. запровадив ще й ради робітничо-селянських і солдатських депутатів. За Конституцією УНР 1918 р. конституційний лад України мав базуватись на засадах децентралізації: землям, волостям і громадам надавалися права широкого самоврядування організаційної самостійності місцевого самоврядування. Проте ці конституційні положення не були реалізовані.

Слід зазначити, що певні основи правового статусу депутатів місцевих рад того періоду були визначені у Положеннях про відповідні ради, прийнятих з 1923 по 1931 рр. Характерно, що ці нормативно-правові акти фактично діяли до середини 1960 років, попри те, що у той час набула чинності Конституція СРСР 1936 року та Конституція УРСР 1937 року.

З 1968 року в Україні проводилася плідна робота з розробки й прийняття законів про сільські, селищні, районні, міські, районні у місті та обласні ради депутатів трудящих. Основами для прийняття таких законів були відповідні нормативно-правові акти Союзу РСР – Укази Президії Верховної Ради СРСР. У відповідності з цими нормативно-правовими актами Верховною Радою Української РСР були прийняті відповідні закони, зокрема «Про сільську раду народних депутатів Української РСР» від 2 липня 1968 року (у редакції Закону від 13 грудня 1979 року [11, с. 193]); «Про селищну раду народних депутатів в Українській РСР» від 2 липня 1968 року (у редакції Закону від 13 грудня 1979 року [11, с. 221]); «Про міську, районну у місті раду народних депутатів Української РСР» від 15 липня 1971 року (в редакції Закону від 13 грудня 1971 року [11, с.193]); «Про районну раду народних депутатів Української РСР» від 15 липня 1971 року (у редакції Закону від 13 грудня 1979 року [12, с. 17]); «Про обласну раду народних депутатів» від 31 жовтня 1980 року (у редакції Указів Президії Верховної Ради УРСР від 31 жовтня 1980 року, від 4 червня 1989 року та 3 липня 1986 року [12, с. 17]).

Основним і найважливішим етапом становлення української державності стало проголошення 24 серпня 1991 року України незалежною державою, що й було підтверджено Всеукраїнським референдумом 1 грудня 1991 року, коли понад 90% населення підтримало незалежність української держави.

У сфері становлення органів місцевого самоврядування того часу важливу роль відіграв Конституційний договір між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади й місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України (8 червня 1995 року) [13, с. 725].

З прийняттям Конституції України 1996 р. правовому статусу органів місцевого самоврядування був присвячений XI розділ, а керівники місцевих рад усіх рівнів стали офіційно іменуватись «сільський, селищний, міський голова» [14, с. 70].

Для подальшого з'ясування сутності правового статусу органів місцевого самоврядування важливим став Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 року, в якому у ст. ст. 14, 14-1, 25, 42 були визначені основні повноваження органів самоорганізації населення, старости, місцевих рад, а також сільського, селищного, міського голів [15].

Конституційна реформа, яка розпочата прийняттям 8 грудня 2004 р. Закону України «Про внесення змін до Конституції України» № 2222-IV [16], здійснивши перерозподіл повноважень між вищими органами державної влади й перетворивши Україну на парламентсько-президентську республіку, дещо зупинила рух, так і не розпочавши свій другий етап, а саме – реформування місцевих органів влади.

У 2015 році було внесено зміни до Конституції у частині децентралізації, основними змінами є такі:

– У ст. 85 зроблено суттєві уточнення щодо повноважень Верховної Ради України утворення і ліквідація громад, районів, областей, встановлення і зміна їхніх меж; найменування і перейменування поселень, громад, районів, областей; Ключовою зміною тут є те, що лише Верховна Рада може утворювати, ліквідовувати та перейменовувати адміністративно-територіальні одиниці, змінювати їх межі, у тому числі областей. Разом зі змінами ст. ст. 133 звідти вилучено перелік областей, такі зміни відкривають можливість перейменувати Дніпропетровську та Кіровоградську області, вирішити питання нового адміністративно-територіального устрою Донбасу, через наприклад утворення на цій території нових областей.

– У ст. 92 обмежено можливість різних статусів для різних міст лише Києвом. Це вірне рішення, ще один крок до вирівнювання можливостей різних міст, а не створювати для одних преференції.

– До повноважень Президента у ст. 106 додали право тимчасово зупиняти повноваження голови громади, складу ради громади, районної, обласної ради та призначати тимчасового державного уповноваженого у випадках, визначених цією Конституцією. Тут слід зауважити, що у першопочатковому проекту була більш зрозуміла формула, не зупиняти, а припиняти повноваження (розпускати), адже це екстраординарний випадок, коли слід вживати швидких та енергійних заходів, аби уберегти громаду чи взагалі регіони від такого,

що зараз відбувається на Донбасі. Загалом європейська практика оперує поняттям розпуску ради і призначення спеціальної особи, яка виконує основні повноваження ОМС до нормалізації ситуації та проведення нових виборів. Ця редакція не є вдалою [17].

– Зміни у ст. ст. 118-119 є принциповими. Тут на кінець виконавча влада в області та районі позбавилась свого дуалізму – бути одночасно виконавчою (державною) владою та виконавчим органом органу місцевого самоврядування – районної та обласної ради. Скасування можливостей рад висловлювати недовіру державній виконавчій владі є правильним, оскільки підконтрольний не може висловлювати недовіру своєму контролеру, тим паче з наслідками відставки останнього. Загалом правильна юридична конструкція має одну ваду – введення не властивого для української практики терміну – префекта. Цей термін варто було б замінити новим терміном, який є українським за духом та традицією – урядник чи воєвода. На нашу думку, зайвим є деталізація у цій статті правил щодо скасування рішень «префекта», це точно не норми конституційного характеру.

У 2015 році відповідно до вимог Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» було проведено перші вибори та переведено на прямі міжбюджетні відносини 159 об'єднаних територіальних громад (ОТГ). У 2016 році проведено перші вибори ще у 208 ОТГ [17].

Зазначимо, що з метою прискорення вирішення вказаних питань розпорядженням Кабінету Міністрів від 22.09.2016 р. № 688 затверджено оновлений План заходів щодо реалізації Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні [18]. Крім того, Указом Президента України від 07.12.2016 р. № 545 підвищення інституційної спроможності місцевого самоврядування в Україні визначено одним із пріоритетів розвитку держави на 2017 рік, а Уряду доручено затвердити комплекс заходів на 2017 рік, спрямованих на активізацію реформування місцевого самоврядування та державну підтримку добровільного об'єднання територіальних громад [19].

Постанова Кабінету Міністрів України від 22.07.2016 № 451 «Про внесення змін до пункту 1 постанови Кабінету Міністрів України від 26 жовтня 2001 р. № 1441» [20] вирішила важливе питання віднесення до посад старост та керівників відділів сільських, селищних рад до відповідних посад в органах місцевого самоврядування. У зв'язку з впровадженням антикорупційного законодавства у 2016 році було започатковано подання/ приймання декларацій за минулий рік від посадових осіб місцевого самоврядування через електронну систему подання та оприлюднення декларацій (пункт 2 Прикінцевих положень Закону України «Про запобігання корупції», рішення Національного агентства з питань запобігання корупції від 10.06.2016 № 2, зі змінами, внесеними рішенням від 18.08.2016 № 1). Початок діяльності вказаної електронної системи супроводжувався збоями в її роботі. Оскільки коло посадових осіб місцевого самоврядування, які зобов'язані були подавати декларації на першому етапі, було невеликим, ця проблема для місцевого самоврядування у звітному році не набула великого значення.

З 1 січня 2017 року нові правила подання/ приймання декларацій за минулий рік через електронну систему подання та оприлюднення декларацій набрали чинності у повному обсязі. Відповідний обов'язок поширюється на всіх посадових осіб місцевого самоврядування. Відповідно до ч. 1 ст. 50 та ч. 1 ст. 56 Закону України «Про запобігання корупції», рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції від 17.06.2016 № 2 було затверджено Перелік посад з високим та підвищеним рівнем корупційних ризиків. Цей Перелік є додатковим до переліку осіб, які претендують на зайняття посад, що передбачають зайняття відповідального або особливо відповідального становища. Стосовно посадових осіб місцевого самоврядування, передбачених вказаним Переліком, проводиться повна перевірка їхніх декларацій на предмет з'ясування достовірності задекларованих відомостей, точності оцінки задекларованих активів, перевірки на наявність конфлікту інтересів та ознак незаконного збагачення (до або у визначених випадках після вступу на посаду, у період перебування на посаді, протягом трьох років після звільнення з посади).

Висновок. Таким чином можна зробити висновок, що за специфікою свого нормативного регулювання аналіз реформування місцевого самоврядування у середині XIX століття

у Російській імперії, до складу якої входила Україна, встановив, що основною низовою ланкою місцевого самоврядування була сільська громада, а органами, які вирішували господарські та інші питання місцевого життя, був сільський схід і сільський староста, який виступав як виконавець вироків сільського сходу, без його згоди ніхто не міг увійти та вийти з громади; відав питаннями податкового стану та питаннями землі.

Список використаних джерел:

1. Батанов О. В. Муніципальне право України: підручник. Х.: Одісей, 2008. 528 с.

2. Шаповал В. Сутнісні характеристики місцевого самоврядування. Право України. 2002. № 3. С. 48-54.

3. Шаповал В. Д. Конституційно-правовий статус сільського, селищного, міського голови в Україні. Кременчук: Вид. ПП Щербатих О.В., 2010. 156 с.

4. Шабульдо Фелікс. Включення Київського князівства до складу Литовської держави у другій половині XIV ст.

5. Чубатий М. Огляд історії українського права. Історія джерел та державного права. К., 1994. С. 83-107.

6. Баршевский В. Н. Краткая история Литовского статута. К., 1882.

7. Кобилецький М. М. Магдебурзьке право в Україні (XIV – перша половина XIX ст.): історико-правове дослідження: монографія. Львів: ПАІС, 2008. 406 с.

8. Грушевський М. С. Історія України – Руси: у 11 т. 12 кн. Київ: Наукова думка, 1991–1998. Том 5. 233 с.

9. Міхновський М. Самостійна Україна / Міхновський М. Політологія. Кінець XIX – перша половина XX ст. / За редакцією О. І. Семніва. Львів, 1996. 436 с.

10. Камакин И. Последние годы самоуправления Киева по магдебургскому праву / Камакин И. Киевская старина. К., 1868. 160 с.

11. Про сільську Раду депутатів трудящих Української РСР: Закон від 2 липня 1968 р. Відомості Верховної Ради УРСР. 1968 р. № 28. Збірник Законів Української РСР і Указів Президії Верховної Ради Української РСР. 1938-1973 рр. Том І. 342 с.

12. Лабенська Л. Л. Правовий статус депутатів місцевих рад: монографія. Д.: Юрид. акад. М-ва внут. справ, 2005. 160 с.

13. Конституція Української Соціалістичної Радянської республіки (березень 1919 р.) розділ ІІ. – п.Б. Хрестоматія з історії держави і права України. Том 2. Лютий 1917 р. 1996 р.: Навч. посіб. для вищих юрид. навч. закладів і фак.: у 2 т. / В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, О. Д. Святоцький; За ред. члена-кореспондента Академії правових наук України В. Д. Гончаренка. К.: Ін Юре, 1997. 800 с.

14. Конституція України: Прийнята на V сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

15. Борденюк В. І. Місцеве самоврядування та державне управління: конституційно-правові основи співвідношення та взаємодії: монографія. К.: Парламентське вид-во, 2007. 176 с.

16. Про внесення змін до Конституції України. Закон України. Відомості Вкрховної Ради (ВВР), 2005, № 2, Ст. 44.

17. Про добровільне об'єднання територіальних громад: Закон України. Відомості Верховної Ради (ВВР), 2015, № 13, ст. 91, зі змінами, внесеними згідно із Законами № 2233-VIII від 07.12.2017.

18. Розпорядження Кабінету Міністрів від 22.09.2016 р. № 688.

19. Указ Президента України від 07.12.2016 р. № 545.

20. Про внесення змін до пункту 1 постанови Кабінету Міністрів України від 26 жовтня 2001 р. № 1441: Постанова від 22 липня 2016 р. № 451.

ШВЕЦЬ Ю. Ю.,
кандидат економічних наук, доцент,
докторант кафедри конституційного права
та порівняльного правознавства
(Ужгородський національний університет)

УДК 342.5

МЕХАНІЗМ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ОСОБИ НА ОХОРОНУ ЗДОРОВ'Я: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Стаття присвячена висвітленню проблеми уточнення змісту категорії «право на охорону здоров'я». Проаналізоване змістовне та сутнісне співвідношення права на охорону здоров'я з іншими конституційними правами. На підставі проведеного аналізу зроблено висновок, що «право на здоров'я» є семантично ширшим, порівняно з поняттям «право на охорону здоров'я»; вони співвіднесені як загальне та окреме; «право на охорону здоров'я» стосується специфічних проблем охорони здоров'я.

Ключові слова: *право на охорону здоров'я, конституційні права, конституція.*

Статья посвящена проблеме уточнения содержания категории «право на охрану здоровья». Проанализировано содержательное и сущностное соотношение права на охрану здоровья с другими конституционными правами. На основании проведенного анализа сделан вывод, что «право на здоровье» является семантически шире по сравнению с понятием «право на охрану здоровья»; они соотнесены как общее и отдельное; «право на охрану здоровья» касается специфических проблем здравоохранения.

Ключевые слова: *право на охрану здоровья, конституционные права, конституция.*

The article considers the problem of the content of the category "right to health care". The content and the essence of the right to health protection in relation to other constitutional rights is analyzed. On the basis of the analysis, it was concluded that the "right to health" is semantically broader, compared with the concept of "right to health care"; they are correlated as general and separate; "right to health care" refers to specific health problems.

Key words: *right to health protection, constitutional rights, constitution.*

Вступ. Для практичної реалізації гарантованого конституціями багатьох держав права особи на охорону здоров'я функціонують спеціальні механізми, які у деяких державах мають свої особливості. Від ефективності таких механізмів залежить повнота та якісність отриманих особою медичних послуг, а також можливість використання інших складових елементів права на охорону здоров'я.

Для правничої науки традиційним є підхід, відповідно до якого механізм реалізації будь-якого права являє собою систему взаємодіючих між собою елементів правового, організаційного, економічного та іншого характеру, які у сукупності забезпечують реальне,

повне та ефективне виконання всіх елементів, що складають зміст відповідного права. Тобто механізм постає як рушійна сила, яка забезпечує перетворення статичних, юридично визначених прав на реальні можливості.

Питання правової природи та змісту права людини на охорону здоров'я привертали увагу багатьох дослідників. У нашій статті ми звернули увагу на праці вітчизняних дослідників С. Булеци, З. Гладуна, О. Федька, Л. Царенка. Серед зарубіжних дослідників нами опрацьовані роботи І. Гундарова, А. Кембела, В. Ларіна. Крім того, предметом наукового дослідження у даній статті були конституційні норми ряду зарубіжних країн.

Проте, слід зауважити, що комплексних наукових робіт, присвячених проблемі термінологічного уточнення права людини на охорону здоров'я у вітчизняній науці конституційного права не достатньо, що обумовлює актуальність представленої теми.

Постановка завдання. Метою статті є проведення системного науково-правового аналізу як наукових підходів, так і норм національного та міжнародного законодавства, у тому числі і конституційних норм зарубіжних країн щодо визначення та механізму реалізації конституційного права особи на охорону здоров'я.

Виклад основного матеріалу. У правовій науці немає усталеного визначення механізму забезпечення прав і свобод людини та громадянина. Адже поняття «забезпечення» має широке і багатозначне тлумачення: це і створення надійних умов для здійснення чого-небудь; і гарантування чогось; і захист, охорона кого-, що-небудь від небезпеки [1, с. 85]. У зв'язку з цим у правничій літературі використовуються різноманітні термінологічні словосполучення: «механізм забезпечення», «механізм реалізації», «механізм здійснення», «механізм гарантування» прав і свобод людини та громадянина.

Механізм забезпечення прав і свобод людини та громадянина є широким поняттям й охоплює «реалізацію прав і свобод людини та громадянина», «охорону прав і свобод людини та громадянина», «захист прав і свобод людини та громадянина». Відповідно до наведених основних доктринальних підходів до розуміння сутності досліджуваної нами правової категорії, вважаємо, що *конституційно-правовий механізм захисту права на охорону здоров'я* – це система взаємопов'язаних між собою елементів, задіяних у процесі захисту зазначеного права. Складниками цього механізму є: об'єкт (правомочності), суб'єкти (органи державної влади, інститути громадянського суспільства, самих громадян), підстави (юридичні та фактичні), принципи (загальні та спеціальні), форми (судові та не судові), гарантії захисту.

Конституційно-правовий механізм захисту прав і свобод здійснюється у двох основних формах, що мають різні видові реалізації:

1) судовий захист, який, залежно від суб'єкта, що його здійснює, поділяється на такі види: а) захист прав і свобод судами загальної юрисдикції; б) захист прав і свобод Конституційним Судом України; в) захист прав і свобод Європейським судом з прав людини;

2) позасудовий захист, який залежно від суб'єкта, що його здійснює, поділяється на такі види: а) державний позасудовий захист; б) захист прав і свобод органами місцевого самоврядування; в) захист громадськими організаціями та об'єднаннями, професійними спілками; г) самозахист прав; ґ) захист прав і свобод міжнародними організаціями.

Пояснюючи природу механізму забезпечення реалізації будь-якого суб'єктивного права особи, необхідно погодитись з думкою Д. С. Подпіснова, який зазначає, що в ідеалі саме цінності природного права (покликані до життя самою природою людини як біологічної та соціальної істоти, належні їй від народження і до смерті, пріоритетні (верховні) щодо норм позитивного права, творцем яких є держава) насамперед втілюються у приписах законодавчих актів у правовій державі [2, с. 108]. Однак, на практиці для втілення правових приписів у життя часто необхідні активні вольові дії, як зі сторони правомочного, так і зобов'язаного суб'єкта. Крім того, мають функціонувати належні організаційні та інституційні умови, за яких можлива практична реалізація відповідних прав.

Таким чином, механізм реалізації права характеризується тим, що: по-перше, являє собою систему взаємопов'язаних та взаємодіючих між собою елементів, кожен з яких відіграє власну роль у цілісному механізмі; по-друге, виступає як своєрідний трансформатор

нормативних приписів у практичну можливість, якою може правомочна особа без будь-яких перешкод скористатися у будь-який час або з настанням події чи підстави, з якою законодавство пов'язує виникнення відповідного права (юридичний факт).

На цій підставі механізм забезпечення реалізації конституційного права на охорону здоров'я можна визначити, як систему закріплених у законодавстві юридичних, організаційних, інституційних, економічних та інших засобів та умов, які у сукупності створюють можливість для безперешкодної та повної реалізації особою всіх основних складових права на охорону здоров'я.

Такий механізм повинен давати змогу оперативно та ефективно вирішувати актуальні правові проблеми пацієнтів, викликані незнанням, недотриманням, невиконанням чи прямим порушенням особами, які надають медичну допомогу, встановлених державою правових приписів, розрахованих на захист прав пацієнтів [3].

На підставі аналізу актів національного законодавства, можна зробити висновок, що елементами механізму реалізації конституційного права на охорону здоров'я в Україні є:

1) правові норми, в яких закріплено, як власне саме право (зміст права) на охорону здоров'я, так і гарантії забезпечення його реалізації (організаційні, інституційні, фінансові, юридичні тощо);

2) організаційно-управлінська та інституційна основи, тобто наявність органів та установ, а також інших інститутів, уповноважених здійснювати управління та організацію належного функціонування системи охорони здоров'я, а також безпосередньо закладів, які надають медичну допомогу та інші види медичних послуг;

3) фінансово-економічне забезпечення реалізації права на охорону здоров'я, що означає визначену модель фінансування цієї галузі, включаючи оплату праці лікарям;

4) юридичні засоби забезпечення реалізації відповідного права, тобто засоби судового та позасудового захисту від порушення прав особи у сфері охорони здоров'я;

5) додаткові гарантії для захисту права на охорону здоров'я окремим категоріям осіб – дітям та жінкам, людям з інвалідністю, особам похилого віку тощо.

Забезпечення конституційного права на охорону здоров'я в Україні може мати різні механізми реалізації.

Механізм 1. Збільшення фінансування системи охорони здоров'я

Система охорони здоров'я – це багаторівнева функціонально керована система, яка створена і використовується суспільством для здійснення всього комплексу соціальних і медичних заходів, що спрямовані на охорону та зміцнення здоров'я кожної людини та населення країни у цілому [4, с. 425].

Право на охорону здоров'я, медичну допомогу, медичне страхування є конституційним правом кожного громадянина України. Дотримання норм Конституції України шляхом посиленого фінансування охорони здоров'я дозволить гарантувати кожному громадянину України здійснення цього права.

Реалізація медичної реформи в Україні повинна асоціюватися з конституційним регулюванням права на охорону здоров'я. Зокрема, концепція медичної реформи має спиратися на ст. 68 Конституції України: «Кожен зобов'язаний неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей. Незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності» [5].

Конституція України може закріпити право на охорону здоров'я як таке, що гарантується кожному громадянинові із включенням до змісту цього права медичного страхування, яке здійснюватиметься за кошти державного бюджету. Для цього бюджетним законодавством може бути закріплена конструкція цільового використання коштів, отриманих від стягнення ренти за використання природних ресурсів. Приклади таких фінансово-бюджетних механізмів є у державах світу (Королівство Норвегія, Об'єднані Арабські Емірати), які фінансують медицину на рівні понад 90% за рахунок ефективного використання лише одного-двох видів природних ресурсів.

Таке право належатиме кожному громадянинові України незалежно від його соціально-економічного статусу. Умовна вартість охорони здоров'я кожного громадянина у рік

становить приблизно 90 000 грн (3 000 євро), виходячи з наявних обсягів бюджетного фінансування охорони здоров'я (на 2017 р.) та кількості населення України (42 млн) [6]. Охорону здоров'я у 2017 р. профінансовано на рівні 2,8% від внутрішнього валового продукту (ВВП), хоч, за розрахунками Всесвітньої організації охорони здоров'я та Європейського Союзу, для ефективного функціонування системи охорони здоров'я, її фінансування має становити не менше ніж 6-8% ВВП [7]. Вірогідно, навіть 1% від ВВП, що додатково був би виділений на фінансування системи охорони здоров'я, став би вагомим і потрібним для вітчизняної медицини розвитку.

Механізм 2. Пряма державна підтримка соціально-економічно вразливих груп громадян

Дана конструкція забезпечення конституційного права на охорону здоров'я передбачає гарантування вразливим групам громадян, які потребують медичної допомоги та медичних послуг, права на пряму оплату або компенсацію вартості медичного страхування за кошти державного бюджету.

У Конституції України немає поняття «соціально-економічно вразливі групи», тому його слід конкретизувати у законодавстві, причому з огляду на зміст і природу права, яке закріплюється для таких осіб, їхній майновий стан, підвищену потребу у медичних послугах тощо. Новий термін «соціально-економічно вразливі групи» повинен мати достатньо чіткі межі для галузевого правового регулювання та конституційного тлумачення. І це певний компромісний варіант між полярними положеннями ст. 49 Конституції України та Концепцією реформи фінансування системи охорони здоров'я [8].

Основні правові механізми, соціальні та економічні засади забезпечення прав громадян на охорону здоров'я та медичну допомогу встановлені Основами законодавства України про охорону здоров'я [9] та нормами Цивільного кодексу України. Водночас відповідними нормами Кримінального кодексу України передбачено відповідальність медичних працівників за неналежне виконання ними професійних обов'язків.

Захист прав пацієнта може здійснюватися у таких формах:

– у неюрисдикційній – самозахист своїх прав і законних інтересів;
– в юрисдикційній – у спеціальному адміністративному порядку або за загальним правилом у судовому порядку.

Найважливішого значення у сучасному українському суспільстві набувають питання цивільно-правового захисту прав пацієнтів. Враховуючи норму Основного Закону держави про те, що кожний має право захищати свої права й свободи всіма засобами, не забороненими законом, із погляду доцільності викладу основних способів захисту прав пацієнтів їх можна поділити на досудові й судові [10]. Судовий захист прав пацієнта є варіантом відновлення порушених прав і законних інтересів за допомогою звернення до судових органів. Суд є органом державної влади, який наділений владними повноваженнями. Судова система – це найбільш адекватний і дієвий засіб захисту прав пацієнта у разі, якщо він не задоволений якістю отриманої медичної допомоги.

Основними способами судового захисту прав пацієнтів є:

а) звернення пацієнта з адміністративним позовом на неправомірні дії органів влади, їхніх посадових і службових осіб;

б) звернення пацієнта з позовною заявою у порядку цивільного судочинства. При вирішенні справи по суті суд може задовольнити адміністративний позов повністю або частково чи відмовити в його задоволенні повністю чи частково [11].

Сьогодні важко довести провину лікувального закладу у втраті здоров'я пацієнта. Позивачі повинні самі довести наявність завданої їм шкоди та оцінити її розмір. Доволі часто при цьому виникають проблеми з медичною документацією, яка зберігається у медичному закладі, тож може бути, при потребі, виправлена на користь закладу.

Аналіз практики виявив й інші типові проблеми:

– відсутність клінічних протоколів за багатьма нозологіями, що дозволяє лікарям по-різному лікувати одне й те саме захворювання;
– складна організація судової експертизи – на сьогодні пацієнт не має можливості звернутися по висновок до іншого компетентного органу, крім державної судової експертизи;

– обмежена індивідуальна відповідальність медичних працівників – головний лікар не має реального впливу на своїх підлеглих, якщо ті заподіюють пацієнту шкоду.

Усе це заразом утруднює обстоювання прав пацієнта. Навіть якщо суд приймає позитивне рішення у такому питанні, це рішення часто не виконується, адже відповідачами зазвичай є бюджетні установи, що мають обмежений кошторис і значні витрати.

Висновки. На підставі проведеного аналізу нами визначено, що основними елементами механізму забезпечення реалізації права особи на охорону здоров'я за законодавством ряду європейських та деяких інших країн є:

1) норми-приписи, в яких знаходять своє відображення: зміст відповідного права, зобов'язання держави та закладів охорони здоров'я у цій сфері, основні гарантії реалізації права, юридична відповідальність за його порушення;

2) державне управління та організація системи охорони здоров'я;

3) фінансове та інституційне забезпечення функціонування медичних установ та інших закладів охорони здоров'я;

4) судові та позасудові процедури захисту права особи на охорону здоров'я.

Отже, перспективними напрямами подальших наукових пошуків у даній царині теоретичних розробок є питання наукового аналізу даних елементів механізму забезпечення реалізації конституційного права особи на охорону здоров'я.

Список використаних джерел:

1. Чуйко З. Д. Конституційно-правовий механізм забезпечення національної безпеки України. Бюлетень Міністерства юстиції України. № 8. 2006. С. 81-89.

2. Подпіснов Д. С. Ознаки реалізації норм права. Вісник НТУУ «КПІ». Політологія. Соціологія. Право. 2013. Вип. 3 (19). С. 107-111.

3. Центр захисту прав пацієнтів. Веб-сайт Інституту аналітики та адвокації. URL: http://iaaukraine.org/centr-zahistu-prav-paciientiv-0

4. Солоненко Н. Удосконалення механізмів державного управління перебудовою галузі охорони здоров'я в Україні в контексті суспільних потреб. Державне управління в Україні: реалії та перспективи: Зб. наук. пр. НАДУ. К., 2005. С. 424-431.

5. Конституція України: Основний Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80

6. Козловська Л. Чи може держава забезпечити здійснення конституційного права на охорону здоров'я кожному громадянину України? Дзеркало тижня від 27 жовтня 2017 року. URL: https://dt.ua/HEALTH/rig-dostatku-dlya-medicini-rozvitku-258343_.html

7. Держбюджет–2017: система охорони здоров'я в цифрах / Аптека від 16 січня 2017 року. URL: http://www.apteka.ua/article/397685

8. Про схвалення Концепції реформи фінансування системи охорони здоров'я: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 30 листопада 2016 р. № 1013. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1013-2016-р

9. Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19.11.1992 № 2801. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2801-12

10. Медицинское право: учебник / С. Г. Стеценко, Н. Г. Гончаров, В. Ю. Стеценко, А. Н. Пищита. М.: РМАПО, 2011. 567 с.

11. Сізінцова Ю. Ю. Права пацієнтів та медичних працівників: формування захисту обох сторін. Порівняльно-аналогічне право. 2014. № 2. С. 134-135.

ЦИВІЛІСТИКА

БОБКО В. Г.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права
і процесу
*(Національна академія
внутрішніх справ)*

ЖОЛОНДІЄВСЬКИЙ Л. О.,
доцент кафедри цивільного права
і процесу
*(Національна академія
внутрішніх справ)*

УДК 347.9

ОСОБЛИВОСТІ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ ПРО ВИЗНАННЯ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ БЕЗВІСНО ВІДСУТНЬОЮ АБО ОГОЛОШЕННЯ ЇЇ ПОМЕРЛОЮ

Статтю присвячено дослідженню процесуальних особливостей розгляду судом справ про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою. Зокрема, досліджуються питання підсудності, коло осіб, які можуть бути заявниками, порядок підготовки цих справ до судового розгляду, предмет доказування.

Ключові слова: *окреме провадження, безвісна відсутність, оголошення фізичної особи померлою, предмет судового дослідження.*

Статья посвящена исследованию процессуальных особенностей рассмотрения судом дел о признании лица безвестно отсутствующим и объявлении его умершим. В частности, исследуются вопросы подсудности, круг лиц, которые могут быть заявителями, порядок подготовки данных дел к судебному рассмотрению, предмет доказывания.

Ключевые слова: *особое производство, безвестное отсутствие, объявление физического лица умершим, предмет судебного исследования.*

The article is devoted to the research of the legal peculiarities of the consideration by the court cases connected with the recognition of a natural person missing and announced him to be dead. To be more concrete, the issues of cognizance are researched, let alone people who can be declarants. The subject of evidence, the order of preparation of current cases for legal consideration.

Key words: *particular procedure, absence in place unknown, announcement of a natural person dead, subject court of an experiment.*

Вступ. В житті трапляються випадки, коли фізична особа раптово зникає. Це відбувається внаслідок різного роду об'єктивних та суб'єктивних обставин, військових дій або

в результаті нещасних випадків чи стихійних лих. На жаль, доля зниклих осіб не завжди відома їх близьким, а кількість таких осіб в Україні постійно збільшується.

Тривала та безвісна відсутність фізичної особи не може не вплинути на правовідносини, учасником яких вона була. Невідомість місцезнаходження одного із суб'єктів правовідносин створює невизначеність у правонаступництві інших суб'єктів. Така невизначеність ускладнює або створює перешкоди у здійсненні ними своїх суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів, виконання правових обов'язків.

У зв'язку з цим необхідна досконала регламентація процесу визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою, яка б виключала будь-які помилки під час розгляду судами справ даної категорії.

Дослідженню питань, пов'язаних з порядком та наслідками визнання особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою, присвячено наукові праці таких вчених, як М.Й. Штефана, С.Я. Фурси, В.В. Комарова, О.М. Шиманович, Т.В. Лісничої та інших. Водночас науковці здебільшого досліджували матеріально-правові аспекти цих справ або зосереджували свою увагу на загальній процедурі розгляду справ у порядку окремого провадження. Втім, окремі проблеми розгляду справ про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою залишились дискусійними. До того ж останнім часом в Україні відбулись істотні зміни цивільного та цивільно-процесуального законодавства, а тому попередні дослідження потребують переосмислення та подальшої наукової розробки.

Постановка завдання. Метою цієї статті є дослідження особливостей процесуального порядку розгляду судом справ про визнання фізичної особи безвісно відсутньою та оголошення її померлою.

Результати дослідження. Аналіз змісту статей 43, 46 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України дає підстави вважати, що умовами визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою є такі:

1. Відсутність фізичної особи в місці її постійного проживання (в разі визнання безвісно відсутньою – протягом одного року, в разі оголошення померлою – протягом трьох років).
2. Неотримання протягом вказаних строків відомостей про місце перебування відсутньої особи. День одержання останніх відомостей може бути підтверджено пред'явленням останнього листа відсутньої особи або іншим способом. У разі, коли його неможливо встановити, слід керуватися правилами ч. 2 ст. 43 ЦК України, а саме: початком безвісної відсутності вважається перше число місяця, що йде за тим, в якому були одержані останні відомості про відсутнього, а в разі неможливості встановити цей місяць – перше січня наступного року. Закон також встановлює скорочені строки для оголошення фізичної особи померлою. Якщо фізична особа безвісно пропала за обставин, які загрожували смертю або давали підстави припустити її загибель від певного нещасного випадку – протягом шести місяців. Наприклад, якщо відомо, що особа була пасажиром або членом екіпажу літака, що потерпів аварію, то її оголошують померлою через шість місяців, оскільки ймовірність смерті за таких умов є досить великою. За можливості вважати фізичну особу загиблою від певного нещасного випадку або інших обставин внаслідок надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру – протягом одного місяця після завершення роботи спеціальної комісії, утвореної внаслідок надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру. Частина 2 ст. 46 ЦК України називає ще одну загальну підставу оголошення фізичної особи померлою: фізична особа, яка безвісно пропала у зв'язку з воєнними діями, може бути оголошена судом померлою після спливу двох років від дня закінчення воєнних дій. З урахуванням конкретних обставин справи, що заслуговують на увагу, суд може оголосити фізичну особу померлою до спливу цього строку. Такими обставинами слід вважати певні докази – як документальні, так і свідчення свідків про високу ймовірність загибелі даної особи.
3. Неможливість установити місце перебування даної особи, незважаючи на всі вжиті заходи з її розшуку.
4. Наявність юридично поважних причин, заради яких заявник просить визнати фізичну особу безвісно відсутньою або оголосити її померлою.

В юридичній літературі зазначається, що визнання фізичної особи безвісно відсутньою не допускається у випадках, коли вона переховується від розшуку (наприклад, за кримінальною справою), або про яку вірогідно відомо, що вона жива, але немає точних відомостей про її місце перебування [1, с. 99].

Однак таку позицію не можна підтримати з наступних причин. По-перше, закон не містить вказівки про неможливість визнання такої особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою. По-друге, зазначені цивільно-правові інститути спрямовані також на захист прав інших осіб, які перебувають у правових відносинах з особою, місцезнаходження якої невідоме. Остання, наприклад, має невиконані зобов'язання, в місті її останнього проживання залишається певне майно, що необхідно утримувати тощо. Тому суд повинен відкрити провадження, дослідити всі необхідні умови для визнання особи безвісно відсутньою, і якщо будуть встановлені умови – ухвалити рішення по суті. Рішення суду про визнання такої особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою не повинне впливати на діяльність правоохоронних органів щодо розшуку цієї особи.

Відповідно до статті 305 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України, заява про визнання особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою подається до суду за місцем проживання заявника або за останнім відомим місцем проживання (перебування) фізичної особи, місце перебування якої невідомо, або за місцем знаходження її майна.

Справи окремого провадження, до яких належать визнання особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою, суд розглядає за участю заявника і заінтересованих осіб. Однак чинне законодавство не містить легального визначення заявників і заінтересованих осіб. На відміну від деяких інших справ окремого провадження, ЦПК України не вказує перелік осіб, які вправі подати до суду заяву про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою.

Наявність юридичного інтересу як загального критерію визначення процесуально правового становища осіб, які беруть участь у справі, є загальновизнаним, беззаперечним у літературі [2, с. 124; 3, с. 86]. На думку С.Я. Фурси, суд повинен враховувати, що заявник – особа, для якої факт породить правові наслідки, інакше така справа буде не підвідомча суду в порядку окремого провадження. Під час визначення заінтересованої особи суд повинен враховувати, що заінтересована особа – це суб'єкт, на права та обов'язки якої може вплинути факт, що встановлюється судом [4, с. 244]. Тому слід виходити із загального положення цивільного процесу про те, що до суду може звернутися кожна особа, яка заінтересована у зміні правового стану відсутньої особи (ст. 4 ЦПК). Для цього потрібно довести наявність суб'єктивного юридичного інтересу.

Враховуючи викладене, можна зробити висновок про те, що закон не обмежує коло осіб, які мають право звернутися до суду по справах досліджуваної категорії. Заявниками можуть бути не лише члени сім'ї відсутньої особи або потенційні спадкоємці. Ними можуть бути також кредитори – як фізичні, так і юридичні особи. Звертаючись із заявою про визнання особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою, заявнику необхідно надати суду докази, які підтверджують наявність у нього правової мети звернення до суду за судовим захистом.

Правова мета (у процесуальному і матеріальному змісті) особи, яка звертається до суду по справах про визнання особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою, полягає в тому, що вона намагається отримати рішення про задоволення своєї вимоги з метою створення умов (шляхом усунення невизначеності), необхідних для виникнення, зміни або припинення тих чи інших правовідносин (розпорядження майном, усиновлення, припинення шлюбу та інші).

Правове становище заявників у справах даної категорії характеризується тим, що вони: ініціюють відкриття провадження у справі для захисту своїх прав або інтересів; мають юридичну заінтересованість у справі, оскільки на них будуть поширені матеріальні та процесуально-правові наслідки відповідного рішення суду; несуть судові витрати у справі.

Заявник має такі ж права і обов'язки, як позивач з відповідними виключеннями. Позивач висуває матеріальну вимогу до відповідача і процесуальну – до суду. Заявник має лише

процесуальну вимогу до суду про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або про оголошення її померлою. Тому в наведених справах не можна розпорядитися матеріально-правовою вимогою, однак від заявленої ним процесуальної вимоги останній вправі відмовитися.

Особи, які мають іншу, ніж у заявника правову мету участі у процесі, беруть участь у справі в якості заінтересованих осіб. Обов'язкова участь у справах досліджуваної категорії заінтересованих осіб, як і в інших справах окремого провадження, передбачена законом (ч. 4 ст. 294 ЦПК України).

Правове становище заінтересованих осіб у справах окремого провадження вже було предметом наукових досліджень [2; 5], однак детально правове становище осіб, які беруть участь у справах про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою, в юридичній літературі майже не розглядалося. На нашу думку, правове становище заінтересованих осіб у вказаних категоріях справ характеризується наступними ознаками:

– рішення у справі може вплинути на суб'єктивні права і охоронювані законом інтереси цієї особи (наприклад, усиновлення дитини, батьки якої безвісно відсутні). Таким чином, заінтересована особа має правову мету вступу у процес, але вона не співпадає з метою заявника, тому що у протилежному випадку можлива співучасть на боці заявника, а не участь у справі в якості заінтересованої особи;

– заінтересовані особи вступають або залучаються в розпочатий процес. На відміну від заявника, вони не мають у справі своїх самостійних вимог. Заінтересованими особами у цих справах можуть бути фізичні особи, підприємства, установи та інші громадські організації. Участь у справі заінтересованих осіб обумовлюється також і тим, що із встановленням окремих обставин заявник може реалізувати свої права у правовідносинах, в яких беруть участь і зазначені особи.

Вказані особливості процесуального становища заінтересованих осіб дозволяють, на наш погляд, дійти висновку про те, що *заінтересованими особами* у справах про визнання фізичної особи безвісно відсутньою та оголошення її померлою є такі учасники процесу, що мають інший, ніж у заявника інтерес, незалежно від наявності й характеру правового зв'язку між заявником і безвісно відсутньою особою, і на права чи обов'язки яких вплине чи може вплинути ухвалене у справі рішення. Правильне визначення, хто з учасників процесу відноситься до заінтересованих осіб, є необхідною передумовою реалізації ними своїх процесуальних прав з метою захисту своїх інтересів. Тому, на наш погляд, було б доцільно закріпити дане положення у процесуальному законодавстві й доповнити главу 4 розділ IV ЦПК України відповідною статтею.

Відповідно до ст. 306 ЦПК України у заяві про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або про оголошення її померлою повинно бути зазначено, для якої мети необхідно заявнику визнати фізичну особу безвісно відсутньою або оголосити її померлою. У тому випадку, якщо заява не містить вказівку на мету звернення до суду, суддя повинен залишити заяву без руху та надати заявнику строк для усунення цього недоліку. Якщо заявник у встановлений строк виконає вимогу судді, заява вважається поданою в день первісного подання її до суду. Інакше заява вважається неподаною і повертається заявнику з усіма доданими до неї документами.

У заяві про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою, окрім мети, повинні бути викладені обставини, що підтверджують безвісну відсутність фізичної особи або обставини, що загрожували смертю фізичній особі, яка пропала безвісті, або обставини, що дають підставу припускати її загибель від певного нещасного випадку.

Вбачається доцільним вказувати в заяві й на інші обставини, що мають значення для справи. Необхідно, на нашу думку, зазначити всі дані про особу, яку заявник просить визнати безвісно відсутньою або оголосити померлою і всіх заінтересованих у справі осіб. Подібна вимога буде відповідати ч. 4 ст. 294 ЦПК України, відповідно до якої справи окремого провадження розглядаються за участю всіх заінтересованих осіб.

З урахуванням висловлених пропозицій ст. 306 ЦПК України могла б мати наступну редакцію: «У заяві повинно бути зазначено, для якої мети необхідно заявнику визнати

фізичну особу безвісно відсутньою або оголосити померлою, дані про цю особу, обставини, що стверджують мету звернення до суду, а також безвісну відсутність особи або обставини, що дають підставу припускати її загибель від певного нещасного випадку. Крім того, у заяві необхідно зазначити заінтересованих осіб та їх місцезнаходження».

Після прийняття заяви та відкриття провадження у справі суддя здійснює підготовку справи до судового розгляду. Всебічна і повна підготовка до розгляду справ про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою має надзвичайно важливе значення, тому що такі справи розглядаються без участі цієї особи, а судове рішення впливає на її особисті і майнові права.

Відповідно до ст. 307 ЦПК суд до початку розгляду справи встановлює осіб (родичів, співробітників тощо), які можуть дати свідчення про фізичну особу, місцеперебування якої невідоме, а також запитує відповідні організації за останнім місцем проживання відсутнього (житлово-експлуатаційні організації, органи реєстрації місця проживання осіб або органи місцевого самоврядування) і за останнім місцем роботи про наявність відомостей щодо фізичної особи, місце перебування якої невідоме.

Аналіз чинного законодавства і практика його застосування свідчить про те, що дії судді з підготовки до судового розгляду справ про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлої не можна вважати повними та достатньо врегульованими законом. Так наприклад, процесуальне законодавство України передбачає публікацію оголошень у справах про відновлення прав на втрачені цінні папери на пред'явника (ч. 1, п. 1, ст. 322 ЦПК). Виходячи з цього, необхідно зауважити, що в разі коли законодавець вважає ефективним засобом розшук документів шляхом публікації, то, мабуть, є доцільним передбачити провадження публікації щодо розшуку безвісно відсутніх осіб у діючому законодавстві.

Публічне повідомлення про відкриття провадження у справі щодо визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою буде сприяти також більш повному виявленню всіх заінтересованих у справі осіб. Широка гласність, на наш погляд, може слугувати стримуючим фактором порушення цих справ несумлінними заявниками з метою одержання ними незаконних пільг і вигоди (пенсія, спадщина).

Враховуючи викладене, правова регламентація підготовки справи до судового розгляду потребує, на нашу думку, таких дій, як оголошення розшуку безвісно відсутньої особи.

Тому вважаємо доцільним доповнити главу 4 розділ IV ЦПК України нормою наступного змісту: «Суддя в порядку підготовки справи до судового розгляду постановляє ухвалу щодо проведення розшуку безвісно відсутньої особи і повідомлення в засобах масової інформації щодо відкриття провадження у справі про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою».

Процесуальний порядок судового розгляду справ про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою істотно не відрізняється від розгляду інших цивільних справ, тому ЦПК України не містить спеціальних норм, які б визначали цю стадію процесу для даної категорії справ. Тому під час судового розгляду справ про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою необхідно з достовірністю встановити юридичні факти у відповідності зі статтями 43, 46 ЦК України, а також інші факти й обставини, що мають значення для справи.

Питання, пов'язані з визначенням предмету доказування у справі, з'ясовуються суддею під час підготовки справи до судового розгляду. Однак остаточно вони вирішуються судом у стадії судового розгляду.

Фактами, що підлягають доказуванню у відповідності зі ст. 43 ЦК у справах про визнання особи безвісно відсутньою, є: постійне місце проживання безвісно відсутньої особи, початок безвісної відсутності і сплив річного строку безвісної відсутності. Також доказуванню можуть підлягати й інші факти: відсутність відомостей про особу взагалі, а не лише в місці її постійного проживання, неможливість усунути цю невідомість для суду й осіб, які беруть участь у справі. Дослідження не тільки закріплених в законі, але й зазначених фактів буде сприяти ухваленню законного й обґрунтованого рішення суду у справі.

Коло фактів, що входять у предмет доказування в справах про оголошення фізичної особи померлою, визначено ст. 46 ЦК. Такими фактами є: відсутність відомостей про особу протягом строку, визначеного законом; неможливість для суду і осіб, які беруть участь у справі, усунути цю невідомість; наявність взаємозв'язку між безвісною відсутністю особи і обставинами, що загрожували її загибеллю (нещасний випадок, стихійне лихо, воєнні дії та ін.).

Особливістю предмета доказування у справах про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою є те, що до нього можуть входити загальновідомі факти. Ними можуть бути обставини, які дають підставу припускати загибель особи, наприклад, землетрус, шторм, повінь та ін.; початок і закінчення воєнних дій; факт нещасного випадку. У відповідності з ч. 3 ст. 82 ЦПК обставини, визнані судом загальновідомими, не підлягають доказуванню.

Деякі особливості мають преюдиціальні факти, що не входять у предмет доказування в досліджуваних справах. Проте розглядаючи справу про оголошення особи померлою, суд не може прийняти факт безвісної відсутності фізичної особи, встановлений рішенням суду, що набрало законної сили, як преюдиціальний, тому що встановлення цього факту в минулому не виключає можливості виявлення цієї особи після набрання чинності рішенням суду.

На нашу думку, безвісна відсутність буде мати значення преюдиціального факту для суду, що розглядає справу про оголошення цієї ж особи померлою тільки в тому випадку, коли встановлений по першій справі річний строк безвісної відсутності входить у трирічний строк безвісної відсутності, необхідний для оголошення особи померлою.

У предмет доказування в досліджуваних справах входять також інші обставини, що мають істотне значення в справі. Ними можуть бути: правова мета заявника, характер матеріально-правового зв'язку заявника з особою, яку просять визнати безвісно відсутньою або оголосити померлою, а також із заінтересованими особами, встановлення місця народження, роду занять безвісно відсутньої особи, її зв'язку з родиною тощо.

У даній категорії справ яскраво проявляється принцип активності суду у процесі, чого немає у змагальному процесі, та деяке обмеження принципу змагальності, яке характерне для справ окремого провадження. Це виправдано тим, що рішення суду суттєво впливає на законні права та інтереси відсутньої особи, процесуальне право якої на участь у процесі не може бути реалізоване.

Після набрання законної сили рішенням про оголошення фізичної особи померлою суд надсилає рішення відповідному органу державної реєстрації актів цивільного стану для реєстрації смерті фізичної особи, а також до нотаріуса за місцем відкриття спадщини, а в населеному пункті, де немає нотаріуса, – до відповідного органу місцевого самоврядування.

Висновки. Проаналізувавши провадження у справах про визнання фізичної особи безвісно відсутньою або оголошення її померлою, з'ясовуємо наявність тих особливостей, які значно відрізняють їх від проваджень в інших категоріях справ. Нами визначено склад осіб, які беруть участь у досліджуваних справах, особливості підготовки до судового розгляду та предмету доказування. Тому доходимо висновку про необхідність доповнення ЦПК України новими нормами, якими треба закріпити ці особливості з метою їх однакового застосування на практиці.

Список використаних джерел:

1. Доліненнко Л.О., Доліненнко В.О., Сарновська С.О. Цивільне право України: навчальний посібник. К.: Кондор, 2006. 367 с.

2. Фурса С.Я. Окреме провадження в цивільному процесі України. К., 1999. 302 с.

3. Шиманович О.М. Процесуальні особливості розгляду судом справ про визнання фізичної особи безвісно відсутньою та оголошення її померлою. Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. 2010. Т. 23 (62). № 1. С. 85–95.

4. Фурса С.Я. Адвокат у цивільному процесі: науково-практичний посібник. К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2006. 448 с.

5. Чурпіта Г.В. Концептуальні засади захисту сімейних прав та інтересів у порядку непозовного цивільного судочинства: автореф. дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.03. Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України, Київ, 2016. 40 с.

КИРИЧЕНКО Т. С.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права
та процесу факультету № 6
*(Харківський національний університет
внутрішніх справ)*

УДК 347.61/.64 (477)

ЗАПОБІГАННЯ НАСИЛЬСТВУ ЗАВДЯКИ НОРМАМ МОРАЛІ ТА РЕЛІГІЇ В СІМ'Ї

У статті автор аналізує причини виникнення насилля в сім'ї в Україні, а також на основі судової практики можливість запобігання насильству та захисту порушених норм моралі. З'ясовано, як саме співвідносяться норми моралі, релігії та права в контексті регулювання сімейних відносин, їх взаємодія, динаміка й розвиток, як саме взаємодія норм моралі та права може запобігти насильству.

Ключові слова: *норми моралі, норми права, релігія, сім'я, насильство.*

В статье анализируются причины возникновения насилия в семье в Украине, а также на основе судебной практики возможность предупреждения насилия и защиты норм морали, которые нарушены. Выяснено, каким образом соотносятся нормы морали, религии и права в контексте регулирования семейных отношений, их взаимодействие, динамика и развитие, а также каким образом взаимодействие норм морали и права может предупредить насилие.

Ключевые слова: *нормы морали, нормы права, религия, семья, насилие.*

The article analyzes the causes of domestic violence in Ukraine, as well as on the basis of judicial practice, the possibility of preventing violence and protecting morals that are violated. It is found out how the norms of morality, religion and law are correlated in the context of regulation of family relations, their interaction, dynamics and development. And how the interaction of moral norms and law can prevent violence.

Key words: *norms of morals, norms of law, religion, family, violence.*

Вступ. В Україні, як і в усьому сучасному світі, проблема насильства, незважаючи на всі прагнення людства до добра та щастя, зберігає свою актуальність. Насильство в сім'ї – це не просто різновид форм насилля, це форма порушення прав людини. Жертвами такого насилля частіше є жінки, діти, особи, які стають залежними з різних причин (економічні, психічні, психологічні).

У 2009 р. до судів України надійшло 104336 справ про правопорушення щодо вчинення насильства в сім'ї, 38171 справа – щодо невиконання обов'язків щодо виховання дітей [1].

Притягнуті до відповідальності, відповідно, у 93049 і 32899 справах; у 2331 і 1090 справах особи звільнені від адміністративної відповідальності [1].

За даними Міністерства внутрішніх справ України, у 2011 р. за вчинення насильства в сім'ї затримано близько 85000 осіб, деяким із них винесено офіційні попередження, до деяких застосовано захисні приписи; інших притягнуто до штрафу або направлено на виправні роботи; окремим накладено адміністративний арешт [1].

За статистичними даними, у 2017 р. Національною поліцією України зареєстровано майже 60 тисяч заяв щодо домашнього насильства. Закінчено 439 кримінальних проваджень, розпочатих за фактами вчинення злочинів, пов'язаних із насильством у сім'ї [1].

Протягом 2017 р. за кримінальними провадженнями, направленими до суду, потерпілими від злочинних посягань визнані майже 77 тисяч жінок, що становить 38% від загальної кількості потерпілих [1].

Дослідження питань запобігання насильству в сім'ї набуло розвитку в наукових доробках провідних вітчизняних і зарубіжних учених. Значний внесок у дослідження співвідношення моралі та права як суспільних феноменів зробили десятки вчених, з поміж них – Р. Аболіна, А. Аверін, Р, Бачинін, А. Бернюков, Р. Волітова, В. Графський, В. Грачов, С. Дністрянський, О. Дробницький, В. Єфименко та ін.

Запобіганню насильству в сім'ї присвячені праці О. Андрєєваої, О. Бандурки, А. Благої, О. Бойко та ін.

Постановка завдання. Мета статті – на основі судової практики розглянути, завдяки яким нормам моралі та релігії запобігти насильству в сім'ї.

Сьогодні, на жаль, іде загальний процес деморалізації суспільства, і такий стан речей не може не впливати на його «основний осередок» – сім'ю.

Незважаючи на величезну кількість наукових робіт, які порушували великий пласт проблем, практична реалізація наукових розробок залишається тільки на папері, а саме: сприйняття, розуміння, усвідомлення прагматичної значущості морально-правового впливу на формування соціальних уявлень українського соціуму, що має істотно позначитися на процесах розбудови правової державності.

Результати дослідження. Україна, обравши «шлях гідності», взяла на себе великі зобов'язання. Вирішальне значення для реалізації цих завдань має вдосконалення судової системи.

Повсякденне життя щодня зіштовхує людину з множиною різноманітних ситуацій, у зв'язку з чим люди вимушені керуватися безліччю різних норм і правил, які покликані забезпечувати цілісність системи суспільства, стабільність і громадський порядок, регулюючи стосунки між людьми.

Норми, які регулюють сімейні відносини, пронизані моральними принципами. Так, в основу регулювання особистих немайнових правовідносин покладено принцип рівності при набутті та здійсненні особистих немайнових прав та обов'язків кожним із подружжя, тобто основний принцип сімейних відносин оснований на визнанні однакової соціальної цінності – особистості чоловіка й жінки.

Згідно зі ст. 7 Сімейного кодексу (далі – СК) України, загальними засадами регулювання особистих немайнових відносин між подружжям є здійснення їх з урахуванням права на таємницю особистого життя подружжя, права кожного з них на особисту свободу та неприпустимість свавільного втручання в сімейне життя; відсутність привілеїв чи обмежень кожного з подружжя за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, етнічного й соціального походження, матеріального стану, місця проживання, за мовними та іншими ознаками; здійснення прав та обов'язків кожним із подружжя на рівних засадах. Цей принцип базується на загальних положеннях ст. 24 Конституції України [2].

Норми моралі проникають буквально в усі сімейні відносини, наприклад, потрібно чесно ставитися до сімейних прав та обов'язків, необхідно подружжю поважати одне одного, рахуватися з інтересами іншого з подружжя, з повагою ставитися до його індивідуальності, звичок та уподобань, піклуватися про побудову сімейних відносин на почуттях взаємної любові, поваги, дружби, взаємодопомоги (ст. ст. 51, 55 СК України) [2].

Мораль об'єктивно знаходиться у праві, а право – у моралі [4, с. 41–44].

Мораллю можна назвати форму суспільної свідомості, певну сукупність сучасних життєвих принципів, поглядів, основаних на них норм поведінки, що визначають і регулюють взаємини людей [3, с. 327].

Філософ Джеремі Бентам зауважив, що мораль «у найзагальнішому розумінні – це вчення про мистецтво направляти дії людей таким чином, аби виробляти найбільшу суму щастя» [6].

Моральні потреби – це потреби спілкування з іншими людьми за встановленими (прийнятими) правилами поведінки. Мораль завжди має соціально-груповий характер: мораль сім'ї, мораль соціальної групи. Мораль нав'язується особистості ззовні у формі певних норм і правил. Оцінка моральної поведінки виходить із соціального оточення [3].

Мораль є способом неформальної регуляції дій людини. Мораль і право тісно переплітаються. Моральні норми суспільства, яке домінує в державі, втілюються в законодавчих актах. І моральні, і правові норми є соціальними [3].

Спільним для них є те, що обидва види слугують для регулювання й оцінювання вчинків індивіда.

До відмінностей можна зарахувати: 1) право розробляється державою, мораль – суспільством; 2) право закріплене в державних актах, мораль – ні; 3) за порушення норми права передбачаються санкції держави, за порушення норми моралі – суспільний осуд і критика.

На думку О. Скакун, мораль – це система норм і принципів, спрямованих на регулювання поведінки людей відповідно до понять добра і зла, які підтримуються особистими переконаннями, традиціями, вихованням, силою громадської думки [7, с. 265].

В. Нерсесянц уважає, що помилковими є думки стосовно того, що право повинно бути моральним, оскільки це означає, що право повинно бути не правом, а мораллю, що зміст закону (позитивного права) повинен бути не правовим, а моральним. І подібне моральне праворозуміння деформує сутність не тільки права, а й моралі, оскільки моралізація права супроводжується юридизацією моралі. А метою теоретично розвинутого юридичного праворозуміння є правовий закон (а не моральний закон) [8].

В. Соловйов зазначає, що «право починається з духовних начал». Жити й поводитися відповідно до права – не тільки уловлювати правову сутність життєвих ситуацій, робити чи слідувати відповідним юридичним рішенням, опиратись на чинні норми тощо, а й, зокрема, діяти соціально й духовно виправдано [9].

Стосовно взаємодії права та моралі, то ще І. Кант у праворозумінні спирався на ідею «моральної автономії особистості», її «абсолютної самоцінності», що особистість може сама створити закон, знати свій обов'язок і реалізовувати його [2].

Підсумовуючи вищевикладене, можна сказати, що норми моралі є регулятором сімейних відносин. Протягом багатьох років вони були основою створення сім'ї.

Розглядаючи вплив норм моралі та релігії на сім'ю, не можна не звернутися до сім'ї, якій належить виняткове місце. Це сім'я з Назарета: Ісуса з Його матір'ю Марією та опікуном Святим Йосифом. Згідно з християнським ученням, своєю присутністю в людській сім'ї і своєю спасенною діяльністю Ісус Христос освятив цей інститут, підвищивши його до гідності таїнства [8].

Конфесії по-різному ставляться до поняття сім'ї.

Католицизм стверджує, що слово «сім'я» зустрічається у Святому Письмі. Це вказує на те, що існування сім'ї є частиною нормального людського досвіду як у Старому, так і в Новому Заповітах. Серед найвідоміших сімей, які зустрічаються в Біблії, можна назвати сім'ї Авраама, Ноя, Мойсея, Давида [9]. Апостол Павло застерігає батьків: «А й ви, батьки, не дратуйте дітей ваших, виховуйте їх у послузі й напоумленні Господньому» (Єф. 6,4).

Етика ісламу передбачає відплачувати за добро добром, бути щедрим, допомагати бідним тощо. Недотримання моральних розпоряджень в ісламі, на відміну від християнства, немає [10]. Слово «іслам» означає «покірність». Ставлення правовірного мусульманина до бога є ставленням покірного, неміркуючого слуги, що сліпо виконує те, що йому судилося. Етика ісламу охоплює всі проблеми [10].

У XIX ст. вже повністю відбулося єднання держави й церкви, що було одним із важливих принципів організації суспільства в той період. Держава визнавала законним лише церковний шлюб. Цей період досліджували такі вчені, як П. Пустоход та М. Трацевський,

якими зроблено аналіз інтенсивності шлюбності, а також аналіз сезонних коливань шлюбності як загалом по Україні, так і по окремих її губерніях, типах поселень, релігійних групах населення [13].

На думку М. Трацевського, у другій половині XIX ст. щороку на території України кількість шлюбів зростала [14].

На рубежі XIX–XX ст. шлюбні традиції не змінюються, але, як указує О. Кравець, у цей період поширюється так зване відходництво (тобто пошук нових сімей на стороні) [20].

Чинний СК України має норми, які нерозривно пов'язані з нормами моралі, – це норми, що регулюють особисті немайнові відносини. Але ці норми є мертвими, вони не працюють, незважаючи на те що такий інститут, як сім'я, будувався на основі моральних і релігійних цінностей протягом століть. Звідки тоді виникає така статистика?

У судовій практиці є чимало прикладів вирішення спорів, пов'язаних із домашнім насильством.

Про значення суду в механізмі протидії насильству в сім'ї в Україні свідчить кількість розглянутих судами справ, пов'язаних із насильством у сім'ї.

28 травня 2013 р. Перемишлянський районний суд Львівської області розглянув у судовому засіданні цивільну справу за позовом ОСОБИ_1 до ОСОБА_2 про захист честі, гідності, ділової репутації та відшкодування завданої моральної шкоди.

ОСОБА_1 звернувся до Перемишлянського районного суду з позовом до ОСОБИ_2 про захист честі, гідності, ділової репутації та відшкодування завданої матеріальної шкоди з покликанням на те, що в період із серпня 2011 р. по жовтень 2012 р. відповідачка, звертаючись із заявами в низку державних установ, поширювала недостовірну інформацію про нього, яка не відповідає дійсності, порушує його права та свободи, ганьбить його честь, гідність і ділову репутацію, у заяві вказала, що впродовж тривалого часу він погрожує їй фізичною розправою в провокує її та її батька до конфліктів, назвала його тираном, який живиться її здоров'ям, звинуватила в учиненні щодо неї насилля, в тому, що ініціює сварки, принижує її, словесно та фізично ображає, свідомо мав намір довести її до стану втрати дитини, звинуватила в безпідставному провокуванні судових процесів тощо.

ОСОБА 1 уважає, що інформація ОСОБИ 2 в заявах є неправдивою й безпідставною, а її поширення ганьбить його честь, гідність, ділову репутацію та завдало йому моральну шкоду, яку, зважаючи на обставини, він оцінює в розмірі 1 гривні. Відтак просить, зобов'язати ОСОБА_2 **спростувати недостовірну інформацію** щодо нього, вказану в заявах, шляхом надання йому в усному й письмовому вигляді її офіційного вибачення та шляхом інформування про це всіх органів, до яких подавались ці заяви, а також стягнути з відповідачки судові витрати по справі.

Проаналізувавши обставини справи й документальні докази по ній, суд уважає, що в задоволенні позову **потрібно відмовити** з огляду на таке.

Згідно зі ст. 3 Конституції України, людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю.

Відповідно до ст. 34 Конституції України, кожен має право на свободу думки і слова, межею якої є право іншої особи на повагу до її гідності й честі. Кожен має право на повагу до його гідності й честі. Гідність і честь фізичної особи є недоторканними. Згідно зі ст. 15 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, кожна особа має право на захист свого цивільного права в разі його порушення [16; 17].

Відповідно до ч. 1 ст. 201 ЦК України, особистими немайновими благами, які охороняються цивільним законодавством, є здоров'я, життя, честь, гідність і ділова репутація. Фізична особа, особисті немайнові права якої порушено внаслідок поширення про неї та (або) членів її сім'ї недостовірної інформації, має право на спростування цієї інформації (ст. 277 ЦК України) [17].

Фізична особа має право звернутися до суду з позовом про захист її гідності й честі, що передбачено ст. 297 ЦК України [17].

Відповідно до ст. 299 ЦК України, фізична особа має право на недоторканність своєї ділової репутації. Фізична особа може звернутися до суду з позовом про захист своєї ділової репутації [17].

Недостовірною вважається інформація, яка не відповідає дійсності або викладена неправдиво, тобто містить відомості про події та явища, яких не існувало взагалі або які існували, але відомості про них не відповідають дійсності (неповні або перекручені).

Під поширенням інформації варто розуміти опублікування її в пресі, передання по радіо, телебаченню чи з використанням іншого засобу масової інформації; поширення в мережі Інтернет чи з використанням інших засобів телекомунікаційного зв'язку; викладення в характеристиках, заявах, листах, адресованих іншим особам; повідомлення в публічних виступах, в електронних мережах, а також в іншій формі хоча б одній особі.

Згідно зі ст. 277 ЦК України, об'єктивна сторона складу цього цивільного правопорушення передбачає одночасну наявність двох складових елементів – недостовірність поширеної інформації та її спрямованість на порушення особистих немайнових прав потерпілої особи (негативний зміст) [17].

Відповідно до Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» від 27.02.2009 № 1, суди під час вирішення справ про захист гідності, честі й ділової репутації повинні забезпечувати баланс між конституційним правом на свободу думки і слова, правом на вільне вираження своїх поглядів і переконань, з одного боку, та правом на повагу до людської гідності, конституційними гарантіями невтручання в особисте й сімейне життя, судовим захистом права на спростування недостовірної інформації про особу, з іншого боку [18].

Відповідно до положень ст. 60 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України, кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підтвердження своїх вимог і заперечень. Доказування не може ґрунтуватися на припущеннях.

Вирішуючи питання про визнання поширеної інформації недостовірною, суди повинні визначати характер такої інформації та з'ясовувати, вона є фактичним твердженням чи оцінним судженням. Згідно з ч. 2 ст. 47-1 Закону України «Про інформацію», оцінними судженнями, за винятком образи чи наклепу, є висловлювання, які не містять фактичних даних. Зокрема, критика, оцінювання дій, а також висловлювання, що не можуть бути витлумачені як такі, що містять фактичні дані, з огляду на характер використання мовних засобів, зокрема гіпербол, алегорій, сатири. Оцінні судження не підлягають спростуванню та доведенню їх правдивості. Отже, відповідно до ст. 277 ЦК України, не є предметом судового захисту судження, думки, переконання, критична оцінка певних фактів і недоліків, які, будучи вираженням суб'єктивної думки й поглядів відповідача, не можна перевірити на предмет їх відповідності дійсності [17; 18].

У пункті 16 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» від 27.02.2009 № 1 роз'яснено, що, відповідно до ст. 40 Конституції України, усі мають право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів, що зобов'язані розглянути звернення й дати обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк [18].

Суди повинні мати на увазі, що, коли особа звертається до зазначених органів із заявою, в якій міститься та чи інша інформація, і якщо цей орган компетентний перевірити таку інформацію та надати відповідь, яка, проте, в ході перевірки не знайшла свого підтвердження, вказана обставина не може сама по собі бути підставою для задоволення позову, оскільки в такому випадку мала місце реалізація особою конституційного права, передбаченого ст. 40 Конституції, а не поширення недостовірної інформації.

У разі звернення особи із заявою до правоохоронних органів судам потрібно враховувати висновки, викладені в Рішенні Конституційного Суду України від 10.04.2003

№ 8-рп/2003, відповідно до якого поняття «поширив такі відомості» в аспекті конституційного звернення треба розуміти так, що викладення в листах, заявах, скаргах до правоохоронного органу відомостей особою, на думку якої посадовими чи службовими особами цього органу під час виконання функціональних обов'язків порушено її право, не може вважатись поширенням відомостей, які ганьблять честь, гідність чи ділову репутацію або завдають шкоди інтересам цих осіб.

Ураховуючи вищевикладене, звернення відповідача до правоохоронних органів із заявами про вчинення злочину не може бути підставою для задоволення позову, оскільки в цьому випадку була реалізація відповідачем свого конституційного права, а не поширення недостовірної інформації.

Позивач не надав суду належних і допустимих доказів, що поширена інформація порушує його особисті немайнові права, тобто завдає шкоди відповідним особистим немайновим благам або перешкоджає повно і своєчасно здійснювати своє особисте немайнове право.

На підставі ч. ч. 1, 2 п. 4 ст. 23 ЦК України особа має право на відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення її прав. Моральна шкода полягає в приниженні честі, гідності, а також ділової репутації фізичної особи [17].

Згідно зі ст. 280 ЦК України, якщо фізичній особі внаслідок порушення її особистого немайнового права завдано майнової або моральної шкоди, ця шкода підлягає відшкодуванню [17].

Більше того, суд звертає увагу, що, відповідно до ст. 1167 ЦК України, моральна шкода, завдана фізичній або юридичній особі неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю, відшкодовується особою, яка її завдала, за наявності її вини [17].

Відповідно до Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» від 31.03.1995 № 4, під моральною шкодою варто розуміти втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань або інших негативних явищ, заподіяних фізичній чи юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб.

Згідно з чинним законодавством, моральна шкода може полягати, зокрема, у приниженні честі, гідності, престижу або ділової репутації.

У позовній заяві про відшкодування моральної (немайнової) шкоди має бути зазначено, в чому полягає ця шкода, якими неправомірними діями чи бездіяльністю її заподіяно позивачеві, з яких міркувань він виходив, визначаючи розмір шкоди, та якими доказами це підтверджується.

Відповідно до загальних підстав цивільно-правової відповідальності, обов'язковому з'ясуванню під час вирішення спору про відшкодування моральної (немайнової) шкоди підлягають наявність такої шкоди, протиправність діяння її заподіювача, наявність причинного зв'язку між шкодою і протиправним діянням заподіювача та вини останнього в її заподіянні.

Суд дійшов висновку про відмову в задоволенні позовних вимог позивача, а тому відсутні правові підстави для задоволення позовних вимог про відшкодування моральної шкоди, оскільки вимога позивача про стягнення моральної шкоди є похідною від вимоги про спростування недостовірної інформації, яка задоволенню не підлягає.

Ураховуючи вищевикладене, керуючись ст. ст. 10, 15, 57, 60, 88, 185, 209, 213–215 ЦПК України, ст. ст. 15, 16, 23, 275, 277, 297, 299, 1166, 1167 ЦК України [17], Суд вирішив: В задоволенні ОСОБА_1 до ОСОБА_2 про захист честі, гідності, ділової репутації та відшкодування завданої моральної шкоди – відмовити [19].

Висновки. Під час розгляду справ, що стосуються порушення особистих немайнових прав, необхідно враховувати, що не є предметом судового захисту судження, думки, переконання, критична оцінка певних фактів і недоліків, які як вираження суб'єктивної думки й поглядів відповідача не можна перевірити на предмет їх відповідності дійсності.

Негативною доцільно вважати інформацію, в якій стверджується про порушення цією особою, зокрема, норм чинного законодавства, вчинення будь-яких інших дій (наприклад, порушення принципів моралі, загальновизнаних правил співжиття, неетична

поведінка в особистому, суспільному чи політичному житті тощо) та яка порушує право позивача на повагу до гідності, честі чи ділової репутації.

Ті чи інші факти як такі, що ганьблять честь, гідність, ділову репутацію, належать до оцінних категорій у кожному конкретному випадку.

Без досконалої роботи судової системи самі по собі норми моралі та релігії не можуть певною мірою запобігти насиллю в сім'ї, а норми чинного законодавства України не здатні забезпечити регулювання сучасних сімейних правовідносин, і причиною цього є їх конструктивна недосконалість.

Список використаних джерел:

1. Моніторинг національної судової практики розгляду судами кримінальних, цивільних справ і справ і справ про адміністративні правопорушення, пов'язаних із вчиненням насильства в сім'ї. URL: file:///C:/Users/Fujitsu/Downloads/Monitoring_final.pdf/.

2. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. Відомості Верховної Ради України. 2002. № 21–22.

3. Суляліна М. Насильство у сім'ї: причини та статистика. URL: http://ru.hr-activists.net/news/nasilstvo-u-s-m-prichini-ta-statistika/.

4. Кант И. К вечному миру. Трактаты о вечном мире. Москва. 1963. С. 112; Кант И. Лекции о философском учении о религии. Москва: Канон, 2016. 384 с.

5. Анисимов С.А. Мораль и поведение. Москва: Мысль, 1985. С. 10. Юсеф Нахля Наймівна. Етика в мусульманській культурі: досвід та перспективи.

6. Избранные сочинения Джеремии Бентама / пер. англ. изд. Боуринга и фр. Дюмона, А.Н. Пыпина и А.Н. Неведомского. Санкт-Петербург: Рус. книж. торговля, 1867. Т. 1.

7. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: підручник / пер. з рос. Харків: Консум, 2001. 656 с.

8. Нерсесянц В. Філософія права. Москва: Норма-Инфра М, 1998. 652 с.

9. Соловьев В. Право и нравственность. Москва, 2001. С. 265.

10. Барщевський о. Тарас. Євангельські притчі: конспект лекцій. Львів. 2002. 240 с. С. 120.

11. Калінін Ю.А. Релігієзнавство: підручник. Київ: Наук. думка, 2000. 351 с.

12. Саліх бін Абдуллах бін Хамід. Поняття мудрості в справі призову до Аллаха. URL: http://www.islam.ru.

13. Пустоход П., Трацевський М. Шлюбність на Україні. Демографічний збірник. Київ: Друкарня Всеукраїнської академії наук, 1930. Т. VII. С. 84–195.

14. Трацевський М. Народжуваність людності в Україні. Демографічний збірник. Київ: друкарня Української Академії наук, 1926. Т. IV. С. 69–112. URL: https://dse.org.ua/arhcive/16/6.pdf.).

15. Кравець О.М. Сімейний побут і звичаї українського народу. Київ: Наукова думка, 1966. 198 с.

16. Конституція України від 28 червня 1996 року. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 34.

17. Цивільний кодекс України. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2003. № 40–44.

18. Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 27.02.2009 № 1. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v_001700-09.

19. Рішення Конституційного Суду України від 10.04.2003 № 8-рп/2003. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-03.

20. Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 31.03.1995 № 4. URL: http://consultant.parus.ua/?doc=00EGUFBC23/.

21. Справа № 2/449/237/2013. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32013014.

МАЗУР В. В.,
аспірант
(Інститут законодавства Верховної Ради України)

УДК 347.26

СИСТЕМА СЕРВІТУТНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Стаття присвячена дослідженню правової природи сервітутних правовідносин в аспекті розгляду їх як окремого складового елемента механізму цивільно-правового регулювання сервітутних відносин. Проаналізовані наявні у правовій доктрині загалом і в цивілістиці зокрема погляди науковців щодо речового та/або зобов'язального характеру цих правовідносин. Побудовано систему сервітутних правовідносин як неоднорідних і відносно самостійних груп речових і зобов'язальних правовідносин.

Ключові слова: *механізм цивільно-правового регулювання сервітутних відносин, сервітут, сервітутні правовідносини.*

Статья посвящена исследованию правовой природы сервитутных правоотношений в аспекте рассмотрения их как отдельного составного элемента механизма гражданско-правового регулирования сервитутных отношений. Проанализированы существующие в правовой доктрине в целом и в цивилистике в частности взгляды ученых относительно вещного и/или обязательственного характера этих правоотношений. Построена система сервитутных правоотношений как неоднородных и относительно самостоятельных групп вещных и обязательственных правоотношений.

Ключевые слова: *механизм гражданско-правового регулирования сервитутных отношений, сервитут, сервитутные правоотношения.*

The article is devoted to the study of the legal nature of easement legal relations referring to them as a separate constituent element of the mechanism of civil regulation of easement relations. The existing legal doctrines in general and in civil law, in particular, the views of scholars on the material and/or binding nature of these legal relations have been analyzed. The system of easement legal relations as non-uniform and relatively independent groups of proprietary and binding legal relations has been established.

Key words: *mechanism of civil regulation of easement relations, easement, easement legal relations.*

Вступ. У рамках дослідження механізму цивільно-правового регулювання сервітутних відносин на окрему увагу заслуговує низка проблемних питань, пов'язаних з однойменними правовідносинами. Адже останні органічно вплітаються в схематичну взаємодію елементів внутрішньої будови вищезгаданого механізму, виконуючи притаманні їм функції, і, як наслідок, сприяють досягненню кінцевої мети власне процесу цивільно-правового регулювання – упорядкування сервітутних відносин, забезпечення їх охорони та розвитку. Зокрема, сервітутні правовідносини в структурі механізму цивільно-правового регулювання є засобом конкретизації цивільно-правових норм і засобом, у рамках якого забезпечується реалізація суб'єктивних цивільних прав і юридичних обов'язків.

Дослідженням сервітутних правовідносин і їх окремих аспектів певною мірою займалися такі вітчизняні та зарубіжні вчені-правники й цивілісти: А.Г. Ананьїв, В.М. Мартин, Р.І. Марусенко, О.О. Михайленко, В.І. Нагнибіда, Я.С. Солодова, Г.В. Сосніна, В.В. Цюра та ін. Водночас досі залишається складним і дискусійним питання правової природи сервітутних правовідносин, що виявляється в неможливості прямої й категоричної їх кваліфікації як виключно речових (ширше – абсолютних), так і виключно зобов'язальних (ширше – відносних) правовідносин. При цьому розв'язання цієї проблеми має як теоретичне, так і практичне значення, оскільки дає змогу не лише дати науково обґрунтовану характеристику структурних елементів сервітутних правовідносин, а й чітко визначити засоби захисту суб'єктивних прав і законних інтересів їх учасників у конкретній ситуації.

Постановка завдання. Метою статті є теоретичний аналіз та узагальнення наявних у правовій доктрині загалом і в цивілістиці зокрема поглядів щодо правової природи відносин з приводу обмеженого користування чужим нерухомим майном на підставі сервітуту й вироблення власних висновків з урахуванням положень чинного вітчизняного законодавства.

Результати дослідження. У доктрині цивільного права акцентується увага на наявності в сервітутних правовідносинах певних зобов'язальних або, ширше, відносних елементів, хоча не завжди відповідна наукова думка знаходить свій подальший розвиток і глибоке тлумачення [1, с. 12; 2, с. 6; 3, с. 559–560]. Окремі науковці під час розгляду питань, пов'язаних із сервітутом у різних площинах, оминають цю проблему стороною [4].

У сфері сервітутного користування в силу правової природи сервітуту як речового права не на «своє», а на чуже нерухоме майно існує три категорії суб'єктів: 1) носій сервітуту як суб'єктивного цивільного права – сервітуарій; 2) треті особи, коло яких невизначене та на яких покладено пасивний обов'язок не перешкоджати реалізації сервітуту сервітуарієм; 3) окремим суб'єктом є власник (володілець) нерухомого майна, щодо якого встановлюється/встановлено сервітут. Відтак простежується самостійний правовий зв'язок між завжди конкретно визначеними учасниками сервітутних правовідносин – сервітуарієм і власником (володільцем) відповідного нерухомого майна, який не відповідає сутності речових (абсолютних) правовідносин, крім випадків, коли особа власника (володільця) не відособлюється окремо від категорії третіх осіб з обов'язком не перешкоджати реалізації сервітуту (що випливає з абсолютного характеру речових прав). Наявний правовий зв'язок між сервітуарієм і власником (володільцем) обтяженого сервітутом нерухомого майна фактично має взаємний характер. Це означає, що й сервітуарій, і власник обтяженого сервітутом нерухомого майна має як права, так й обов'язки відносно одне одного. Водночас при речових правовідносинах існує лише одна уповноважена особа, речове право якої реалізується переважно за рахунок власних дій цієї самої особи. Прикладом прав власника (володільця), обтяженого сервітутом нерухомого майна в сервітутних правовідносинах, є його право на одержання плати від сервітуарія за користування майном, а також низка інших прав, які сторони можуть передбачити в договорі про встановлення сервітуту (наприклад, право вимагати від сервітуарія прибирати сміття з обтяженої земельної ділянки, в межах площі дії земельного сервітуту). Інакше кажучи, в сервітутних правовідносинах фактично мають місце як речові (абсолютні), так і зобов'язальні (відносні) правовідносини, що жодною мірою не руйнує класичного уявлення про сервітут як речове абсолютне право. Головне, на що потрібно зважати в цій частині, – чітке розмежування характеру правовідносин і характеру суб'єктивного цивільного права, з приводу якого правовідносини складаються. Так, сервітут як суб'єктивне цивільне право в жодному разі не може мати абсолютно-відносний характер, бути одночасно й речовим, і зобов'язальним правом. Сервітут завжди має чітко визначену правову природу – абсолютне речове право. Але з приводу сервітуту можуть складатися як речові, так і зобов'язальні правовідносини. Найкращим свідченням цього може бути характер правового зв'язку між сервітуарієм і власником (володільцем) нерухомого майна, щодо якого встановлено сервітут, з приводу справляння плати за встановлення та/або здійснення сервітуту. Крім того, враховуючи модель сервітутного користування, закладену в сучасному законодавстві України, конструкція договору про встановлення сервітуту не є ключовою

для його виникнення, адже останній факт пов'язується з державною реєстрацією сервітуту. Договір є лише необхідною юридичною підставою для її проведення, незважаючи на те що містить вироблену його сторонами модель майбутнього сервітуту. Це лише підсилює саму можливість наявності зобов'язальних (ширше – відносних) елементів при сервітуті. Відтак факт існування зобов'язальних правовідносин у сфері сервітутного користування навряд чи може викликати сумнів. Інша справа, яке їх місце в загальній системі правовідносин, що складаються з приводу сервітуту. У цій частині думки вчених суттєво різняться.

Детальний аналіз юридичної літератури дає можливість усю наявну кількість поглядів щодо зобов'язальних (або ж відносних) елементів при сервітуті згрупувати за спільною основою як мінімум у три різні за змістом напрями розвитку наукової думки, а саме: 1) наявність у відносинах з приводу встановлення та реалізації сервітуту зобов'язальних елементів пояснюється тим, що власне сервітут як суб'єктивне цивільне право має не речову (або абсолютну), а саме зобов'язальну (або відносну) правову природу [5, с. 198; 6, с. 144–204]; 2) відстоюється позиція, що сервітутні правовідносини є так званими «змішаними», тобто речово-зобов'язальними, правовідносинами [7, с. 5, 10]; 3) у сфері сервітутного користування паралельно існують і речові, і зобов'язальні правовідносини (або ж абсолютні та відносні), які не змішуються між собою [8, с. 74; 9, с. 128–129; 10, с. 3–4; 11, с. 8].

Підхід, за якого сервітут за своєю сутністю визнається зобов'язальним (відносним) суб'єктивним правом, навряд чи може бути сприйнятий у контексті дослідження. Сам факт наявності при сервітуті правового зв'язку між конкретними особами (сервітуарієм і власником нерухомого майна), а також наявність у системі юридичних фактів у сфері сервітутного користування договору як підстави виникнення сервітуту не може перекреслити речово-правову сутність останнього. Адже необов'язково намагатися включити зобов'язальні (відносні) елементи безпосередньо в зміст сервітуту як суб'єктивного речового права, їх цілком закономірно можна розглядати відокремлено. Як наслідок, сервітут не перетворюватиметься на суб'єктивне зобов'язальне право (до того ж як тоді бути з речовими елементами, існування яких неможливо ігнорувати), а констатуватиметься наявність при сервітуті не лише речових (абсолютних), а й зобов'язальних правовідносин. Тобто вирішення цієї проблеми не має переходити з рівня правовідносин на рівень їх структурних елементів – визначення характеру суб'єктивних прав. У цій частині справедливим є зауваження В.В. Чубарова, що «навряд чи є підстави вважати, що набір зобов'язальних правовідносин, які ... виникають між власником та володільцем обмеженого речового права (сервітуарієм – *В. М.*), складає зміст речового права та є головною метою його набуття» [12, с. 156].

Другий напрям, як уже відмічалося, характеризується використанням спеціальної конструкції змішаних речово-зобов'язальних (або, ширше, абсолютно-відносних) правовідносин, з метою пояснення наявності в речових правовідносинах певних зобов'язальних властивостей, або ж, навпаки, – у зобов'язальних правовідносинах деяких речових ознак. При цьому сервітут є лише однією зі сфер, де виявляється застосування концепції змішаних правовідносин. Так, частіше за все в юридичній літературі про змішані правовідносини мова йде у випадку осмислення сутності правових зв'язків, що виникають при відносинах довірчого управління, відносинах з приводу реалізації права спільної власності, відносинах оренди, а також під час установлення сутності заставних правовідносин і для пояснення застосування в зобов'язальних правовідносинах способів захисту, подібних до речово-правових способів (наприклад, ст. 620 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України) тощо. М.І. Брагінський узагалі відмічає, що «більшість цивільних правовідносин є змішаними – речово-зобов'язальними» [13, с. 277].

Прихильником концепції змішаних правовідносин у частині осмислення сутності власне сервітутних правовідносин є, зокрема, В.М. Мартин. При цьому вчений пов'язує виникнення змішаних правовідносин при сервітуті виключно з оплатним характером останнього, підкреслюючи, що лише в такому разі «виникає складне, змішане речово-зобов'язальне правовідношення, де відносини щодо користування річчю регулюються нормами речового права, а відносини щодо сплати визначеної суми за користування – нормами зобов'язального права» [7, с. 10]. Тобто відповідний хід думок ученого дає змогу зробити

висновок, що при безоплатному сервітуті змішані правовідносини не виникають. Водночас навряд чи зобов'язальні елементи при сервітуті вичерпуються виключно правом вимоги сплати певної грошової суми за встановлення та/або реалізацію сервітуту й, відповідно, кореспондуючим йому обов'язком такої сплати. При сервітуті можливе встановлення й інших обов'язків різноманітного характеру (особливо тоді, коли сервітут установлюється на підставі договору), які не суперечать його сутності (наприклад, розподіл обов'язків щодо ремонту нерухомого майна – об'єкта сервітуту тощо).

Певною мірою до кола вчених, які підтримують позицію виникнення з приводу сервітуту змішаних правовідносин, можна зарахувати також А.Г. Ананьєва та Т.Є. Харитонову з обов'язковим зауваженням, що останні говорять не про змішані правовідносини, а про змішані права. Зокрема, А.Г. Ананьєв стверджує, що «цивільне законодавство закріплює подвійну природу інституту сервітутного права, що включає в себе елементи як речового, так і зобов'язального права» [14, с. 6]. Т.Є. Харитонова зараховує сервітут до «речово-зобов'язальних прав користування майном» [15, с. 79]. Разом із тим сервітут як суб'єктивне цивільне право не може бути кваліфіковано одночасно й речовим, і зобов'язальним правом, адже зазначені властивості не є взаємозамінними та тотожними у своїй сутності. За умови такого змішування надати науково-обґрунтовану характеристику сервітуту фактично важко, оскільки воно вимагає поєднання того, що об'єктивно не об'єднується в єдине ціле. Як вдало зазначає О.М. Латиєв, одне й те саме право не може діяти одночасно проти всіх і кожного та щодо конкретної особи, вимагати від зобов'язаних суб'єктів пасивної поведінки й разом із тим зобов'язувати до вчинення позитивних дій [8, с. 85]. Такий підхід лише унеможливлює чітке розмежування речових і зобов'язальних прав і тягне за собою низку проблем практичного характеру, пов'язаних із захистом подібного «змішаного» права.

Загалом, на нашу думку, конструкція змішаних правовідносин не є вдалою для обґрунтування наявності у сфері сервітутного користування окремих зобов'язальних елементів. Адже очевидно, що дати характеристику структурним елементам таких правовідносин у єдності неможливо. Тобто окремо аналізуватиметься структура речової частини таких правовідносин і окремо – зобов'язальної частини. Змішавши речі та дії як об'єкти таких правовідносин, їх різні суб'єктні склади, можна отримати як результат лише своєрідну «наукову кашу», яка не сприятиме вирішенню проблеми. У частині змісту змішаних правовідносин (тобто сукупності прав та обов'язків), очевидно, мову варто буде вести знову ж таки про ті самі «змішані права» й «змішані обов'язки», на недоцільність виділення яких уже вказувалося вище. Водночас якщо в межах конструкції змішаних речово-зобов'язальних правовідносин окремо аналізуватимуться суб'єкти, об'єкти і зміст речової частини та окремо суб'єкти, об'єкти й зміст зобов'язальної частини, то в чому тоді сам сенс виділення змішаних правовідносин. Адже цілком можливо окремо дослідити речові сервітутні правовідносини, окремо – зобов'язальні сервітутні правовідносини, не змішуючи їх у єдине ціле. Так, свого часу ще М.М. Агарков указував, що «відмінність абсолютних і відносних правовідносин є відмінністю саме правовідносин, а не інститутів. У межах одного й того самого інституту можуть бути правовідносини як абсолютні, так і відносні» [16, с. 31]. Тобто з приводу сервітуту можуть виникати як речові (ширше – абсолютні), так і зобов'язальні (ширше – відносні) правовідносини, що не змішуються між собою. З урахуванням цього, на наш погляд, більш обґрунтованим є третій напрям пояснення прояву зобов'язальних елементів при сервітуті – одночасне паралельне існування сервітутних речових (абсолютних) і сервітутних зобов'язальних (відносних) правовідносин.

Отже, сервітутні правовідносини неоднорідні за своїм складом. Звичайно, дослідник може зосереджувати свою увагу на аналізі властивостей лише окремої групи правовідносин у загальній системі сервітутних правовідносин залежно від мети, яку він ставить перед собою. Однак такий напрям дослідження не виключає існування інших правовідносин, що виникають навколо сервітуту.

На нашу думку, необхідне чітке усвідомлення того, що найменування «сервітутні правовідносини» – це загальна назва, що об'єднує комплекс двох видів правовідносин: речові

сервітутні правовідносини та зобов'язальні сервітутні правовідносини. Ці дві групи правовідносин тісно пов'язані між собою, оскільки вони виникають з приводу встановлення й реалізації сервітуту. Разом із тим їх тісний зв'язок не обумовлює тотожності зазначених правовідносин і не викликає їх змішування.

Існування групи речових сервітутних правовідносин не може викликати сумнівів через традиційне визнання сервітуту речовим правом на чуже майно та відповідну кваліфікацію його в такій якості на рівні ЦК України (п. 2 ч. 1 ст. 395). Ця група правовідносин є основною в загальній системі сервітутних правовідносин, бо саме сервітут як суб'єктивне цивільне право є головним правом, задля якого й складаються будь-які правовідносини у сфері сервітутного користування.

У свою чергу, виділення групи зобов'язальних сервітутних правовідносин як окремого виду останніх є не простою забаганкою юридичної науки, а нагальною необхідністю самої конструкції сервітуту як суб'єктивного речового права. Власне зобов'язальні елементи й дають змогу збалансувати інтереси учасників сервітутних правовідносин і передусім найповніше врахувати інтереси власника обтяженого сервітутом нерухомого майна. Адже сервітут виявляється в своєрідному втручанні в «майнове життя» іншої особи. Тому ситуація наявності при сервітуті суто речових (абсолютних) правовідносин не мала б оптимального характеру, бо інтереси власника обтяженого нерухомого майна (які до того ж у кожному конкретному випадку сервітутного користування можуть бути різними) постійно б ігнорувалися. За таких умов досягти справжнього правопорядку можливо було б лише за наявності досконалого цивільного законодавства, що змістовно врегульовувало всі можливі та навіть неможливі конкретні випадки встановлення й реалізації сервітуту. Водночас досягти цього навряд чи можливо через надзвичайно високий динамічний характер цивільного обороту та високий ступінь абстрактності цивільно-правових норм. Речові (абсолютні) правовідносини побудовані так, що дають змогу реалізувати інтереси виключно однієї особи – суб'єкта речового права (в нашому випадку сервітуарія). Інтереси інших осіб для речових (абсолютних) правовідносин принципового значення не мають. Разом із тим користування сервітуарієм не своїм, а чужим у юридичному сенсі нерухомим майном, очевидно, не може супроводжуватися повним неврахуванням наявних і можливих інтересів і потреб самого власника зазначеного майна. Адже протилежне суперечило б принципу справедливості. Тому існування сервітутних зобов'язальних правовідносин обумовлено: 1) об'єктивною неможливістю всебічного законодавчого регулювання різноманітних питань супутнього характеру, пов'язаних з реалізацією сервітуту; 2) необхідністю забезпечення балансу інтересів учасників сервітутних правовідносин.

Зобов'язальні сервітутні правовідносини через запроваджену вітчизняним законодавцем концепцію сервітутного користування певною мірою передують речовим сервітутним правовідносинам. Адже для виникнення останніх необхідне настання повного юридичного (фактичного) складу за схемою договір + державна реєстрація сервітуту. Водночас для зобов'язальних сервітутних правовідносин достатньо настання такого юридичного факту, як укладення договору про встановлення сервітуту. У свою чергу, незважаючи на те що зобов'язальні сервітутні правовідносини виникають раніше речових сервітутних правовідносин, в більшості вони не можуть бути реалізовані без наявності самого сервітуту як суб'єктивного цивільного права (та відповідно до речових сервітутних правовідносин). Тобто можна стверджувати, що зобов'язальні сервітутні правовідносини мають додатковий характер щодо речових. Наприклад, зобов'язальні правовідносини щодо сплати певної грошової суми (обумовленої сторонами договору про встановлення сервітуту) за користування нерухомим майном на підставі сервітуту очевидно виникають раніше сервітуту як суб'єктивного цивільного права, а саме з моменту укладення відповідного договору. Сам же сервітут виникає з моменту його державної реєстрації (див. ч. 4 ст. 334 ЦК України, ч. 2 ст. 3 та п. 2 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 01.07.2004 № 1952-IV (в редакції від 04.06.2017)). Разом із тим, попри те що зобов'язальні правовідносини щодо справляння зазначеної плати фактично виникли раніше речових сервітутних правовідносин (що зумовлено наявністю розриву в часі між укладенням

договору та державною реєстрацією сервітуту), їх міцний зв'язок з останніми не дає змоги реалізувати права й обов'язки, що становлять їх зміст, раніше виникнення самого сервітуту. Адже як можна вимагати плати за користування чужим майном на підставі сервітуту, якщо сам сервітут ще не виник.

Варто відзначити, що група зобов'язальних сервітутних правовідносин, у свою чергу, може бути поділена на дві підгрупи. Такий їх поділ зумовлений наявною нині законодавчою моделлю сервітутного користування, сприйнятою національною правовою системою й відображеною в положеннях ЦК України та інших законодавчих актах. Зокрема, аналіз положень чинного законодавства свідчить, що між фактом набрання чинності договором про встановлення сервітуту (ч. 1 ст. 640 ЦК України) і фактом учинення дій щодо державної реєстрації сервітуту, модель якого розроблена сторонами в договорі, існує певний розрив у часі. Разом з тим у зазначений період між сторонами договору не може не існувати певного правового зв'язку. Так, сервітут ще не виник, але договір набрав чинності. З моменту набрання чинності останнім виникають зобов'язальні сервітутні правовідносини, але, як уже відмічалося, їх більшість (щодо можливості безпосередньої реалізації) тісно пов'язана з фактом виникнення самого сервітуту як суб'єктивного цивільного права. Однак очевидно, що серед зобов'язальних сервітутних правовідносин можна виокремити ті з них, метою яких є забезпечення самого процесу виникнення сервітуту як суб'єктивного цивільного права. Їх конструкція й пояснює той правовий зв'язок, який існує між власником нерухомого майна та потенційним сервітуарієм з часу укладення договору про встановлення сервітуту й до моменту державної реєстрації. Зазначені правовідносини схематично (змістовно) можуть бути представлені так:

1. Право власника нерухомого майна вимагати юридичного оформлення моделі сервітуту в суб'єктивне цивільне право шляхом його державної реєстрації для надання сервітуарію доступу до власного нерухомого майна, а у випадку нездійснення державної реєстрації сервітуту заборонити такий доступ через відсутність для цього достатніх правових підстав. Цьому праву кореспондує обов'язок сервітуарія провести державну реєстрацію сервітуту для отримання юридично-забезпеченої можливості здійснювати обмежене певним способом і в певному просторовому масштабі користування чужим нерухомим майном.

2. Право потенційного сервітуарія вимагати від власника нерухомого майна вчинення дій щодо сприяння державній реєстрації сервітуту або ж вимагати утримуватися від дій, які перешкоджають зазначеній реєстрації. цьому праву кореспондує відповідний обов'язок власника нерухомого майна сприяти та/або не перешкоджати державній реєстрації сервітуту.

Як бачимо, ця підгрупа зобов'язальних сервітутних правовідносин має взаємний двосторонній характер. Їх конструкція допомагає створити умови для уникнення випадків користування нерухомим майном до державної реєстрації сервітуту. При цьому покладення на потенційного сервітуарія обов'язку після укладення договору здійснити державну реєстрацію сервітуту не суперечить диспозитивним началам цивільного права. Адже потенційний сервітуарій, маючи дійсну потребу в сервітуті й укладаючи відповідний договір з власником нерухомого майна, добровільно бере на себе зазначений обов'язок. А відтак потенційний сервітуарій повинен мати намір бути зобов'язаним до вчинення певних дій. Фактично саме потенційний сервітуарій є заінтересованою особою у виникненні сервітуту, тому й обов'язок щодо державної реєстрації останнього є певною мірою продовженням зазначеного інтересу, своєрідним утіленням його у реальність.

Висновки. Отже, сервітутні правовідносини – це система правовідносин, що виникають і розвиваються з приводу та навколо сервітуту, яка може бути представлена так:

1. Речові сервітутні правовідносини.

2. Зобов'язальні сервітутні правовідносини, які поділяються на дві підгрупи:

а) зобов'язальні сервітутні правовідносини з приводу встановлення сервітуту (або зобов'язальні сервітутні правовідносини організаційного характеру);

б) зобов'язальні сервітутні правовідносини пов'язані з реалізацією сервітуту (плата за сервітут, обов'язки щодо ремонту нерухомого майна тощо).

Список використаних джерел:

1. Метельская В.В. Сервитуты по законодательству России и Испании: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. Москва, 2008. 25 с.

2. Резник Ж.Я. Публичный земельный сервитут по российскому гражданскому праву: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. Казань, 2007. 18 с.

3. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар: пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців: у 12 т. Харків: ФО-П Лисяк Л.С., 2011. Т. 5: Право власності та інші речові права / за ред. проф. І.В. Спасибо-Фатєєвої. 624 с.

4. Сосніна Г.В. Правове регулювання сервітутів в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. Одеса, 2015. 20 с.

5. Поротикова О.А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. 2-е изд., испр. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2008. 266 с.

6. Райхер В.К. Абсолютные и относительные права (К проблеме деления хозяйственных прав). В особенности применительно к советскому праву / пер. с нем. О.В. Колотилова. Вестник гражданского права. 2007. № 2. С. 144–204.

7. Мартин В.М. Право користування чужим майном: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. Львів, 2006. 18 с.

8. Латыев А.Н. Вещные права в гражданском праве: понятие и особенности правового режима: дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. Екатеринбург, 2004. 211 с.

9. Марусенко Р.І. Правові аспекти земельних сервітутів в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.06. Київ, 2005. 211 с.

10. Нагнибіда В.І. Речові права на чуже майно: порівняльно-правовий аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. Київ, 2010. 20 с.

11. Солодова Я.С. Обязательства из договора об установлении сервитута: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. Томск, 2010. 19 с.

12. Право собственности: актуальные проблемы / отв. ред. В.Н. Литовкин, Е.А. Суханов, В.В. Чубаров. Москва: Статут, 2008. 731 с.

13. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. 2-е изд., испр. Москва: Статут, 2000. Кн. 1: Общие положения. 848 с.

14. Ананьев А.Г. Сервитутное правоотношение: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. Москва, 2005. 26 с.

15. Харитонова Т.Є. Проблеми здійснення прав на чужі земельні ділянки в Україні: дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.06. Одеса, 2016. 322 с.

16. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. Москва: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. 192 с.

ОЛДАК Т. В.,
аспірант
(Харківський національний університет внутрішніх справ)

УДК 347.922

СУТНІСТЬ ГРУПОВОГО ПОЗОВУ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Стаття присвячена визначенню сутності групового позову у цивільному судочинстві через розкриття основних його ознак, що дозволяють виокремити його з-поміж інших процесуальних конструкцій, направлених на захист порушених прав та законних інтересів. Сформульовано поняття «групового позову» у цивільному процесі, виходячи з його специфіки.

Ключові слова: *цивільне судочинство, груповий позов, ініціюючий позивач, численна група.*

Статья посвящена определению сущности группового иска в гражданском судопроизводстве через раскрытие основных его признаков, которые позволяют выделить его среди других процессуальных конструкций, направленных на защиту нарушенных прав и законных интересов. Кроме того, сформулировано понятие «группового иска» в гражданском процессе исходя из его специфики.

Ключевые слова: *гражданское судопроизводство, групповой иск, инициирующий истец, многочисленная группа.*

The article is devoted to the definition of the essence of a group claim in civil proceedings by disclosing the main features that are inherent to it and which are such as to allow it to be distinguished among other procedural structures aimed at protecting violated rights and legitimate interests. In addition, the concept of "group lawsuit" is formulated in the civil proceedings based on its specifics.

Key words: *civil proceedings, group lawsuit, initiating plaintiff, numerous groups.*

Вступ. Однією з ознак демократичного суспільства є наявність дієвої та ефективної системи захисту прав та законних інтересів осіб. У сучасних умовах доступність цивільного судочинства є однією з актуальних теоретико-прикладних проблем, яка має на меті підняти практику судочинства на більш високий рівень. Останнім часом все частіше постає питання пошуку ефективного та дієвого процесуального механізму, що забезпечить захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи законних інтересів не лише окремо взятих громадян, а й численних груп осіб. Закріплене на найвищому законодавчому рівні право кожної людини та громадянина на захист прав і свобод судом формує передумови для розвитку безпосередніх механізмів захисту прав громадян. Цивільний процес зазнав оновлення з набранням чинності Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» [1], проте окремого, детального регламентування процесуального механізму захисту численних груп осіб не здійснено, що свідчить про важливість проведення подальшого наукового дослідження цього питання та формування пропозицій для їх нормативно-процесуального закріплення.

Постановка завдання. Метою статті є вивчення наукового досвіду, що характеризує вказаний процесуальний механізм, задля виокремлення найбільш змістовних рис, що дозволяють

стверджувати про самостійність та індивідуальність групового позову поряд із суміжними процесуальними інститутами, направленими на захист прав численних груп осіб.

Результати дослідження. Уявлення про будь-яке поняття, явище досягається за рахунок розкриття його ознак. Саме поняття «ознака» визначається як риса, властивість, особливість кого-, чого-небудь, те, що вказує на що-небудь, свідчить про щось; показник, свідчення [2, с. 655]. Безпосередньо застосовуючи наведене вище до процесуального механізму розгляду справ за груповими позовами, зазначимо, що завдяки з'ясуванню його специфічних рис можна встановити його сутність, а також визначити переваги та відмінності від інших процесуальних інститутів. Теоретичні аспекти та питання практичного розгляду справ за груповими позовами виступали предметом окремих досліджень Г.О. Аболоніна, Ю.В. Білоусова, В.В. Борщенко, А.В. Губської, Б.О. Журбіна, В.В. Колосова, Д.Я. Малєшина, В.А. Миколаєць, Т.В. Степаненко, В.В. Яркова та ін.

Переходячи до безпосереднього розгляду ознак, властивих груповому позову як процесуальному механізму, що направлений на забезпечення реалізації гарантованого конституційного права на судовий захист прав численних груп осіб, виділимо такі.

Сфера застосування механізму групового позову – загальна його ознака, що окреслює коло суспільних відносин, у яких може потенційно утворитися численна група, що надалі може звернутися до використання зазначеної процесуальної категорії. Так, відповідно до ч. 1 ст. 19 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України), суди розглядають у порядку цивільного судочинства справи, що виникають із цивільних, земельних, трудових, сімейних, житлових та інших правовідносин, крім справ, розгляд яких здійснюється в порядку іншого судочинства. Крім того, конфліктна ситуація може виникнути у будь-яких суспільних відносинах, які зачіпають права, свободи та законні інтереси численних груп, зокрема й тих, що встановлені у вищезазначеній статті ЦПК України. Ілюстрацією зазначеного слід вважати випадки масових порушень під час продажу неякісних товарів, невиплати заробітної плати або масових скорочень працівників підприємств, установ, організацій, масових аварій на будь-яких видах транспорту, неповернення банківськими установами грошових вкладів вкладникам, надання неякісних житлово-комунальних, туристичних послуг, у разі порушення авторських та суміжних прав, у сфері будівництва на первинному ринку житла, а також у сфері кооперативних відносин та ін. До сфери поширення таких порушень належать як договірні, так і деліктні правовідносини, що вказує на універсальність даного механізму.

Однією з визначальних рис, що характеризує та дозволяє ідентифікувати позов як груповий, є саме численність персонального складу учасників групи. Даний критерій розглядаємо у двох аспектах: у широкому розумінні – як групу, яка об'єднує у собі усіх потенційних носіїв порушених прав та законних інтересів, на захист яких подається груповий позов, безпосередня участь у судовому процесі яких є практично неможливою; у вузькому – як необхідність наявності мінімальної кількості учасників. Практичний бік реалізації даного питання є відмінним, про що свідчить положення процесуального законодавства інших країн, у яких, зокрема, закріплюють підхід до визначення такого мінімуму. У Російській Федерації визначено, що для подання позовної заяви до суду до неї повинно приєднатися не менш як п'ять осіб, в Австралії – не менш як сім осіб, канадське процесуальне законодавство передбачає наявність двох і більше позивачів [4, с. 303]. Враховуючи, що на момент подачі групового позову група учасників носить тільки потенційний та ще індивідуально несформований характер, вважаємо за доцільне закріпити у процесуальному законодавстві України мінімальний «бар'єр» на рівні п'яти осіб, які повинні приєднатися до групового позову. Вказана вище мінімальна кількість учасників є лише передумовою формування численної групи осіб та дозволяє показати взаємозв'язок таких осіб за юридичними та фактичними підставами.

Із даного твердження витікає не менш важлива характеризуюча властивість групового позову, а саме збіг фактичних і правових підстав [5, с. 148]. Вказана ознака складається з двох взаємодоповнюючих складових частин, які слід розглядати лише у поєднанні, оскільки

наявність лише одної не дозволяє стверджувати про порушення прав та законних інтересів численної групи осіб. Так, фактичний критерій вказує на ідентичність обставин, що стали спільними і в яких опинилася група осіб, чиї права та законні інтереси порушуються, зазначаючи на певний юридичний факт (факт аварії, факт перебою напруги в електромережі); юридичний – вказує на спільну правову природу прав та законних інтересів, що порушуються, не визнаються чи оспорюються. Порушення прав та законних інтересів численної групи осіб можуть виникати як із договірних (неповернення банківськими установами грошових вкладів вкладникам за договорами банківського вкладу), так і недоговірних зобов'язань (у разі масових аварій на будь-яких видах транспорту).

Таким чином, вбачається дуалізм підстав, які є необхідними та достатніми для початку групового провадження і виступають тією передумовою, що визначить спрямованість майбутнього судового процесу.

Крім того, невід'ємною складовою частиною групового позову є його суб'єктивний склад, який розкривається через суб'єктів двох категорій, а саме: особи (осіб), що ініціюють розгляд справи за груповим позовом (ініціюючий позивач або позивач-представник) та інші особи, що утворюють численну групу, які надалі, шляхом т. зв. «сертифікації» та індивідуалізації, стануть учасниками групи, які приєдналися у встановленому порядку до групового позову. Беззаперечним елементом характеристики будь-якої особи, що бере участь у груповому позові, є визначення її правового статусу. Так, звертаючись до аналізу конструкції групового позову, зазначимо, що такі особи поділяються на дві групи. Перша група осіб має та реалізує процесуальні повноваження, визначені процесуальним законодавством на цей час, зокрема, передбачені ст. 43, 49 ЦПК України, а також наділяється додатковими, які на цей час зазначеним кодексом не визначені, хоча є притаманними для розгляду справ за груповими позовами – йдеться про функціональні повноваження, пов'язані із втіленням під час судового процесу прав та законних інтересів учасників групи. На чолі даної групи стоїть особа (особи), яка спонукає всіх потенційних учасників групи до активної участі в захисті їх порушених прав та подає у встановленому порядку груповий позов.

Друга група за своїм складом є найчисленнішою, що об'єднує усіх осіб права, яких зазнали порушення та які виявили бажання вжити заходів на їх відновлення. Говорячи про обсяг їх процесуальних можливостей, вкажемо, що, виходячи із конструкції групового позову, такі особи наділяються дещо звуженими процесуальними правами та обов'язками, але рішення суду поширюватиметься на усіх учасників групи та вплине на їх права та інтереси [6, с. 1690].

Пов'язаною та такою, що випливає із зазначеної вище ознаки, слід вважати характерну рису ініціюючого позивача, яка полягає у тому, що саме він діє без будь-якої довіреності з боку осіб, що утворюють численну групу, виконуючи дії, направлені на захист як власних порушених прав, так і прав інших учасників групи. Факт самого приєднання таких осіб до групового позову слід вважати їх згодою та прийняттям умов розгляду справи за груповим позовом, у т. ч. щодо обмеження в певній частині деяких їх процесуальних прав та принципів. Момент їх приєднання варто розцінювати як своєрідну «довіреність» на представництво конкретно взятої особи із числа групи під час судового розгляду. В рамках розгляду справ за груповими позовами саме факт та момент приєднання особи до групового позову іменуємо «квазідовіреністю», що направлена на уповноваження ініціюючого позивача на активні процесуальні дії, а також вжиття заходів в інтересах такої особи.

Ще однією ознакою, яку структурно слід віднести до тієї, що характеризує суб'єктів групового позову, є отримання учасниками групи загального позитивного результату. У разі винесення судом позитивного рішення усі часники групи отримають спільний результат розгляду спору, що виник між учасниками даного процесу. Зокрема, груповий позов забезпечує досягнення соціального ефекту, оскільки одночасно захищається як публічний (присікається протиправна діяльність якого-небудь підприємства, установи, організації), так і приватноправовий інтерес (учасники групи отримують відшкодування за завдану матеріальну шкоду). Кожен учасник групи отримує певне відшкодування завданих йому матеріальних збитків, поновлення порушених прав та законних інтересів.

Також виділяємо як критерій, що ідентифікує позов як груповий, положення щодо поєднання усіх учасників групи єдиним способом захисту. Як особа, яка ініціює процес, так і учасники, які приєдналися до групи, повинні використовувати єдиний спосіб захисту цивільних прав та інтересів, передбачений ст. 16 Цивільного кодексу України. У свою чергу, ст. 5 ЦПК України встановлено, що, здійснюючи правосуддя, суд захищає права, свободи та інтереси фізичних осіб, права та інтереси юридичних осіб, державні та суспільні інтереси у спосіб, визначений законом або договором. Отже, визначення спільного судового захисту є тією практичною стороною групового позову, за рахунок реалізації якої права кожного будуть захищеними. Способи захисту цивільних прав та інтересів не є вичерпними, проте зазначимо, що всі учасники групи повинні обрати для себе єдиний його спосіб. Обрання способу захисту цивільних прав та інтересів здійснюється саме особою (особами), яка ініціює розгляд справи за груповим позовом. Потенційним учасникам групи залишається лише або приєднатися до групового позову, або вчиняти самостійні дії, направлені на захист їх цивільних прав та інтересів у судовому порядку за допомогою обраного способу захисту.

Щодо риси, притаманної розгляду справ за груповими позовами безпосередньо під час судового розгляду, а саме тотожності предмета доказування, поділяємо думку В.А. Миколаєць, яка стверджує, що предмет доказування у справах за груповими позовами можна умовно поділити на дві частини: обґрунтованість вимоги групи та належність вимоги кожному з учасників групи. Питання обґрунтованості вимоги групи має спільний характер і залежить від того, наскільки доведеною є узагальнена вимога цієї групи до цього відповідача. Належність вимоги кожному з учасників групи вказує на доведеність правомірності включення кожної окремої особи до групи [7, с. 10–11]. Отже, у справах за груповими позовами предмет доказування складається з двох взаємопов'язаних частин – загальної та індивідуальної. Положення ч. 1 ст. 81 ЦПК України щодо зобов'язання кожної сторони довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень, потребує специфічного застосування. Так, виникає певний розподіл тягаря доказування, в рамках загального предмета доказування доведення тих чи інших обставин здійснюється позивачем-представником, а в частині індивідуального – кожним учасником групи. Поєднання цих двох складових частин предмета доказування у справах за груповими позовами у цивільному судочинстві визначаємо як комбінований.

Будь-який судовий процес відзначається наявністю двох сторін із протилежними інтересами, і, як правило, саме сторона позивача характеризується ускладненим елементом – численною групою осіб, яка може сягати десятків, сотень, а інколи і тисяч учасників. Відповідач (відповідачі) для такої групи повинен бути спільним для всіх її учасників. Даний критерій стає додатковою ідентифікуючою рисою для відбору з-поміж загального обсягу потенційних учасників, права яких зазнали порушення саме відповідачем. Якщо під час сертифікації групи буде встановлено, що права певної особи порушено особою, відмінною від особи, зазначеної як відповідач, така особа не може бути зарахована до числа такої групи.

Рішення суду, винесене у справах за груповим позовом, є обов'язковим не тільки для осіб, які безпосередньо брали участь у судовому процесі, а й для учасників групи, які такої участі не брали, але приєдналися до групового позову. Традиційною є думка, що рішення суду є вираженням закону щодо конкретних відносин. У такому рішенні група, яка на момент подачі групового позову була невизначеною, остаточно персоніфікується.

Рішення у справах за груповими позовами мають власну особливість, що відрізняє їх від рішень, винесених за «індивідуальними» позивними заявами. Так, відповідно до ч. 3 ст. 61 ЦПК України, обставини, встановлені судовим рішенням у цивільній, господарській або адміністративній справі, що набрало законної сили, не доказуються під час розгляду інших справ, у яких беруть участь ті самі особи або особа, щодо якої встановлені ці обставини. Погоджуємося з твердженням М.В. Степанчук, що обставини, встановлені у справах за груповими позовами, преюдиціальні не тільки для осіб, які брали участь у процесі, а й для всіх інших учасників групи у справах за іншими позовами до того ж відповідача [6, с. 1690]. У таких осіб не буде необхідності доводити повторно те, що вже встановлено у рішенні суду

під час розгляду справи за груповим позовом, – т. зв. загальний предмет доказування, що сприятиме процесуальній економії та забезпечить більш динамічний розгляд справи.

Узагальнюючи наведені характеризуючі ознаки групового позову, здійснимо їх класифікацію, виділяючи такі критерії:

1. За нормативним визначенням у процесуальному законодавстві:

а) прямо визначені у процесуальному законодавстві (мінімальна кількість осіб, що повинна приєднатися до групового позову, спільність вимог та підстави їх виникнення);

б) безпосередньо не регламентовані у процесуальному законодавстві, проте такі, що дозволяють розкрити його сутність;

2. За характером впливу на груповий позов:

а) основні, що розкривають сутність групового позову та чітко дозволяють його виокремити із сукупності подібних механізмів, направлених на захист прав та інтересів численних груп осіб;

б) додаткові, що випливають із основних та дозволяють встановити та розкрити його окремі структурні елементи;

3. За сферою поширення на суб'єктів групового позову:

а) зовнішні – поширюються на особу (осіб), що ініціюють розгляд справи за груповим позовом;

б) внутрішні, що впливають тільки на учасників групи.

Висновки. Беручи до уваги представлені ознаки, доходимо висновку, що групові позови у цивільному судочинстві займають окреме місце, що дозволяє виділити їх з-поміж інших механізмів захисту прав та законних інтересів численних груп осіб. Таким чином, груповий позов наділений специфічними, лише йому притаманними ознаками, що дозволяють сформулювати власне визначення поняття «групового позову» як матеріально-правової вимоги, зверненої до суду по захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів як учасників численної групи осіб, які не беруть безпосередньої участі у процесі, так і особи (осіб), яка звернулася до суду по захист прав, свобод чи інтересів цієї групи, що має спільну фактичну та правову підставу її виникнення, пред'явлену до суду в установленій законом процесуальній формі.

Варто звернути увагу на правову регламентацію, що використовується у національному процесуальному законодавстві у сфері вирішення публічно-правових спорів. Маємо на увазі п. 21 ч. 1 ст. 4 Кодексу адміністративного судочинства України [8], який також зазнав оновлення [1], у т. ч. шляхом визначення такого поняття, як типові адміністративні справи – адміністративні справи, відповідачем у яких є один і той самий суб'єкт владних повноважень (його відокремлені структурні підрозділи), спір у яких виник із аналогічних підстав, у відносинах, що регулюються одними нормами права, та у яких позивачами заявлено аналогічні вимоги. Як бачимо, у зазначеному вище кодексі здійснено спробу закріплення та визначення основних характерних рис, що притаманні груповому позову.

Таким чином, зазначене положення в рамках процесуального законодавства створює передумови для подальшого закріплення у ЦПК України відповідних норм щодо регламентування захисту прав, свобод та інтересів численних груп осіб.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 03 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2017. № 48. Ст. 436.

2. Академічний тлумачний словник української мови (1970–1980). URL: http://sum.in.ua.

3. Цивільний процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 40–41, № 42. Ст. 492.

4. Білоусов Ю.В. Груповий позов зарубіжний досвід та перспективи його використання в Україні. Університетські наукові записки. Часопис Хмельницького інституту управління і права. 2012. Вип. 1. № 1 (41). С. 295–309.

5. Миколаєць В.А. Місце групових позовів у системі масових позовів. Митна справа. 2014. № 2 (92). Ч. 2. Кн. 2. С. 145–149.

6. Степанчук М.В. Решение арбитражного суда по групповому иску: практические проблемы реализации права на судебную защиту. Актуальные проблемы российского права. 2014. № 8 (45). С. 1689–1693.

7. Миколаєць В.А. Груповий позов у цивільному процесі України: автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03; Нац. акад. внутр. справ. К., 2014. 20 с.

8. Кодексу адміністративного судочинства України. Відомості Верховної Ради України. 2005. № 35–36, № 37. Ст. 446.

ОЧЕРЕТЯН К. О.,
студентка
(Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ)

КАРПЕНКО Р. В.,
викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
(Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

УДК 347.922

ФОРМА ТА ЗМІСТ ПОЗОВНОЇ ЗАЯВИ

Розглянуті вимоги, що пред'являються до форми та змісту позовної заяви у цивільному судочинстві. Сформульовано пропозиції щодо необхідності внесення змін і доповнень до Цивільного процесуального кодексу України стосовно вдосконалення вимог, що висуваються до форми позовної заяви.

Ключові слова: *категорія, позов, позовна заява, форма позовної заяви, юридичні факти, процесуальні юридичні факти.*

Рассмотрены требования, которые предъявляются к форме и содержанию искового заявления в гражданском судопроизводстве. Сформулированы предложения о необходимости внесения изменений и дополнений в Гражданский процессуальный кодекс Украины относительно усовершенствования требований, предъявляемых к форме искового заявления.

Ключевые слова: *категория, иск, исковое заявление, форма искового заявления, юридические факты, процессуальные юридические факты.*

Requirements which are showed to the form and the contents of the statement of claim in civil legal proceedings are considered. The proposals of the need to make changes and additions to the Civil Procedural Code of Ukraine regarding the improvement of the requirements imposed on the form of the statement of claim were formulated.

Key words: *category, lawsuit, statement of claim, form of the statement of claim, legal facts, procedural legal facts.*

Вступ. Конституція України чітко затверджує, що головною цінністю є людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека. Відповідно до ст. 55 Конституції України, кожен громадянин має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати в судовому порядку свої права і свободи від порушень та протиправних посягань. Звернення до суду по захист свого певного порушеного чи оспорюваного права повинно бути відображено у формі та змісті заяв або скарги і подано до суду у письмовій формі. Звернення до суду з усною позовною вимогою законом не передбачено. Складання позовної заяви – це один із основних етапів підготовки справи до її розгляду у суді першої інстанції та початку захисту особою свого права. Тому варто звернути увагу на правильне оформлення реалізації захисту та подачі позовної заяви, яка виступає поштовхом для відкриття судових справ.

Даною темою займалися такі науковці, як В.А. Кройтор, О.М. Перунова, В.І. Бобрик, А.О. Добровольський, О.А. Демічев, О. Братель, Г.Ю.Гулєвська, С.С. Бичкова, В.М. Кравчук, О.І. Угриновська, Д.Д. Луспеник, С.Я. Фурса та інші дослідники у сфері цивільного права.

Постановка завдання. Метою статті є вивчення та дослідження позовної заяви, її правового оформлення, законодавчого закріплення та врегулювання даного питання. Оскільки позовна заява – це прояв та реалізація конституційного права людини на захист, потрібно звернути увагу на те, в який суд потрібно звертатися по вирішення спору, що саме повинна містити позовна заява.

Результати дослідження. Право на позов виникло ще в римському процесі і мало свою специфіку. Більшість понять із права Давнього Риму збереглися до нашого часу і досі допомагають врегулювати суспільні відносини. Це свідчить про те, що особа завжди прагнула захистити свої права, незалежно від стану розвитку суспільства. Особливістю позовної заяви в римському праві було те, що вона одночасно могло ґрунтуватися на певних формальних та матеріальних підставах, тобто фактичних обставинах оскаржуваної ситуації.

На стародавніх етапах суспільного життя панував, як відомо, приватно-правовий погляд на злочин. У цей період ще не було уявлення про суспільну шкоду і суспільні інтереси, всі злочини вичерпувалися діяннями, пов'язаними з особистою і матеріальною шкодою. За цих умов будь-який позов, що виникав зі спірних правовідносин, розглядали як приватний позов, який міг пред'являтися винятково особою, що потерпіла від злочину, чи її сім'єю. Потерпіла від злочину особа, пред'являючи позов, керувалася залишками звичаю помсти, винятково особистими мотивами, які знаходили найбільше задоволення в майновій винагороді за шкоду і страждання, завдані злочином. Оскільки такий етап існував не тільки в кримінальному процесі, виникла потреба у здійсненні правосуддя. Із часом з'являлися люди, які вміло використовували свої знання в написанні позовних вимог. На цьому історичному етапі були закладені основи такого способу захисту та оспорювання, як позовна заява. Проте ґрунтувалася вона не на тих обставинах, які були в дійсності, а тільки на тих, які були викладені претору та визнані дійсними [1, с. 96].

Позовна заява – це встановлена законом форма звернення до суду по судовий захист своїх прав та інтересів, можливості встановлення справедливості та законності.

Додержання процесуальної форми та змісту позовної заяви є однією з основних вимог чинного цивільно-процесуального законодавства, яка забезпечує розгляд суддею даної форми звернення та видання ним рішення. Важливою рисою, а точніше законною умовою, потрібною для прийняття заяви, є її форма, адже чинне законодавство встановлює, що можлива лише письмова форма, усна, на жаль, не може бути пред'явлена та бути підставою для відкриття справи. Перелік основних складових частин позовної заяви, яка подається до суду, передбачений ст. 137 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України). Відповідно до даної статті, заява повинна містити: назву суду; точну назву позивача і відповідача, їх місце проживання або знаходження; зміст позовних вимог; виклад обставин, якими позивач обґрунтовує свої прохання; зазначення доказів, що обґрунтовують позов; зазначення ціни позову; підпис позивача або його представника з зазначенням часу подання заяви [2, с. 129].

Досить часто науковці акцентують саме на формі позовної заяви, так, В.Н. Щеглов зазначив, що письмова форма надає позову чіткості й визначеності, дозволяє індивідуалізувати позов шляхом вказівки на його предмет, підстави та суб'єктів правого спору. Позовна заява є основоположним документом цивільної справи, який дозволяє вести процес цілеспрямовано, постійно звіряти процесуальні дії із заявленою вимогою, вирішувати питання зміни підстав або предмета позову, збільшення або зменшення розміру позовних вимог, відмови від позову, визнання позову та завершення справи мировою угодою.

Передумови права на пред'явлення позову – це обставини, з наявністю або відсутністю яких закон пов'язує виникнення суб'єктивного права певної особи на пред'явлення позову з конкретної справи. Деякі вчені-процесуалісти, наприклад С.С. Бичкова, Т.М. Кілічава, Н.Й Штефан, Ю.С. Червоний, розглядаючи позовне провадження, не звертають увагу на передумови права на позов, проте даний інститут дуже важливий для цивільно-процесуального права України, адже, якщо будь-яка із передумов відсутня, немає і самого цього права; звернення до суду в такому разі не може викликати

судового розгляду зазначеного спору; отже, суд не має права здійснити відповідний акт правосуддя [5, с. 203]. Вчені по-різному розподіляють передумови права на позов. Окреслимо найбільш поширені у доктрині класифікації передумов. В.В. Комаров, В.А. Бігун, В.В. Баранкова першочерговим вважали розподіл передумов на загальні (характерні для всіх категорій справ) та спеціальні (характерні для окремих категорій справ) [5, с. 537]. До загальних передумов реалізації права на позов відносять цивільну процесуальну правоздатність, цивільну юрисдикцію, відсутність рішення суду за даною справою. Що ж до особливих, або «спеціальних» передумов реалізації права на позов, тобто передумов, характерних для окремих категорій справ, то доктрина найчастіше виділяє три передумови: процесуальна зацікавленість осіб, правовий характер спору, відсутність провадження у справі. Також можна виділити розподіл передумов реалізації права на позов на суб'єктивні (ті, що належать до особи суб'єктів спору) та об'єктивні (пов'язані з характером предмета, який підлягає винесенню на розгляд суду), позитивні (які мають бути присутні) та негативні (що мають бути відсутні), загальні (характерні для всіх категорій справ) та спеціальні (характерні для окремих категорій справ). Чинне цивільно-процесуальне законодавство України не оперує поняттям «передумови» реалізації права на позов. Натомість у ЦПК України окреслені підстави для виникнення такого правового наслідку, як повернення позовної заяви. Ст. 121 ЦПК України встановлює вичерпний перелік умов, за наявності яких суд повертає позовну заяву позивачеві, відмовляючи у реалізації права на позовну форму захисту. Серед таких умов: 1) позивач до відкриття провадження у справі подав заяву про повернення йому позову; 2) заяву подано недієздатною особою; 3) заяву від імені позивача подано особою, яка не має повноважень на ведення справи; 4) справа не підсудна цьому суду; 5) подана заява про розірвання шлюбу під час вагітності дружини або до досягнення дитиною одного року без дотримання вимог, встановлених Сімейним кодексом України (далі – СК України); 6) подана заява без дотримання порядку, визначеного ч. 3 ст. 118 ЦПК України, згідно з якою позовна заява щодо вимог, визначених у ч. 1 ст. 96 цього Кодексу, може бути подана тільки в разі відмови у прийнятті заяви про видачу судового наказу або скасування його судом.

Крім того, згідно з ч. 2 зазначеної статті, якщо позивач, відповідно до ухвали суду, у встановлений строк не виконає вимоги, визначені ст. 119 «Форма і зміст позовної заяви» і ст. 120 «Подання копії позовної заяви та доданих до неї документів», тобто не ліквідує недоліки позовної заяви, наявність яких дозволила залишити заяву без руху відповідно до норм процесуального закону, заява вважається неподаною і повертається позивачеві. Слід зазначити, що згідно з ч. 5 ст. 121 ЦПК України, повернення позовної заяви не перешкоджає повторному зверненню із заявою до суду, якщо перестануть існувати обставини, що стали підставою для повернення заяви. Суд, використовуючи норми ст. 121 зазначеного Кодексу, не безапеляційно відмовляє у реалізації права на позов позивачеві, а тільки на підставі наявності вичерпного переліку підстав і виключно у момент їх існування. Так, ЦПК України 1963 р. не передбачав повернення позовної заяви позивачеві до надання йому можливості усунути недоліки, що містить позовна заява. Тобто механізм повернення заяви міг бути здійснений після невикористання позивачем можливості усунути допущені ним помилки [6].

Стосовно відсутності в українському процесуальному законі такої підстави, як неподання доказів дотримання досудового порядку врегулювання спору, висловився Конституційний суд України (далі – КСУ) у справі № 1-2/2002 від 09 липня 2002 р., якою встановив, що обов'язкове досудове врегулювання спорів, що виключає можливість прийняття позовної заяви до розгляду та здійснення правосуддя, порушує право особи на судовий захист [7]. Зазначеним рішенням КСУ визнав досудове врегулювання спорів додатковим засобом правового захисту та здійснив тлумачення норми, що міститься у ч. 2 ст. 124 Конституції України щодо розповсюдженню юрисдикції судів на всі правовідносини, що виникають у державі, та роз'яснив, що права особи (громадянина України, іноземця, особи без громадянства, юридичної особи) на звернення до суду не може бути обмежено законом, іншими нормативними правовими актами, тому держава може стимулювати вирішення правових спорів за допомогою досудових процедур, але їх використання є правом, а не обов'язком особи, яка потребує захисту. Наступною є підстава, передбачена в п 5 ч. 1 ст. 135 ГК РФ: «в производстве этого или другого суда либо третейского суда имеется дело по спору между теми же сторонами, о том же

предмете и по тем же основаниям». Правовим наслідком наявності аналогічної підстави в українському процесуальному законодавстві є відмова у відкритті провадження у справі (п. 3 ч. 2 ст. 122 ЦПК України), що, на наш погляд, є більш логічним, оскільки дана підстава виключає можливість повторного звернення з аналогічним позовом і унеможливлює зловживання правом на позов. З однією з найважливіших спеціальних передумов виникнення права на пред'явлення позову з окремої категорії справ – про розірвання шлюбу – закон пов'язує відсутність вагітності дружини або недосягнення дитиною одного року без дотримання вимог, встановлених СК України. Так, норма, що міститься у п. 5 ч. 3 ст. 121 ЦПК України, покладає на суд обов'язок повернути позовну заяву. Виняток із даного правила містить СК України, згідно зі ст. 110 якого подружжя мають право на пред'явлення позову про розірвання шлюбу протягом строку вагітності дружини, якщо батьківство дитини визнано іншою особою [8]. Ще однією підставою для повернення позовної заяви позивачеві є недотримання порядку, визначеного ч. 3 ст. 118 ЦПК України, тобто позовна заява щодо переліку вимог, які розглядаються у межах наказного провадження, що перелічені в ст. 96 ЦПК України, може бути подана тільки в разі відмови у прийнятті заяви про видачу судового наказу або скасування його судом. Зазначена норма була внесена Законом № 2453-VI (2453-17) від 07 липня 2010 р. і є об'єктивно необхідною з огляду розмежування позовного та наказного провадження, а також недопущення підміни одного провадження іншим.

Суттєвою ознакою правильно оформленої позовної заяви залишається сам зміст даного документу, адже, враховуючи зазначене в ній, суддя на свій розсуд приймає рішення про відкриття з приводу скарження та встановлення права через відповідний орган.

Оскільки саме зміст відіграє найважливішу роль, потрібно зазначити, що він врегульовується ст. 119 ЦПК України.

Таким чином, дана стаття у своїй першій частині зазначає, що позовна заява подається в письмовій формі. У зв'язку з розвитком новітніх технологій, можлива позовна заява навіть в електронному форматі. Ми вважаємо, що ця форма не така важлива, оскільки людина під час написання на підсвідомому рівні фільтрує та обдумує інформацію. Так, письмо вже відійшло в минуле, але воно має свої плюси та переваги.

Відповідно до тієї ж самої ст. 119, а саме її другої частини, позов до суду має містити:

1) найменування суду, до якого подається заява;

2) ім'я (найменування) позивача і відповідача, а також ім'я представника позивача, якщо позовна заява подається представником, їх місце проживання (перебування) або місцезнаходження, поштовий індекс, номери засобів зв'язку, якщо такі відомі;

3) зміст позовних вимог;

4) ціну позову щодо вимог майнового характеру;

5) виклад обставин, якими позивач обґрунтовує свої вимоги;

6) зазначення доказів, що підтверджують кожну обставину, наявність підстав для звільнення від доказування;

7) перелік документів, що додаються до заяви.

Коли дотриманий весь перелік вимог до позовної заяви, тільки тоді суд може вирішити справу, адже наявні всі потрібні реквізити. Це є певною проблемою, оскільки людина, яка складає позовну заяву, може не знати, що, як і де писати, як потрібно вжити той чи інший правовий термін. У канцелярії ж говорять, що потрібно виправити недоліки, і це затягує вирішення питання. На нашу думку, це вигідно судам, адже так зменшується кількість справ, які потрібно розглянути в чітко визначені строки. Для вирішення цього питання можна додати було ще одну посаду в суді, аби допомагати людям, які прийшли до суду, написати позов та правильно оформити його.

Позовна заява підписується позивачем або його представником із зазначенням дати її подання. Ця деталь є важливою, адже підпис дуже важко підробити, і це дає змогу довести, що саме дана особа має відношення до певного документа. Від дати подання та її реєстрації починається розгляд питання, саме від цього моменту починається строк, який встановлений законодавством для розгляду поставленої проблеми.

Позовна заява повинна відповідати іншим вимогам, встановленим законом. До позовної заяви додається документ, що підтверджує сплату судового збору. Ще одним, не менш важливим елементом, залишилася плата за судовий збір – внесення коштів за виконання судом певних своїх функцій, Не всі в змозі сплатити його, проте законодавець передбачив подібну ситуацію, тож у такому разі особа має подати до суду відповідну заяву із зазначенням поважних причин для несплати.

У разі пред'явлення позову особами, які діють на захист прав, свобод та інтересів іншої особи, в заяві повинні бути зазначені підстави такого звернення. Якщо позовна заява подається представником позивача, до позовної заяви додається довіреність чи інший документ, що підтверджує його повноваження.

Позовна заява, подана після забезпечення доказів або позову, повинна містити відомості про забезпечення доказів або позову. Це і так зрозуміло, адже без доказів немає чого робити в судовій установі, якби це банально не звучало.Підтримуючи позицію Л.Г. Осокіної щодо незмінності позовної заяви під час процесуального правонаступництва, зазначимо, що незмінність позовної заяви повинна розглядатися стосовно форми і змісту. Безперечно, під час процесуального правонаступництва незмінною завжди буде письмова форма позовної заяви, що закріплено в ч. 1 ст. 119 ЦПК України. Щодо незмінності змісту позовної заяви можна навести аргументи, що підтверджують і спростовують зазначену позицію [3, с. 6]. Відповідно до вимог ЦПК України, у разі встановлення судом факту подання позовної заяви без додержання вимог, викладених у ст. 119 і 120 ЦПК України, або несплату судового збору чи витрат на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи, під час вирішення питання про відкриття провадження у справі він зобов'язаний спочатку залишити заяву без руху, надавши час позивачеві для усунення зазначених недоліків, чітко вказавши на них, і лише у разі невиправлення їх позивачем повернути заяву (ч. 1 та 2 ст. 121 ЦПК України).

На особливості саме цього питання звертає увагу У.Б. Воробель, наголошуючи на таких характерних особливостях цього інституту, як: можливість застосування інституту залишення заяви без руху лише на стадії пред'явлення позову та відкриття провадження у справі; прийняття заяви у день первісного її подання до суду у разі виправлення позивачем недоліків позовної заяви; повернення її з усіма доданими до неї додатками у разі невиправлення [4, с. 4].

Висновки. Позовна заява – це надзвичайно важливий спосіб захисту та реалізації права на нього, з яким людина може звернутися до суду. Вона дає громадянину, особі без громадянства, іноземцю, тобто будь-кому із суспільства захистити свої права та інтереси в суді. Даний правовий документ – це одна із основних законних форм захисту своїх прав.

Список використаних джерел:

1. Конституція України від 26 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України.
2. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492.
3. Колядіна Н.Г. Повернення позовної заяви як процесуальний інститут, покликаний встановити рівновагу між зловживанням правом на позов та його реалізацією. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». 2016. Вип. 36 (1). С. 94–99. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2016_36%281%29__23.
4. Перунова О.М. Форма і зміст позовної заяви. Право і Безпека. 2004. Т. 3, № 1. С. 128–132. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pib_2004_3_1_35.
5. Васильєв С.В. Цивільний процес: навч. посіб. Х.: ТОВ «Одіссей», 2008. 483 с.
6. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 липня 1963 р. Відомості Верховної Ради України. 1963. № 30. Ст. 464.
7. Решение Конституционного суда по делу №1-2/2002 от 09 июля 2002 г. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws.
8. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws.

ПОМАЗАНОВ А. В.,
аспірант
(Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України),
народний депутат України

УДК 347.9

МАЛОЗНАЧНІСТЬ СПРАВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Статтю присвячено розгляду питання малозначності справ у цивільному процесі України. Проаналізовано проблеми забезпечення права на справедливий суд, на доступ до правосуддя та право на касаційне оскарження у разі розгляду малозначних справ. Запропоновано зміни правового регулювання малозначності в цивільному процесі.

Ключові слова: *малозначні справи, право на справедливий суд, доступ до правосуддя, касація, право на касацію, касаційне оскарження.*

Статья посвящена рассмотрению вопроса малозначительности дел в гражданском процессе Украины. Проанализированы проблемы обеспечения права на справедливый суд, на доступ к правосудию и на кассационное обжалование в случае рассмотрения малозначительных дел. Предложены изменения правового регулирования малозначительности в гражданском процессе.

Ключевые слова: *малозначительные дела, право на справедливый суд, доступ к правосудию, кассация, кассационное обжалование.*

The paper is devoted to the issue of minor in the civil process of Ukraine. The author analyzes ensuring of the right to a fair trial, access to justice and the right to cassation appeal in minor cases problems. The research results in some proposals for the legal regulation of minor in the civil process changes.

Key words: *minor cases, right to a fair trial, access to justice, cassation, cassation appeal.*

Вступ. Спеціальні умови та порядок розгляду малозначних справ, у т. ч. у цивільному процесі, вже протягом тривалого часу відомі та цілком сприйняті не лише державами-членами ЄС, але й США, Канадою, Австралією тощо. Для України наведене є новелою, обумовленою набранням 15 грудня 2017 р. чинності новим Цивільним процесуальним кодексом (далі – ЦПК).

Беручи до уваги той факт, що специфіка передбаченого порядку накладає суттєвий відбиток на окремі аспекти забезпечення та реалізації права на справедливий суд та доступу до правосуддя як невід'ємної його складової частини, зумовлюючи обмеження права сторін на касаційне оскарження, питання сутності, змісту та процесуальних особливостей розгляду малозначних справ набуває виняткової актуальності в сучасних умовах.

Дана тематика привертала увагу процесуалістів як у цивільному, так і в суміжних галузях процесуального права задовго до набуття чинності новим ЦПК. Зокрема, деякі напрацювання в цій частині вже пропонувалися такими українськими та зарубіжними вченими,

як Т.А. Гуменюк, І.О. Ізарова, Л.А. Сидоркіна та ін. Однак нові умови функціонування цивільного судочинства вимагають від наукової спільноти формування якісно нового погляду на окреслену проблематику саме з урахуванням специфіки нового цивільного процесу, чому і присвячено дану статтю.

Постановка завдання. Завданням статті є встановлення сутності, змісту та процесуальних особливостей розгляду малозначних справ у порядку цивільного судочинства, в контексті дотримання права на справедливий суд, у т. ч. – на доступ до правосуддя та касаційне оскарження судового рішення, а також висунення пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання даної категорії справ.

Результати дослідження. У контексті дослідження питання малозначності цивільних справ та процесуального порядку їх розгляду, насамперед, привертає увагу факт відсутності як у цивільному процесуальному законодавстві України, так і загалом у теорії цивільного процесу визначення поняття малозначних справ.

Так, Т.А. Гуменюк розуміє діяльність, що стосується застосування норм про малозначність як «оцінну» [1, с. 16]. Трапляються і слушні висновки, що вказана діяльність становить різновид «нетипового правозастосування» [2, с. 288]. Л.А. Сидоркіна вказує на те, що проблематика застосування відповідних норм зумовлена відсутністю критеріїв визначення малозначності, що спонукає органи правозастосування до самостійного встановлення наявності вказаної ознаки у кожному випадку [3, с. 186]. Варто наголосити, що всі наведені висновки формулювалися в рамках кримінально-правових досліджень. Із погляду цивільного судочинства мають місце лише фрагментарні дослідження з цього питання І.О. Ізарової, про результати яких йтиметься далі. Попри виокремлення на рівні цивільного процесуального законодавства даної категорії справ, ЦПК не дає вичерпної відповіді на їхній зміст та сутність.

У Кодексі адміністративного судочинства України (далі – КАСУ) відповідне визначення пропонується у такому вигляді: «Адміністративна справа незначної складності (малозначна справа) – адміністративна справа, у якій характер спірних правовідносин, предмет доказування та склад учасників тощо не вимагають проведення підготовчого провадження та (або) судового засідання для повного та всебічного встановлення її обставин». КАСУ пропонує також значний, хоч, очевидно, не вичерпний перелік справ, які можуть бути віднесені до вказаної категорії справ [4]. Новий ЦПК обмежується лише невичерпним переліком винятків, куди віднесено спори, які не можуть бути розглянуті в порядку спрощеного позовного провадження. Зокрема, відповідно до ч. 4 ст. 274 ЦПК, до таких належать: справи у спорах, що виникають із сімейних відносин, крім спорів про стягнення аліментів та поділ майна подружжя; щодо спадкування; щодо приватизації державного житлового фонду; щодо визнання необґрунтованими активів та їх витребування; в яких ціна позову перевищує п'ятсот розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб; інші вимоги, об'єднані з вимогами у вищенаведених спорах [5].

Виникає необхідність доповнення ЦПК визначенням малозначних справ такого змісту: «Цивільна справа незначної складності (малозначна справа) – цивільна справа, у якій характер спірних правовідносин, предмет доказування, склад учасників та інші умови не вимагають проведення підготовчого провадження та (або) судового засідання для повного та всебічного встановлення її обставин». На наш погляд, такий крок позитивно вплине на однаковість судового правозастосування, що дозволить максимально забезпечити громадянам право на справедливий суд, у т. ч. – у частині права на належний судовий розгляд та права на касаційне оскарження. Однак доводиться констатувати, що такий нормативний хід навряд чи буде виправданим у разі збереження сучасних підходів, закріплених ЦПК стосовно відсутності конкретизованих критеріїв віднесення справи до категорії малозначних, а також збереження доволі звуженого переліку винятків, у яких справа не може розглядатися як малозначна.

Досліджуючи потенційні перспективи питання забезпечення права на справедливий суд та права на касаційне оскарження в розрізі подальшого застосування норм щодо розгляду

малозначних справ, не можна не звернути увагу на те, що все частіше українські судді, ухвалюючи рішення про залишення заяви без руху, окрім норм національного законодавства, посилаються також на положення ст. 6 Конвенції [6]. Зокрема, судами часто наголошується, що прецедентна практика Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) виходить із того, що в аспекті доступності правосуддя та справедливого судового розгляду кожна держава має право встановлювати правила судової процедури, в т. ч. і процесуальні заборони й обмеження, зміст яких – не допустити судовий процес у безладний рух («Осман проти Сполученого Королівства» від 28 жовтня 1998 р. та «Круз проти Польщі» від 19 червня 2001 р.) [7; 8; 9].

Наводять судді як приклад і позицію у справі «Межнаріч проти Хорватії» від 15 липня 2005 р., відповідно до якої забезпечення безсторонності здійснюється шляхом усунення причин, які викликали занепокоєння. Крім того, забезпечуючи відсутність упередження, вони спрямовані на усунення будь-якого прояву частковості і тому забезпечують довіру, яку суди в демократичному суспільстві мають вселяти суспільству і, насамперед, сторонам процесу [10]

У судових рішеннях звертається увага на те, що однією з основних гарантій права сторони на судовий захист є право на оскарження судових рішень, а реалізація цього права здійснюється, зокрема, шляхом оскарження судових рішень у судах апеляційної та касаційної інстанцій. Водночас, згідно з практикою ЄСПЛ, відзначається відсутність у ст. 6 Конвенції, якою передбачено право на справедливий суд, вимоги до держав засновувати апеляційні або касаційні суди. Там же, де такі суди існують, гарантії, що містяться у вказаній статті, повинні відповідати також і забезпеченню ефективного доступу до цих судів (п. 25 рішення у справі «Делькур проти Бельгії» 17 січня 1970 р. та п. 65 рішення у справі «Гофман проти Німеччини» 11 жовтня 2001 р.). Суд обґрунтовує рішення про залишення справи без розгляду тим, що за умов повторної неявки в судове засідання представника позивача в поєднанні з відсутністю заяви про розгляд справи за його відсутності таке рішення не є порушенням права на справедливий суд та не може вважатися обмеженням права на доступ до суду [11].

Водночас, йдеться про визначення ЄСПЛ права на суд як такого, що не є абсолютним. Вказане означає, що таке право може піддаватися обмеженням, дозволеним за змістом, адже за своєю природою потребує регулювання з боку держави. Відтак національні суди доходять висновку, що законні вимоги процесуального закону не є порушенням права на справедливий судовий захист та не можуть вважатися обмеженням права на доступ до суду. Подекуди наведене трактування може розцінюватися сторонами як спотворення офіційної позиції ЄСПЛ. У такому разі визначальним для недопущення подальших порушень та поновлення прав відповідної сторони має бути негайне реагування у вигляді оскарження такого рішення з підстав порушення матеріальних або процесуальних норм, якщо таке, на думку скаржника, має місце. Відтак на загальнодержавному рівні наведена позиція обґрунтовує запровадження деяких процесуальних фільтрів для доступу до касаційного оскарження, про які вже йшлося вище. Втім, висловлені на сьогодні критерії таких обмежень недостатньо відповідають сучасному становищу українського суспільства в частині рівня правової захищеності та існування адекватних, доступних механізмів позасудового врегулювання спорів.

Зокрема, мовиться про можливість належного судового захисту порушених прав у цивільних справах, що виникають зі спорів щодо трудових та аліментних правовідносин. На жаль, саме права вказаних категорій позивачів зазнають значного обмеження, адже відповідні справи, як уже йшлося вище, підпадають під категорію малозначних за новим ЦПК. За таких умов громадянам доведеться змиритися з неможливістю повноцінного оскарження у разі ухвалення судами рішень, що за раніше чинним законодавством могли бути предметом касаційного перегляду. Вказане, на наш погляд, матиме не лише одиничні наслідки у вигляді порушення прав окремих громадян, але й справить системний негативний вплив на загальнодержавний рівень відповідних порушень, адже відчуття об'єктивної безкарності, вочевидь, спонукатиме роботодавців не до приведення своїх дій у відповідність до закону, забезпечення моральної та матеріальної сатисфакції для відповідних працівників, а до продовження вчинення типових порушень трудового законодавства. Зазначене, цілком

зрозуміло, призводитиме до глобалізації порушень у найменш захищених правозастосовних сферах та дискредитуватиме діяльність як судової, так і виконавчої влади.

Так, ч. 9 ст. 19 ЦПК встановлено, що для цілей встановлення малозначності спору розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб вираховується станом на 01 січня календарного року, в якому подається відповідна заява або скарга, вчиняється процесуальна дія чи ухвалюється судове рішення. Відповідно до ст. 7 Закону України «Про Державний бюджет України на 2018 р.», прожитковий мінімум на одну працездатну особу в розрахунку на місяць з 01 січня 2018 р. становить 1 762 грн [12]. Ч. 6 ст. 19 ЦПК передбачає, що малозначними справами є: 1) справи, у яких ціна позову не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб (на сьогодні – 176 200 грн); 2) справи незначної складності, визнані судом малозначними, крім справ, які підлягають розгляду лише за правилами загального позовного провадження, та справ, ціна позову в яких перевищує п'ятсот розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб (881 000 грн). Водночас слід наголосити, що вказані справи розглядаються в порядку спрощеного позовного провадження, у т. ч. йдеться і про стягнення аліментів та поділ майна подружжя.

На наш погляд, вказане є неприпустимим у контексті значного обсягу таких справ в Україні. Пріоритет у даному разі має залишатися за максимальною охороною прав населення, натомість можливість забезпечення оптимального навантаження касаційного суду – питання, що має вирішуватися державою без заподіяння будь-якої шкоди правам громадян або чинення перешкод у їх реалізації. На наш погляд, доцільними в сенсі збалансування доступу до правосуддя були б кроки *зі зниження цінового цензу позову в частині визначення його малозначності (50 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб) та встановлення винятку щодо неможливості віднесення до малозначних спорів, що виникають із трудових та аліментних правовідносин, незалежно від ціни позову*. Абсолютно необхідним із метою забезпечення права на справедливий суд та підтримання стабільного рівня доступу до правосуддя є встановлення права на касаційне оскарження судових рішень першої та апеляційної інстанції у спорах, що виникають із наведених видів правовідносин.

Як ми вже наголошували, з аналізу норм нового ЦПК вбачається відсутність достатніх та належних критеріїв віднесення судом справи до переліку малозначних у разі, якщо ціна позову перевищує встановлений ценз, але справа характеризується «незначною складністю». Ми переконані, що будь-яке використання оціночних категорій є вкрай шкідливим, більше того – небезпечним для правозастосування, оскільки ставить під сумнів якість та ефективність останнього. Отже, на сьогодні надважливим завданням законодавця є забезпечення внесення «симптоматичних» змін до даної норми закону, які мають максимально забезпечити реалізацію принципу правової визначеності як необхідної складової частини верховенства права. Слід погодитися з І.О. Ізаровою, яка ставить під сумнів можливість узагалі поділяти справи на «значні» та «незначні» [13].

На сьогодні перелік критеріїв для визначення т. зв. малозначності справи встановлено ч. 3 ст. 274 ЦПК України, зокрема, до них віднесено ціну позову; значення справи для сторін; обраний позивачем спосіб захисту; категорію та складність справи; обсяг та характер доказів у справі, в т. ч. чи потрібно у справі призначити експертизу, викликати свідків тощо; кількість сторін та інших учасників справи; наявність значного суспільного інтересу до справи; думку сторін щодо необхідності розгляду справи за правилами спрощеного позовного провадження. По-перше, окремі із запропонованих критеріїв об'єктивно не відображають власне малозначності справи. Насамперед, йдеться про значення справи для сторін (яке підтверджено вже фактом звернення до суду, сплатою судового збору, авансового внеску та іншими обставинами), а також обсяг та характер доказів у справі (які, швидше, можуть вважатися критеріями визначення складності справи, а не її малозначності). По-друге, даною статтею не вирішено основного питання, що впливає на віднесення справи до малозначних у разі достатньої, з погляду ЦПК, ціни позову.

Вбачається доречним зважати на напрацювання Пленуму ВССУ з розгляду цивільних і кримінальних справ [14]. Так, згадане зумовлює потребу *доповнення* вказаної статті

пунктом, де містилися б такі критерії, як: *наявність обставин, що ускладнюють розгляд справи; час, необхідний для розгляду справи у розумні строки; кількість співпозивачів, співвідповідачів та інших учасників процесу; необхідність проведення експертиз та їх складність, отримання висновків спеціалістів; необхідність допиту значної кількості свідків; місцезнаходження учасників та переважної більшості свідків; участь у справі іноземного елемента та необхідність з'ясування і застосування норм іноземного права.*

Крім того, оцінюючи характер процесу та його значення для заявника, слід враховувати також *ступінь ризику для заявника, наприклад, якщо йдеться про справи, що потребують оперативного ухвалення рішення; трудові справи; справи, що пов'язані зі станом здоров'я заявника; справи щодо опіки над дітьми тощо.*

Найбільш доцільним вбачається вживати термін «малозначність» *винятково для майнових спорів*, де основним критерієм значущості справи виступає ціна позову. Зазначене, таким чином, відповідатиме підходам, визнаним у більшості розвинених держав світу. Так, у державах-членах ЄС сума малозначного позову становить 2 000 EUR. Як виняток, у Франції – 10 000 EUR. У Великій Британії малозначними вважаються справи з ціною позову до 10 000 GBR, у США максимальна сума малозначного позову встановлена у розмірі 15 000 USD, а в Канаді – 25 000 CAD [15].

Коли йдеться про немайнові спори, наявні на сьогодні критерії їх «значущості» не відповідають вимогам забезпечення права сторін на справедливий суд. Очевидно, що вказане не сприяє належному здійсненню цивільного судочинства і негативно впливає на стан довіри до судової системи, стан захищеності прав громадян, а також можливості підвищення показників результативності захисту порушених прав.

Відтак, на нашу думку, *немайнові спори* має бути винесено за межі охоплення категорією малозначних. Такі міркування засновуються, передусім, на положеннях ст. 3 Конституції Україні, відповідно до якої людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. З урахуванням наведеного, віднесення на практиці особистих немайнових прав до малозначних є хибним та суперечить конституційним нормам, адже саме судовий захист особистих немайнових прав забезпечує реалізацію Основного Закону в цій частині.

Натомість, пропонується керуватися винятково критерієм складності справи, поділяючи останні на справи *незначного ступеня складності, складні справи, а також справи значного ступеня складності*. Під час вирішення даного питання судом основним критерієм, яким слід керуватися, поряд зі складністю з матеріально правового та процесуального поглядів, необхідно вважати *думку сторін*. Водночас, усі без винятку справи, що виникають із *трудових, сімейних, аліментних правовідносин, а також ті, що стосуються життя та здоров'я, захисту честі, гідності та ділової репутації*, як вбачається, слід розглядати як справи значного ступеня складності. Те саме правило, з метою якнайповнішого забезпечення цивільних прав людини в Україні, має стосуватися також і *всіх цивільних позовів, що подані внаслідок вчинення кримінальних правопорушень.*

Новим ЦПК передбачено, що суд може визнати справу незначної складності малозначною, однак крім справ, які підлягають розгляду лише за правилами загального позовного провадження, та справ, ціна позову в яких перевищує п'ятсот розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб. Тобто суд має законодавчу можливість визнати будь-яку справу з ціною позову до 500 НМДГ малозначною, а це викликає особливі пересторогі стосовно забезпечення права на справедливий суд в Україні, та й узагалі подальшої долі вітчизняного правозастосування, адже в сучасних умовах фактично ніщо не заважає прийняттю відповідних рішень суддями. Отже, дана сфера судового правозастосування має бути максимально чітко врегульована на законодавчому рівні, що убезпечить від можливих зловживань у цій частині.

Відповідно до положень нового ЦПК, вказані справи мають бути розглянуті не пізніше, ніж протягом 60 днів з дня відкриття провадження у справі. Як видається, чітка вказівка на строк розгляду може бути належною гарантією мінімізації порушень розумності строків

судового розгляду. Втім, слід розуміти, що справа незначного ступеня складності у більшості випадків об'єктивно може бути розглянута протягом значно меншого від 60 днів проміжку часу. Можна зробити висновок, що законодавцем враховувалася завантаженість судів, котра спостерігається на сьогодні в Україні, що виправдовує даний крок на тлі наявних ймовірних ризиків затягування розгляду справ, про які йдеться.

Суд розглядає малозначні справи без повідомлення учасників справи за наявними у справі матеріалами, за відсутності клопотання будь-якої зі сторін про інше та без виклику свідків. За клопотанням однієї зі сторін або з власної ініціативи суду розгляд справи проводиться в судовому засіданні з повідомленням (викликом) сторін [5]. Зважаючи на таке, слід зауважити, що наведений порядок суттєво обмежує право особи на захист, а також може обмежувати немайнові конституційні права особи, оскільки, як уже зазначалося, до категорії малозначних законодавцем значною мірою віднесено саме немайнові спори, всебічний розгляд яких, переважно, не є можливим за відсутності сторін, свідків та проведення повноцінного судового засідання.

Крім того, не зовсім зрозумілим є пункт щодо помилкового віднесення справи до малозначних, адже обов'язковими є не лише наявність достатніх та ґрунтовних критеріїв малозначності справ, але й певне звуження дискреційних повноважень суду, оскільки очевидним є те, що значна кількість справ у протилежному разі дійсно будуть відноситися до малозначних нібито помилково. Матиме місце проблема оскарження таких рішень, оскільки саме на скаржника покладатиметься додаткова потреба обґрунтування підстав, із яких він вважає справу помилково віднесеною до малозначних.

Висновки. З огляду на викладене, об'єктивною є необхідність як висловлення Верховним Судом України офіційної позиції зі вказаного питання, так і внесення запропонованих нами змін до нової редакції ЦПК з метою максимального забезпечення права на справедливий суд, а водночас – права на доступ до правосуддя та права на касаційне оскарження, шляхом мінімізації ймовірних правозастосовних ризиків, що можуть мати місце в частині розгляду т. зв. малозначних справ. Відтак на доктринальне забезпечення вказаного процесу і мають спрямовуватися подальші наукові дослідження у цій сфері.

Список використаних джерел:

1. Гуменюк Т.А. Малозначительные административные правонарушения как основание освобождения от административной ответственности. Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2006. № 11. С. 16

2. Зюрина Т.П. К вопросу о малозначительности административных правонарушений. Административное и административно-процессуальное право. Актуальные проблемы. Ч. 2. М.: Закон и право. 2005. 697 с.

3. Сидоркина Л.А. Производство по делам об административных правонарушениях: проблемы судебной практики. Актуальные проблемы применения Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях: материалы Всероссийской научно-практической конференции / под общ. ред. Ю.П. Соловья. Омск: Омск. юрид. ин-т, 2004. С. 186.

4. Кодекс адміністративного судочинства України. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/rada/show/2747-15.

5. Цивільний процесуальний кодекс України. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/rada/show/1618-15.

6. Ухвала Заводського районного суду міста Кам'янське у справі № 208/799/17 від 10 квітня 2017 р. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66277738.

7. Ухвала Херсонського міського суду Херсонської області у справі № 766/16800/16ц від 23 травня 2017 р. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66635316.

8. Ухвала Тальнівського районного суду Черкаської області у справі № 704/1039/17 від 31 серпня 2017 р. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68594001.

9. Ухвала Кіровського районного суду міста Кропивницького у справі № 404/10452/14ц від 20 липня 2017 р. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67919977.

10. Ухвала Вишгородського районного суду Київської області у справі № 363/583/17 від 28 травня 2017 р. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66249017.

11. Ухвала Мукачівського міськрайонного суду Закарпатської області у справі № 303/6697/13ц від 28 жовтня 2013 р. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34377809.

12. Закон України про Державний бюджет на 2018 р. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/rada/show/2246-viii.

13. Ізарова І.О. Реформи цивільного процесуального законодавства в незалежній Україні: 1991–2017. Україна на шляху до Європи: реформа цивільного процесуального законодавства. Зб. наук. праць. К., 2017. С. 18

14. Постанова Пленуму ВССУ з розгляду цивільних і кримінальних справ Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення 17 жовтня 2014 р. № 11. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/rada/show/v0011740-14.

15. Рішення Ради адвокатів України № 200 Про результати розгляду проекту Закону про внесення змін до статті 10 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо малозначних спорів у судах. URL: http://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennya/2016-11-17-r-shennya-rau-200_584013e75a035.pdf.

STARCHUK O. V.,
Candidate of Law, Associate Professor,
Associate Professor at the Department
of Civil Law Disciplines
*(Lesya Ukrainka Eastern European
National University)*

UDC [343.533+347.78]:044 (477)

CURRENT APPROACHES TO CLASSIFICATION OF PLAGIARISM AS A FORM OF RIGHT INFRINGEMENT

The article deals with theoretical and legal aspects of the concept and the essence of plagiarism, according to national legislation and legal doctrine of intellectual property rights. The plagiarism's concepts and essences as a form of copyright infringement have been defined; current classification criteria and their separation of types are analyzed; conclusions and specific proposals under which will be respected the non-property subject's rights of intellectual property have been highlighted.

Key words: *plagiarism, subjects' right of intelectual property, non-property rights, rights to the name, assignment an essay, copyright infringement.*

У статті досліджено теоретико-правові аспекти поняття та сутності плагіату відповідно до національного законодавства України та правової доктрини з права інтелектуальної власності. Визначено поняття та ознаки плагіату як форми порушення авторських прав; охарактеризовано сучасні класифікаційні критерії його поділу на види; сформульовано висновки й конкретні пропозиції, відповідно до яких забезпечуватиметься дотримання особистих немайнових прав суб'єктів права інтелектуальної власності.

Ключові слова: *плагіат, суб'єкти авторського права, немайнові права, права на ім'я, привласнення твору, порушення авторського права.*

В статье рассмотрены теоретические и правовые аспекты концепции и сущности плагиата в соответствии с национальным законодательством и правовой доктриной права интеллектуальной собственности. Определена концепция и признаки плагиата как формы нарушения авторских прав; характеризуются современные классификационные критерии его деления на виды; сформулированы выводы и конкретные предложения, с помощью которых будет обеспечиваться соблюдение личных неимущественных прав субъектов права интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: *плагиат, авторское право, неимущественные права, права на имя, присвоение произведения, нарушение авторских прав.*

Presentation of the scientific problem. Plagiarism is one form of the author's moral rights infringement. Today study on the definition and classification of combating plagiarism is of particular relevance due to the lack of proper legal regulation. Unfortunately, countering this phenomenon is carried out mostly at the local level, although the new Law of Ukraine "On Higher Education" relieved the problem in education and science.

The purpose of the article is to analyze legislation in the field of intellectual property as well as to study different approaches of scientists on the definition, characteristics and criteria for division of plagiarism as a form of copyright infringement.

The following tasks should be performed to achieve this purpose:

– to characterize the legislative and doctrinal definition of plagiarism and its features;
– to analyze the types of plagiarism and criteria for their division;
– to suggest the ways to address legislative gaps in implementing regulations on plagiarism.

Some aspects of determining the legal nature of plagiarism have been the subject of the study of more than one dozen scientists. But a comprehensive analysis of this phenomenon has not been done.

Thus the general theoretical description of plagiarism, both its key characteristics and features of some types become the subject of such scholars as K.O. Afanasyeva, V.V. Volikov, I.V. Zaitseva -Kalaur, V. Zelenetsky, Yu. Iskov, A. Ermakova, A.V. Kyrylyuk, M.M. Kycherov, E. Kompanets, J. Krause, I.V. Poralo, I.V. Romanov, A. Sychyvytsya, G. Ulyanova, O. Stefan etc.

Legally plagiarism concept was enshrined in the new edition of the Law of Ukraine "On Copyright and Related Rights" in 2001. According to article 50 of the Law plagiarism is a public exposure (publication) of another's work under the name of a person who is not the author of this work in whole or in part [1].

We agree with statement of N.D. Golev that the law considers plagiarism as a direct overlapping of intellectual (creative) work or its part thereof, including the title, presented in a fixed form, i.e the process of legal protection applies only to the physical properties of the object and cannot fully protect property and moral rights of authors [2, p. 87].

Paragraph 6 of article 69 of the Law of Ukraine "On Higher Education" states that academic plagiarism is publication (partially or fully) of the scientific results obtained by the others as a result of the research and/or reproduction of published texts by other authors without proper reference [3].

Thus, the law on intellectual property doesn't provide any single definition of plagiarism. I.V. Poralo also agrees with the noting about lack of complete definition of these phenomena due to its versatility, covering all scientific, professional and creative environments [4, p. 20].

Let's analyze the concept of plagiarism and its essence provided by the legal doctrine of intellectual property rights.

A Big Explanatory Dictionary of Modern Ukrainian defines plagiarism as assigning of authorship of works of science, literature, art or other's discoveries or innovations and the use of them in one's works without attribution [5, p. 977].

In the explanatory dictionary of foreign words L.P. Krysina determines plagiarism as the delivery of another's work under one's own name or as literary theft [6].

The dictionary-reference book on intellectual property edited by A.D. Svyatotsky states that plagiarism is unauthorized borrowing, reconstitution of one's literary, artistic or scientific work (or its part) in one's own name or a pseudonym and as incompatible with the creative work as well as with the norms of morality and law that protects copyright [7, p. 157].

A. Kyrylyuk, I.V. Romanov consider the historical aspects of the plagiarism formation [8, p. 267–273; 9]; V.V. Volikov, I.P. Dzobko analyze plagiarism in the field of science [10, p. 344–349]; K.A. Afanasyeva, I. Zaitseva-Kalaur, J. Krause, R. Lesechko define plagiarism in the media [11, p. 16; 12, p. 117–118; 13, p. 36–41; 14, p. 241–242]; I. Poralo examines plagiarism in law, economics, education [4]; D. Ulyanov, A. Stephan determine the general theoretical aspects of the concept, the features and responsibility for plagiarism [15, p. 121; 16, p. 17–25].

In particular, A.V. Kyrylyuk considers plagiarism as fraud, the essence of which is stealing of other people's work or part of it to present it as one's own; full or partial assignment of intellectual creativity of one person by another, which leads to the violation of moral and (or) property rights of a real author [8, p. 270].

V.V. Volikov, I.P. Dzobko understand plagiarism as assigning of authorship of one's work in science, literature, art or on someone else's discovery, invention or rationalization proposal through any means and the use in one's works of someone else's work without attribution and (or) a statement in other words in a different order of one's words, opinions without reference to the actual source of information [10, p. 344–349].

M. Voloshchuk, Ch.P. Yarmak, A.A. Chernyshov understand by plagiarism a publication in full or in part of someone else's work under one's own name, and publication under one's name of a work created in joint authorship or forced co-authorship and the use in one's works of other's works without reference to them [17, p. 139–140].

M. Kruk considers plagiarism as a form of copyright infringement and defines it as a set of disorders that impinge both on the moral rights of the author and the property rights of copyright holders [18, p. 60].

D. Ulyanov defines plagiarism as misappropriation of authorship committed in any form, resulting in revealing of an intellectual property object to undetermined number of persons under the name of a person who is not the author or inventor [15, p. 121].

So plagiarism is a form of violation of the author's moral rights rather the right to a name compiling in assigning of the work all or in part by a person that is not its author (plagiarist) under his own name without specifying the actual source of borrowing.

To understand the nature of plagiarism as a form of copyright infringement let's define criteria for its classification in order to develop areas to its overcome, taking into consideration undue encroachment on moral rights.

There is no classification of plagiarism in law, though its definition according to Article 50 of the Law of Ukraine "On Copyright and Related Rights" provides full and partial plagiarism.

We agree with I.V. Poralo in his statement that the most common phenomenon is the educational and scientific plagiarism to which the lawmakers and scientists mainly pay attention in recent years [4, p. 20].

In confirmation of this in 2014 the Law of Ukraine "On Higher Education" was adopted. It defines legal bases of combating plagiarism etc.

Let's define criteria for division of plagiarism proposed in the legal doctrine of intellectual property rights.

A. Sychyvytsya classifies plagiarism as:

1) shy – the nature of which is the fact that the results of one's scientific research are registered in research papers (already published or not) by the plagiarist and given in other words as well as in a different order, − and of course, without reference to the actual source of this information and its author;

2) gentleman – where it's not only difficult to find direct borrowing in the plagiarist's work but also to differentiate the author's thoughts from the stolen and to eliminate the formal grounds for accusations of plagiarism due to a great number of appropriate links;

3) novolescent – the point is that when the plagiarist-gentleman seeks to become on a par with the true author and agrees with almost all of his ideas, concepts, theoretical framework, arguments, etc. the plagiarist-kicker operates quite differently: he is too ambitious person who tends to become higher than the actual author;

4) compulsion to co-authorship takes place when the both the joint authors and those who actually haven't participated in the relevant scientific work are appended to actual author [19, p. 43].

I.V. Romanov suggests the following plagiarism classification criteria [9]:

1) in terms of unfair borrowing material, i.e. the correspondence of the whole work, its base to the individual elements, the author identifies broad and non broad plagiarism as a violation of the moral rights of the creator, and the person is responsible for them.

Broad plagiarism is understood as appropriation of another's work or chapter/chapters, fragments.

Non broad plagiarism is defined by the author as assigning of a slight amount of work, for example, of the quote.

2) as to the degree of secrecy (masking) of borrowing the author highlights latent and non latent plagiarism. Latent plagiarism is not immediately observed, and therefore, there is hope that it will not be detected, because more often it occurs in the: use of quotation without indicating the author and the source page; transformation of words in quotation that still conveys semantic core of source; reduction of quotations; division of long quotes into separate sentence and so on. Non latent plagiarism implies borrowing of all or part of the work without attribution and sources of borrowing.

3) as to the area of other people's intellectual activities use: educational and scientific, social, professional, regulatory plagiarism.

R. Lesechko, K.A. Afanasyeva divide plagiarism according to different criteria, namely:

– according to the volume of assigned material: full and partial. Full plagiarism is viewed by the author as intentional assigning of the work in its authorship full and partial one defines the use of one's works or parts from one's works of others without specifying the name of the author or without registration of citation as required.

– according to the degree of mediation: direct and indirect. Direct plagiarism involves assigning authorship to someone else's work or passages that used unchanged and indirect plagiarism is assigning authorship to someone else's work or passages that were previously modified by the plagiarist [14, p. 241; 11, p. 17].

In practice semantic plagiarism based on the transfer of copyright text in other words, paraphrasing the same is common. In the explanatory dictionary of the Ukrainian language edited by V.T. Busel says that to paraphrase means to transfer someone's words, statements, slightly changing the shape, and sometimes the content of the presentation [5, p. 831].

Therefore, legally this kind of plagiarism is unfounded, since the Law of Ukraine "On Copyright and Related Rights" protects the form rather than content.

I.V. Poralo depending on activity and scope divides plagiarism into four types with its own purpose [4, p. 21].

Professional provides the assignment of intellectual, creative professional achievements in other professional purposes (goal is earning, prestige, awards, recognition, etc.).

Educational and scientific plagiarism is assigning of another's intellectual heritage only during the period of scientific degree taking, education classification or recognition in these areas.

Social plagiarism occurs in domestic relations and does is not applied to professional activities.

Regulatory plagiarism is appropriation of legislative, legal, methodological, scientific practical developments, the feature of which is that it is common, without belonging to something or someone (such as assigning program of the pension system or disclosure of their authorship developed method of dispute resolution in family law).

In addition, I.V. Poralo having analyzed the international experience, encyclopedias suggests the following types of plagiarism:

1) an exact copy of the existing object published without proper copyright clearance undertaken in this part;

2) repeat of the ideological basis of the work – the plot, which is its value. This type of plagiarism is the most difficult and most controversial, because in that case it's extremely difficult to prove its copy.

3) publication of copyrighted works, the contents of which receives a portion or all of the other's material(s) authors in linguistic, lexical and technological interpretation, thereby changing the author's scheme sign system (probably placing concrete figures liter, what is the example text) that allows to use it as an original for significant system work.

4) errors in references; error in quotations; links to non-existent source; in bringing accurate facts without specifying the source (if not a personal research); Errors are listed in information sources.

IParadigms team authors (San Francisco) [20] divide plagiarism into two groups:

1) borrowing from external sources without reference to it, "ghost writer" – publication without any change of other people's work for its authorship (purchase on demand, direct copying (Internet-resources, books, magazines, etc.) divided into three groups:

– "photocopy" consists of two parts: a material that has been partially copied without change, and personally written; "come-up material" – a work written as a copy, unchanged from multiple sources in the form of text passages joined by the author's own short text;

– "bad masking" with the remaining ideological content of the borrowed text, but some formulations are replaced by synonyms; "work line" consists of borrowed material, but almost all of the text is interpreted (rewritten in other words);

– "stolen from himself" is the presentation of a copy or modification of their previous patients without originality.

2) plagiarism, citing a source of drawing: "forgotten link" and "disinformation" is a work with incorrect decorating of citing sources; "a perfect paraphrasing" involves not including in quotes of the borrowed quotations that look like the view of the author the text; "perfect crime" when only some quotes are given according to all rules, but some are given as the author's own text; "volume quoting" where the work is represented under all requirements including quotes, links to external sources, but bears no novelty.

We believe that the suggested classification of plagiarism is very complicated and inconsistent because of its structural branching and presence of different criteria for their division within the system.

Summary. Having analyzed the concept of plagiarism given by the legislator and specified in the science of intellectual property rights under the plagiarism as a form of violation of the author's moral rights – the right to a name refers to the assignment of all or part of the work by a person that is not its author (plagiarist) under its name without specifying the actual source of borrowing scientific, etc. work or part under one's name or nickname; the use of one's works without due reference on them; encroachment on personal moral rights – the right to a name; forced collaboration with the person who was not involved creatively in the creation of works of science, literature and art; wrongfulness of plagiarist's behaviour.

Modern legal doctrine has failed to develop a unified approach to the definition of criteria for plagiarism division. Despite the desire of scientists to suggest a classification of plagiarism one can argue that their views do not contain significant changes, because although results in suggesting different criteria for plagiarism division. This situation is associated primarily with the subjective factor, resulting in a number of criteria of plagiarism division as well their type's names by different authors.

Without claiming to be the final solution to the problem and determine the nature of plagiarism and its classification criteria, taking into consideration the above statements, we believe that some of its most common types such as educational and scientific plagiarism and plagiarism in the media need further thorough research.

References:

1. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 01 липня 2001 р. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 43. Ст. 214.
2. Голев Н.Д. Юридический аспект языка в лингвистическом освещении. Юрислингвистика-1: проблеми и перспективы: меж вуз. сб. научных трудов. Барнаул: Алт. ун-тет, 1999. 186 с.
3. Про вищу освіту: Закон України від 01 липня 2014 р. Відомості Верховної Ради України. 2014. № 37–38. Ст. 2004.
4. Порало І.В. Інтелектуальний капітал України в полоні плагіату. Теорія і практика управління соціальними системами. № 4. 2009. С. 19–22.
5. Великий тлумачний словник сучасної української мови / укл. В.Т. Бусел. К.: Ірпінь ВТ «Перун». 2002. 1440 с.
6. Крысин Л.П. Толковый словарь иноязычных слов. М.: Эксмо, 2008. 944 с.
7. Інтелектуальна власність: словник-довідник у 2 т. / за ред. О.Д. Святоцького. К.: Ін Юре, 2000. Т. 1. 356 с.
8. Кирилюк А.В. Відношення до плагіату в різні часи. Актуальні проблеми держави і права. Вип. 65. 2012. № 2. С. 267–273.
9. Романова І.В. Явище плагіату: історія та сьогодення. Зовнішня торгівля: право, економіка, фінанси. 2012. № 3. URL: http://rda.if.ua/images/news.
10. Воліков В.В., Дзьобко І.П. Проблеми інтелектуальної власності: плагіат у науці. Теоретичні і практичні аспекти економіки та інтелектуальної власності. 2013. Т. 3. № 1. С. 344–349.

11. Афанасьєва К. О. Плагіат у діяльності засобів масової інформації. Інтелектуальна власність. 2004. № 3. С. 16–19.

12. Зайцева-Калаур І.В. Плагіат як вид порушення авторських прав в діяльності засобів масової інформації. Актуальні проблеми юридичної науки: зб. тез міжнар. наук. конф. «Восьмі осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 13–14 листопада 2009 р.). Ч. 3. 2009. С. 117–118.

13. Краузе І. Практичний підхід до захисту прав ІВ засобами масової інформації в Інтернет. Інтелектуальна власність. 2011. № 7. С. 36–41.

14. Лесечко Р. Плагіат в засобах масової інформації. Розвиток правової держави і громадянського суспільства в Україні: проблеми теорії і практики: зб. наук.-метод. праць. Херсон, 2011. С. 241–242.

15. Ульянова Г. Плагиат как нарушение прав интеллектуальной собственности. Legea si Viata. Республіка Молдова. 2014. № 5. С. 118–121.

16. Штефан О. Плагіат: поняття, ознаки, відповідальність. Теорія і практика інтелектуальної власності. 2001. № 6. С. 17–25.

17. Волощук А.М., Ярмакі Х.П., Чернишова О.О. Адміністративно-правові аспекти діяльності органів внутрішніх справ щодо протидії правопорушенням у сфері інтелектуальної власності: монографія. Одеса: ОДУВС, 2013. 176 с.

18. Крук М. Плагіат: неприємна випадковість чи злий намір? Інтелектуальна власність. 2012. № 1. С. 56–62.

19. Сичивиця О. Авторство і псевдоавторство в науці: Стаття друга: Плагіат і плагіатори. Соціогуманітарні проблеми людини. 2008. № 3. С. 39–47.

20. Николаев Е. Что такое плагиат, или О западных стандартах научной етики. URL: http://www.osvita. org.ua/articles/.

ТАРАН О. С.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри адміністративних
та цивільно-правових дисциплін
*(Прикарпатський факультет
(м. Івано-Франківськ) Національної
академії внутрішніх справ)*

УДК 347.65/.68

ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СПАДКОВОГО ПРАВА ЩОДО ОБОВ'ЯЗКОВОЇ ЧАСТКИ У СПАДЩИНІ

Стаття присвячена дослідженню інституту обов'язкової частки у спадщині за правом європейських країн. Вивчено новели правового регулювання спадкування обов'язкової частки в Австрії, Бельгії, Швейцарії та інших європейських країнах. Виділено основні тенденції розвитку законодавства європейських країн щодо спадкування обов'язкової частки у спадщині.

Ключові слова: *спадкове право, спадщина, обов'язкова частка, спадкоємці, заповіт.*

Статья посвящена исследованию института обязательной доли в наследстве по праву европейских стран. Изучено новеллы правового регулирования наследования обязательной доли в Австрии, Бельгии, Швейцарии и других европейских странах. Выделены основные тенденции развития законодательства европейских стран относительно наследования обязательной доли в наследстве.

Ключевые слова: *наследственное право, наследство, обязательная доля, наследники, завещание.*

The article is devoted to the study of the institute of legitimate portion in inheritance by the law of European countries. The innovations of regulating inheritance of the legitimate portion in Austria, Belgium, Switzerland and other European countries have been studied. The main tendencies in the development of the European legislation on inheritance of legitimate portion are highlighted.

Key words: *inheritance law, inheritance, legitimate portion, legitimate heirs, will.*

Вступ. Вивчення іноземного досвіду правового регулювання спадкових відносин є однією із необхідних передумов удосконалення українського законодавства про спадкування. Право на обов'язкову частку у спадщині передбачено у статті 1241 Цивільного кодексу України та відображає можливість малолітніх, неповнолітніх та непрацездатних дітей, вдови (вдівця) та батьків спадкодавця спадкувати частку у спадщині незалежно від змісту заповіту [1]. Теоретичне дослідження новел правового регулювання спадкування обов'язкової частки в Австрії, Швейцарії, Німеччині та інших європейських країнах дозволяє не лише охарактеризувати наявний іноземний досвід, але і виявити правові норми, що можуть бути імплементовані у вітчизняне законодавство. З огляду на це, вивчення тенденцій розвитку спадкового права, зокрема щодо спадкування обов'язкової частки у спадщині, має значне теоретичне та практичне значення.

Проблематиці визначення поняття, розміру обов'язкової частки у спадщині, підстав та порядку її зменшення, особливостям здійснення права на спадкування обов'язкової частки

у спадщині присвячені праці Ю. О. Заїки, З. В. Ромовської, Є. О. Рябоконя, Є. І. Фурси, С. Я. Фурси. Окремі процесуально-правові, історичні, методологічні аспекти здійснення права на спадкування обов'язкової частки у спадщині досліджували О. О. Гаценко, І. М. Завгородня, А. М. Ковальчук, Н. М. Павлюк, О. О. Сіроштан, В. М. Слома.

Постановка завдання. Мета статті – на основі дослідження новел у законодавстві виокремити тенденції розвитку європейського спадкового права щодо спадкування обов'язкової частки у спадщині.

Результати дослідження. Обов'язкова частка у спадщині – це одна з основних гарантій захисту прав та законних інтересів визначених законом спадкоємців, що дозволяє їм отримати частку у спадщині незалежно від змісту заповіту спадкодавця. Активні міграційні процеси в Європі, прийняття Регламенту ЄС № 650/2012 «Про компетенцію, застосовуване право, визнання і виконання рішень, прийняття і виконання автентичних документів з питань спадкування, а також про створення Європейського свідоцтва про спадкування» [2], обумовлюють необхідність внесення змін до внутрішніх законодавчих актів європейських країн про спадкування, у тому числі щодо обов'язкової частки у спадщині.

Суттєві нововведення у правовому регулюванні обов'язкової частки у спадщині передбачено у змінах до Цивільного кодексу Бельгії, що прийняті 20 липня 2017 року та набудуть чинності 01 вересня 2018 року. Раніше розмір обов'язкової частки пропорційно залежав від кількості дітей спадкодавця. Так, якщо спадкодавець мав одну дитину, то розмір обов'язкової частки складав 1/2 частки спадкового майна, а щодо іншої половини спадкодавець міг зробити заповідальне розпорядження. Якщо дітей було двоє, то їх сукупна обов'язкова частка складала 2/3, а спадкодавець міг зробити заповідальне розпорядження щодо 1/3 частки спадщини, за наявності 3 і більше дітей обов'язкова частка – 3/4 майна, а заповідальне розпорядження – щодо 1/4 спадщини. Якщо спадкодавець не мав дітей, то його батьки отримували 1/4 частину спадщини як обов'язкову частку.

Зміни, що набудуть чинності з 01 вересня 2018 року скасовують необхідність співвідношення розміру обов'язкової частки до кількості дітей спадкодавця. Незалежно від кількості дітей, розмір сукупної обов'язкової частки не може перевищувати 1/2 від спадкового майна [3]. Таким чином, якщо у спадкодавця було троє дітей, то за новим законодавством Бельгії кожна дитина отримає 1/6 частки майна як обов'язкову, а сукупний розмір обов'язкової частки дітей складе 1/2 спадкового майна. Щодо іншої половини спадкодавець у заповіті може відобразити своє заповідальне розпорядження. Нововведення також передбачають те, що батьки спадкодавця позбавляються права на обов'язкову частку, навіть у випадку, якщо спадкодавець не мав нащадків [4]. Натомість закон передбачає можливість батьків звернутись у суд з позовом про встановлення узуфрукту на майно спадкодавця (право проживати у будинку спадкодавця, право користування його майном з можливістю отримувати від нього дохід тощо).

Тенденція до звуження кола осіб, що мають право на обов'язкову частку, спостерігається також в інших європейських країнах. Так, 01 січня 2017 року набув чинності, прийнятий у 2015 році «Закон про внесення змін до Загального цивільного уложення Австрії щодо спадкового права», відповідно до якого батьки спадкодавця втратили право на обов'язкову частку у спадщині. На сьогодні, згідно з § 758 Загального цивільного уложення Австрії, право на обов'язкову частку мають лише нащадки спадкодавця (діти, внуки, правнуки), а також його вдова (вдівець) та партнер (партнерка) із зареєстрованого партнерства. Позбавлення батьків права на обов'язкову частку обумовлено необхідністю розширення правомочностей спадкодавця щодо розпорядження майном на випадок смерті, адже раніше спадкодавець міг визначати долю лише тієї частини майна, що не входила до складу обов'язкової частки [5].

Аналогічні зміни щодо виключення батьків з-поміж осіб, що мають право на обов'язкову частку, передбачено у «Проекті закону про внесення змін до Цивільного кодексу Швейцарії щодо спадкового права» 2017 року, прийняття якого Федеральними зборами Швейцарії заплановано у травні 2018 року [6]. За правом Нідерландів право на обов'язкову частку

мають тільки діти, а розмір обов'язкової частки не може перевищувати половину того, що діти отримали б у разі спадкування за законом. Вдова (вдівець), партнер (партнерка) спадкодавця можуть у судовому порядку отримати узуфрукт на користування житлом або іншим нерухомим майном, що належало спадкодавцю [7].

Таким чином, у багатьох європейських країнах, зокрема Бельгія, Нідерланди, Швейцарія, Австрія, спостерігається тенденція до звуження кола осіб, що мають право на обов'язкову частку. Така позиція відображає, по-перше, прагнення збільшити правомочності спадкодавця щодо розпорядження своїм майном у країнах, де у заповіті спадкодавець може виразити своє волевиявлення лише щодо тієї частини майна, яка не входить до складу обов'язкової частки, по-друге, ґрунтується на тому, що батьки у розвинених країнах зазвичай не потребують матеріальної підтримки від дітей, по-третє, правова природа обов'язкової частки – гарантія захисту прав найменш захищених категорій спадкоємців, зокрема нащадків та вдови (вдівця) спадкодавця. Слід звернути увагу також на те, що за ст. 1241 Цивільного кодексу України критеріями для отримання права на обов'язкову частку є вік дітей спадкодавця (до 18 років) або непрацездатність дітей, вдови (вдівця), батьків спадкодавця. Натомість за законодавством Австрії, Бельгії та інших європейських країн такі характеристики як вік та працездатність не використовується при визначенні права особи на обов'язкову частку у спадщині.

Наступна тенденція, що прослідковується у законодавстві європейських країн, полягає у розширенні підстав для позбавлення права на обов'язкову частку. Ч. 1 ст. 1241 Цивільного кодексу України передбачає лише можливість зменшення судом обов'язкової частки у спадщині з урахуванням відносин між спадкоємцями та спадкодавцем, а також інших обставин. Натомість у праві багатьох європейських країн закріплено інститут позбавлення права на обов'язкову частку у спадщині. Так, «Законом про внесення змін до Загального цивільного уложення Австрії щодо спадкового права» додано нові підстави для позбавлення права на обов'язкову частку. Раніше таке право втрачали особи, які залишили спадкодавця у безпорадному стані та спадкоємці, що вчинили кримінально каране діяння проти спадкодавця, за яке законодавством передбачено покарання у вигляді не менше як одного року позбавлення волі. На сьогодні, крім цих підстав, Загальне цивільне уложення Австрії, передбачає також позбавлення права на обов'язкову частку спадкоємців, що вчинили незаконні дії щодо родичів спадкодавця або грубо порушили свої обов'язки, що випливають із відносин дітей та батьків. Натомість з австрійського законодавства вилучили таку підставу позбавлення права на обов'язкову частку як ведення спадкоємцем способу життя, що суперечить моральним засадам суспільства [5].

Відповідно до ст. 477 Цивільного уложення Швейцарії, заповідач може у заповідальному розпорядженні позбавити права на обов'язкову частку спадкоємця, який вчинив злочин проти спадкодавця, його близької особи або грубо порушив свої сімейно-правові обов'язки перед спадкодавцем чи його близькими, чим завдав спадкодавцю шкоди. Грубим порушенням сімейно-правових обов'язків за швейцарським законодавством, зокрема є ухилення від сплати аліментів, які спадкоємець повинен був виплачувати [8].

Аналогічно раніше за законодавством Німеччини обов'язкової частки можна було позбавити спадкоємця, якщо таке розпорядження у заповіті здійснив сам заповідач та якщо спадкоємець вчинив незаконні дії щодо самого спадкодавця, його дружини та біологічних батьків спадкодавця. Відповідно, якщо подібний злочин було вчинено щодо мачухи або партнера (партнерки) із зареєстрованого партнерства, то це не могло бути підставою для позбавлення обов'язкової частки. Зараз за § 1938 Цивільного уложення Німеччини, права на обов'язкову частку можуть бути позбавлені спадкоємці, які вчинили злочин щодо вдови (вдівця), партнера (партнерки) спадкодавця [9].

Поряд зі звуженням кола осіб, що мають право на обов'язкову частку та розширенням підстав для її позбавлення, у законодавстві Бельгії та інших європейських країн внесено зміни щодо зменшення розміру обов'язкової частки у спадщині. Якщо раніше за законодавством Бельгії у разі наявності двох дітей у спадкодавця обов'язкова частка

складала 2/3, а трьох та більше дітей – 3/4 спадкового майна, то нині розмір обов'язкової частки зменшено до 1/2 спадкового майна незалежно від кількості дітей [3]. У «Проекті закону про внесення змін до Цивільного кодексу Швейцарії щодо спадкового права» 2017 року передбачено зменшення обов'язкової частки дітей від 3/4 до 1/2 спадкового майна, а вдови (вдівця) – з 1/2 до 1/4 [6]. Аналогічно розмір обов'язкової частки у спадщині за новим австрійським законодавством складає 1/2 від того, що спадкоємець міг отримати у разі спадкування за законом [5].

Значна увага присвячена також проблемі уподібнення прав подружжя щодо обов'язкової частки у спадщині до прав осіб, що проживають однією сім'єю (так званих супутників життя спадкодавця). Можна виділити три основні законодавчі концепції у праві європейських країн щодо можливості супутників життя отримати обов'язкову частку: 1) супутники життя є рівноправними з особами, що перебувають у шлюбі щодо обов'язкової частки у спадщині (Німеччина) [9]; 2) супутники життя отримують обов'язкову частку у разі, якщо спадкодавець не склав заповіт та у нього не було дітей (Австрія) [5]; 3) супутник життя отримує частку майна спадкодавця, якщо їх проживання однією сім'єю було офіційно зареєстровано як партнерство, що можливо для різностатевих та одностатевих пар (Швейцарія) [6].

Судова практика також вносить корективи до законодавчого врегулювання обов'язкової частки у спадщині, зокрема щодо врахування подарунків, які здійснив спадкодавець на користь одного з дітей. Так, у Німеччині суди задовольняють позови про збільшення обов'язкової частки у спадщині, якщо спадкодавець перед смертю здійснив цінний дарунок одному зі спадкоємців, що має право на обов'язкову частку [10]. У Швейцарії розроблено спеціальну схему щодо відсоткового співвідношення дарунку та обов'язкової частки. Так, якщо дарунок був зроблений спадкодавцем протягом одного року перед смертю, то 100% вартості подарунку враховується при обчисленні розміру обов'язкової частки особи, що виступала обдаровуваним, якщо дарунок було вчинено протягом двох років перед смертю спадкодавця – 90%, трьох років – 80% тощо. Врахування розміру дарунків, зроблених спадкодавцем особі, що має право на обов'язкову частку, дозволяє захистити права усіх спадкоємців та не допустити нерівності їх часток, а тому може бути у перспективі розглянуто як можливе введення в українське законодавство. Водночас, слід зазначити, що така перспектива зміни українського законодавства потребує окремого дослідження.

Висновки. Інститут права на обов'язкову частку у спадщині тісно пов'язаний з економічною, політичною, суспільною, культурною сферами життя певної країни, зокрема видозмінами у розумінні поняття «сім'я», відносин батьків та дітей, міграційними процесами, необхідністю гармонізації законодавства окремої європейської країни із законодавством ЄС. Усі ці фактори обумовлюють активний розвиток законодавчого врегулювання права на обов'язкову частку в європейських країнах та внесення численних змін до правового регулювання цього інституту спадкового права.

Проведене дослідження новел правового регулювання права на обов'язкову частку в окремих країнах ЄС, дозволило виокремити наступні тенденції розвитку європейського спадкового права щодо обов'язкової частки у спадщині: 1) звуження кола осіб, що мають право на обов'язкову частку у спадщині, а саме виключення батьків з-поміж таких осіб; 2) розширення підстав для позбавлення права на обов'язкову частку у спадщині, зокрема внаслідок порушення сімейно-правових обов'язків перед спадкодавцем; 3) зменшення розміру обов'язкової частки, як правило, до 1/2 частини спадщини чи 1/2 частки, яка належала б особі за законом; 4) врегулювання на законодавчому рівні питання спадкування осіб, що проживали зі спадкодавцем однією сім'єю (супутників життя) шляхом прирівняння їхніх прав до прав подружжя або встановлення переліку умов, за яких супутники життя отримують обов'язкову частку у спадщині; 5) врахування подарунків, які здійснив спадкодавець перед смертю на користь одного з дітей чи подружжя при визначенні розміру його обов'язкової частки у спадщині.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України у редакції від 16 січня 2003 року зі змінами і доповненнями. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40–44. Ст. 356.

2. Про компетенцію, застосовуване право, визнання і виконання рішень, прийняття і виконання автентичних документів з питань спадкування, а також про створення Європейського свідоцтва про спадкування: Регламент ЄС № 650/2012. URL: http://base.garant.ru/70613382/ (дата звернення 26.01.2018)

3. Lust S. Bill concerning the reform of the Belgian inheritance law adopted. URL: https://www.loyensloeff.com/fr-fr/news-events/news/bill-concerning-the-reform-of-the-belgian-inheritance-law-adopted (дата звернення 26.01.2018)

4. Kluwer W. Das neue belgische Erbrecht kurz zusammengefasst. URL: http://www.kluwereasyweb.be/documents/accountant-news/201710-accountant/20171008-erfrecht-erbrecht-droitsuccessoral.xml?lang=de (дата звернення 26.01.2018)

5. Österreichisches Erbrechts-Änderungsgesetz vom 30. Juli 2015. BGBl. Nr. 87. URL: http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2015_I_87/BGBLA_2015_I_87.pdf (дата звернення 26.01.2018)

6. Geplante Ergebnisbericht Vernehmlassung Erbrecht vom Mai 2017 von der schweizerischen Bundesversammlung. URL: https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/preview.html (дата звернення 26.01.2018)

7. Expatika M. Inheritance tax in the Netherlands. URL: https://www.expatica.com/nl/finance/inheritance-tax-netherlands-dutch-inheritance-law-dutch-wills_1000077.html (дата звернення 26.01.2018)

8. Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 mit Änderungen. URL: https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/ 201801010000/210.pdf (дата звернення 26.01.2018)

9. Das Bürgerliche Gesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland vom 18 August 1896 mit Änderungen. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/ (дата звернення 26.01.2018)

10. Schön B. Auch wer enterbt ist, hat Rechte. Finanztip. Oktober. 2016. URL: http://www.finanztip.de/enterbung-pflichtteil/ (дата звернення 26.01.2018)

ЧЕРЕДНИК Н. В.,
аспірант кафедри інтелектуальної власності
юридичного факультету
(Київський національний університет імені Тараса Шевченка)

УДК 347.77.023:378.4

СИСТЕМА СУБ'ЄКТІВ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У ДОСЛІДНИЦЬКОМУ УНІВЕРСИТЕТІ

Стаття присвячена огляду системи суб'єктів на прикладі зарубіжного досвіду та з урахуванням положень законодавства України, за допомогою якої дослідницький університет може провадити ефективну реалізацію прав інтелектуальної власності.

Ключові слова: *дослідницький університет, вищі навчальні заклади, права інтелектуальної власності, інноваційна діяльність, інноваційна інфраструктура.*

Статья посвящена обзору системы субъектов на примере зарубежного опыта и с учетом положений законодательства Украины, при помощи которой исследовательский университет может осуществлять эффективную реализацию прав интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: *исследовательский университет, высшие учебные заведения, права интеллектуальной собственности, инновационная деятельность, инновационная инфраструктура.*

The article outlines peculiarities of system of research university intellectual property rights realization, based on international experience and legal provisions of Ukrainian legislation.

Key words: *research university, higher educational settings, intellectual property rights, innovation activity, innovation infrastructure.*

Вступ. Дослідницькі університети у всьому світі відіграють роль генератора нових знань та технологій. Від законодавчо закріплених прав таких установ щодо реалізації прав інтелектуальної власності залежить можливість останніх комерціалізувати результати їх діяльності, що у свою чергу впливає на розбудову інноваційної системи країни.

З прийняттям Закону України «Про вищу освіту» від 01.07.2014 р. № 1556-VII (далі – Закон), вперше в Україні на найвищому законодавчому рівні було закріплено поняття дослідницького університету, його правовий статус та критерії, яким він має відповідати.

Значну увагу у Законі приділено саме питанням автономії таких установ щодо створення та розпорядження майновими правами інтелектуальної власності на її об'єкти та визначення статей та обсягів витрат власних надходжень, утворенню інноваційних структур різних типів, внесенню в якості вкладу до статутних капіталів таких структур об'єктів права інтелектуальної власності тощо.

Для ефективної реалізації наданих законодавством прав, з метою комерціалізації результатів власної діяльності, дослідницький університет має можливість діяти у співпраці з суб'єктами так званої інноваційної інфраструктури.

Отже, стаття присвячена аналізу суб'єктів інноваційної інфраструктури, стислому огляду їх видів у контексті діяльності дослідницького університету на підставі законодавства України та міжнародного досвіду.

Вивченню питань діяльності дослідницьких університетів присвячено роботи таких науковців: В. І. Сацика, Е. В. Неборського, В. А. Гневашевої. Питанням прав інтелектуальної власності у діяльності вищих навчальних закладів, зокрема дослідницького типу, присвячені, між іншим, дослідження Н. М. Мироненко, М. М. Гришкова, В. П. Соловйова, П. М. Цибульова, Ю. В. Осипової. Наукові дослідження щодо правового регулювання інноваційної діяльності представлені роботами О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького, В. І. Нежиборець, С. Ф. Ревуцького, О. Е. Сімсон, В. М. Крижної, О. О. Штефан, Ю. Є. Атаманової. Однак аналіз системи суб'єктів інноваційної інфраструктури для діяльності дослідницького університету, як фактору підвищення ефективності реалізації ним прав інтелектуальної власності, потребують подальшого наукового пошуку у контексті нових положень у законодавстві України та узагальнень міжнародних підходів у цій сфері.

Постановка завдання. Метою статті є огляд на прикладі зарубіжного досвіду та з урахуванням положень законодавства України системи суб'єктів, за допомогою якої дослідницький університет може провадити ефективну реалізацію прав інтелектуальної власності.

Результати дослідження. Відповідно до Закону України «Про вищу освіту» дослідницький університет має наступні права, що сприятимуть реалізації прав інтелектуальної власності:

- формувати на своїй базі інноваційні структури різних типів (наукові та технологічні парки, бізнес-інкубатори, малі підприємства тощо) на засадах поєднання інтересів високотехнологічних компаній, науки, освіти, бізнесу та держави з метою виконання і впровадження інноваційних проектів (п. 7. ч. 3. ст. 29, ч. 5 ст. 30, ч. 3 ст. 70 Закону);
- брати участь у формуванні статутного капіталу інноваційних структур і утворених за участю вищих навчальних закладів малих підприємств, що розробляють і впроваджують інноваційну продукцію, шляхом внесення до них нематеріальних активів (майнових прав на об'єкти права інтелектуальної власності) (ч. 3 ст. 70 Закону);
- провадити на підставі відповідних договорів спільну діяльність з навчальними закладами, науковими установами та іншими юридичними особами (ч. 2. ст. 32 Закону) [1].

Отже, вищевказаним Законом дослідницьким університетам надано право формувати на своїй базі інноваційні інфраструктури різних типів і створювати малі підприємства, брати участь у формуванні статутного капіталу таких структур та підприємств шляхом внесення до них майнових прав на об'єкти права інтелектуальної власності.

Таким чином, слід проаналізувати, за участю яких суб'єктів дослідницький університет може провадити ефективну реалізацію прав інтелектуальної власності. Такі суб'єкти у науковій літературі також мають назву структур інноваційної діяльності. До них відносяться науково-технологічні парки та фонди, офіси комерціалізації та спільні підприємства тощо.

Відповідно до міжнародної систематизації виділяють такі типи інфраструктури інноваційної діяльності:

- фінансовий – різноманітні типи фондів (бюджетні, венчурні, страхові, інвестиційні тощо);
- виробничо-технологічний (або матеріальний) – технопарки, інноваційно-технологічні центри, бізнес-інкубатори та ін.;
- інформаційний – бази даних знань та центри доступу, а також аналітичні, статистичні, інформаційні центри (тобто організації, які надають послуги);
- кадровий – освітні установи з підготовки та перепідготовки кадрів у сфері наукового та інноваційного менеджменту тощо;
- експертно-консалтинговий – організації, що займаються наданням послуг з проблем інтелектуальної власності, стандартизації, сертифікації, а також центри консалтингу [2, с. 115-116].

Таким чином, до інноваційної інфраструктури відносяться організації, фірми, об'єднання, які охоплюють увесь цикл інноваційної діяльності: від генерації нової науково-технічної ідеї та її обробки до випуску і реалізації наукомісткої продукції, які являють собою сукупність взаємопов'язаних та взаємодоповнюючих одна одну систем та організаційних елементів, що їм відповідають, необхідних і достатніх для ефективного здійснення цих видів діяльності [3, с. 55-56].

У межах інноваційної інфраструктури отримують розвиток такі інноваційні структури, як науково-технічні парки, бізнес-інкубатори, технополіси, центри високих технологій тощо. Усі ці структури, незалежно від назви та внутрішньої організації, мають спільні завдання, а саме: формування умов, сприятливих для розвитку інноваційної діяльності; підтримка створення та розвитку венчурних фірм, які являють собою невелике ризикове підприємство; селекція і підтримка перспективних наукових проектів; успішна комерціалізація результатів наукових досліджень і науково-технічних розробок [2, с. 117].

Отже, суб'єкти інноваційної інфраструктури пов'язані спільними завданнями і діють найбільш ефективно у співпраці. Діяльність дослідницького університету має будуватись саме на залученні інноваційних структур різних типів для ефективного процесу створення, обробки і комерціалізації результатів інтелектуальної діяльності.

Згідно зі ст. 31 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність», держава забезпечує створення сучасної інфраструктури науки і системи інформаційного забезпечення наукової і науково-технічної діяльності, інтеграцію освіти, науки і виробництва. Відповідно до ст. 5 Закону України «Про інноваційну діяльність» суб'єктами інноваційної діяльності можуть бути фізичні і (або) юридичні особи України, фізичні і (або) юридичні особи іноземних держав, особи без громадянства, об'єднання цих осіб, які провадять в Україні інноваційну діяльність і (або) залучають майнові та інтелектуальні цінності, вкладають власні чи запозичені кошти у реалізацію в Україні інноваційних проектів.

Відповідно до ст. 4 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність» суб'єктами наукової і науково-технічної діяльності є наукові працівники, науково-педагогічні працівники, аспіранти, ад'юнкти і докторанти, інші вчені, наукові установи, університети, академії, інститути, музеї, інші юридичні особи незалежно від форми власності, що мають відповідні наукові підрозділи та громадські наукові організації [4].

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про інноваційну діяльність»:

інноваційне підприємство (інноваційний центр, технопарк, технополіс, інноваційний бізнес-інкубатор тощо) – підприємство (об'єднання підприємств), що розробляє, виробляє і реалізує інноваційні продукти і (або) продукцію чи послуги, обсяг яких у грошовому вимірі перевищує 70 відсотків його загального обсягу продукції і (або) послуг;

інноваційна інфраструктура це сукупність підприємств, організацій, установ, їх об'єднань, асоціацій будь-якої форми власності, що надають послуги із забезпечення інноваційної діяльності (фінансові, консалтингові, маркетингові, інформаційно-комунікативні, юридичні, освітні тощо).

Серед основних принципів державної інноваційної політики Закон виділяє:

- забезпечення взаємодії науки, освіти, виробництва, фінансово-кредитної сфери у розвитку інноваційної діяльності;
- сприяння розвиткові інноваційної інфраструктури [5].

Отже, в Україні на законодавчому рівні закріплена можливість дослідницьких університетів провадити інноваційну діяльність з метою комерціалізації результатів власної діяльності через структури інноваційної діяльності. Окрім того, забезпечення взаємодії науки, освіти, виробництва віднесено до основних принципів державної інноваційної політики в Україні.

Серед інституцій в інноваційній сфері, якими є суб'єкти інноваційної діяльності, суб'єкти інноваційної інфраструктури та суб'єкти державного регулювання у сфері інноваційної діяльності, можна виділити:

– такі, що засновуються як юридичні особи (підприємницькі (господарські) товариства, об'єднання підприємств за ГК України та холдинги тощо);

– і такі, що не передбачають організаційно-правову форму юридичної особи (пайовий інвестиційний фонд, у тому числі венчурний, технологічний парк, який діє на основі договору про спільну діяльність) [6, с. 27].

У цій публікації увага акцентується на таких структурах як науковий парк та технополіс, які найчастіше асоціюються з діяльністю дослідницького університету.

З досвіду зарубіжних країн технопарк (технополіс) являють собою територіальну форму інтеграції науки, освіти й виробництва з інноваційним бізнес-інкубатором як обов'язковою структурною складовою. Їх діяльність сприяє промисловому й соціальному розвитку всього регіону шляхом формування сприятливого інноваційного середовища для створення і функціонування малих інноваційних підприємств, використання різноманітних форм державної підтримки, що виражається як у прямому бюджетному фінансуванні організаційної структури, так і у залученні приватного капіталу через застосування непрямих методів підтримки [7].

У ст. 403 Господарського кодексу України (далі – ГК) до типів спеціальних (вільних) економічних зон віднесено технологічні парки та технополіси. Згідно зі ст. 405 ГК України на їх території діє законодавство України з урахуванням особливостей, передбачених Кодексом, законом про загальні засади створення і функціонування спеціальних (вільних) економічних зон, а також законом про створення конкретної (вільної) економічної зони, прийнятим відповідно до цього Кодексу.

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків» від 16 липня 1999 р. № 991–XIV технологічний парк (технопарк) – юридична особа або група юридичних осіб (далі – учасники технологічного парку), що діють відповідно до договору про спільну діяльність без створення юридичної особи та без об'єднання вкладів з метою створення організаційних засад виконання проектів технологічних парків з виробничого впровадження наукомістких розробок, високих технологій та забезпечення промислового випуску конкурентоспроможної на світовому ринку продукції.

Технологічний парк діє на підставі договору про спільну діяльність без створення юридичної особи та без об'єднання вкладів учасників технологічного парку (далі – договір). Такий договір укладається між юридичними особами – учасниками технологічного парку, що містить відомості про склад учасників технологічного парку, їх права та обов'язки, пріоритетні напрями діяльності технологічного парку, органи управління і керівний орган технологічного парку, їх повноваження та порядок прийняття ними рішень, порядок фінансування діяльності органів управління і керівного органу, порядок прийняття нових учасників технологічного парку та виключення з-поміж учасників технологічного парку, порядок ліквідації технологічного парку (припинення дії договору).

Сторони договору про спільну діяльність є учасниками технологічного парку (суб'єкти наукової, науково-технічної, підприємницької діяльності).

Керівним органом технологічного парку є юридична особа, один з учасників, на якого за договором покладено функції поточного керівництва діяльністю технологічного парку.

У розумінні Закону, спільне підприємство – підприємство, створене для виконання проектів технологічного парку, одним із засновників якого є технологічний парк або учасник технологічного парку, а іншими – резиденти чи нерезиденти, сумарний внесок яких до статутного фонду становить суму у національній валюті, еквівалентну не менше 50 000 доларів США.

Закон визначає пріоритетні напрямки діяльності технологічного парку – економічно і соціально зумовлені напрями науково-технічної та інноваційної діяльності технологічного парку, що відповідають визначеним законодавством науково-технічним та інноваційним пріоритетам і спрямовані на промислове виробництво конкурентоспроможної високотехнологічної та інноваційної продукції і насичення нею внутрішнього ринку та забезпечення експортного потенціалу держави [8].

До функцій технопарків можна віднести:

– трансфер (передача) технологій;

– впровадження нових технологій і результатів досліджень із науково-технічного сектора у промисловість;

– допомога у бізнесі: комерційні компанії, що надають послуги з певних питань, пов'язаних з технологіями можна розглядати як спеціалізовані організації, що працюють у науково-технічному секторі;

– поширення технологій: означає передачу певних знань із дослідницьких інститутів групі МСП (малі і середні підприємства), що мають загальні потреби у технологіях (проекти, розраховані на багатьох користувачів);

– пошук технологій: полягає у дослідженні національного й міжнародного ринку з метою придбання перспективних технологій і комерційних можливостей, які можуть бути використані компаніями даного регіону (Це завдання часто виконується незалежно від конкретних запитів промисловості.);

– патентування, ліцензування й фінансування (Багато технологічних та наукових парків надають малим і середнім підприємствам послуги, спрямовані на захист їх винаходів і право інтелектуальної власності, пов'язаної з патентуванням та одержанням ліцензії. Ця функція часто реалізується на національному рівні, де можна ефективно використати наявні бази даних);

– підвищення комерційної активності: інноваційний і технологічний менеджмент;

– розвиток нових видів діяльності й створення робочих місць;

– підтримка регіональних ініціатив [9, с. 24-25].

Отже, технопарк (технологічний парк, технополіс) – це суб'єкт інноваційної діяльності, що може бути створений з метою сприяння дослідницькому університету в ефективній реалізації прав інтелектуальної власності. Технологічний парк діє на підставі договору про спільну діяльність, де дослідницький університет буде стороною.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про наукові парки» науковий парк – юридична особа, що створюється з ініціативи вищого навчального закладу та/або наукової установи шляхом об'єднання внесків засновників для організації, координації, контролю процесу розроблення і виконання проектів наукового парку.

Засновниками наукового парку можуть бути – вищий навчальний заклад IV рівня акредитації (далі – вищий навчальний заклад) та/або наукова установа та інші юридичні особи, що уклали засновницький договір про створення наукового парку.

Партнери наукового парку – це суб'єкти господарювання, які уклали з науковим парком договір про партнерство. У свою чергу, договір про партнерство з науковим парком – договір між науковим парком і суб'єктами господарювання щодо умов участі суб'єктів господарювання у процесі розроблення та виконання проектів наукового парку.

Метою діяльності наукового парку за Законом є розвиток науково-технічної та інноваційної діяльності у вищому навчальному закладі та/або науковій установі, ефективне та раціональне використання наявного наукового потенціалу, матеріально-технічної бази для комерціалізації результатів наукових досліджень і їх впровадження на вітчизняному та закордонному ринках.

Основними функціями наукового парку є:

– створення нових видів інноваційного продукту, здійснення заходів щодо їх комерціалізації, організація та забезпечення виробництва наукомісткої, конкурентоспроможної на внутрішніх і зовнішніх ринках інноваційної продукції;

– інформаційно-методичне, правове та консалтингове забезпечення засновників і партнерів наукового парку, надання патентно-ліцензійної допомоги;

– залучення студентів, випускників, аспірантів, науковців та працівників вищого навчального закладу та/або наукової установи до розроблення і виконання проектів наукового парку;

– сприяння розвитку та підтримка малого інноваційного підприємництва;

– організація підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації спеціалістів, необхідних для розроблення і реалізації проектів наукового парку;

– залучення і використання у своїй діяльності ризикового (венчурного) капіталу, підтримка наукомісткого виробництва;

– захист та представництво інтересів засновників і партнерів наукового парку в органах державної влади та органах місцевого самоврядування, а також у відносинах з іншими суб'єктами господарювання під час організації та виконання проектів наукового парку у межах, визначених установчими документами наукового парку;

– розвиток міжнародного і вітчизняного співробітництва у сфері науково-технічної та інноваційної діяльності, сприяння залученню іноземних інвестицій;

– виконання інших функцій, не заборонених законодавством України.

Частинами 3-5 ст. 13 Закону передбачено наступні особливості наукових парків:

– вищий навчальний заклад та/або наукова установа беруть участь у формуванні статутного капіталу наукового парку шляхом внесення до нього нематеріальних активів (майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності) у порядку, встановленому законодавством України;

– у разі ліквідації наукового парку за рішенням засновників або на підставі рішення суду, у тому числі про визнання наукового парку банкрутом, майнові права на об'єкти інтелектуальної власності, створені за рахунок бюджетних коштів, не включаються до складу ліквідаційної маси і повертаються вищому навчальному закладу та/або науковій установі, що вносили їх до статутного капіталу наукового парку;

– певний вищий навчальний заклад та/або певна наукова установа можуть бути засновниками одного наукового парку [10].

Отже, дослідницький університет може заснувати науковий парк з метою розвитку власної науково-технічної та інноваційної діяльності, ефективного та раціонального використання наявного наукового потенціалу, матеріально-технічної бази для комерціалізації результатів наукових досліджень і їх впровадження на вітчизняному та закордонному ринках. Правовою основою діяльності у даному випадку буде засновницький договір про створення наукового парку, укладеного з іншими юридичними особами (партнерами наукового парку).

Таким чином, перелічені структури сприяють створенню та подальшій передачі знань та об'єктів інтелектуальної власності, і їх центром є саме дослідницький університет.

Висновки. На підставі вищевикладеного можна зробити висновок, що законодавство України надає можливість дослідницьким університетам на реалізацію прав інтелектуальної власності за допомогою широкого переліку суб'єктів інноваційної інфраструктури. Передбачена законодавством України інноваційна інфраструктура у цілому відповідає міжнародним підходам щодо діяльності суб'єктів інноваційної інфраструктури та її системи. Всі ці суб'єкти є допоміжними для дослідницького університету на цьому шляху, а університет, як основний генератор інтелектуального потенціалу, має ефективно взаємодіяти з ними. Отже, активна діяльність у цій сфері слугуватиме розбудові дослідницьких університетів в Україні та підвищенню рівня участі вітчизняних навчальних закладів відповідного типу в інноваційній діяльності.

Список використаних джерел:

1. Про вищу освіту: Закон України від 01.07.2014 р. №1556-VII. Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1556-18

2. Университет исследовательского и предпринимательского типа: европейский опыт для Молдовы, России и Украины. Научно-практическое издание / рук. авт. коллектива О.А. Хименко. К.: Т. А. Т. ГРУП, 2011.

3. Основы инновационного менеджмента. Теория и практика / Под ред. А.К. Казанцева, Л.Э. Миндели. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Экономика, 2004. 518 с.

4. Про наукову і науково-технічну діяльність: Закон України від 26.11.2015 р. № 848-VIII. Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/848-19

5. Про інноваційну діяльність: Закон України від 4 липня 2002 року № 40-IV. Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/40-15

6. Сімсон О. Е. Правова модель державно-приватного партнерства як інструмент гармонізації публічних і приватних інтересів в інноваційній стратегії України: автореф. дис. … докт. юрид. наук. Харків, 2015 р. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/7009/1/Simson_2015.pdf

7. Рудченко І. І. Організаційні і правові основи розвитку венчурних структур інноваційної діяльності. Приватне право і підприємництво. 2003. Випуск 3.

8. Про спеціальний режим інноваційної діяльності технологічних парків: Закон України від 16 липня 1999 р. № 991. XIV Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/991-14

9. Уханова І. О. Розвиток та функціонування технопарків: світовий досвід та специфіка в Україні: монографія. Одеса, 2012.

10. Про наукові парки: Закон України від 25 червня 2009 року, № 1563-VI. XIV Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1563-17

ЯКИМЧУК А. В.,
студентка магістратури
юридичного факультету
(Київський національний університет імені Тараса Шевченка)

ЦЮРА В. В.,
доктор юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права
(Київський національний університет імені Тараса Шевченка)

УДК 347.415

ВІДПЛАТНІСТЬ ФІНАНСУВАННЯ ЯК ВИЗНАЧАЛЬНА ОЗНАКА ДОГОВОРУ ФАКТОРИНГУ

У статті розглядається як така, що є визначальною для кваліфікації договірного правовідношення як договору факторингу, ознака відплатності фінансування, здійсненого під відступлення права грошової вимоги, а також наводиться актуальна судова практика з окресленого питання. Особливо автор акцентує на проблемі відмежування правових конструкцій договору факторингу та договору купівлі-продажу, предметом якого є право вимоги.

Ключові слова: *факторинг, договір факторингу, відступлення права вимоги, договір купівлі-продажу права вимоги, фінансування під відступлення права грошової вимоги.*

В статье рассматривается в качестве такового, что является определяющим для квалификации договорного правоотношения как договора факторинга, признак возмездности финансирования, осуществленного под уступку права денежного требования, а также приводится актуальная судебная практика по поднятому вопросу. Особое внимание автор акцентирует на проблеме разграничения правовых конструкций договора факторинга и договора купли-продажи, предметом которого выступает право требования.

Ключевые слова: *факторинг, договор факторинга, уступка права требования, договор купли-продажи права требования, финансирование под уступку права денежного требования.*

The article describes the aspect of the remuneration of financing that is made under the assignment of monetary claims as the distinctive characteristic of factoring agreement. The article also shows the pertinent judicial practice on the aforementioned issue. The author has put special focus on the problem of the distinction of such legal concepts as factoring agreement and purchase-sales agreement, the subject of which is the right of claim.

Key words: *factoring, factoring agreement, assignment of claims, claims purchase-sales agreement, financing under the assignment of monetary claims.*

Вступ. Актуальність цієї роботи полягає в наявності практичної потреби в аналізі правової природи договору факторингу та визначенні можливих форм плати за надання

факторингової послуги задля унеможливлення підміни вказаної правової конструкції конструкцією договору цесії та приховання дійсного змісту правочину, укладеного в обхід установленої в договорі заборони здійснення заміни кредитора у зобов'язанні без згоди боржника.

Окремі питання теорії та практики застосування договірної конструкції факторингу висвітлювались у працях таких науковців, як Н.А. Новоселова, І.А. Безклубий, М.І. Брагінський, В.В. Вітрянський, Л.Ю. Василевська, В.П. Янишен та інші. Натомість аспект обов'язкової наявності ознаки відплатності фінансування у договорі факторингу при застосуванні останнього на практиці як відособлена категорія є малодослідженим.

Постановка завдання. Метою цієї статті є дослідження правової природи та практики правозастосування договірної конструкції факторингу, що склалась у сучасних реаліях української правової системи, крізь призму ознаки відплатності фінансування як визначальної для цього виду договору.

Результати дослідження. З огляду на положення ч. 1 ст. 1077 Цивільного кодексу України, за договором факторингу (фінансування під відступлення права грошової вимоги) одна сторона (фактор) передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження другої сторони (клієнта) за плату (у будь-який передбачений договором спосіб), а клієнт відступає або зобов'язується відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника) [1].

Вказані положення кореспондуються з приписами ч. 1 ст. 350 Господарського кодексу України, згідно з якими для цілей здійснення фінансової діяльності банк має право укласти договір факторингу (фінансування під відступлення права грошової вимоги), за яким він передає або зобов'язується передати грошові кошти в розпорядження другої сторони за плату, а друга сторона відступає або зобов'язується відступити банку своє право грошової вимоги до третьої особи [2].

Відповідно до п. 11 ч. 1 ст. 4, п. 5 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», факторинг вважається фінансовою послугою, при чому під останньою розуміється операція з фінансовими активами, що здійснюється в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи коштом цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством, – і коштом залучених від інших осіб фінансових активів, із метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів [3].

При цьому до фінансової послуги факторингу належить сукупність таких операцій із фінансовими активами (крім цінних паперів та похідних цінних паперів):

- фінансування клієнтів – суб'єктів господарювання, які уклали договір, з якого випливає право грошової вимоги;
- набуття відступленого права грошової вимоги, у тому числі права вимоги, яке виникне в майбутньому, до боржників за договором, на якому базується таке відступлення;
- отримання плати за користування грошовими коштами, наданими у розпорядження клієнта, зокрема шляхом дисконтування суми боргу, розподілу відсотків, винагороди, якщо інший спосіб оплати не передбачено договором, на якому базується відступлення (пункт 1 Розпорядження Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг від 06.02.2014 р. № 352) [4].

Системний аналіз наведених вище законодавчих положень дає змогу дійти висновку, що сутність договору факторингу, насамперед, полягає в наданні фінансової послуги (здійснення фінансування клієнта) та отриманні фактором відповідної плати (прибутку) за надання такої послуги.

Вказаний підхід має місце і в юридичній доктрині. Так, Л.А. Новоселова звертає увагу на те, що майновий інтерес сторони, яка відступає право вимоги, як правило, полягає в негайному отриманні коштів, зниженні витрат на обслуговування дебіторської заборгованості та частковому або повному звільненні від ризику неплатоспроможності боржника. Сторона, що здійснює фінансування (фактор), отримує винагороду за надані послуги та у ряді випадків одержує додатковий дохід у вигляді різниці між виплаченими кредитору та отриманими від боржника сумами [5, с. 331–332].

М.І. Брагінський, В.В. Вітрянський також зазначають, що фінансовому агенту має бути надана можливість отримання винагороди за послуги з надання фінансування діяльності клієнта. Ця мета досягається різними способами, наприклад, під час фінансування шляхом оплати рахунків клієнта за поставлені товари (надані послуги) відповідні платежі можуть здійснюватись фінансовим агентом із певним дисконтом, що становить його винагороду, в інших випадках договором може бути передбачена винагорода у вигляді певної ставки оплати послуг фінансового агента [6].

На позиції кваліфікації ознаки відплатності фінансування як визначальної для правової конструкції договору факторингу стоїть і судова практика.

Так, згідно з правовою позицією, викладеною у Постанові Вищого господарського суду України від 19.10.2015 р. у справі № 910/3498/15-г, договір факторингу передбачає, передусім, обов'язковість платності за відступлення права грошової вимоги та отримання додаткового доходу. Відплатність договору факторингу має вирішальне значення як ознака визначення виду договірного правовідношення, який відповідає договірній конструкції договору факторингу [7].

При цьому плата за договором факторингу може бути виражена у формі різниці між реальною ціною вимоги і ціною, передбаченою в договорі, право вимоги за яким передається [8]. За таких умов поняття плата за договором факторингу розглядається як прибуток у вигляді різниці, що виникає у разі обміну грошей на дебіторську заборгованість.

У свою чергу, для цілей судової практики не вважається такою платою право вимагати сплати боржником відсотків річних, інфляційного збільшення суми боргу, збитків чи неустойки. Як вказано у Постанові Київського апеляційного господарського суду від 10.02.2016 р. у справі 910/3498/15-г, «<…> суд першої інстанції помилково вирішив, що новий кредитор отримав додаткову грошову вигоду у вигляді вимоги річних, інфляційних витрат, неустойки, збитків. Колегія суддів вважає, що ця вимога про стягнення річних, інфляційних витрат, неустойки, збитків є способом забезпечення виконання зобов'язання, право вимоги виконання якого було придбано відповідачем і є його складовою частиною» [9].

Необхідно констатувати, що сама грошова вимога, передана клієнтом фактору, також не може вважатися платою за надану фактором фінансову послугу. Тобто недоцільним видається ототожнення договору купівлі-продажу права грошової вимоги і договору факторингу та кваліфікації як «фінансування» самої лише передачі права грошової вимоги проти виплати коштів або обов'язку їх виплати у майбутньому. Легальна дефініція договору факторингу (фінансування під відступлення права грошової вимоги) передбачає, що відступлення права вимоги є наслідком та лише складовою частиною цієї господарської операції, що полягає в забезпеченні виконання зобов'язання під фінансування. Останнє варто відмежувати від договору цесії, основна суть якого зводиться, власне, до переходу права грошової вимоги.

Як зазначає Л.Ю. Василевська в контексті співвідношення договору факторингу та договору відступлення права вимоги, основною метою договору факторингу є фінансування, що знайшло своє відображення у самій назві договору, тобто йдеться про надання грошових коштів або зобов'язання надати їх клієнту у майбутньому; цілі ж відступлення можуть бути будь-якими – купівля-продаж, дарування тощо [10, с. 43].

Відступлення права вимоги є правочином (договором), на підставі якого старий кредитор передає свої права новому кредитору, а новий кредитор приймає ці права і зобов'язується або не зобов'язується їх оплатити. Договір відступлення права вимоги може бути оплатним, якщо в ньому передбачений обов'язок нового кредитора надати старому кредитору майно або майнові права замість отриманого права вимоги. У такому разі на відносини цесії поширюються положення про договір купівлі-продажу, оскільки ч. 3 ст. 656 Цивільного кодексу України передбачено, що предметом договору купівлі-продажу може бути право вимоги, якщо вимога не має особистого характеру. До договору купівлі-продажу права вимоги застосовуються положення про відступлення права вимоги, якщо інше не встановлено договором або законом [11].

Предмет договору купівлі-продажу простий: продавець зобов'язаний передати право грошової вимоги у власність покупцеві, а покупець зобов'язаний прийняти його і сплатити за це певну суму. Натомість предмет договору факторингу має комплексний характер: це і зобов'язання фактора щодо фінансування клієнта, зобов'язання клієнта з оплати послуг фактора з фінансування, і зобов'язання клієнта відступити факторові своє право грошової вимоги до третьої особи (боржника). Якщо в договорі встановлено, що одна зі сторін має тільки обов'язок передати іншій стороні право грошової вимоги до третьої особи (боржника), а інша сторона договору має тільки зобов'язання прийняти це право вимоги та сплатити за нього певну грошову суму, то такий договір навряд чи можна назвати договором факторингу. Адже в цьому договорі не передбачено зобов'язання однієї сторони з надання в розпорядження іншій стороні грошових коштів та зобов'язання іншої сторони щодо здійснення оплати за такі послуги [12].

Аналогічна правова позиція викладена і в Постанові Вищого господарського суду України від 16.02.2016 р. у справі № 910/17428/15, згідно з якою у договору про відступлення права вимоги та договору факторингу (фінансування під відступлення права грошової вимоги) є лише одна спільна риса: вони базуються на заміні кредитора у зобов'язанні (відступлення права вимоги). Важливою відмінністю цих двох договорів є те, що у разі відступлення права вимоги первісний кредитор передає новому кредитору боргові зобов'язання боржника і більше взаємовідносин не має ані з боржником, ані з новим кредитором щодо перерахування коштів первісному кредитору, тож, по суті, відбувається купівля-продаж права вимоги боргових зобов'язань. А в договорі факторингу фактор може отримувати кошти і від клієнта, і від боржника, вони розраховуються із фактором, це передбачено ст. 1084 Цивільного кодексу України [13].

Доцільно констатувати, що з аналізу судової практики простежується, крім того, тенденція до приховання сторонами за допомогою цивільно-правової конструкції договору факторингу дійсного змісту правочину з відступлення права вимоги, що має свій вираз у намаганні сторін обійти встановлену у договорі цесії вимогу отримання згоди боржника на заміну кредитора.

Вказане має своєю передумовою той факт, що з огляду на положення ч. 1 ст. 1080 Цивільного кодексу України дійсність договору факторингу не ставиться у залежність від домовленості кредитора і боржника про заборону відступлення права вимоги або його обмеження, а отже, навіть за умови встановлення такої заборони остання не має юридичного значення та є нікчемною. У свою чергу, заміна кредитора у зобов'язанні, у тому числі шляхом відступлення права вимоги (передання кредитором своїх прав іншій особі за правочином на підставі п. 1 ч. 1 ст. 512 Цивільного кодексу України), здійснюється без згоди боржника, якщо інше не встановлено договором або законом (ч. 1 ст. 516 Цивільного кодексу України). Таким чином, якщо в основному договорі (договорі, з якого виникло право вимоги) встановлена вимога про необхідність погодження зміни кредитора, відступлення права вимоги без згоди боржника не допускається.

На підставі викладеного у справах зазначеної вище категорії укладені договори підлягають визнанню недійсними з огляду на їх здійснення без мети фінансування клієнта фактором за плату.

Як зазначено у Постанові Київського апеляційного господарського суду від 02.10.2017 р. у справі № 910/7038/17 про визнання договору недійсним, «за наведеним визначенням договору факторингу цей договір спрямований на фінансування однією стороною іншої сторони шляхом передачі в її розпорядження певної суми грошових коштів. Зазначена послуга за договором факторингу надається фактором клієнту за плату, розмір якої визначається договором. При цьому сама грошова вимога, передана клієнтом фактору, не може розглядатись як плата за надану останнім фінансову послугу. З огляду на наведене, судом першої інстанції вірно встановлено, що укладений між відповідачами договір про відступлення права вимоги не є договором факторингу, оскільки за вказаним договором жодна зі сторін не передає грошові кошти в розпорядження другої сторони (клієнта) за плату, тому

відсутні підстави вважати, що метою укладення між відповідачами 1 та 2 договору відступлення права вимоги є отримання прибутку.

У пункті 12.3 договору поставки № 1Т-К від 29.04.2009 р. сторонами було встановлено, що відступлення права вимоги та (або) переведення боргу за цим договором однією зі сторін до інших осіб допускається виключно за умови письмового погодження цього з усіма сторонами.

Тобто передача права вимоги, належної відповідачеві 1, можлива лише за умови отримання письмової згоди від боржника (позивача). Доказів надання позивачем такої згоди відповідачами не надано.

Враховуючи вищевикладене та з урахуванням того, що договір відступлення права вимоги від 31.10.2016 р., вчинений відповідачем 1 без попередньої письмової згоди на те позивача, порушує права і законні інтереси позивача та суперечить вимогам чинного законодавства України, колегія суддів погоджується з висновком суду першої інстанції про наявність підстав для визнання його недійсним відповідно до ст.ст. 203, 215 Цивільного кодексу України, отже, позовні вимоги підлягають задоволенню у повному обсязі» [11].

У справі № 910/503/17, ухвалюючи рішення про задоволення позову в частині визнання недійсними оспорюваних договорів щодо відступлення права грошової вимоги за договором поставки № 15/10-08 від 15.10.2008 р., суд першої інстанції, посилаючись на ст.ст. 11, 16, 203, 215, 216, 509, 513, 627 Цивільного кодексу України, зважав на те, що спірні договори укладались відповідачами стосовно виконання позивачем зобов'язання, зокрема, за вказаним договором поставки, пунктом 10.4 якого для сторін було встановлено заборону без письмової згоди другої сторони передавати свої права та обов'язки третім особам. Оскільки позивач письмової згоди на заміну кредитора не надавав, суд дійшов висновку, що спірні договори укладені з порушенням норм законодавства, а тому є недійсними. Відхиляючи доводи відповідача, суд також вказав, що спірні договори в розумінні ст. 1077 Цивільного кодексу України не є договорами факторингу, оскільки жодна зі сторін не передає грошові кошти в розпорядження другої сторони (клієнта) за плату, що є обов'язковою умовою договору факторингу. Суд апеляційної інстанції з такими висновками місцевого господарського суду погодився. Вищий господарський суд України, у свою чергу, зазначив, що такі висновки судів попередніх судових інстанцій є законними та обґрунтованими, відповідають фактичним обставинам та наявним матеріалам справи, ґрунтуються на вимогах норм матеріального і процесуального права [14].

Висновки. Отже, сутність договору факторингу, насамперед, полягає у наданні фінансової послуги (здійснення фінансування клієнта) та отриманні фактором відповідної плати (прибутку) за надання такої послуги. Ознака відплатності фінансування є визначальною для кваліфікації договірного правовідношення як договору факторингу. При цьому недоцільним видається ототожнення договору купівлі-продажу права грошової вимоги і договору факторингу та кваліфікації як «фінансування» самої лише передачі права грошової вимоги проти виплати коштів або обов'язку їх виплати у майбутньому.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України: станом на 06.01.2018 р. Відомості Верховної Ради України. 2003. №№ 40–44. Ст. 356.

2. Господарський кодекс України: станом на 06.01.2018 р. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 18, № 19-20, № 21-22. Ст. 144.

3. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12.07.2001 р. № 2664-ІІІ: станом на 01.01.2017 р. Відомості Верховної Ради України. 2002. № 1. Ст. 1.

4. Про віднесення операцій з фінансовими активами до фінансових послуг та внесення змін до розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 3 квітня 2009 р. № 231: Розпорядження Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг від 06.02.2014 р. № 352. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0342-14.

5. Новоселова Л.А. Сделки уступки права (требования) в коммерческой практике. Факторинг. Москва: Статут, 2004. 494 с.

6. Брагинский М.И. Договорное право. Книга пятая. Том 1. Договоры о займе, банковском кредите и факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. URL: http://nanobukva.ru/b/altern/braginskij__vitrjanskij__dogovornoe_pravo__kniga_5__tom_1__14.html.

7. Постанова Вищого господарського суду України від 19.10.2015 р. у справі № 910/3498/15-г. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/52613612.

8. Постанова Верховного Суду України від 13.04.2016 р. у справі № 3-238гс16. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/57201725.

9. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 10.02.2016 р. у справі 910/3498/15-г. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/55765469.

10. Василевская Л.Ю. Факторинг в России и Германии: особенности договорных конструкций. Право и политика. 2003. № 12. С. 36–52.

11. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 02.10.2017 р. у справі № 910/7038/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/69385137.

12. Комаха А. Залік на п’ять. Особливості укладання договорів про відступлення, зарахування зустрічних однорідних вимог. URL: http://yur-gazeta.com/publications/practice/civilne-pravo/zalik-na-pyat.html.

13. Постанова Вищого господарського суду України від 16.02.2016 р. у справі № 910/17428/15. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/55930215.

14. Постанова Вищого господарського суду України від 15.11.2017 р. у справі № 910/503/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/70354903.

ЯРОЦЬКА М. В.,
молодший науковий співробітник
(Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України)

УДК 347.13

АНАЛІЗ СТРУКТУРНИХ ЗВ'ЯЗКІВ МІЖ ЕЛЕМЕНТАМИ ЮРИДИЧНОГО СКЛАДУ ЯК ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ МАЙНОВИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

У статті проведено аналіз наукових положень стосовно характеру структурних зв'язків між елементами юридичного складу – підстави виникнення майнових цивільних правовідносин. Проаналізовано юридичну процедуру як одну з форм об'єктивації юридичного складу в правовій реальності.

Ключові слова: *юридичний склад, юридичний факт, умови, цивільні правовідносини, процедура, стани.*

В статье проведен анализ научных положений относительно характера структурных связей между элементами юридического состава – основания возникновения имущественных гражданских правоотношений. Проанализирована юридическая процедура как одна из форм объективации юридического состава в правой реальности.

Ключевые слова: *юридический состав, юридический факт, условия, гражданские правоотношения, процедура, состояния.*

The article is devoted to consideration of scientific provisions concerning character of structural relationships between elements of juridical composition – cause of material civil relationships establishment. Procedure as mean of formation juridical composition in law reality is analyzed.

Key words: *juridical composition, juridical fact, conditions, legal civil relationships, procedure, situation.*

Вступ. Юридичний склад як сукупність елементів, що спричиняє настання визначених законом або цивільно-правовим договором правових наслідків, зокрема у вигляді виникнення, зміни або припинення цивільних правовідносин, являє собою системне утворення. Його основна відмінність від одиничного юридичного факту полягає у тому, що необхідний учасникам цивільних відносин правовий результат породжує настання саме сукупності визначених законом чи договором елементів досліджуваного системного утворення, що виключає можливість досягнення такого результату у разі настання однієї дії чи події, яка являє собою лише один із його елементів. Як зазначається в літературі, особливістю юридичного складу як системи елементів є також те, що він може розкривати не лише статичні ситуації, але і ситуації, що розвиваються [1, с. 50]. У такому разі існування певного алгоритму формування зв'язків між елементами складу дає змогу розкрити динамічні аспекти правової реальності.

Вагомий внесок у розвиток цієї частини вчення про юридичні склади було здійснено радянськими правниками О.О. Красавчиковим «Юридичні факти в радянському

цивільному праві» (1958) та В.Б. Ісаковим «Фактичний склад у механізмі правового регулювання» (1980) та «Юридичні факти в радянському праві» (1984). Серед сучасних вітчизняних вчених цьому питанню присвячували увагу, зокрема Г.М. Чувакова «Юридичні факти, юридичні склади та їх дефекти» (2009), А.В. Коструба «Юридичні факти в механізмі правоприпинення цивільних відносин» (2014), О.О. Отраднова «Проблеми вдосконалення механізму цивільно-правового регулювання деліктних зобов'язань» (2014), М.Д. Пленюк «Підстави виникнення зобов'язальних правовідносин у механізмі правового регулювання» (2016), О.А. Явор «Юридичні факти в сімейному праві України: усталені підходи і новітні тенденції» (2016) тощо.

Незважаючи на наявність постійного інтересу до розгляду юридичних складів як підстави настання визначених законом або договором правових наслідків, питання специфіки структурних зв'язків між його окремими елементами залишається актуальним, зокрема через те, що після В.Б. Ісакова постановка та розгляд цієї проблеми в сучасних дослідженнях не здійснювались.

Постановка завдання. З огляду на стан дослідженості окресленої проблематики метою статті є здійснення аналізу специфіки структурних зв'язків між елементами юридичного складу як підстави виникнення майнових цивільних правовідносин із позицій усталених наукових положень і результатів сучасних наукових розробок, пов'язаних із цим питанням.

Результати дослідження. Підхід до визначення видів структурних зв'язків між елементами юридичного складу, запропонований В.Б. Ісаковим, охопив практично всі можливі ситуації, у зв'язку з чим справедливо знайшов підтримку більшості правників. З огляду на це напрям подальшого розгляду специфіки структури юридичних складів може бути заданий саме в контексті аналізу відповідних наявних наукових положень. Відомі три основних типи зв'язків між структурними елементами юридичного складу.

Перший тип юридичних складів характеризується тим, що для спричинення бажаного для учасників відповідних цивільних відносин юридичного наслідку необхідне одночасне існування всіх елементів, при цьому послідовність їх накопичення не має жодного значення. Цей тип зв'язків між елементами юридичного складу, видається, є найпростішим, оскільки закон не встановлює вимог до накопичення цих елементів у певній послідовності. І все ж звернення до конкретних прикладів, наведених із цього приводу в юридичній літературі, дає змогу побачити, що такий тип зв'язків стосується елементів складу, що накопичуються до настання ключової обставини – юридичного факту, який і призводить до визначеного наслідку, тобто є способом упорядкування умов настання основного, визначального юридичного факту у відповідному юридичному складі. Це слідує і з прикладів, запропонованих В.Б. Ісаковим. Зокрема, з цього приводу правник-теоретик наводив положення ч. 1 ст. 31 Виправно-трудового кодексу РРФСР 1970 р. (розконвоювання осіб, позбавлених волі), зазначаючи, що елементами відповідного юридичного складу є наявність виключних обставин, необхідність розконвоювання за характером робіт, тверде становлення засудженого на шлях виправлення, відбуття засудженим певної частини строку покарання [1, с. 49]. У той же час вбачається, що відповідні обставини є нічим іншим, як певними юридичними станами – умовами настання юридичного наслідку, оскільки зазначеним нормативним положенням передбачалось, що за наявності відповідних обставин засудженому могло бути дозволено пересуватись за межами відповідної установи без конвою [2], що і є розконвоюванням. З цього ми можемо робити висновок, що відповідні обставини є умовою юридичного факту – надання дозволу. Тим більше, що сам вчений зазначав, що юридичними фактами в межах юридичного складу відповідні обставини стають через те, що норма права пов'язує з їх наявністю певні юридичні наслідки, через що вони не можуть не бути юридичними, і, крім того, до завершення формування складу ці факти можуть бути визнані потенційно юридичними [1, с. 66–67]. Тобто в аналізованому структурному зв'язку передбачається, що відповідні обставини можуть і не спричиняти певних проміжних юридичних наслідків, тобто являти собою умови настання основного, визначального юридичного факту.

Як аналогічний цивільно-правовий приклад такої побудови елементів у межах юридичного складу можна навести ситуацію, описану в постанові Вищого господарського суду України від 6 листопада 2013 р. у справі № 910/6303/13, в якій суд, зокрема, зазначив, що реалізація права кредитора на притримання здійснюється за наявності юридичного складу, який охоплюється сукупністю наступних юридичних фактів: а) існування цивільно-правових відносин між кредитором і боржником, на підставі яких річ знаходиться у законному володінні кредитора (основне зобов'язання, яке забезпечується); б) законність володіння річчю; в) факт порушення боржником основного зобов'язання [3]. Як справедливо зазначила в контексті порушеного питання А.С. Жила, притримання – це право, а не обов'язок кредитора. Тому скористатись ним або ж ні – залежить від волевиявлення кредитора [4, с. 195]. Отже, відповідних обставин без акта правореалізації недостатньо для виникнення акцесорного зобов'язання притримання між кредитором та боржником, а тому всі наведені обставини є умовами такого основного, визначального правового акту, який і являє собою юридичний факт.

У контексті аналізованого типу зв'язків між елементами юридичного складу необхідно зазначити, що юридичний стан, з огляду на свою природу, може бути наслідком певного юридичного факту або його умовою. Юридичний стан варто розглядати як свого роду проміжний етап між розвитком різних правових моделей причинно-наслідкового зв'язку, наслідок об'єктивації однієї правової моделі й умову існування іншої.

Наведене дає змогу підтвердити, що ключовим моментом у накопиченні юридичного складу, як правило, є юридичний факт (дія або подія). Саме настання основного, визначального юридичного факту забезпечує завершення накопичення юридичного складу.

Другий тип зв'язку між структурними елементами юридичного складу є більш складним, оскільки передбачає їх накопичення в певному порядку. Прикладом такого накопичення елементів юридичного складу можна вважати порядок укладення цивільно-правового договору, що призводить до виникнення майнових цивільно-правових відносин. Як зазначав О.С. Іоффе, сама по собі оферта не породжує договірних відносин, але як один з елементів визначеної законом правової підстави їх виникнення оферта зумовлює виникнення можливості налагодження цих відносин. Той, кому адресована оферта, ще не набуває конкретних прав та обов'язків, однак він може набути їх, якщо акцептує оферту. Таким чином, у той час як повний склад зумовлює виникнення прав та обов'язків, його частина, що настала, створює лише можливість для їх виникнення [5, с. 123].

У контексті наведеної моделі структурних зв'язків виникає питання, пов'язане з розглядом його елементів виключно як юридичних фактів: у чому ж полягає трансформаційна властивість кожного факту? Його осмислення в сучасній літературі призвело до формування такого пояснення цієї ситуації: поява одного елемента відкриває юридичну можливість для подальших і так далі, доки не будуть накопичені всі елементи фактичного складу. Тобто саме у зв'язку з тим, що настання однієї обставини відкриває можливість для настання іншої, ці обставини і називаються юридичними фактами [1, с. 67; 6, с. 46].

З іншого боку, такий порядок накопичення елементів юридичного складу є нічим іншим, як юридичною процедурою, для якої характерна сукупність певних ознак. Зокрема, вона закріплена в нормативних актах, являє собою нормативно встановлений порядок здійснення юридичної діяльності, охороняється від порушень правовими санкціями й орієнтована на досягнення певної мети, тим самим гарантуючи правомірність та результативність юридичної діяльності. З цього приводу в теорії права виокремлюють так звані «матеріальні процедури», що можуть мати два види: 1) процедури позитивного застосування (наприклад порядок реалізації громадянами права на пенсію); 2) процедури, не пов'язані з правозастосуванням, що характерні для цивільно-правового регулювання (порядок укладення договорів, виконання зобов'язань тощо) [7, с. 259, 261]. Видається, відмінністю між ними є те, що перші пов'язані з актами правозастосування, а другі – з актами правореалізації. Водночас, на наше переконання, не варто відкидати можливість існування змішаних процедур, що охоплюють етапи, пов'язані як із

правореалізацією, наприклад, укладення цивільно-правового договору, так і з актами правозастосування, що пов'язані з участю органів державної влади або місцевого самоврядування в процесі спричинення певного юридичного наслідку, наприклад, державна реєстрація прав, що виникли з договору. З огляду на зазначене постає ще одне питання: чи можна взагалі розглядати всю процедуру, наприклад, емісію акцій як юридичний склад або складний юридичний склад [8, с. 46]? Адже очевидно, що в такому разі має місце реалізація поступових етапів розвитку правової ситуації, які можуть не мати самостійного значення у відокремленні від інших стадій. Зокрема, на прикладі з емісією облігацій можна простежити порядок виникнення позикових правовідносин між емітентом та першими власниками цінних паперів. Аналіз цього процесу і його умовне розбиття на стадії було здійснено М.Ю. Міндарьовою. Вчена умовно виокремлює чотири його стадії: 1) прийняття рішення про розміщення облігацій та здійснення підготовчих дій; 2) реєстрація випуску облігацій та присвоєння їм міжнародного ідентифікаційного номера; 3) вчинення дій із забезпечення обслуговування випуску облігацій та затвердження результатів розміщення; 4) реєстрація звіту про результати розміщення облігацій та її оформлення.

При цьому, на думку вченої, кожна з наведених стадій характеризується окремими етапами, що характеризуються певним змістом. Зокрема, на першій стадії емітент приймає рішення про розміщення облігацій, складає необхідні документи за обраними видами облігацій (проспект емісії або умови розміщення) та укладає попередні договори з андеррайтером (у разі потреби), а також із депозитарієм щодо обслуговування емісії цінних паперів. Завершується перша стадія подачею до Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку документів для реєстрації випуску облігацій. Друга стадія емісії характеризується діями виключно зазначеної Комісії, яка, отримавши документи від емітента, реєструє проспект емісії, видає тимчасове свідоцтво про реєстрацію випуску облігацій та присвоює їм міжнародний ідентифікаційний номер [9, с. 82–83], і так далі. Таким чином, окреслена комплексна процедура характеризується тим, що має чітку стадійність, за якої лише завершення попередньої стадії визначає можливість переходу до наступної.

У той же час не можна не звернути увагу на те, що такі дії, як прийняття рішення про розміщення облігацій та здійснення підготовчих дій, реєстрація випуску облігацій та присвоєння їм міжнародного ідентифікаційного номера тощо, не породжують юридичних наслідків у відриві від усього процесу. Ці дії є частиною більш складної процедури, лише завершення якої спричиняє наслідок у вигляді виникнення відповідних правовідносин.

Із цього приводу В.В. Гордєєв обґрунтовано зазначає, що вирішення поставленого питання залежить від конкретних обставин, мети, цілей та об'єкта дослідження. Зокрема, якщо фактичний склад містить кілька юридичних фактів, то кожен із них породжує проміжні правовідносини, проте якщо об'єктом дослідження виступає фактичний склад, а не юридичний факт, то й наслідки за загальним правилом буде мати лише завершений склад [10, с. 49].

Водночас, якщо ми включатимемо у склад не лише причину визначеного наслідку, а й кілька моделей причинно-наслідкових зв'язків, які передують їй, що і характерно для складних багатостадійних процедур, то, крім того, що ми значно збільшуватимемо сам склад, ми маємо включати в нього цілі процедури, реалізація яких спричиняє визначений юридичний наслідок. Це неодмінно призведе до того, що ту саму емісію цінних паперів ми маємо розглядати як один юридичний склад, незважаючи на те, що це стадійна процедура, в процесі здійснення якої створюються умови безпосередньо для емісії цінних паперів.

Зважаючи на викладене, вбачається, що існування складних процедур накопичення юридично важливих обставин для спричинення визначених юридичних наслідків, в яких окремі стадії не становлять самостійної цінності у відриві від всього процесу, створює підґрунтя для розмежування простих та складних юридичних фактів як підстав виникнення цивільних правовідносин. У такому разі простим юридичним складом варто вважати юридичний факт і умови його настання завершенням процедури, яка призводить до спричинення

відповідного юридичного наслідку, а складним – систему власне юридичних фактів та їх умов, настання яких у певній послідовності і відповідно до визначеного порядку становить зміст всієї процедури, завершення якої спричиняє визначені юридичні наслідки, зокрема й у вигляді виникнення майнового цивільного правовідношення. Сама процедура, в такому разі, є формою динамічного утворення юридичного складу в правовій реальності як підстави виникнення цивільного правовідношення.

В юридичній літературі також виокремлюють третій тип зв'язку між структурними елементами юридичного складу, який називають альтернативним. Під ним розуміють два, три і більше юридичних факти, які є самостійними та незалежними один від одного та породжують одні й ті самі юридичні наслідки. Особливість такої альтернативної групи складу полягає в тому, що її елементи переважно визначаються в одній нормі права [10, с. 50]. У той же час особливості окресленої «конструкції» відповідних юридичних складів дозволяють стверджувати, що в такому разі йдеться не про характер зв'язків між структурними елементами юридичного складу, а про спосіб викладення матеріалу в нормі права, побудови гіпотез та диспозицій правових норм. Адже юридичні склади ми переважно розглядаємо в контексті моделі причинно-наслідкового зв'язку і в ключі обставини, що вже настали або можуть настати в правовій реальності. Звідси слідує, що до визначеного юридичного наслідку може призводити одна або інша підстава, що утворює один чи інший юридичний склад. За участю одних і тих самих учасників правовідносин юридичний наслідок буде спричинено тією підставою, що настала раніше. Тому про існування альтернативного юридичного складу ми можемо стверджувати лише в контексті побудови нормативної моделі, однак не в контексті юридичних обставин, що настають у правовій реальності.

Висновки. Підбиваючи підсумки, необхідно констатувати, що з точки зору нормопроектувальної техніки юридичний склад є досить складним утворенням, елементи якого можуть перебувати в різних зв'язках між собою. Від законодавця і запроваджених ним моделей причинно-наслідкового зв'язку залежить структура складу, взаємозв'язки між його елементами і значення послідовності накопичення для загального результату.

І все ж доволі часто зафіксувати правову модель причини й наслідку в межах одного нормативного положення не вдається, зокрема це пов'язано з ситуаціями, які потребують ретельної регламентації, поділу процесу на окремі стадії з їх взаємозв'язком між собою. Утворення таких процедур необхідне для забезпечення прав та обов'язків суб'єктів цивільного права, створення умов для їх належної реалізації та виконання. У такому разі зобразити причину певного юридичного наслідку як юридичного факту та його умов не видається можливим. Тому в цих випадках зміст юридичного складу може значно збільшуватись і включати в себе цілі процедури. З цього приводу справедливо зазначив І.В. Бабичев: «У реальності будь-який об'єкт-система тисячами ниток (відносинами різної природи та змісту) пов'язаний з іншими об'єктами-системами» [11, с. 29]. Однак, якщо відповідні системи за умови їх розгляду в динамічному аспекті не мають самостійної власної мети й спрямовані переважно на досягнення загального результату, до якого прагнуть й інші системи, і без зв'язків між цими системами цього результату досягти неможливо, що має місце при розгляді окремих стадій одного процесу, то вбачається, що ці системи (стадії одного процесу) являють собою частину більшої за обсягом метасистеми – юридичного складу.

Список використаних джерел:

1. Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1980. 128 с.

2. Исправительно-трудовой кодекс РСФСР: по состоянию на 18 декабря 1970 г. URL: http://base.garant.ru/1302500.

3. Постанова Вищого господарського суду України від 6 листопада 2013 р., у справі № 910/6303/13. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/34714271.

4. Жила А.С. Притримання як спосіб забезпечення зобов'язань. Акт. пробл. держави і права. 2008. Вип. 38. С. 194–198.

5. Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та. 1949. 144 с.

6. Гордєєв В.В. Поняття та зміст фактичного складу. Наук. Вісн. Чернів. ун-ту: Правознавство. 2011. Вип. 597. С. 45–49.

7. Тарасова А.Г. Юридическая процедура как средство обеспечения реализации прав и свобод человека и гражданина. Вестник Волгогр. гос. ун-та. Сер. 5. Юриспруд. 2011. № 2 (15). С. 258–265.

8. Афаунова Ф.А. Эмиссия акций как основание возникновения и изменения корпоративных правоотношений: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2014. 273 с.

9. Міндарьова М.Ю. Облігації як об'єкт цивільного обороту: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.03. Х., 2015. 221 с.

10. Гордєєв В.В. Фактичний склад: поняття, зміст і критерії класифікації. Держава і право. 2012. Вип. 55. С. 48–54.

11. Бабичев И.В. Системно-структурный подход к исследованию юридических конструкций (на примере муниципально-правовых систем). Гос-во и право. 2009. № 9. С. 27–37.

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС

КИРИЧЕНКО І. О.,
здобувач
(Науково-дослідний інститут правового забезпечення інноваційного розвитку Національної академії правових наук України)

УДК 346.7:624.340.13

ВИЗНАЧЕННЯ ПІДСТАВ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПРАВОПОРУШЕННЯ ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ ІНЖИНІРИНГОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В БУДІВНИЦТВІ

У статті проаналізовано загальне поняття відповідальності за правопорушення в господарському праві, а також визначено поняття відповідальності за правопорушення у сфері інжинірингової діяльності, визначено умови та підстави притягнення до такого виду відповідальності.

Ключові слова: *господарсько-правова відповідальність, відповідальність за порушення під час здійснення інжинірингової діяльності, інжиніринг.*

В статье проанализировано общее понятие ответственности за правонарушения в хозяйственном праве, а также определено понятие ответственности за правонарушения в сфере инжиниринговой деятельности, установлены условия и основания привлечения к такому виду ответственности.

Ключевые слова: *хозяйственно-правовая ответственность, ответственность за нарушения при осуществлении инжиниринговой деятельности, инжиниринг.*

The article analyzes the general concept of liability for offenses in economic law, as well as defines the notion of liability for offenses in the field of engineering activity, determines the conditions and grounds for bringing such liability.

Key words: *economic and legal responsibility, responsibility for violations during the implementation of engineering activities, engineering.*

Вступ. Господарсько-правова відповідальність є невід'ємним елементом договірних відносин у сучасних умовах господарювання, оскільки за своєю сутністю є засобом захисту прав та інтересів сторін таких відносин, а також певним засобом гарантій суспільної корисності продуктів чи результатів такої діяльності. Відповідальність у сфері інжинірингової діяльності не є винятком, і це пов'язано передусім із особливостями самої діяльності, а також із тими ризиками, які вона несе в собі. Водночас із погляду інжинірингової діяльності відповідальність можуть нести всі сторони відносин, навіть якщо роботи, по суті, виконані або фактичні взаємовідносини між сторонами добігли кінця через закінчення терміну договору.

Дослідженням питань господарсько-правової відповідальності праці присвятили такі вчені-юристи, як М. Абрикєєв, О. Кикоть, О. Перунова, С. Селезень, Р. Шишка, В. Щербина та ін.

Постановка завдання. Метою статті є спроба визначення поняття й особливостей відповідальності за правопорушення під час здійснення інжинірингової діяльності.

Результати дослідження. На нашу думку, особливість інституту відповідальності у сфері провадження інжинірингової діяльності полягає в тому, що він включає такий елемент, як відшкодування шкоди, а також передбачає так звану відкладену відповідальність, що є елементом цивільного-правової відповідальності. Саме тому для того, щоб ґрунтовно та всебічно дослідити підстави й умови відповідальності за правопорушення під час здійснення інжинірингової діяльності в будівництві, доцільно розпочати із засадницьких фундаментальних принципів і механізму функціонування інституту відповідальності в господарському праві. Нині цей інститут досліджений достатньо тією мірою й у тих ракурсах, які дадуть змогу конкретизувати основні його положення стосовно відповідальності за правопорушення під час здійснення інжинірингової діяльності в будівництві.

Безумовно, вихідними для аналізу господарсько-правової відповідальності за порушення під час здійснення аналізованого в цьому дослідженні виду діяльності є норми статей розділу V «Відповідальність за правопорушення у сфері господарювання» Господарського кодексу (далі – ГК) України. Так, відповідно до ст. 216 ГК України, учасники господарських відносин несуть господарсько-правову відповідальність за правопорушення у сфері господарювання шляхом застосування до правопорушників господарських санкцій на підставах і в порядку, передбачених ГК України, іншими законами та договором. Застосування господарських санкцій має гарантувати захист прав і законних інтересів громадян, організацій і держави, в тому числі відшкодування збитків учасникам господарських відносин, завданих унаслідок правопорушення, та забезпечувати правопорядок у сфері господарювання [1].

Як зазначає В. Щербина, господарсько-правова відповідальність – це комплексний правовий інститут, який має свій особливий предмет регулювання – суспільні відносини, що виникають і функціонують у зв'язку з учиненням господарського правопорушення. При цьому ГК України не містить визначення поняття господарського правопорушення та не розкриває його змісту. Доктринально господарське правопорушення можна визначити як протиправну дію або бездіяльність учасника господарських відносин, яка не відповідає вимогам норм господарського права, не узгоджується з юридичними обов'язками зазначеного учасника, порушує суб'єктивні права іншого учасника господарських відносин або третіх осіб (наприклад, держави шляхом порушення встановлених законодавством правил здійснення господарської діяльності) [2].

Таким чином, господарсько-правова відповідальність покликана стимулювати належне виконання учасниками господарських відносин господарських зобов'язань. Отже, її головною метою є захист прав і законних інтересів громадян, організацій і держави, у тому числі відшкодування збитків учасниками господарських відносин, завданих унаслідок правопорушення, а також забезпечення правопорядку у сфері господарювання [3].

Господарсько-правова відповідальність базується на принципах, які відображають сутність і характер правового регулювання такої відповідальності й мають вагоме значення під час їх практичного застосування. Зокрема, такими принципам є [4]:

– потерпіла сторона має право на відшкодування збитків незалежно від того, чи є застереження про це в договорі; передбачена законом відповідальність виробника (продавця) за недоброякісність продукції застосовується також незалежно від того, чи є застереження про це в договорі. Цей принцип закріплює право суб'єкта господарювання, який зазнав певних утрат унаслідок здійснення іншим суб'єктом господарського правопорушення, у будь-якому випадку на отримання відшкодування таких збитків. За таким же принципом законодавством передбачена відповідальність виробника (продавця) за недоброякісність продукції;

– сплата штрафних санкцій за порушення зобов'язання, а також відшкодування збитків не звільняють правопорушника без згоди іншої сторони від виконання прийнятих зобов'язань у натурі. За загальним правилом, суб'єкт господарювання, що порушив господарське зобов'язання, повинен виконати його належним чином навіть після того, як ним було сплачено штрафні санкції за його невиконання. Єдиним винятком із цього правила може бути домовленість сторін про звільнення суб'єкта господарювання від подальшого виконання своїх обов'язків, яка повинна бути зафіксована в установленому законом порядку;

– у господарському договорі неприпустимі застереження щодо виключення або обмеження відповідальності виробника (продавця) продукції. Цим принципом обмежується право сторін на внесення до договору застереження щодо обмеження відповідальності виробника (продавця) продукції, оскільки цей принцип унесений до законодавства з метою захисту інтересів споживачів.

У рамках дослідження доцільно запропонувати власне бачення і трактування дефініції «відповідальність за правопорушення під час здійснення інжинірингової діяльності в будівництві», яку доречно детермінувати у двох значеннях:

– в широкому – це особливий вид відносин між суб'єктам договору на надання послуг з інжинірингу в будівництві, що настає внаслідок порушення стороною своїх зобов'язань, що випливає із законодавства або умов договору;

– у вузькому – це сукупність обтяжень і примусів, що накладаються на сторону договірних відносин із надання інжинірингових послуг у будівництві в разі порушення нею договірних і позадоговірних зобов'язань, норм законодавства, що призвело до прямої шкоди чи погіршення господарсько-майнового становища іншої сторони за договором або третьої сторони (користувачів об'єктом створенням у результаті інжинірингової діяльності).

Таким чином, визначаючи сутність відповідальності за правопорушення під час здійснення інжинірингової діяльності в будівництві, доходимо розуміння, що вона настає не лише за невиконання чи неналежне виконання власне умов договору інжинірингу в будівництві. Суттєвим аспектом у відносинах інжинірингу є дотримання вимог і норм (зокрема будівельних), визначених законодавством України й не деталізованих у самому договорі. Крім того, варто звернути увагу на те, що інжинірингова діяльність є різновидом професійної діяльності для фізичних осіб або окремим напрямом діяльності юридичної особи, що накладає на неї необхідність дотримання низки вимог та умов здійснення такої діяльності, внаслідок чого (зокрема недотримання, неналежне дотримання, приховування фактів, що унеможливлюють продовження провадження такої діяльності) результати її діяльності також тягнуть за собою настання відповідальності.

Аналізуючи інститут відповідальності за порушення під час здійснення інжинірингової діяльності в будівництві, варто звернути увагу на те, що ми використали такий підхід до класифікації, який передбачає розподіл її на договірну та позадоговірну. Для інжинірингової діяльності така класифікація є надзвичайно доцільною, оскільки правопорушення в цій сфері можливі як у разі невиконання договірних зобов'язань причому обома сторонами договору, так і за умови порушення загальнодержавних стандартів і норм. Подібні порушення також можуть мати місце з обох сторін, а не з боку виконавця інжинірингових робіт, як про це може скластися думка з огляду на формулювання інжинірингової діяльності в будівництві, запропонованого законодавцем.

У такому разі цілком обґрунтованим уважається саме формулювання «відповідальність за порушення під час здійснення інжинірингової діяльності в будівництві». Мова йде про договірні обов'язки, і разом із тим вони маються на увазі, так само як і їх порушення, що тягнуть за собою певні санкції. Однак інжинірингова діяльність за своєю сутністю є явищем комплексним, диференційований підхід застосовується до всіх складових елементів цього виду господарської діяльності. Господарсько-правова відповідальність, яка може виникати в процесі відносин між суб'єктами інжинірингу, не обов'язково означає закінчення чи припинення договірних відносин, оскільки через складність інституту інжинірингу й відповідальність може бути позадоговірною, що випливає з діяльності суб'єктів, яка порушує норми чинного законодавства, тим самим завдаючи шкоду охоронюваному державою правопорядку.

Реалізації мети господарсько-правової відповідальності покликані сприяти принципи, що закріплені в ч. 3 ст. 216 ГК України: потерпіла сторона має право на відшкодування збитків незалежно від того, чи є застереження про це в договорі; передбачена законом відповідальність виробника (продавця) за недоброякісність продукції застосовується також незалежно від того, чи є застереження про це в договорі; сплата штрафних санкцій за порушення

зобов'язання й також відшкодування збитків не звільняють правопорушника й без згоди другої сторони від виконання прийнятих зобов'язань у натурі; у господарському договорі неприпустимі застереження щодо виключення або обмеження відповідальності виробника (продавця) продукції. Саме багатослів'я для принципів не характерне, їх важко назвати принципами. У юридичній літературі поширене положення, що господарсько-правова відповідальність існує у формі додаткового обов'язку, що покладається на зобов'язаного суб'єкта після порушення ним зобов'язання та полягає в сплаті неустойки, відшкодуванні збитків, завданих управленому суб'єкту, що правильно лише стосовно договірних зобов'язань, де їх порушення спричиняє акцесорне зобов'язання, а в разі відмови його виконати – примус до їх виконання у формі господарсько-правової відповідальності. Щодо деліктів, то тут ніякого додаткового зобов'язання не виникає, вони – санкція за порушення [5].

І все ж таки методологічне розроблення господарської відповідальності як окремого правового інституту свідчить про неоднозначність її природи в аспекті її практичної реалізації. Відповідаючи на питання, є господарсько-правова відповідальність додатковим обтяженням сторін чи це є наслідок невиконання зобов'язань і стягується з особи у вигляді санкцій, необхідно звернутися до самих принципів накладання відповідальності. Наведені вище, вони демонструють унікальність системи відносин з приводу накладання (дискусійне питання стосовно моменту накладання) і стягнення відповідальності. По-перше, незрозумілим і неврегульованим є власне механізм, за яким відповідальність настає, адже якщо її розуміти в тому сенсі, в якому відповідальність виступає як додаткові обов'язки та зобов'язання, що прямо випливають з умов договору, то цілком зрозумілим є питання її диференціації від власне самих господарсько-правових зобов'язань.

По-друге, викликає питання встановлення факту самого правопорушення під час здійснення інжинірингової діяльності. Якщо санкції накладаються судом, то питання стосовно моменту та порядку встановлення обсягів і підстав відповідальності вирішується в судовому порядку, але якщо така відповідальність контрагентом виконується добровільно, то нами вбачається це продовженням договірних відносин.

Якщо учасником господарських відносин учинено правопорушення у вигляді невиконання або неналежного виконання організаційно-господарського зобов'язання або порушено установлені вимоги (правила) щодо здійснення господарської діяльності, до нього мають застосовуватися положення ГК України та інших законів України, що регулюють відповідні організаційно-господарські зобов'язання, та правила здійснення господарської діяльності. О. Васильєва й О. Підцерковний подібну тезу висувають як методологічну базу узгодження положень Цивільного кодексу (далі – ЦК) й ГК України в частині відповідальності учасників господарських відносин за порушення у сфері господарювання. До таких положень, зокрема, належать [6]:

– визначення поняття і складу збитків, що підлягають відшкодуванню особою, яка допустила правопорушення (ч. 2 ст. 22 ЦК України й відповідні їй ч. 2 ст. 224 і ч. 1 ст. 225 ГК України) [7];

– установлення єдиного (загального) правила щодо співвідношення збитків і неустойки (ч. 1 ст. 624 ЦК України й відповідна їй ч. 1 ст. 232 ГК України) [6];

– поняття неустойки і її суті (грошова сума або інше майно – ч. 1 ст. 549 ЦК України, чи лише грошова сума – ч. 1 ст. 230 ГК України), а також співвідношення неустойки, штрафу й пені як видів штрафних санкцій (ст. 549 ЦК України й відповідна їй ч. 1 ст. 230 ГК України) [2].

Звертаючись до точки зору В. Щербина, ми доходимо розуміння, що господарсько-правовій відповідальності властиві особливі ознаки. З погляду форми ця відповідальність є юридичною, тобто являє собою дію (вплив) кредитора (потерпілого) на правопорушника безпосередньо або за допомогою арбітражного суду (суду, третейського суду). Юридична природа такої відповідальності полягає в негативній оцінці поведінки правопорушника з боку держави й у прямій вимозі або санкції закону застосувати до нього заходи матеріального впливу у вигляді відшкодування збитків, сплати неустойки, штрафу, пені тощо. Загальним принципом цієї відповідальності є державна забезпеченість щодо застосування передбачених

договором чи законом майнових санкцій. Держава гарантує застосування їх завдяки системі спеціальних і загальних правозахисних державних органів, функцією яких є саме застосування майнових санкцій. Господарсько-правова відповідальність застосовується лише в разі правопорушення, тобто на такій юридичній підставі, як об'єктивні протиправні дії чи бездіяльність правопорушника, і загалом базується на презумпції його вини [8].

Під підставами господарської відповідальності розуміють ті основні умови, за наявності яких вона настає. Згідно зі ст. 218 ГК України, господарська відповідальність – це вчинене учасником господарських відносин правопорушення у сфері господарювання. Цією нормою закріплено й ключові умови відповідальності, а саме [1; 9]:

– незворотність господарської відповідальності, за винятком обставин, коли правопорушник ужив усіх залежних від нього заходів для недопущення порушення. Тут варто підкреслити, що немає жодних коментарів, які б кваліфікували, які саме «заходи» маються на увазі. Можна передбачити, що право тлумачення таких заходів покладено на суд. Очевидно, що така законодавча прогалина суперечить сучасним тенденціям «розвантаження» господарських судів і спонукання суб'єктів господарських відносин до досудового розв'язання спорів;

– правопорушник звільняється від господарської відповідальності, якщо доведе, що на перешкоді належному виконанню його зобов'язань стояли надзвичайні й незворотні обставини.

Щодо останнього пункту законодавчо передбачено важливе уточнення, що не можуть уважатись такими обставинами порушення своїх зобов'язань контрагентами правопорушника, відсутність на ринку потрібних для виконання зобов'язання товарів, брак у боржника необхідних коштів [9].

Аналізуючи відповідальність за правопорушення під час здійснення інжинірингової діяльності в будівництві згідно з теоретико-методологічним концептом складу господарського правопорушення пропонуємо акцентувати увагу на тому, що склад господарського правопорушення в процесі реалізації відносин з приводу інжинірингової діяльності в будівництві характеризується як повний. Це є необхідним для встановлення в повному обсязі всіх елементів і підстав учинення дій чи бездіяльності суб'єкта інжинірингових відносин, що, у свою чергу, дасть змогу повно визначити межі такої відповідальності й обсяги санкцій.

Висновки. Отже, ми доходимо розуміння того, що господарську відповідальність за порушення у сфері інжинірингової діяльності в будівництві можуть нести всі учасники таких відносин, при цьому навіть у випадках, коли шкода завдається третім особам чи державі. У цьому й полягає специфічність аналізованого господарсько-правового інституту, разом із тим його дискусійність, оскільки, хто саме повинен відповідати за шкоду, заподіяну в процесі експлуатації об'єкта, створеного за результатом інжинірингової діяльності, сьогодні остаточно не врегульовано законодавчо, що передбачає встановлення в судовому порядку або визначається в договорі.

З таких позицій цілком актуальним видається запровадження такого елемента у відносини з приводу інжинірингової діяльності в будівництві, як добровільне страхування господарсько-правової відповідальності суб'єкта інжинірингових відносин та обов'язкове страхування відповідальності суб'єкта, що надає інжинірингові послуги або займається професійною діяльністю в галузі інжинірингу (останнє є доцільним виключно для фізичної особи).

Список використаних джерел:

1. Реинжиниринг бизнес-процессов / кол. авт.: Н.М. Абдикеев, Т.П. Данько, С.В. Ильдеменов, А.Д. Киселев. Москва: ЭКСМО, 2014. 420 с

2. Щербина В.С. Господарсько-правова відповідальність: галузевий підхід, особливості застосування та напрямки подальших наукових досліджень. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. 2013. № 3 (97). С. 15–25.

3. Перунова О.М., Селезень С.В. Підприємницьке (господарське) законодавство: конспект лекцій. Харків: ХНАДУ, 2009.

4. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / О.А. Беляневич, О.М. Вінник, В.С. Щербина та ін.; за заг. ред. Г.Л. Знаменського, В.С. Щербини. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2012. 776 с.

5. Шишка Р.Б. Окремі аспекти господарсько-правової відповідальності. Юридичний вісник. 2015. № 1 (34). С. 129–135.

6. Хозяйственное право Украины: учебник / под ред. А.С. Васильева, О.П. Подцерковного. Харьков: Одиссей, 2005. 464 с.

7. Сєліванова І.А. Співвідношення Цивільного та Господарського кодексів України в регулюванні відповідальності за порушення у сфері господарювання. Хозяйственное законодательство Украины: практика применения и перспективы развития в контексте европейского выбора: сб. науч. тр. / НАН Украины. Ин-т экономико-правовых исследований; редкол.: В.К. Мамутов (отв. ред.) и др. Донецк: ООО «Юго-Восток, ЛТД», 2005. С. 77–78

8. Щербина В.С. Господарське право: підручник. 6-те вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2013. 640 с.

9. Кикоть О.О. Підстави настання господарсько-правової відповідальності: теоретико-правові питання. Наукові записки НаУКМА. 2010. Т. 113: Юридичні науки. С. 100–102.

ТРУДОВЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

БОЄВА О. С.,
кандидат юридичних наук,
суддя
(Господарський суд Запорізької області)

УДК 349.2

ВИОКРЕМЛЕННЯ ІНСТИТУТУ СУДОВОГО ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ: РЕАЛЬНІСТЬ СЬОГОДЕННЯ

Стаття присвячена питанням формування інституту судового захисту трудових прав. Наголошено на необхідності виокремлення інституту судового захисту трудових прав, роль якого зводиться до суцільного, відносно закінченого регулювання суспільних відносин у межах захисту прав та інтересів працівників, з більш вагомого за змістом – інституту захисту трудових прав.

Ключові слова: *судовий захист, трудові права, інститут захисту трудових прав, інститут судового захисту трудових прав, справа, суд, юрисдикція.*

Статья посвящена вопросам формирования института судебной защиты трудовых прав. Отмечена необходимость выделения института судебной защиты трудовых прав, роль которого сводится к повсеместному, относительно законченному регулированию общественных отношений в рамках защиты прав и интересов работников, с более значимого по содержанию – института защиты трудовых прав.

Ключевые слова: *судебная защита, трудовые права, институт защиты трудовых прав, институт судебной защиты трудовых прав, дело, суд, юрисдикция.*

The article focuses on the issue of labor rightsjudicial protectioninstitution creation. The necessity of its separation from the more general institution oflabor rightsis highlighted and it is stated that the role of such institution lies in the general, relatively complete regulation of social relations within the protection of the rights and interests of employees.

Key words: *judicial protection, labor rights, institute for the protection of labor rights, institute for the protection judicial of labor rights, case, court, jurisdiction.*

Вступ. За змістом статей 43–45 Конституції України в нашій державі гарантовані права людини: на працю; на належні, безпечні та здорові умови праці, на заробітну плату, не нижчу від визначеної законом; заборонено використання примусової праці, праці жінок і неповнолітніх на небезпечних для їхнього здоров'я роботах; надано гарантії на захист від незаконного звільнення та щодо своєчасного одержання винагороди за працю та на відпочинок, тобто Основним Законом прямо закріплені трудові права людини, які є невід'ємною складовою частиною основних прав людини [1].

Статтею 55 Конституції України передбачено, що кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Кожен має право звертатися за захистом своїх прав

до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. Кожному гарантується право звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, установлених цією Конституцією, та в порядку, визначеному законом. Кожен має право після використання всіх національних засобів юридичного захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна. Кожен має право будь-якими незабороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань (Стаття 55 Конституції України в редакції Закону № 1401-VIII від 02.06.2016 р.) [2].

Додатковою гарантією захисту прав людини, в тому числі захисту трудових прав, є закріплення в частині 2 статті 124 Конституції України положення стосовно того, що юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення. У передбачених законом випадках суди розглядають також інші справи (в редакції Закону України № 1401-VIII від 02.06.2016 р.).

Вказані конституційні положення узгоджуються з приписами Загальної декларації прав людини 1948 р. [3], Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Європейська Конвенція з прав людини) [4], Міжнародного пакту про економічні, соціальні й культурні права 1966 р. [5], Європейської Соціальної Хартії [6], – щодо положення «кожен має право на судовий захист».

Україна, яка за статтею 1 своєї Конституції є суверенною і незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою, дотримується цих міжнародних принципів. Зокрема, частиною 2 статті 8 Конституції України встановлено, що норми Конституції України є нормами прямої дії. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується.

Відтак гарантія реалізації основних прав і свобод людини, в тому числі трудових прав, в Україні, яка проголошена правовою державою, полягає в можливості судового захисту цих прав.

Питання захисту трудових прав були предметом наукових досліджень Н.Б. Болотіної, В.С. Венедиктова, В.В. Жернакова, І.В. Зуба, М.І. Іншина, І.П. Лаврінчука, О.М. Обушенка, П.Д. Пилипенка, С.М. Прилипка, В.Г. Ротаня, Н.М. Хуторян, Г.І. Чанишевої, В.І. Щербини, та ін.

Судовому захисту трудових прав приділяли свою увагу: О.І. Антонюк, В.Ф. Бойко, І.М. Ваганова, М.І. Іншин, А.М. Колодій, В.В. Лазор, О.Є. Сонін, Ю.М. Тодика, О.М. Ярошенко.

Постановка завдання. Актуальність даного дослідження полягає в тому, що науковцями досліджувалися лише окремі питання, пов'язані з судовим захистом трудових прав як однією з форм, притаманних інституту захисту трудових прав та питання щодо засобів та способів захисту трудових прав. Також майже всі українські вчені (протягом 2000–2015 років) зазначали про необхідність формування інституту захисту трудових прав або про започаткування такого інституту. Натепер відсутні наукові праці, в яких би досліджувалися питання щодо формування (вірніше – щодо виокремлення) інституту судового захисту трудових прав.

Для того, щоб переконатися наскільки важливим є судовий захист трудових прав, слід привести статистичні дані.

Таблиця 1

Статистичні дані розгляду цивільних справ судами України по першій інстанції [7–10]

Кількість справ	2014 рік	2015 рік	2016 рік	1-й кварт. 2017 р.
Справи позовного провадження	799 538	805 994	749 764	296 579
В тому числі справ із трудових правовідносин (трудові спори)	28 185	21 658	19 377	7839
Задоволено позовних заяв із трудових спорів	13 240	10 543	9099	3692

Зменшення кількості справ із трудових спорів не свідчить про втрату актуальності судового розгляду таких справ, оскільки зменшення, по-перше, відбувається на тлі зменшення кількості інших справ позовного провадження, по-друге, відсутні статистичні дані про кількість справ, які виникають із трудових правовідносин та були вирішені в порядку наказного провадження, в порядку КАС України та господарськими судами (в межах провадження про банкрутство). За наявності всіх даних такі цифри мали б більш вражаючий характер.

З цієї таблиці вбачається, що відсоток трудових спорів відносно всіх спорів, що розглядалися судами першої інстанції в порядку позовного провадження, є практично стабільним (приблизно 2,6%–3,5%) протягом всього вказаного періоду часу, а відсоток задоволених позовів становить 46,9%–48,7%. До того ж слід вказати, що в Україні збільшено рівень мінімальної заробітної плати, а тому роботодавці, маючи на меті уникнення оподаткування в повному обсязі, в непоодиноких випадках виплачують тіньову зарплату (в так званих конвертах) або здійснюють працевлаштування без належного оформлення, і за таких умов працівники нерідко позбавлені можливості звернутися до суду з належним позовом у разі виникнення трудового спору. Саме тому статистичні дані не в повній мірі відображають кількість трудових спорів, які б мали вирішуватися в судовому порядку.

Проте навіть приведені в Таблиці № 1 статистичні дані свідчать про злободенність та актуальність опрацювання питань, пов'язаних із судовим захистом трудових прав та дослідження цих питань у ракурсі виокремлення інституту судового захисту трудових прав.

Автором даної статті раніше вже досліджувалися питання щодо формування інституту захисту трудових прав та висловлювалася думка, що натепер фактично сформувався і діє інститут захисту трудових прав. Можливість такого висновку обумовлена проведеним теоретичним дослідженням дефініції «інститут права» з точки зору забезпечення суцільного, відносно закінченого регулювання трудових відносин з питань, пов'язаних із захистом трудових прав [11].

Діючи за таким саме алгоритмом, дослідимо питання стосовно того, чи можливо стверджувати, що має місце виокремлення інституту судового захисту трудових прав із більш вагомого за змістом інституту захисту трудових прав.

Результати дослідження. Дефініція «правовий інститут» має різні формулювання, зокрема, найбільш вживаним є таке визначення, що інститут права – система юридичних норм, що регулюють певну групу однорідних суспільних відносин у межах галузі права [12, с. 38].

На думку П.М. Рабіновича, інститут права – це система юридичних норм, які регулюють певну групу однорідних суспільних відносин. Серед таких інститутів розрізняють галузеві та міжгалузеві (наприклад, інститут юридичної відповідальності за екологічні правопорушення тощо) [13, с. 125].

В академічному курсі теорії держави і права (за редакцією О.В. Зайчука та Н.М. Оніщенко) визначено, що інститут права – це сукупність відокремлених, взаємопов'язаних правових норм, що утворюють частину галузі права та регулюють певну сторону однорідних суспільних відносин <…> Інститут права відрізняється від галузі права передусім за обсягом правового регулювання, він регулює не всю сукупність якісно однорідних суспільних відносин, а лише їх окремі сторони <…> [14, с. 388].

З метою дослідження наявності ознак інституту судового захисту трудових прав за основу візьмемо наступне твердження: «<…> як певна сукупність норм права інститут права характеризується певними властивостями: регулятивністю (норми за змістом мають регулятивний характер), предметністю (присв'ячений регулюванню визначеного предмета – суспільних відносин) та галузевістю (створюється з норм, що належать лише до певної галузі права» [14].

Якщо виходити з вищевикладеного, то інституту судового захисту трудових прав притаманні саме такі властивості:

а) регулятивність (наприклад, норми права, викладені в КЗпП України у главах: XII «Праця жінок», XIII «Праця молоді», статті 21–34 Закону України «Про оплату праці» тощо мають регулятивний характер) [15, 16];

б) предметність (регулюють суспільні відносини у сфері праці стосовно захисту основних трудових прав або захисту прав певних категорій працівників). Таке регулювання відбувається на базі національного та міжнародного законодавства.

в) галузевість (матеріальні норми права, що стосуються захисту трудових прав, відносяться до галузі трудового права, а процесуальні норми права, за якими в разі необхідності може відбуватися захист трудових прав, мають міжгалузевий характер (у порядку ЦПК України, ГПК України, КАС України, в Конституційному Суді України, в Європейському суді з прав людини), а тому можливо розглядати захист трудових прав як комплексний інститут.

Вищевказане свідчить про те, що наявність значної кількість норм щодо захисту трудових прав у трудовому національному і міжнародному законодавстві й визначеність належної процесуальної регламентації в їх застосуванні відповідають властивостям, притаманним правовому інституту, а відтак можливо вважати, що інститут захисту трудових прав на теперішній час є сформованим.

Використовуючи такий підхід, проаналізуємо питання виокремлення інституту судового захисту трудових прав з точки зору функції або головного призначення такого інституту. Так, О.Ф Скакун вказує, що головне призначення інститутів права – в межах своєї групи однорідних суспільних відносин забезпечити суцільне, відносно закінчене регулювання [17, с. 248].

Для того, щоб з'ясувати, чи має місце в галузі трудового права такий інститут, який у межах однорідних (а саме – трудових відносин) забезпечує суцільне, відносно закінчене регулювання питань, пов'язаних із захистом трудових прав, слід нагадати, що на практиці захист таких прав (та/або інтересів) здійснюється в юрисдикційному або неюрисдикційному порядку. Важливо при цьому встановити, яким чином, за допомогою яких явищ або інших виявів у межах трудових відносин здійснюється захист трудових прав.

Широко вживаним є твердження, що форма – це втілення або вираження відповідного явища. Форми захисту трудових прав – це звернення працівників, права або інтереси яких порушено, до певних профспілкових організацій (які за змістом частини 3 статті 259 КЗпП України здійснюють громадський контроль за додержанням законодавства про працю), до комісії по трудових спорах (ст. ст. 221, 223 КЗпП України), до відповідних органів виконавчої влади (які у відповідності до вимог статей 259–260 КЗпП України здійснюють нагляд і контроль за додержанням законодавства про працю або державний нагляд за охороною праці) та до суду (ст. ст. 221, 231 КЗпП України) [15].

Такі форми захисту трудових прав закріплені на законодавчому рівні, регламентовані підстави і межі їх застосування та передбачено, що відповідні суб'єкти, до яких звертаються працівники, мають відповідні повноваження щодо захисту трудових прав та щодо вимоги усунення порушень із боку роботодавця. Серед вказаних форм захисту трудових прав саме судовий захист є найбільш стародавньою формою захисту і відомий ще з часів Римської Імперії.

Питання генези інституту судового захисту трудових прав досліджувалися автором у деяких наукових статтях. Зокрема, автором було запропоновано умовний поділ на етапи (або періоди) розвитку інституту судового захисту трудових прав. Автор виділяє 12 таких періодів (починаючи з відображення в «Руській правді» прав найманих працівників у період існування держави Київська Русь (IX–XII ст.) та по теперішній час) [18-20].

Також слід зазначити, що судовий захист трудових прав є найбільш розповсюдженим та ефективним з огляду на те, що судові рішення є обов'язковими для виконання, а в разі ухилення роботодавця від виконання рішення суду застосовується процедура примусового виконання.

Повертаючись до твердження О.Ф Скакун щодо головного призначення інститутів права: «у межах своєї групи однорідних суспільних відносин забезпечити суцільне, відносно закінчене регулювання» [17, с. 248], висловимо думку, що наявність таких

усталених форм захисту трудових прав, як: а) звернення працівників, права або інтереси яких порушено, до певних профспілкових організацій; б) звернення працівників до комісії по трудових спорах; в) звернення працівників до відповідних органів виконавчої влади, які здійснюють нагляд і контроль за додержанням законодавства про працю або державний нагляд за охороною праці; г) звернення працівників за захистом трудових прав до суду – свідчить про те, що процеси формування інституту захисту трудових прав відбулися, та має місце забезпечення вказаним правовим інститутом суцільного регулювання питань, пов'язаних з захистом трудових прав.

Слід відмітити, що призначення інституту захисту трудового права щодо забезпечення відносно закінченого регулювання однорідних (у даному випадку – трудових) суспільних відносин втілюється в тому, що існує механізм реалізації цього призначення – не тільки за нормами трудового законодавства, але й за відповідними нормами процесуального права.

Зазначимо, що судовий захист трудових прав передбачає застосування відповідних способів захисту. Проте діючим законодавством не передбачено перелік способів захисту, про що й зазначає О.Є. Сонін: «в чинному на цей час законодавстві про працю не існує жодного прямо встановленого або такого, що прямо випливає, правового припису, що закріплював би способи захисту трудових прав <…> зазвичай законодавець обмежується формулюванням певного правового припису, що закріплює те чи інше право учасника трудових правовідносин і вважає своє завдання врегулювання суспільних відносин виконаним повністю» [21, с. 176].

Найбільш повне відображення способів захисту містить стаття 16 ЦК України [22], а тому частіш за все під час судового захисту трудових прав застосовуються приписи цієї статті.

В узагальненому вигляді інститут судового захисту трудових прав має у своєму розпорядженні такі способи захисту, як: визнання права; визнання недійсними умов договору; визнання факту; поновлення на роботі; зміна дати та формулювання причин; позови про присудження; перетворювальні позови (тобто такі позови, які містять вимоги щодо зміни чи припинення спірних трудових правовідносин) [23, с. 478–479], [24, с. 143–144], [25, с. 97].

Вважаємо доцільним взяти до уваги твердження науковців стосовно того, що способами захисту є: 1) визнання умов трудового чи колективного договору недійсними; 2) визнання факту укладання трудового договору; 3) відновлення становища, яке існувало до порушення права; 4) відшкодування витрат; 5) відшкодування шкоди; 6) компенсація моральної шкоди; 7) компенсація витрат; 8) виплата матеріальної допомоги; 9) перерахування заробітної плати у зв'язку з індексацією; 10) укладання трудового договору; 11) зміна правовідношення; 12) розірвання трудового договору; 13) зміна формулювання причини звільнення; 14) укладання колективного договору; 15) визнання наказу, розпорядження або дій власника чи уповноваженого ним органу незаконними та інші способи, передбачені законодавством [26, с. 39].

Також є загальновідомим, що судовий захист трудових прав частіше здійснюється в порядку цивільного, господарського, адміністративного судочинства і в деяких випадках – Конституційним Судом України, а способи захисту визначені відповідним процесуальним законом, хоча й не в повній мірі. З цієї точки зору вбачається виокремлення інституту судового захисту трудових прав як міжгалузевого інституту.

Висновки. Отже, наявність чітко визначеної форми захисту трудових прав, а саме – судової форми захисту, притаманність цій формі певних способів захисту, а також існування значної кількості справ із трудових спорів, що розглядаються судами різних юрисдикцій, свідчить про формування інституту судового захисту трудових прав, роль якого зводиться (за Скакун О.Ф.) до суцільного, відносно закінченого регулювання суспільних (трудових) відносин у межах захисту прав та інтересів працівників.

Список використаних джерел:

1. Конституція України від 28.06.1996 р. Відомості Верховної ради України. 1996. № 30. ст. 141.

2. Закон України № 1401-VIII від 02.06.2016 р. «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)». Відомості Верховної Ради (ВВР), 2016. № 28. ст. 532.

3. Загальна декларація прав людини (Прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 року). URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_015

4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Міжнародний документ від 04 листопада 1950 року. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995 004

5. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права (от 16.12.1966 г.), ратифікований Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 2148-VIII (2148-08) від 19.10.73 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_042

6. Європейська Соціальна Хартія (переглянута), Страсбург, 03 травня 1996 рокую URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_062

7. Верховний Суд України. Аналіз стану здійснення судочинства судами загальної юрисдикції у 2014 р. (за даними судової статистики). URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/08D6D81633314B66C2257E99003B23F0

8. Верховний Суд України. Стан здійснення судочинства в Україні у 2015 році. Збірник: статистичні дані, висновки та рекомендації за результатами спільного засідання представників органів судової влади України). URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/E099D00A118D129AC22580E40048EBA9

9. Верховний Суд України. Стан здійснення судочинства в Україні у 2016 році. Збірник: статистичні дані, висновки та рекомендації за результатами спільного засідання представників органів судової влади України. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/06EAA6C32D8DE08AC22580E400490AFC

10. Верховний Суд України. Стан здійснення судочинства в Україні у І кварталі 2017 року. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/F2E1A4A6EC11510 4C225812F00273F94]

11. Боєва О.С. Деякі аспекти формування інституту захисту трудових прав. Держава і право: Збірник наукових праць. Серія «Юридичні науки». Випуск 77. Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. К.: Видавництво «Юридична думка», 2017. С. 209–222.

12. Словничок юридичних термінів: навч. посіб. / уклад. В.П. Марчук. К.: МАУП, 2003. 128 с. ISBN 966-608-372-8.

13. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави: навч. посібник. Вид. 9-е, зі змінами. Львів: Край, 2007. 192 с.

14. Теорія держави і права. Академічний курс: підручник / за ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. К.: Юрінком Інтер, 2006. 688 с.

15. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 р. № 322-VIII. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/322-08

16. Закон України «Про оплату праці» від 24.03.1995 р. № 108/95-ВР- URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/108/95-вр

17. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: підручник. Х.: Консум 2000. 618 с.

18. Боєва О.С. Генеза судового захисту трудових прав на українських землях в період з IX сторіччя до другої половини XIX сторіччя. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». 2016. № 21. С. 83–87.

19. Боева Е.С. Возникновение и развитие института судебной защиты трудовых прав на украинских землях. Wschodnioeuropejskie Czasopismo Naukowe (East European Scientific Journal) (Warszawa, Polska). 11, 2016. С. 145–149.

20. Боева Е.С. Развитие института защиты трудовых прав на украинских землях (вторая половина XIX века – начало XX века). Wschodnioeuropejskie Czasopismo Naukowe (East European Scientific Journal) (Warszawa, Polska). 9(13)/2016. С. 114–119.

21. Сонін О.Є. Щодо ефективності способів захисту трудових прав. Актуальні проблеми політики: зб. наук. праць / кер. авт. кол. С.В. Ківалов; відп. за вип. Л.І. Кормич. Миколаїв: Вид-во «Іліон», 2009. Вип. 38. С. 175–179.

22. Цивільний кодекс України № 435-IV від 16.01.2003 р. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40–44. жовтень 2003. Ст. 356.

23. Сонін О.Є. Вимога про визнання права як спосіб захисту трудових прав працівників. Форум права. 2010. № 2. С. 477–481. URL: http://www.nbuv.gov.ua/ejournals/FP/20102/10coetpp.pdf

24. Сонін О.Є. Система способів захисту прав працівників в разі незаконного звільнення з роботи. Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Серия «Юридические науки». 2006. Т. 19 (58). №. 3. С. 143–147.

25. Ваганова І.М. Поняття форми захисту та різновиди заходів захисту трудових прав працівників. Форум права. 2009. № 3. С. 94–99. URL: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-3/09vimtpp.pdf

26. Гетьманцева Н.Д., Козуб І.Т. Засіб, спосіб і форма захисту трудових прав. Адвокат / № 11 (110). 2009. С. 37–42.

КОРНІЛОВА О. В.,
аспірант кафедри трудового права
та права соціального забезпечення
(Національний університет
«Одеська юридична академія»)

УДК 349.3

ПРАВО ЛЮДИНИ НА ОХОРОНУ ЗДОРОВ'Я: МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ Й ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ

Стаття присвячена порівняльно-правовому аналізу міжнародно-правових стандартів і законодавства України у сфері охорони здоров'я. Аналізуються акти ООН, МОП, Ради Європи, Європейського Союзу та акти національного законодавства, які забезпечують здійснення права на охорону здоров'я. Формулюються пропозиції про внесення змін щодо вдосконалення національного законодавства у сфері охорони здоров'я.

Ключові слова: *охорона здоров'я, право на охорону здоров'я, медична допомога, міжнародно-правові стандарти охорони здоров'я.*

Статья посвящена сравнительно-правовому анализу международно-правовых стандартов и законодательства Украины в сфере здравоохранения. Анализируются акты ООН, МОТ, Совета Европы, Европейского Союза и акты национального законодательства, обеспечивающие осуществление права на охрану здоровья. Формируются предложения о внесении изменений по совершенствованию национального законодательства в сфере здравоохранения.

Ключевые слова: *здравоохранение, право на охрану здоровья, медицинская помощь, международно-правовые стандарты здравоохранения.*

The article is devoted to the comparative legal analysis of international legal standards and the legislation of Ukraine in the field of health care. The acts of the UN, the ILO, the Council of Europe, the European Union and acts of the national legislation that ensure the implementation of the right to health care were analyzed. The proposals for introduction of amendments regarding improvement of the national legislation in the field of health care were formulated.

Key words: *health care, right to health care, medical aid, international legal standards of health care.*

Вступ. Належне нормативне закріплення прав людини є необхідною передумовою побудови механізму забезпечення прав людини та постає одним із головних завдань Української держави у світлі проголошення соціально-правової спрямованості її діяльності. Норма, що закріплює право людини, є науково обґрунтованим приписом, своєрідною моделлю прав людини, відображає бачення і сприйняття прав людини суспільством.

Нормативне закріплення соціальних прав людини має свої особливості, порівняно із закріпленням громадянських і політичних прав. Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права 1966 року покладає на держав-учасниць обов'язок здійснювати заходи щодо забезпечення прав, проголошених у Пакті, в максимальних межах наявних ресурсів. Саме тому нормативне забезпечення соціальних прав людини потребує не тільки визнання державою таких прав і відображення їх змісту в законодавстві, а й створення системи

юридичних, економічних та організаційних гарантій їх здійснення. Інакше кажучи, держава повинна сама забезпечувати вказані в Пакті ресурси, які є передумовою для здійснення заходів щодо забезпечення прав людини. Тому дослідження імплементації у вітчизняне законодавство міжнародних стандартів соціальних прав людини варто проводити з погляду як закріплення змісту цих прав у законодавстві, так і створення вказаних передумов і гарантій здійснення таких прав.

Одним із актуальних завдань реформування законодавства про охорону здоров'я є нормативне забезпечення прав людини у цій сфері. Велика кількість нормативно-правових актів про охорону здоров'я прийнята ще за радянських часів. Водночас відносини у сфері охорони здоров'я на сучасному етапі розвитку України мають бути спрямовані на створення ефективного соціального захисту, покращення стану здоров'я населення та забезпечення надання медичної допомоги на високому рівні. У зв'язку з цим процес реформування законодавства про охорону здоров'я має бути проведений з позиції того, що міжнародно-правові стандарти у сфері охорони здоров'я мають бути основою для формування й розроблення національного законодавства.

Питання нормативного забезпечення права людини на охорону здоров'я ставали предметом численних наукових досліджень вітчизняних і зарубіжних науковців. Окремі аспекти нормативно-правового регулювання відносин у сфері охорони здоров'я розглянуто в працях відомих науковців, а саме: В.С. Віткова, Г.В. Герасименка, Н.Б. Болотіної, Д.В. Карамишева, С.С. Корсакова, С.М. Леонтьєва, В.Ф. Москаленко, І.Я. Синюти, І.М. Сироти, О.С. Щукіна та інших. Проте окремі питання співвідношення міжнародно-правових актів і вітчизняного законодавства у сфері охорони здоров'я все ще залишаються малодослідженими, що пов'язано зі значною динамічністю правового регулювання відносин у цій сфері та сучасними перетвореннями, які стосуються медичного страхування й медичної реформи загалом.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження положень міжнародно-правових актів у сфері забезпечення права людини на охорону здоров'я, визначення стану відповідності національного законодавства зазначеним міжнародним стандартам, розроблення пропозицій щодо вдосконалення законодавства України про охорону здоров'я.

Результати дослідження. Серед найважливіших всесвітніх міжнародно-правових документів з прав людини виділяється Міжнародний білль про права людини (Міжнародна хартія прав людини), який складається із Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 року, Міжнародного пакту про громадянські й політичні права від 16 грудня 1966 року та двох Факультативних протоколів до нього й Міжнародного пакту про економічні, соціальні й культурні права від 16 грудня 1966 року та Факультативного протоколу нього. Ця організація зробила вагомий внесок у процес забезпечення права на охорону здоров'я, ухвалила низку важливих універсальних міжнародно-правових актів і зафіксувала в базових документах обов'язок держав співпрацювати у справі розвитку системи охорони здоров'я.

Фундаментом для формування національного законодавства у сфері охорони здоров'я стала стаття 25 Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 року, де закріплено, що кожна людина має право на такий життєвий рівень, включаючи їжу, одяг, житло, медичний догляд і необхідне соціальне обслуговування, що необхідний для підтримання здоров'я й добробуту.

Варто провести паралель між національним законодавством і міжнародно-правовими актами, адже зазначені вище положення відповідають міжнародно-правовим стандартам, наприклад, у пункті 1 статті 12 Міжнародного пакту про економічні, соціальні й культурні права від 16 грудня 1966 року, ратифікованого Україною 19 жовтня 1973 року, закріплено право кожної людини на найвищий досяжний рівень фізичного і психічного здоров'я, у свою чергу, у підпункті d пункту 2 статті 12 цього Пакту вказано, що заходами для повного здійснення цього права є створення умов, які б забезпечували всім медичну допомогу й медичний догляд у разі хвороби.

Проте варто зазначити, що в Міжнародному пакті про громадянські й політичні права не закріплено право на охорону здоров'я. Це право варто трактувати як те, яке є вихідним від невід'ємного права кожного на життя, яке, у свою чергу, виходить із норми статті 7, яка містить

заборону катувань, жорстокого, нелюдського поводження чи покарання, а також заборону, що відображена в статті 17 Пакту, свавільного чи незаконного втручання в особисте й сімейне життя людини, свавільних чи незаконних посягань на недоторканність її життя тощо.

З-поміж усіх міжнародно-правових актів, які закріплюють право на охорону здоров'я, потребують детального вивчення саме ті, які присвячені регулюванню відносин і розробленню стандартів у цій сфері.

Відповідно до Заключних зауважень по шостій періодичній доповіді України від 14 червня 2014 року [1], Комітет з економічних, соціальних і культурних прав висловлює стурбованість з приводу низької частки витрат на охорону здоров'я від валового внутрішнього продукту.

Ситуація, яка склалась у сфері фінансування системи охорони здоров'я, суттєво порушує положення статті 2 Пакту про економічні, соціальні й культурні права, що передбачає обов'язок кожної держави, яка бере участь у цьому Пакті, вжити в максимальних межах наявних ресурсів заходів для того, щоб забезпечити поступово повне здійснення визнаних у цьому Пакті прав усіма належними способами.

Варто зазначити, що в Національній доповіді, представленій відповідно до пункту 5 додатка до резолюції 16/21 Ради з прав людини від 31 серпня 2017 року [2], Україна зобов'язується збільшити обсяг державного фінансування сфери охорони здоров'я до 2,8% ВВП, що свідчить про усвідомлення керівництвом нашої держави факту порушення Україною зобов'язань, узятих на себе за міжнародно-правовими актами.

Співробітництво України з Всесвітньою організацією охорони здоров'я (далі – ВООЗ), членом якої Україна є з 3 квітня 1948 року, – один із важливих складників її міжнародної співпраці з метою забезпечення конституційного права кожного громадянина України на охорону здоров'я [3].

Одним із найважливіших нормативно-правових актів, прийнятих ВООЗ, є Декларація про розвиток прав пацієнтів у Європі від 1994 року. У цьому акті закріплені права людини й людські цінності в охороні здоров'я, наприклад, право кожної людини на повагу до своєї особи, на самовизначення, на збереження своїх таємниць, на захист власного здоров'я тією мірою, якою це дають можливість наявні заходи профілактики та лікування хвороб. Також у Декларації визначено вимоги до інформації, яка надається пацієнту і яка, відповідно до пункту 2.2 Декларації, має бути вичерпною, тобто медичні факти відносно свого стану, дані про можливий ризик і переваги методів лікування, що пропонуються та альтернативних, відомості про можливі наслідки відмови від лікування, інформацію про діагноз, прогноз і план лікувальних заходів. У документі зазначаються умови надання згоди на медичне втручання та умови збереження відомостей про стан здоров'я й будь-яких інших відомостей особистого характеру про пацієнта. У розділі V містяться норми, що регулюють питання надання медичної допомоги відповідно до стану здоров'я, включаючи профілактичну та лікувальну допомогу, а реалізація прав пацієнта закріплена в розділі VI міжнародного акта [4].

У положеннях статті 8 розділу II «Медичне обслуговування» Конвенції МОП № 130 про медичну допомогу та допомогу у випадку хвороби від 27 травня 1972 року зазначено перелік видів медичної допомоги: загальна лікарняна допомога; допомога, яку надають спеціалісти стаціонарним або амбулаторним хворим, і допомога спеціалістів, яка може бути надана за межами лікарні; відпуск необхідних медикаментів за рецептом лікаря або іншого кваліфікованого спеціаліста; госпіталізація у випадку потреби.

Водночас у статті 33 Основ законодавства України про охорону здоров'я зазначено, що медична допомога за видами поділяється на екстрену, первинну, вторинну (спеціалізовану), третинну (високоспеціалізовану), паліативну, медичну реабілітацію, що має відмінність від міжнародно-правового стандарту.

Міжнародно-правові стандарти у сфері охорони здоров'я закріплені й у регіональних міжнародно-правових актах про права людини.

Відповідно до статті 11 Європейської соціальної хартії (переглянутої) від 3 травня 1996 року, право на охорону здоров'я забезпечується здійсненням низки відповідних заходів, щоб:

1) усунути в міру можливості причини слабкого здоров'я;

2) забезпечити діяльність консультативно-просвітницьких служб, які сприяли б поліпшенню здоров'я й підвищенню особистої відповідальності в питаннях здоров'я;

3) запобігати в міру можливості епідемічним, ендемічним та іншим захворюванням, а також нещасним випадкам.

Утім в Основах законодавства про охорону здоров'я взагалі не йдеться про створення чи функціонування закладів або служб щодо проведення профілактичних заходів для підвищення рівня охорони здоров'я.

Виходячи з визначення поняття медичної допомоги, що міститься в статті 3 Основ законодавства України про охорону здоров'я, можна зробити висновок про відповідність змісту права на охорону здоров'я, який закріплений у національних нормативно-правових актах, положенням Європейського кодексу соціального забезпечення від 16 квітня 1964 року, а саме статті 7, де зазначено право на надання допомоги у зв'язку зі станом здоров'я, який вимагає медичної допомоги профілактичного чи лікувального характеру.

Як зазначає В. Москаленко, законодавство в галузі охорони здоров'я потребує постійного оновлення, необхідним є створення нової нормативно-правової бази відповідно до сучасних суспільних відносин, що складаються в Україні, та з урахуванням стандартів ЄС, оскільки багато медичних правових аспектів України не відповідає міжнародним вимогам [5, с. 8].

Стаття 3 Конституції України проголошує людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку найвищою соціальною цінністю, що є показником культурного, соціального, економічного розвитку держави. Серед соціальних прав, закріплених Основним Законом України, фундаментальне місце посідає право на охорону здоров'я, що забезпечує фізичне існування та благополуччя людини і є гарантією для реалізації інших прав.

Національне законодавство щодо забезпечення права на охорону здоров'я включає такі нормативно-правові акти: Конституція України від 28 червня 1996 року, Основи законодавства України про охорону здоров'я від 19 листопада 1992 року, Закон України «Про основи національної безпеки України» від 19 червня 2003 року, Закон України «Про фізичну культуру і спорт» від 27 вересня 2017 року, Закон України «Про захист населення від інфекційних хвороб» від 5 грудня 2012 року, Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про порядок направлення громадян на лікування за кордон» від 8 грудня 1995 року, Наказ Міністерства охорони здоров'я «Про затвердження Інструкції про встановлення груп інвалідності» від 5 вересня 2011 року тощо.

Стаття 49 Конституції України проголошує право кожного на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Охорона здоров'я забезпечується державним фінансуванням відповідних соціально-економічних, медико-санітарних та оздоровчо-профілактичних програм. У частині 3 зазначеної статті йдеться про те, що держава створює умови для ефективного й доступного для всіх громадян медичного обслуговування, що включає в себе такі можливості, які гарантуються чинним законодавством України, а саме:

1) безоплатність медичної допомоги;

2) вільний вибір лікаря й закладу охорони здоров'я;

3) заборона привілеїв та обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного й соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками (зокрема це стосується аспекту надання допомоги населенню, яке проживає в сільській місцевості, населенню похилого віку тощо);

4) заборона дискримінації, пов'язаної зі станом здоров'я [6, с. 277].

Іншими актами національного законодавства положення Конституції України конкретизовані шляхом визначення благополуччя населення, правового статусу пацієнта, надавачів медичної допомоги.

У статті 9 Конституції України встановлено, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. У Законі України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 року встановлено, що якщо міжнародним договором України, який набрав чинності

в установленому законом порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору, тобто закріплений принцип пріоритету міжнародного законодавства перед національним.

Так, варто відзначити, що першими правовими нормами, спрямованими на охорону здоров'я людей, були норми внутрішньодержавного права, пов'язані з намаганнями запобігти поширенню епідемій. Міжнародно-правові норми з'явились пізніше, їх виникнення стало об'єктивною необхідністю, оскільки окремі держави були не в змозі вести ефективну боротьбу проти епідемій [7, с. 263].

За сучасних умов наша держава ще є далекою від досконалого регулювання відносин у сфері охорони здоров'я: застаріле законодавство, велика кількість нормативно-правових актів, частина міжнародних актів, що стосуються сфери охорони здоров'я, не ратифіковані Україною, що призводить до неврегульованості цієї системи.

Висновки. Незважаючи на те що норми національного законодавства в більшій частині відповідають міжнародно-правовим стандартам, варто зазначити, що положення статті 2 Пакту про економічні, соціальні й культурні права не повністю імплементовано в норми національного законодавства. Доцільно було б доповнити пункт 2 статті 18 Основ законодавства України про охорону здоров'я таким змістом: «Рівень фінансового забезпечення охорони здоров'я розраховується на підставі науково обґрунтованих нормативів і зростає відповідно до збільшення частки витрат на охорону здоров'я від валового внутрішнього продукту».

Також у положеннях Європейської соціальної хартії (переглянутої) йдеться про діяльність консультативно-просвітницьких служб, які сприяють поліпшенню здоров'я. Утім у національному законодавстві взагалі не йдеться про існування такого роду служб або закладів. Тому варто статтю 16 Основ законодавства про охорону здоров'я, а саме пункт 2, доповнити таким змістом: «Держава забезпечує створення та функціонування закладів або служб щодо проведення профілактичних заходів, що сприятиме підвищенню рівня охорони здоров'я».

Проте варто зазначити, що Конвенцією МОП № 130 не передбачений такий вид медичної допомоги, як паліативний, що закріплено в Основах законодавства України про охорону здоров'я.

Майбутня співпраця з міжнародним співтовариством повинна й надалі супроводжуватись імплементацією норм міжнародно-правових актів у вітчизняне законодавство та приведенням останнього в повну відповідність до міжнародних стандартів. Тому на сучасному етапі розвитку для України першочерговим завданням є створення такої правової бази щодо охорони здоров'я, яка б повною мірою відповідала міжнародним стандартам і забезпечувала реалізацію цих прав і передбачала механізм їх захисту у випадку порушення.

Список використаних джерел:

1. Заключні зауваження по шостій періодичній доповіді України від 14 червня 2014 року. URL: www.upr-info.org/en/review/Ukraine.

2. Національна доповідь, представлена відповідно до пункту 5 додатка до резолюції 16/21 Ради з прав людини від 31 серпня 2017 року. URL: www.upr-info.org.

3. Москаленко В.Ф. Нормативно-правова база – основа діяльності медичних установ і закладів. Законодавство України про охорону здоров'я. Київ: Юрінком Інтер, 2000. С. 4–12.

4. Сенюта І.Я. Міжнародно-правові стандарти у сфері охорони здоров'я. URL: http://lawyer.org.ua.

5. Сенюта І.Я. Право людини на медичну допомогу: деякі теоретико-практичні аспекти. Медичне право України: правовий статус пацієнтів в Україні та його законодавче забезпечення (генезис, розвиток, проблеми і перспективи вдосконалення): матеріали II Всеукр. наук.-практ. конф., Львів, 17–18 квіт. 2008 р. Львів, 2008. С. 277–283.

6. Бориченко К.В. Міжнародно-правові стандарти соціального захисту сімей з дітьми. Матеріали I міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 25–26 квіт. 2013 р.): зб. наук. праць. Київ: Ніка-Центр, 2013. С. 379–384.

7. Зогий І.М. Міжнародно-правові стандарти медичної допомоги та законодавство України. Актуальні проблеми держави і права. 2011. № 57. С. 261–267.

МОСКАЛЕНКО В. В.,
студент ІІІ курсу
(Навчально-науковий інститут права Сумського державного університету)

КИСЕЛЬОВА О. І.,
доктор юридичних наук, доцент,
доцент кафедри адміністративного, господарського права та фінансово-економічної безпеки
(Навчально-науковий інститут права Сумського державного університету)

УДК 341.96:349.2

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАЦІ УКРАЇНЦІВ, ЩО ПРАЦЮЮТЬ ЗА КОРДОНОМ

У статті проаналізовано питання міжнародно-правового регулювання праці українців, що працюють за кордоном. Норми національного законодавства не регулюють дані відносини, а міжнародні договори, такі як конвенції та декларації, не передбачають механізму реалізації норм, які містяться в цих актах.

Ключові слова: *міжнародно-правове регулювання, українці за кордоном, працівники, Україна, міжнародні двосторонні угоди.*

В статье проанализирован вопрос международно-правового регулирования труда украинцев, работающих за рубежом. Нормы национального законодательства не регулируют данные отношения, а международные договоры, такие как конвенции и декларации, не предусматривают механизма реализации норм, содержащихся в этих актах.

Ключевые слова: *международно-правовое регулирование, украинцы за рубежом, работники, Украина, международные двусторонние соглашения.*

The article analyzes the issue of international legal regulation of labor of Ukrainians working abroad. The norms of national legislation don't regulate these relations, and international treaties such as conventions and declarations don't provide for a mechanism for implementing the norms contained in these acts.

Key words: *international legal regulation, Ukrainians abroad, workers, Ukraine, international bilateral agreements.*

Вступ. Україна займає не останнє місце у системі міжнародного співробітництва. З моменту проголошення України незалежною державою відбувається процес визнання чинності міжнародних договорів, які було укладено колишньою УРСР. У національному законодавстві чітко простежується прагнення до активної міжнародної співпраці з іншими країнами та міжнародними організаціями [1]. На сучасному етапі суспільного розвитку очевидним є посилення процесів глобалізації, міжнародної інтеграції з питань праці та охорони прав і свобод працівників. Міжнародні договори відіграють основну роль у розбудові та покращенні українського національного законодавства в сфері праці, зокрема:

1) показують міжнародний досвід та досвід інших держав правового регулювання трудового права, який можна вважати досконалим та сучасним, адже такий досвід має значну практику застосування;

2) сприяють правильній імплементації міжнародних соціальних стандартів та гарантій із питань, що стосуються праці;

3) дозволяють знайти та показати певні напрями розвитку трудового законодавства, які мають проміжні етапи становлення, їх необхідну кодифікацію;

4) дають змогу Україні дотримуватися та виконувати міжнародні зобов'язання з питань праці на рівні провідних іноземних держав;

5) є невід'ємною частиною національного законодавства України.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження міжнародно-правового регулювання праці українців, що працюють за кордоном.

Результати дослідження. Права українського працівника, який працює за кордоном, важко назвати цілком захищеними: більшість країн ЄС не бажають співпрацювати в даній сфері з Україною. Це чітко видно з міжнародних двосторонніх угод, які ці держави уклали з Україною, і в яких ідеться лише про наукову співпрацю, а не про працевлаштування наших громадян. У цій статті містяться результати дослідження міжнародних двосторонніх угод у даній сфері, суб'єктами яких виступає Україна і держави СНД. Країни цієї організації є більш привабливими для працевлаштування українців, оскільки в них визнаються українські дипломи, нараховується стаж, іноді українці мають такі ж трудові та соціальні права, як і громадяни іншої держави.

Згідно з Конституцією України, невід'ємною складовою частиною внутрішнього законодавства держави є міжнародні договори, які ратифіковані парламентом України. Підписання міжнародних договорів, норми яких суперечать положенням Конституції України, можливе тільки після внесення відповідних змін до Головного Закону України з даного питання (ст. 9) [2]. Одним із видів таких міжнародних договорів є двосторонні угоди, однією зі сторін яких виступає Україна. Саме вони відіграють основну роль у захисті прав і свобод українців, що працюють за кордоном; міжнародні акти ООН та МОП, Кодекс законів про працю України такого впливу не мають. В актах ООН та МОП більшість норм спрямована на регулювання відносин у сфері праці не в кожній окремій країні чи регіоні, а в усіх державах-членах загалом. Дані акти містять основні поняття, притаманні всім країнам. Головним принципом, якого дотримуються в прийнятті актів даних організацій, є принцип трипартизму. Провідну роль у вирішенні питань у даній сфері відіграють диспозитивні норми, тобто норми, що встановлені за домовленістю. Здебільшого українці не мають ніякого права голосу і майже не беруть участі в даному процесі обговорення нормативів роботи, інакше вони отримають відмову від іноземного роботодавця. Захистити свої права в даному разі неможливо, оскільки роботодавець не зобов'язаний повідомляти про причину відмови українцю. Це – один із прикладів того, що в теоретичному плані міжнародні акти МОП та ООН пропагують рівність всіх людей, незалежно від національності, але на практиці не передбачають механізму реалізації даного принципу і не можуть забезпечити відсутність дискримінації за національною ознакою.

Щодо Кодексу законів про працю, то більшість норм національного законодавства України не лише не діють в інших державах, а й навіть не застосовуються в міжнародних двосторонніх договорах України. Влада поступається своїми національними принципами на користь принципів держави-члена ЄС та Європейського Союзу загалом. Тому говорити про Кодекс законів про працю в питанні правового регулювання прав і свобод українських працівників-емігрантів немає сенсу, оскільки, підписуючи двосторонні домовленості, влада України нехтує нормами національного трудового права.

Щоб об'єктивно оцінити права та свободи українських працівників за кордоном, слід ознайомитися із двосторонніми домовленостями між Україною та іноземними державами. Лише в цих актам можна побачити механізм реалізації цих прав і відповідальність за їх порушення. Нами було обрано та проаналізовано двосторонні угоди України в сфері праці з

такими державами: Російська Федерація, Республіка Білорусь, Республіка Вірменія, Чеська Республіка, Словацька Республіка, Іспанія та Королівство Бельгія. Такий вибір є невипадковим, оскільки ми залучили до аналізу країни, які належать і до СНД, і до ЄС, тобто паралельно розглянемо партнерство України з державами, що мають різну ідеологію.

Отже, проаналізувавши Угоду між Урядом України й Урядом Російської Федерації про трудову діяльність і соціальний захист громадян України і Росії [3], які працюють за межами кордонів своїх країн, можна зробити висновки, що дана угода є взаємовигідною як для сторін, що її уклали, так і для громадян кожної держави, оскільки на території іншої держави українські працівники мають такі ж права та свободи в сфері праці, як і громадяни Росії: мають право працювати за спеціальністю за українським дипломом, ведеться відповідний стаж роботи задля подальшого пенсійного забезпечення як на території України, так і на території Російської Федерації.

Наступною угодою, яку було детально розглянуто, стала Угода між Урядом України та Урядом Республіки Білорусь про трудову діяльність та соціальний захист громадян України та Республіки Білорусь, які працюють за межами своїх держав [4]. Український диплом у Республіці Білорусь визнається, але його необхідно перекласти на білоруську або російську мови. Також під час праці в Білорусі обраховується і стаж роботи, отже, українці не втрачають можливість отримання пенсійного забезпечення.

Наступною угодою є Угода між Урядом України та Урядом Республіки Вірменія про трудову діяльність та соціальний захист громадян України та Республіки Вірменія, які працюють за межами своїх держав [5]. Дана угода за змістом є досить схожою до угоди з Республікою Білорусь. Ці два договори були підписані упродовж 1 місяця, тобто були складені за одним зразком, актуальним на той час. Тому необхідності детального опису немає, але необхідно звернути увагу на одну суттєву відмінність, що закріплена в ст. 4 Угоди: «Дозвіл на працевлаштування видається на термін виконання роботи у визначеного роботодавця» [5].

Аналізуючи Угоду між Урядом України та Урядом Чеської Республіки про взаємне працевлаштування громадян України та громадян Чеської Республіки [6], слід враховувати, що Чехія є державою-членом ЄС, яка доброзичливо ставиться до українців і України загалом та містить одну з найбільших українських діаспор в Європі. Однак права українських працівників є суттєво обмеженими:

1) Чеська Республіка самостійно вирішує граничну кількість українців, що можуть працювати протягом календарного року;
2) максимальний термін роботи становить 1 рік;
3) необхідно отримувати дозвіл на працевлаштування від компетентних органів державної влади Чехії.

Водночас, українські дипломи визнаються у Чехії за умови їх перекладу та завіреності відповідними органами. Також відбувається обрахування стажу роботи, тобто існує можливість пенсійного забезпечення. Нічого не сказано про неможливість зміни роботи протягом дії дозволу на роботу, отже, українець має право змінити місце роботи, не втрачаючи дозволу на роботу протягом 1 календарного року.

Угоду між Міністерством праці та соціальної політики України та Міністерством праці, соціальних справ і сім'ї Словацької Республіки про співробітництво у сфері праці, зайнятості та соціальної політики [7], беззаперечно, можна назвати однією з найгірших у сфері захисту прав українських працівників. Працевлаштування українців у Словаччині є досить складним, оскільки акти МОП та ООН не передбачають механізму реалізації захисту прав та свобод для окремої держави, тож українці не зможуть захистити свої права в разі виникнення форс-мажорної ситуації.

Передостанньою є угода між Україною та Іспанією щодо врегулювання та упорядкування трудових міграційних потоків між двома державами [8]. Дану угоду можна вважати досить вигідною для українців, оскільки Іспанія є однією з країн-лідерів Європейського Союзу та не передбачає певних обмежень прав у сфері праці. Зокрема, в договорі міститься розподіл працівників за певними ознаками, передбаченими в ст. 2:

1) постійні працівники – на початковий період, не менше 1 року, у кількості, що визначатиметься відповідно до наявних пропозицій із працевлаштування;

2) сезонні працівники – на період, що не перевищує 9 місяців на рік, у кількості, що визначатиметься відповідно до наявних пропозицій із працевлаштування;

3) стажери – працівники віком від 18 до 35 років, які вдосконалюють свою професійну та мовну кваліфікацію, на період до 12 місяців, який може бути продовжений на термін до 6 місяців. [8].

Також передбачена боротьба з дискримінацією, чого не було виявлено в попередніх договорах. Дане положення закріплено в ст. 6 даної Угоди: «Не допускається жодна форма дискримінації за ознакою раси, статі, сексуальної орієнтації, сімейного стану, релігії, переконань, профспілкової належності, походження або соціального стану» [8].

Останньою є Угода між Міністерством праці та соціальної політики України та Федеральною державною службою соціального забезпечення Королівства Бельгія про співробітництво у сфері соціального забезпечення [9]. Проаналізувавши дану угоду, можна зробити висновок, що вона є абсолютно ідентичною з Угодою зі Словацькою Республікою, тобто описувати її зміст вже немає сенсу.

Таким чином, можна дійти висновку, що найкращими іноземними державами у досліджуваному аспекті є Російська Федерація, Республіка Вірменія та Іспанія, а найгіршими – Словацька Республіка та Королівство Бельгія. Співпраця України з країнами СНД є більш продуктивною, ніж із більшістю країн ЄС.

Висновки. Отже, проаналізувавши вищезазначені міжнародно-правові акти та ситуацію, в якій зараз опинилася Україна щодо регулювання прав і свобод українців, що працюють за кордоном, ми зробили висновок про необхідність розвивати такі напрямки діяльності:

1) приєднання до міжнародноправових документів щодо захисту прав трудящих-мігрантів, які ще не ратифіковані Україною;

2) необхідно розширювати мережі представництв та їх штат, зокрема залучити спеціалістів у даній сфері, запровадити безкоштовні юридичні консультації, запровадити засоби інформування українських працівників за кордоном;

3) створення умов для повернення, зміни ситуації, що спонукала до виїзду за кордон;

4) приділення уваги реалізації прав українців на зв'язок із Україною, спілкування рідною мовою, культурне життя;

5) для зростання заробітної плати працівників необхідно підняти її частку у ВВП;

6) сприяння розвитку малого та середнього бізнесу;

7) стимулювання переказу або перевезення коштів українців-мігрантів додому;

8) забезпечити надійні та дешеві канали переказу валюти;

9) запровадження спеціального добровільного страхування від ризиків міграції перед виїздом;

10) необхідно прийняти закон щодо правового статусу громадян, працевлаштованих за кордоном;

11) регулювання імміграції іноземців і запобігання нелегальній міграції.

Список використаних джерел:

1. Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР: Постанова Верховної Ради України від 12 вересня 1991 р. № 1545-XII. Відомості Верховної Ради України. 1991. № 46. Ст. 621; Про дію міжнародних договорів на території України: Закон України від 10 грудня 1991 р. № 1953-XII. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 10. Ст. 137.

2. Конституція України: Конституція України від 28 червня 1996 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254.

3. Угода між Урядом України і Урядом Російської Федерації про трудову діяльність і соціальний захист громадян України і Росії, які працюють за межами кордонів своїх країн. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/643_266.

4. Угода між Урядом України та Урядом Республіки Білорусь про трудову діяльність та соціальний захист громадян України та Республіки Білорусь, які працюють за межами своїх держав. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/112_005.

5. Угода між Урядом України та Урядом Республіки Вірменія про трудову діяльність та соціальний захист громадян України та Республіки Вірменія, які працюють за межами своїх держав. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/051_628.

6. Угода між Урядом України та Урядом Чеської Республіки про взаємне працевлаштування громадян України та громадян Чеської Республіки. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/203_684.

7. Угода між Міністерством праці та соціальної політики України та Міністерством праці, соціальних справ і сім'ї Словацької Республіки про співробітництво у сфері праці, зайнятості та соціальної політики. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/703_068.

8. Угода між Україною та Іспанією щодо врегулювання та упорядкування трудових міграційних потоків між двома державами. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/724_024.

9. Угода між Міністерством праці та соціальної політики України та Федеральною державною службою соціального забезпечення Королівства Бельгія про співробітництво у сфері соціального забезпечення. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/056_015.

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

ЮРОВСЬКА В. В.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри трудового права
(Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого)

УДК 349.6

АНАЛІЗ МЕТОДУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВОВІДНОСИН, ПОВ'ЯЗАНИХ З ОХОРОНОЮ АТМОСФЕРНОГО ПОВІТРЯ

Стаття містить результати дослідження ключових інститутів у сфері охорони атмосферного повітря з метою визначення методу правового регулювання, якому надав перевагу законодавець. Проаналізовано відповідні директиви Європейського Союзу, визначено переважаючий метод правового регулювання, який було застосовано для впорядкування досліджуваних правовідносин. Виокремлено ключові інститути досліджуваної сфери, які створюють основу для забезпечення виконання зобов'язань держави щодо створення безпечного для життя і здоров'я громадян довкілля. Обґрунтовано висновок про превалювання імперативного методу правового регулювання як у межах законодавства України, так і на рівні Європейського Союзу.

Ключові слова: *метод правового регулювання, інститути охорони атмосферного повітря, нормативи якості атмосферного повітря.*

Статья содержит результаты исследования ключевых правовых институтов в сфере охраны атмосферного воздуха с целью определения метода правового регулирования, который был применён законодателем. Также были проанализированы соответствующие директивы Европейского Союза, определён ключевой метод правового регулирования, который применяется для упорядочивания исследуемых взаимоотношений. Определены ключевые институты исследуемой сферы, которые являются нормативным основанием для выполнения государством функции по охране окружающей среды и обеспечении её безопасности для жизни и здоровья граждан. Обоснован вывод о преимущественном использовании императивного метода как в рамках законодательства Украины, так и на уровне Европейского Союза.

Ключевые слова: *метод правового регулирования, институты охраны атмосферного воздуха, нормативы качества атмосферного воздуха.*

The article represents the results of the research in the field of key legal institutes with the aim to figure out the main regulatory method applied by the legislator. The analysis of the European Union legislation was conducted, and the main method applied to regulate the research area was found. Author also indicated the predominant institutes forming the basis for the state to fulfill its ecological obligations before the people in order to guarantee safe and healthy environment. It was concluded that the imperative method is the most preferred one in that context either by the Ukrainian legislator or European Union authorities.

Key words: *regulatory method, atmosphere air protection institutes, atmosphere air quality standards.*

Вступ. Охорона атмосферного повітря є надзвичайно важливою функцією держави, оскільки людина не може існувати без повітря і його забруднення завдає значної шкоди життю і здоров'ю людини.

Системоутворюючим нормативно-правовим актом у сфері забезпечення безпеки атмосферного повітря в Україні слугує Закон України «Про охорону атмосферного повітря» (далі – Закон № 2707-XII). Зокрема, цей закон визначає ключові інститути, за допомогою яких реалізується конституційна функція держави із забезпечення безпечного для життя та здоров'я довкілля.

Незважаючи на те, що питання екологічного права загалом і охорони атмосферного повітря зокрема докладно досліджені у наукових працях таких шанованих вчених, як В.І. Андрейцев, Г.І. Балюк, С.О. Боголюбов, Ю.С. Шемшученко, О.О. Погрібний, М.В. Шульга, видається недостатнім стан наукового опрацювання теоретичних аспектів використання методів адміністративно-правового регулювання для побудови системи охорони атмосферного повітря.

Постановка завдання. Отже, предметом цього дослідження виступає визначення методів адміністративно-правового регулювання, на яких ґрунтується вітчизняне та зарубіжне законодавство про охорону атмосферного повітря.

Результати дослідження. Розпочинаючи опрацювання вищевказаних питань, вважаємо за доцільне констатувати, що ключовими елементами системи охорони атмосферного повітря є стандартизація і нормування, що супроводжуються встановленням критеріїв для прийняття рішень у цій сфері. Видається очевидним, що структура основоположних інститутів із найбільш вагомим впливом на стан атмосферного повітря, частково відображена у складі нормативів, що встановлена ч. 1 ст. 5 Закону № 2707-XII. За її положеннями, у галузі охорони атмосферного повітря встановлюються такі нормативи:

1) нормативи екологічної безпеки атмосферного повітря;
2) нормативи гранично допустимих викидів забруднюючих речовин стаціонарних джерел;
3) нормативи гранично допустимого впливу фізичних та біологічних факторів стаціонарних джерел;
4) нормативи вмісту забруднюючих речовин у відпрацьованих газах та впливу фізичних факторів пересувних джерел;
5) технологічні нормативи допустимого викиду забруднюючих речовин [1].

Отже, нормативи у галузі охорони атмосферного повітря виступають неодмінною частиною механізму адміністративно-правового регулювання охорони атмосферного повітря, а їх дотримання має гарантувати якість атмосферного повітря.

Оцінюючи значущість нормативів для функціонування системи охорони повітря, вважаємо за необхідне погодитись із В.К. Рибачеком, який зазначає, що нормування в галузі охорони атмосферного повітря як одного зі стрижневих елементів у механізмі правової охорони атмосферного повітря. Усі інші складники цього механізму (оцінка впливу на навколишнє середовище, екологічний аудит, моніторинг та інші), за твердженням вченого, варто розглядати як похідні, орієнтовані на забезпечення дотримання відповідних нормативів [2].

Водночас варто мати на увазі те, що поруч із нормативами та нерозривно з ними діє інститут надання дозволу на викиди, правовим підґрунтям якого є ч. 5 ст. 11 Закону № 2707-XII [1].

Повертаючись до дослідження нормативів як інструментарію адміністративно-правового регулювання питань охорони атмосферного повітря, зауважимо, що вони за напрямами регуляторного впливу можуть бути поділені на три види:

1) нормативи, спрямовані на встановлення якості повітря;
2) нормативи, спрямовані на регулювання забруднення повітря;
3) нормативи, спрямовані на регулювання негативного екологічного впливу конкретного устаткування.

Першими проаналізуємо нормативи, спрямовані на встановлення якості повітря, оскільки саме якість атмосферного повітря є кінцевою метою системи охорони атмосферного повітря та, вочевидь, визначальним критерієм ефективності.

У цьому зв'язку, насамперед, варто вказати на те, що нормативи екологічної безпеки атмосферного повітря, згідно з абз. 6, 10 ч. 1 ст. 1 Закону № 2707-XII, є групою нормативів, дотримання яких запобігає виникненню небезпеки для здоров'я людини та стану навколишнього природного середовища від впливу шкідливих чинників атмосферного повітря. Норматив якості атмосферного повітря – критерій якості атмосферного повітря, який відображає гранично допустимий максимальний вміст забруднюючих речовин в атмосферному повітрі і за якого відсутній негативний вплив на здоров'я людини та стан навколишнього природного середовища [1].

При цьому в ст. 6 Закону № 2707-XII законодавець зазначив, що для оцінки стану забруднення атмосферного повітря встановлюються нормативи екологічної безпеки атмосферного повітря та нормативи гранично допустимих викидів в атмосферне повітря забруднюючих речовин, рівні шкідливого впливу фізичних та біологічних факторів у межах населених пунктів, рекреаційних зонах, інших місцях проживання, постійного чи тимчасового перебування людей, об'єктах навколишнього природного середовища з метою забезпечення екологічної безпеки громадян і навколишнього природного середовища: нормативи якості атмосферного повітря; гранично допустимі рівні впливу акустичного, електромагнітного, іонізуючого та інших фізичних факторів і біологічного впливу на стан атмосферного повітря населених пунктів [1].

Отже, вітчизняне законодавство переважно використовує імперативний метод для встановлення критеріїв якості повітря, наголосивши, що на загальнодержавному рівні визначаються вимоги щодо якості повітря.

У цьому контексті варто мати на увазі те, що нормування якості повітря на імперативних засадах узгоджується з відповідним зарубіжним досвідом.

Так, згідно з п. 1 ст. 4 Директиви Ради ЄС 96/62/ЄС «Щодо оцінки та контролю навколишньої атмосфери» про для забруднюючих речовин за пропозицією спеціальної комісії встановлюються обмежувальні рівні та, відповідно, критичні межі. Згідно з її п.п. 5, 7 ст. 2, термін «обмежувальний рівень» означає рівень, фіксований на основі наукового знання з метою уникання, запобігання або зменшення шкідливих впливів на здоров'я людини та/або навколишнє середовище загалом, який необхідно досягти протягом певного періоду та далі не перевищувати. Термін «критична межа» означає рівень, поза яким існує ризик для здоров'я людини внаслідок незначного зовнішнього впливу та на якому країни-члени вживають невідкладних заходів, передбачених цією директивою [3].

При цьому варто зазначити, що нормативи, якими фактично є «обмежувальний рівень» і «критична межа», встановлюються на рівні ЄС, а не навіть на рівні окремих країн.

Крім того, положеннями ст. 13 Директиви Європейського Парламенту та Ради 2008/50/ЄС «Про якість атмосферного повітря та чистіше повітря для Європи» встановлюється, що держави-члени гарантують, що у всіх своїх зонах та агломераціях рівні двоокису сірки, PM10, свинцю та окису вуглецю в атмосферному повітрі не перевищують граничних величин. Стосовно двоокису азоту і бензолу, граничні величини, визначені в Додатку XI, не можуть бути перевищені, починаючи з дат, які вказані у ньому [4].

Другим напрямом регулювання, правовий метод регулювання в якому належить оцінити, є регулювання забруднення повітря.

Згідно з ч.ч. 1, 2 ст. 11 Закону № 2707-XII для забезпечення екологічної безпеки, створення сприятливого середовища життєдіяльності, запобігання шкідливому впливу атмосферного повітря на здоров'я людей на навколишнє природне середовище здійснюється регулювання викидів найбільш поширених і небезпечних забруднюючих речовин, перелік яких встановлюється Кабінетом Міністрів України. Перелік забруднюючих речовин переглядається Кабінетом Міністрів України не менше одного разу на 5 років за пропозицією Міністерства екології та природних ресурсів України і Міністерства охорони здоров'я України [1].

Отже, перелік речовин, викиди яких регулюються, встановлюється імперативно на рівні центральних органів виконавчої влади.

Водночас, на доповнення до того, згідно з ч. 3 ст. 11 Закону № 2707-XII, за поданням обласних, Київської, Севастопольської міських державних адміністрацій, органу виконавчої

влади Автономної Республіки Крим ыз питань охорони навколишнього природного середовища і Державної служби України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів, органи місцевого самоврядування з урахуванням особливостей екологічної ситуації регіону, населеного пункту можуть додатково встановлювати перелік забруднюючих речовин, за якими здійснюється регулювання їх викидів на відповідній території [1].

Однак, навіть допускаючи певну гнучкість серед можливих ініціаторів рішення, законодавець наділяє регулятивними повноваженнями центральні органи виконавчої влади.

На рівні Європейського Союзу вищезазначений перелік забруднюючих речовин встановлений директивою Європейського Парламенту та Ради 2010/75/ЄС «Про промислові викиди (інтегроване запобігання та контроль забруднення)» (далі – Директива ЄС про промислові викиди) [5].

Зазначена директива дає змогу країнам-членам визнати забруднюючими речовинами інші не визначені в ній речовини та встановлювати більш жорсткі вимоги щодо кількості їх викидів на одну установку. Натомість звуження переліку речовин, або виключення деяких із них зі списку не допускається.

Третім системоутворюючим напрямом правового регулювання забезпечення якості атмосферного повітря є регулювання негативного екологічного впливу конкретного устаткування, яке здійснюється за допомогою:

1) встановлення нормативів гранично допустимого впливу фізичних та біологічних факторів стаціонарних джерел;

2) встановлення нормативів вмісту забруднюючих речовин у відпрацьованих газах та впливу фізичних факторів пересувних джерел;

3) встановлення технологічних нормативів допустимого викиду забруднюючих речовин.

Згідно із положеннями ч.ч. 1, 2 ст. 7 Закону № 2707-XII нормативи гранично допустимих викидів забруднюючих речовин та їх сукупності, які містяться у складі пилогазоповітряних сумішей, що відводяться від окремих типів обладнання, споруд і надходять в атмосферне повітря від стаціонарних джерел, встановлюються з метою забезпечення дотримання нормативів екологічної безпеки атмосферного повітря з урахуванням економічної доцільності, рівня технологічних процесів, технічного стану обладнання, газоочисних установок. Для діючих і тих, що проектуються, окремих типів обладнання і споруд залежно від часу розроблення та введення у дію, наявності наукових і технічних розробок, економічної доцільності встановлюються: норматив гранично допустимого викиду забруднюючої речовини стаціонарного джерела, технологічні нормативи допустимих викидів забруднюючих речовин або їх суміші, які визначаються у місці їх виходу з устаткування [1].

При цьому варто звернути увагу на встановлення законодавцем технологічних нормативів допустимих викидів забруднюючих речовин, до яких, згідно із ч. 3 ст. 7 Закону № 2707-XII, належать:

1) поточні технологічні нормативи – для діючих окремих типів обладнання, споруд на рівні підприємств із найкращою наявною технологією виробництва аналогічних за потужністю технологічних процесів;

2) перспективні технологічні нормативи – для нових і таких, що проектуються, будуються або модернізуються, окремих типів обладнання, споруд з урахуванням досягнень на рівні передових вітчизняних і світових технологій та обладнання [1].

Іншим різновидом нормативів з імперативним порядком встановлення є нормативи вмісту забруднюючих речовин у відпрацьованих газах та впливу фізичних факторів пересувних джерел.

Так, законодавство встановлює, що для кожного типу пересувних джерел, що експлуатуються на території України, встановлюються нормативи вмісту забруднюючих речовин у відпрацьованих газах та впливу фізичних факторів цих джерел, які розробляються з урахуванням сучасних технічних рішень щодо зменшення утворення забруднюючих речовин, зниження рівнів впливу фізичних факторів, очищення відпрацьованих газів та економічної доцільності [1].

Заключним напрямом регулювання, який підлягає дослідженню на обґрунтованість застосування імперативного методу, є надання дозволу на викиди.

Згідно з ч.ч. 5, 6 ст. 11 Закону № 2707-XII, викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря стаціонарними джерелами можуть здійснюватися після отримання дозволу, виданого суб'єкту господарювання, об'єкт якого належить до другої або третьої групи, обласними, Київською, Севастопольською міськими державними адміністраціями, органом виконавчої влади Автономної Республіки Крим із питань охорони навколишнього природного середовища за погодженням із центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері санітарного та епідемічного благополуччя населення. Викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря стаціонарними джерелами можуть здійснюватися на підставі дозволу, виданого суб'єкту господарювання, об'єкт якого належить до першої групи, суб'єкту господарювання, об'єкт якого знаходиться на території зони відчуження, зони безумовного (обов'язкового) відселення території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи, центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони навколишнього природного середовища, за погодженням із центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері санітарного та епідемічного благополуччя населення [1].

Аналіз зазначених положень свідчить про те, що прийняття рішень здійснюється:

а) для першої категорії – на рівні загальнодержавних органів виконавчої влади;

б) для другої та третьої категорії – на рівні регіональних органів державної влади за погодженням і загальнодержавним органом виконавчої влади.

Що стосується європейського досвіду із цього питання, то основним документом, який на рівні ЄС регулює досліджуване питання, є Директива ЄС про промислові викиди, що включає такі положення:

1) держави-члени вживають необхідних заходів для забезпечення неможливості експлуатації жодної установки або спалювальної установки, установки для спалювання відходів або установки побічного спалювання відходів без дозволу (п. 1 ст. 1 Директиви ЄС про промислові викиди);

2) без шкоди іншим вимогам, встановленим у національному законодавстві або законодавстві ЄС, компетентний орган влади надає дозвіл, якщо установка відповідає вимогам цієї Директиви (п. 1 ст. 5 Директиви ЄС про промислові викиди);

3) граничні обсяги викидів для забруднюючих речовин застосовуються у точці, в якій викиди залишають установку, а будь-яке розрідження до цієї точки не береться до уваги під час визначення таких значень (п. 1 ст. 15 Директиви ЄС про промислові викиди);

4) компетентний орган влади встановлює граничні обсяги викидів, які забезпечують, що за нормальних умов експлуатації викиди не перевищуватимуть рівнів викидів, пов'язаних із найкращими наявними технологіями, встановлених у рішеннях стосовно висновків щодо найкращих наявних технологій шляхом встановлення граничних обсягів викидів, що не перевищують рівнів викидів, пов'язаних із найкращими наявними технологіями (виражаються для таких самих або коротших проміжків часу та за таких самих контрольних умов, що й для рівнів викидів, пов'язаних із найкращими наявними технологіями), або шляхом встановлення інших граничних обсягів викидів щодо їх значень, строків та контрольних умов (п. 3 ст. 15 Директиви ЄС про промислові викиди) [5].

Висновки. З вищевикладеного випливає, що відповідно до вимог Директиви ЄС про промислові викиди компетентний державний орган має на підставі самостійно вироблених критеріїв визначити, в якому обсязі будуть здійснені викиди, і не має права відмовити у видачі дозволу за умови, що стан атмосферного повітря загалом не є гіршим за «обмежувальний рівень».

Таким чином, у межах усіх системоутворюючих інститутів у системі охорони атмосферного повітря законодавець надає перевагу використанню імперативного методу правового регулювання, що відповідає актам законодавства Європейського Союзу в цій сфері.

Список використаних джерел:

1. Про охорону атмосферного повітря: Закон України від 16 жовтня 1992 р. № 2707-XII. Дата оновлення: 18 грудня 2017 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2707-12 (дата звернення: 05.12.2017).

2. Рибачек В.К. Правова охорона атмосферного повітря за законодавством України: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.06. Київ, 2010, 20 с.

3. Щодо оцінки та контролю навколишньої атмосфери: Директива Ради Європейського Союзу від 27 вересня 1996 р. 96/62/ЄС. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_498 (дата звернення: 23.11.2017).

4. Про якість атмосферного повітря та чистіше повітря для Європи: Директива Європейського Парламенту та Ради від 21 травня 2008 р. 2008/50/ЄС. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_950 (дата звернення: 23.11.2017).

5. Про промислові викиди: Директива Європейського Парламенту та Ради від 24 листопада 2010 р. 2010/75/ЄС. URL: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiVzf_E5ozZAhVSaVAKHVZ_Dy4QFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fold.minjust.gov.ua%2Ffile%2F33301.docx&usg=AOvVaw2mcGdU7DxPogAJ2JVWFOSx (дата звернення: 23.11.2017).

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОЦЕС, ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

ВИПРИЦЬКИЙ А. О.,
кандидат юридичних наук, доцент

УДК 347.998

ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ КОНФЛИКТУ ІНТЕРЕСІВ У ДІЯЛЬНОСТІ ПОСАДОВИХ ОСІБ ДЕРЖАВНИХ ВИЩИХ НАВЧАЛЬНИХ ЗАКЛАДІВ

Стаття присвячена виявленню в діяльності посадових осіб державних вищих навчальних закладів конфліктів інтересів. Розглянуто недоліки та суперечність засобів заборон, за порушення яких настає не тільки адміністративна відповідальність, а і, в деяких діях, кримінальна. Проаналізовано нормативно-правові акти, які регулюють законні подолання потенційного та реального конфлікту інтересів.

Ключові слова: *потенційний конфлікт інтересів, реальний конфлікт інтересів, посадові особи державних вищих навчальних закладів, виникнення конфліктних ситуацій, врегулювання конфліктних ситуацій, типові ситуації, в яких посадова особа діє в умовах конфлікту інтересів, державний вищій навчальних заклад.*

Статья посвящена выявлению в деятельности должностных лиц государственных высших учебных заведений конфликтов интересов. Рассмотрены недостатки и противоречия средств запрета, в случае нарушения которых наступает не только административная ответственность, но и, в некоторых случаях, уголовная. Проанализированы нормативно-правовые акты, регулирующие предупреждение возникновения потенциального и реального конфликта интересов.

Ключевые слова: *потенциальный конфликт интересов, реальный конфликт интересов, должностное лицо государственного высшего учебного заведения, возникновение типовых ситуаций, в которых должностное лицо действует в условиях конфликта интересов, государственное высшее учебное заведение.*

The article is devoted to the identification of conflicts of interest in the activities of officials of state higher educational institutions. The shortcomings and contradictions of the means of prohibition are considered, in case of violation of which the responsibility is not only administrative but also in some cases criminal. The regulatory legal acts regulating the prevention of the emergence of a potential and actual conflict of interest have been analyzed.

Key words: *potential conflict of interest, real conflict of interest, official of state higher education institution, occurrence of typical situations, typical situations in which an official acts in the context of a conflict of interest, state higher educational institution.*

Вступ. Конфлікт інтересів, тобто суперечність між приватним та службовими інтересами як у державному, так і у приватному секторах, непокоять громадськість у багатьох країнах світу. Ситуації, які спричиняють конфлікти інтересів, вже давно є окремим об'єктом антикорупційної політики, зокрема серед державних вищих навчальних закладів.

На перший погляд, складається враження, що розв'язання конфлікту інтересів є чітко врегульованою процедурою та не зумовлює яких-небудь труднощів у застосуванні.

Проте на практиці під час застосування антикорупційних норм з приводу конфлікту інтересів у діяльності посадових осіб державних вищих навчальних закладів, виникає ряд обставин, що ускладнюють застосування статей 28 та 29 Закону України «Про запобігання корупції» (далі – Закон).

Дослідженням корупційних проявів посадових осіб у системі органів влади та юридичних осіб публічного права приділяли увагу такі вітчизняні вчені: Аркуші Л., Бабіч В., Вересава В., Веклич В., Виприцький А., Гудков Д., Жалинська В., Журавська В., Камлик М., Чернєя В., Хавронюк М. та інші. Але попри велику кількість наукових праць, які досліджують найгірші форми корупційних правопорушень в органах державної влади, виявлення цього питання стосовно діяльності державних вищих навчальних закладів залишається невивченим.

Постановка завдання. Метою статті є виявлення підстав виникнення конфлікту інтересів у діяльності посадових осіб державних вищих навчальних закладів та доведення нормативно-правових актів до взаємного логічного узгодження, оскільки наявні колізії унеможливлюють притягнення до відповідальності посадових осіб державного вищого навчального закладу та призводять лише до двоякого трактування законодавчих норм.

Результати дослідження. Закон визначає перелік осіб, які є суб'єктами відповідальності за корупційні та пов'язані з корупцією правопорушення, що має дати змогу уникнути суперечок щодо поширення чи непоширення на них положень антикорупційного законодавства.

Відповідно до п.п. «а» п. 2 ст. 3 Закону посадові особи державних вищих навчальних закладів, які не зазначені в п. 1 цієї статті, прирівнюються до осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

На відміну від посадових та службових осіб інших державних органів, органів АРК (п.п. «з» п. ст. 3 Закону) ці особи:

1) одержують заробітну плату повністю або частково за рахунок державних чи комунальних коштів;
2) не здійснюють функції представників влади;
3) постійно чи тимчасово обіймають у державних вищих навчальних закладах посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або виконують такі обов'язки за спеціальним повноваженням, яким їх може наділити не лише уповноважений орган державної влади, суд або Закон України «Про вищу освіту», а й орган місцевого самоврядування, уповноважений орган чи повноважна службова особа державного вищого навчального закладу.

Посадовими особами державних вищих навчальних закладів є ректор, проректори, декани, заступники деканів, завідувачі кафедрами, а також керівники підрозділів. Не будь-який представник юридичної особи є її посадовою особою. У контексті пунктів 2 і 3 ст. 3 Закону посадовими особами державних вищих навчальних закладів слід визначати тільки їх керівників та інших посадових осіб, які уповноважені виконувати юридично значущі дії від імені цих державних вищих навчальних закладів. Інші, крім посадових осіб, працівники цих установ можуть бути визнані особами, які надають публічні послуги, або особами, які виконують роботу чи надають послуги відповідно до трудового договору (контракту) державного вищого навчального закладу [1 с. 59, 60]. У пункті 1 постанови ПВС «Про судову практику у справах про хабарництво» зазначено: «Працівники підприємств, установ, організацій, які виконують професійні (вчитель), виробничі (водій) або технічні (друкарка, охоронець тощо) функції, можуть визначатися службовими особами лише за умови, що поряд із цими функціями вони виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки.

Посадові особи державного вищого навчального закладу, зобов'язані в межах своїх повноважень вживати заходів щодо недопущення конфлікту інтересів, а саме – суперечності між особистими інтересами та посадовими повноваженнями, наявність яких може вплинути

на об'єктивність або неупередженість прийняття рішень, а також на вчинення чи невчинення дій під час виконання наданих їй посадових повноважень.

Ст. 1 Закону визначає два поняття «реальний конфлікт інтересів» – суперечність між приватним інтересом особи та її службовими чи представницькими повноваженнями, що впливає на об'єктивність або неупередженість прийняття рішень, або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень; та друге визначення приватного інтересу – це будь-який майновий чи немайновий інтерес особи, в тому числі зумовлений особистими, сімейними, дружніми чи іншими позаслужбовими стосунками з фізичними чи юридичними особами, в тому числі ті, що виникають у зв'язку із членством або діяльністю у громадських, політичних, релігійних чи інших організаціях.

Реалізована політика запобігання реального та потенційного конфлікту інтересів не може полягати виключно в забороні посадовим особам мати будь-які приватні інтереси, адже очевидно, що цей підхід навряд чи можна реалізувати. Безпосереднє завдання полягає в підтримані доброчесності й об'єктивності прийняття адміністративних рішень [2, с. 230].

Тому сучасна система запобігання конфліктам інтересів або їх врегулювання спрямована на:

1) пошук балансу між приватним та публічним інтересом через виявлення ризиків для доброчесності посадової особи;
2) заборону неприйнятних форм конфліктів;
3) управління конфліктними ситуаціями;
4) врегулювання конфліктних ситуацій [2, с. 230].

Необхідно брати до уваги, що конфлікт інтересів у вищих державних навчальних закладах існуватиме у всіх випадках, коли в особи є приватний інтерес, здатний вплинути на об'єктивність чи неупередженість адміністративних рішень, навіть тоді, коли прийняті нею рішення за наявності приватного інтересу є об'єктивними та неупередженими і відповідають вимогам, які встановлені законами України. У цьому випадку буде мати місце втрата суспільної довіри до посадових осіб вищих навчальних закладів, в яких вони працюють. Крім того, коли приватний інтерес «не спровокував» прийняття незаконного рішення, окремому розгляду підлягатиме питання наявності або відсутності в рішеннях, діяннях службової особи фактів зловживання посадовими повноваженнями, одержання неправомірної вигоди чи інших корупційних правопорушень.

Виникнення конфлікту інтересів у діяльності посадових осіб вищих навчальних закладів може відбуватися у зв'язку з порушенням установлених заборон (отримання подарунку, працевлаштування, використання службової інформації тощо). Враховуючи різноманітність приватних інтересів посадових осіб, скласти вичерпний перелік ситуацій виникнення конфлікту інтересів, звичайно, є неможливим. Тим не менш, можна виділити низку типових ситуацій, в яких посадова особа діє в умовах конфлікту інтересів, а саме:

1) Посадова особа є членом конкурсної комісії у вищому навчальному закладі, при цьому близька їй особа або особа, з якою пов'язаний її приватний інтерес, бере участь у конкурсі на заміщення вакантної посади в цьому ж навчальному закладі. Зазначена ситуація є однією з найбільш типових ситуацій конфлікту інтересів, при цьому існує безліч її різновидів, наприклад:

– посадова особа не є членом конкурсної комісії вищого навчального закладу, але в разі призначення близької їй особи або особи, з якою пов'язаний її приватний інтерес, буде її керівником;

– посадова особа не є членом конкурсної комісії вищого навчального закладу, але уповноважена приймати рішення про прийняття на роботу і вчиняє це щодо близької їй особи, з якою пов'язаний її приватний інтерес;

– посадова особа є членом комісії з проведення службових перевірок вищого навчального закладу і приймає рішення (проводить перевірку) стосовно особи, з якою пов'язаний її приватний інтерес (в тому числі, не на постійній основі, тобто під час тимчасового виконання цих обов'язків за дорученням чи в силу розподілу обов'язків, відповідно до наказу чи посадової інструкції);

– посадову особу включено до складу комісії з проведення службової перевірки з приводу встановлення законності (незаконності) своїх же рішень або рішень, у підготовці яких вона сама до цього брала участь. Так, наприклад, не є доцільним призначати на посаду Уповноваженого з питань запобігання та виявлення корупції ректора, проректорів, головного бухгалтера вищого навчального закладу, оскільки вони в межах своїх повноважень приймають рішення. Але ст. 64 Закону дозволяє призначати зазначених осіб на посаду Уповноваженого з питань запобігання та виявлення корупції.

2) Посадова особа державного органу здійснює контрольні заходи щодо вищого навчального закладу, в якому працює близька їй особа, з якою пов'язаний її приватний інтерес. Різновидом цієї ситуації може бути складніший для визначення випадок конфлікту інтересів, коли службова особа, здійснюючи контрольні заходи щодо вищого навчального закладу, відносно якої в неї відсутній приватний інтерес, у процесі контрольного заходу проводить зустрічну перевірку іншого навчального закладу, який, у свою чергу, пов'язаний договірними відносинами з першим, і при цьому ректором цього навчального закладу є близька їй особа або особа, з якою пов'язаний її приватний інтерес [2 с. 233].

3) Старший викладач, викладач, асистент, доцент, професор, завідуючий кафедрою, декан, проректор, ректор та інші посадові особи, які проводить лекційні, практичні, семінарські та лабораторні заняття в особи, яка близька їй, або в особи, з якою пов'язаний її приватний інтерес (здобувача вищої освіти). У цьому випадку зазначені посадові особи здійснюють контрольні заходи, метою яких є визначення рівня сформованості дисциплінарних компетентностей та відповідних результатів навчання, передбачені робочими програмами навчальних дисциплін вищого навчального закладу. У зазначеному пункті є досить дискусійне питання щодо таких осіб, як старший викладач, викладач, асистент, доцент та професор кафедри, які можуть визначатися службовими (посадовими) особами лише за умови, що поряд із своїми функціями вони виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки.

4) Посадова особа органу державної влади в ході проведення контрольних заходів щодо державного вищого навчального закладу виявляє порушення вимог законодавства. При цьому для їх усунення вона рекомендує керівнику вищого навчального закладу скористуватися послугами компанії, керівником чи співробітником якої є близька їй особа або особа, з якою пов'язаний її приватний інтерес. У даній ситуації йдеться про випадок, коли посадова особа не просто інформує організацію про всі компанії, які надають у даному регіоні послуги, необхідні для усунення виявлених порушень, а виділяє якусь окрему організацію. Саме така поведінка може свідчити про конфлікт інтересів. Незважаючи на те, що рекомендації державного службовця необов'язково можуть бути обумовлені корисливими мотивами, а, наприклад, прагненнями забезпечити якісне усунення порушень, подібні поради забезпечують можливість отримання доходу близькими або іншими, пов'язаними з ним особами, а отже, свідчитимуть про наявність у посадової особи органу державної влади приватного інтересу [2].

5) Посадова особа бере участь у прийнятті рішення про закупівлю державним вищім навчальним закладом товарів або про надання послуг юридичній особі, керівником (працівником) якої є близька їй особа або особа, з якою пов'язаний її приватний інтерес.

6) Близька особа посадової особи державного вищого навчального закладу отримує подарунок або інші блага від фізичних або юридичних осіб, щодо яких службова особа здійснює функції з надання освітніх послуг чи вчиняє будь-які інші дії, пов'язані з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування. Закон не встановлює обмежень на отримання подарунків та інших речей близькими особами службовців. Однак якщо йдеться про зацікавлених фізичних або юридичних осіб, то отримання подарунків близькою особою посадової особи заборонено цим Законом. Це ж стосується випадків, коли посадова особа державного вищого навчального закладу просить або вимагає такий подарунок для себе чи близьких їй осіб. Окрім наведених ситуацій, можуть мати місце спроби подарувати подарунок безпосередньо посадовій особі вищого

навчального закладу, наприклад, у зв'язку зі святкуванням дня народження або іншого свята. У цій ситуації подарунок «нібито» не може однозначно вважатися отриманим у зв'язку з виконанням службових повноважень. Насправді ж отримання подарунка від зацікавленої фізичної або юридичної особи ставить посадову особу в ситуацію конфлікту інтересів [2]. Якщо ж йдеться про подарунок від викладача завідуючому кафедрою, то цей Закон прямо забороняє такі дії. Наведенні вище ситуації слід кваліфікувати як різні адміністративні правопорушення, а саме – за ст. 172-5 та 172-7 КУпАП.

7) Посадова особа органу державної влади бере участь у здійсненні контрольних заходів стосовно державного вищого навчального закладу, перед яким посадова особа або його близька особа мають майнові зобов'язання. Різновидом цієї ситуації може бути протилежний випадок, коли сам навчальний заклад має майнові зобов'язання перед державним службовцем або близькими йому особами.

8) Посадова особа органу державної влади, яка бере участь у здійсненні функцій державного управління чи контролю стосовно державного вищого навчального закладу, працівником якого вона була до переходу на роботу в державний орган. За певних умов взаємовідносини з вищим навчальним закладом можуть впливати на об'єктивне виконання службових обов'язків посадовою особою органу державної влади, що може спричинити реальний конфлікт інтересів. Йдеться про випадки, коли посадова особа органу державної влади або підтримує дружні відносини зі своїми колишніми колегами, або, навпаки, вороже становиться до них. При цьому необхідно відзначити, що практична реалізація симпатії або антипатії в конкретних неправомірних рішеннях чи діяннях службової особи може означати наявність конфлікту інтересів.

9) Ректор або інша посадова особа приймає адміністративні рішення у вигляді наказу або розпорядження відносно того, що, у свою чергу, може спричинити реальний конфлікт інтересів. Мова йде про суперечності між приватним та службовим інтересами, що впливає на об'єктивність та неупередженості прийняття адміністративних рішень.

10) Завідуючий кафедрою або декан факультету отримає подарунок від студента в якості подяки за надання йому знань вже після складання іспитів та захисту дипломної роботи. Законодавством передбачена заборона щодо такої дії, а саме – ст. 23 Закону. Але завідувач кафедри отримав подарунок від студента вже після захисту дипломної роботи, що не могло вплинути на результат оцінювання. Ми вважаємо, що ця ситуація не підпадає під ст. 23 Закону. Законодавець, навпаки, відносить таку дію до корупційних правопорушень.

Національне агентство з питань запобігання корупції своїм рішенням № 839 від 29 вересня 2017 року затвердило Методичні рекомендації з питань запобігання та врегулювання конфлікту інтересів у діяльності осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та прирівняних до них осіб.

Щодо відповідальності посадової особи вищого навчального закладу в разі невиконання вимог ст. 28 Закону, то статтею 172-7 КУпАП «Порушення вимог щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів» передбачено відповідальність за неповідомлення особою у встановлених законом випадках та порядку про наявність у неї реального конфлікту інтересів, а також вчинення дій чи прийняття рішень в умовах реального конфлікту інтересів.

Слід звернути увагу на ст. 28 Закону, якою встановлено обов'язок посадової особи повідомляти не пізніше наступного робочого дня з моменту, коли особа дізналася чи повинна була дізнатися про наявність у неї реального чи потенційного конфлікту інтересів. Отже, Законом встановлено обов'язок повідомляти про наявний як реальний, так і потенційний конфлікт інтересів, але відповідальність існує тільки за неповідомлення про такий конфлікт.

Доцільно буде погодитися з Гудковим Д.В., що прогалина в законодавстві призводить до скоєння чисельних не тільки адміністративних, а і кримінальних корупційних правопорушень. Повинна бути передбачена відповідальність за неповідомлення про потенційний конфлікт інтересів, оскільки саме механізм повідомлення про потенційний конфлікт інтересів може попередити скоєння корупційного правопорушення, а не виявлення вже наявного

реального конфлікту, що частіше на практиці зустрічається вже після скоєння корупційного кримінального правопорушення [3, с. 85].

Висновки. Прояви виникнення потенційного та реального конфлікту інтересів як складового елементу загального механізму запобігання корупції, нерозривно пов'язані з адміністративними засобами заборон, встановлені Законом України «Про запобігання корупції», що є віддзеркаленням проблем, виявлених під час здійснення посадовою особою своїх прав та виконання обов'язків.

Сучасний стан виникнення потенційного та реального конфлікту інтересів говорить про те, що він є досить прогресивним, але слід розуміти, що механізм запобігання корупції у сфері конфліктів інтересів повинен бути динамічним та розвиватися, враховуючи сучасні відносини у сфері особистих інтересів та посадових повноважень, наявність яких може вплинути на об'єктивність або неупередженість прийняття адміністративних рішень, а також на вчинення чи невчинення дій під час виконання посадових повноважень.

Список використаних джерел:

1. Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. 2-ге вид., переробл. і допов. К.: ВД «Дакор», 2017. 522 с.

2. Науково-практичний коментар Закону України «Про запобігання корупції» Станом на 5 вересня 2017 року. практ. посіб. / за заг. ред. Чернєя В.В. К.: «Центр учбової літератури», 2017. 512 с.

3. Гудков Д.В. Недоліки механізму адміністративної відповідальності за правопорушення, пов'язані з корупцією як віддзеркалення недоліків закону України «Про запобігання корупції». Право і суспільство. 2017. № 2. Ч. 2. С. 81–85.

4. Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31.10.2003 р. (ратифіковано Законом України №251-V від 18.10.2006 р.).

5. Кодекс України про адміністративні правопорушення, введений у дію Постановою Верховної Ради Української РСР від 07.12.1984 р. № 8074-10.

6. Закон України «Про запобігання корупції» від 14.10.2014 р. №1700-VII. URL: zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18

7. Рішення Національного агентства «Про затвердження Методичних рекомендацій щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів» від 29.09.2017 р. № 839.

8. Виприцький А.О. Подолання корупції в сучасних умовах як сладова стратегія національної безпеки. Доповіді Всеукр. наук.-прак. круглого столу, «Національна безпека України: актуальні проблеми правового забезпечення» 27 жовтня 2017 р., Дніпро: НГУ; Євраз. асоц. Правничих шкіл і працівників. Дніпро: Літограф, 2017. С. 77–81.

9. Липов С. Совместная работа родственников. Юридическая практика. 28 июня 2011 г. № 26.

КОРЕНЕВА М. М.,
кандидат юридичних наук,
консультант з ефективності
підприємництва
(Комунальне підприємство «Київський міський бізнес-центр»)

УДК 351.862.4:(477)

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ Й ІНШІ ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ВІДКРИТТЯ, ПЕРЕРЕЄСТРАЦІЇ ТА ЛІКВІДАЦІЇ БІЗНЕСУ В УКРАЇНІ Й МЕТОДИ ЇХ ПОДОЛАННЯ

У статті аналізуються адміністративно-правові й інші проблемні аспекти відкриття, перереєстрації, ліквідації бізнесу. Показано, як можна подолати незручності під час реєстрації, перереєстрації, ліквідації бізнесу як по місту Київ, так і по всій Україні в тому числі за принципом екстериторіальності, розглянуто відмінності фронт- і бек-офісів, їх призначення, державну реєстрацію включення відомостей про юридичну особу, зареєстровану до 1 липня 2004 року, ліквідацію, тобто припинення, бізнесу тощо.

Ключові слова: *бізнес, відкриття, проблемні аспекти, фронт-офіс, бек-офіс, екстериторіальність, перереєстрація, ліквідація, припинення.*

В статье анализируются административно-правовые и другие проблемные аспекты открытия, перерегистрации, ликвидации бизнеса. Показано, как можно преодолеть неудобства при регистрации, перерегистрации, ликвидации бизнеса как по городу Киев, так и по всей Украине в том числе по принципу экстерриториальности, рассмотрены различия фронт- и бэк-офисов, их назначение, государственная регистрация включения сведений о юридическом лице, зарегистрированном до 1 июля 2004 года, ликвидации, т.е. прекращении, бизнеса и прочее.

Ключевые слова: *бизнес, открытие, проблемные аспекты, фронт-офис, бэк-офис, экстерриториальность, перерегистрация, ликвидация, прекращение.*

The article analyzes administrative-legal and other problematic aspects of opening, re-registration, liquidation of business. But, in our opinion, it is possible to overcome the inconvenience of registration, re-registration, liquidation of business both in the city of Kyiv and throughout Ukraine, including on the principle of extra-territoriality, differences between the front and back offices, their purpose, state registration, inclusion of information about a legal entity registered until July 1, 2004, liquidation ie termination of business, and so on.

Key words: *business, opening, problem aspects, front office, back office, extraterritoriality, re-registration, liquidation, termination.*

Вступ. Адміністративне право – це окрема галузь права в системі права України, нормами якої регулюються суспільні відносини, структури місцевого самоврядування, державної влади, недержавні та державні підприємства, установи й організації, що склалися в процесі організації та здійснення державного управління.

Постановка завдання. Мета статті – проаналізувати адміністративно-правові й інші проблемні аспекти відкриття, перереєстрації, ліквідації бізнесу.

Результати дослідження. Що таке бізнес? Бізнес – це підприємство, установа, організація, яка здійснює торгівлю товарами та/або послугами споживачам. Більшість компаній, мають на меті одержання прибутку шляхом здійснення підприємницької діяльності задля забезпечення багатства їх власників. Тобто бізнес – це комерційна, підприємницька або будь-яка інша діяльність, яка спрямована на отримання прибутку.

На нашу думку, відкриття бізнесу в Україні на сьогоднішній день є дуже проблематичним і складним, оскільки існує багато проблемних аспектів у законодавстві, які потребують доопрацювання.

Як приклад візьмемо таке:

1) реєстрацію бізнесу;
2) фронт- і бек-офіси;
3) перереєстрацію бізнесу (тобто внесення змін до відомостей до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань);
4) державну реєстрацію включення відомостей про юридичну особу, зареєстровану до 1 липня 2004 року;
5) ліквідацію бізнесу.

1. На сьогоднішній день державна реєстрація бізнесу набирає все більших потужностей в Україні. У зв'язку із цим у більшості людей постає питання: куди звертатись, щоб зареєструвати бізнес. Реєстрацію проводять державні реєстратори відділів з питань державної реєстрації юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, державні реєстратори, які працюють в акредитованих комунальних підприємствах, і нотаріуси.

Відповідно до пункту 1 статті 6 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань», державним реєстратором може бути громадянин України, який має вищу освіту, відповідає кваліфікаційним вимогам, визначеним Міністерством юстиції України, та перебуває в трудових відносинах із суб'єктом державної реєстрації (крім нотаріусів), і нотаріус [2].

Згідно з абзацами 1 і 2 пункту 2 статті 4 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань», державна реєстрація проводиться незалежно від місця знаходження юридичної чи фізичної особи в межах Автономної Республіки Крим, області, міст Києва та Севастополя, крім державної реєстрації на підставі документів, поданих в електронній формі, що проводиться незалежно від місця знаходження юридичної чи фізичної особи в межах України.

За рішенням Міністерства юстиції України державна реєстрація на підставі документів, поданих у паперовій формі, може проводитися в межах декількох адміністративно-територіальних одиниць, визначених в абзаці 1 цієї частини [2].

Тобто особа може подати державному реєстратору пакет документів на здійснення державної реєстрації бізнесу, передбачений пунктом 1 статті 17 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» [2], тільки до населеного пункту, де буде знаходитись місцезнаходження бізнесу (юридична адреса). Отже, якщо бізнес буде зареєстровано в Києві, документи на реєстрацію бізнесу можна подати тільки до Києва, якщо в Київській області, тоді тільки до Київської області, а якщо місцезнаходження бізнесу (юридична адреса) буде, наприклад, у місті Львові, тоді засновникам або уповноваженими ними особам необхідно буде їхати до міста Львов, щоб провести державну реєстрацію.

На нашу думку, проведення державної реєстрації тільки в населених пунктах треба розширити до реєстраційних дій по всій території Україні. Ці зміни дадуть змогу особі, яка хоче зареєструвати свій бізнес, навіть якщо його місцезнаходження й буде знаходитись в іншому населеному пункті, подати пакет документів на реєстрацію до будь-якого реєстратора по всій території України.

2. Що таке фронт-офіс і бек-офіс у районних адміністраціях (відділах реєстрації бізнесу) і як вони співпрацюють?

Фронт-офіс – це підрозділ адміністрації, а саме ЦНАП, який працює з людьми. Тобто до фронт-офісів належать ті відділи, які безпосередньо організують роботу з клієнтами.

Фронт-офіс здійснює такі функції:

1. Приймає пакет документів, поданий заявником.
2. Бере пакет документів під опис і видає екземпляр опису замовнику.
3. Передає пакет документів на оброблення до бек-офісу.
4. Після оброблення пакета документів бек-офісом видає готовий пакет документів або позитивний результат чи негативний.

Фронт-офіс має вести тісну співпрацю з бек-офісом для узгодження роботи між двома відділами.

Ураховуючи значні темпи зростання реєстрації бізнесу, законодавець приділяє значну увагу автоматизації роботи між фронт-офісом і бек-офісом, щоб уникнути неточностей в обробленні наданого клієнтом пакета документів. Тобто фронт-офіс приймає документи під опис, передає пакет документів на оброблення бек-офісу, а бек-офіс їх обробляє та дає або задовільну відповідь (якщо пакет документів на реєстрацію бізнесу подано згідно з пунктом 1 статті 17 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» [2]), тоді реєстратор уносить його до бази Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань і видає відповідний документ, який підтверджує, що бізнес зареєстровано, – виписку, або негативну відповідь (якщо пакет документів на реєстрацію бізнесу подано з порушеннями вимог пункту 1 статті 17 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» [2]), тоді реєстратор дає офіційну відмову й повертає узятий пакет документів під опис.

Відповідно до Закону України «Про адміністративні послуги», центр надання адміністративних послуг (далі – ЦНАП) – місце спілкування влади і громади району, де можна одержати будь-яку інформацію, консультацію чи послугу з відповідними побутовими умовами, компетентним і приязним персоналом. Тобто ЦНАП – це постійно діючий робочий орган або структурний підрозділ місцевої державної адміністрації або органу місцевого самоврядування, що зазначений у частині 2 цієї статті, в якому надаються адміністративні послуги через адміністратора шляхом його взаємодії із суб'єктами надання адміністративних послуг [3].

До ЦНАП входять у тому числі фронт- і бек-офіси.

Основними завданнями Центру є такі:

1) організація надання адміністративних послуг у найкоротший строк і за мінімальної кількості відвідувань суб'єктів звернень;

2) спрощення процедури отримання адміністративних послуг і поліпшення якості їх надання;

3) забезпечення інформування суб'єктів звернень про вимоги та порядок надання адміністративних послуг, що надаються через адміністратора.

Отже, якщо клієнт вирішив зареєструвати свій бізнес, перше, що він повинен зробити, це звернутися до ЦНАП і подати пакет документів до фронт-офісу.

Бек-офіс – це підрозділ адміністрації, а саме ЦНАП, у якому окремі відповідальні особи залежно від своїх функцій забезпечують оброблення даних, а саме звіряння, перевіряння, оброблення пакета документів, переданих фронт-офісом, прийняття позитивної чи негативної відповіді.

Працівники бек-офісу відповідають за:

- перевіряння отриманих від фронт-офісу документів на паперових чи електронних носіях щодо достовірності наданої інформації;
- реєстрацію й уведення потрібних даних до ЄДР;
- наявність усього пакета документів;
- відповідність документів нормам чинного законодавства та нормативно-правовим актам України.

Якщо виявлено правопорушення в документах, поданих клієнтом, результати перевірки мають бути належним чином оформлені відповідним документом (відмова в проведенні державної реєстрації).

Отже, чіткий розподіл функцій між фронт-офісом і бек-офісом на всіх етапах отримання, оброблення даних і видачі позитивної відповіді або негативної, інформації щодо її оброблення має на меті сприяти підвищенню рівня якості обслуговуванню клієнтів.

Але разом із позитивними моментами фронт-офісу й бек-офісу існують деякі негативні моменти, які, на нашу думку, потребують доопрацювання.

Робота фронт-офісу й бек-офісу не є достатньо автоматизованою, оскільки існує велика кількість відмов у здійсненні реєстрації бізнесу. Наприклад, фронт-офіс приймає пакет документів і віддає на оброблення його до бек-офісу, а бек-офіс, у свою чергу, бере пакет документів на оброблення, але якщо реєстратором бек-офісу виявлено розбіжність між документами, поданими на оброблення, та нормами чинного законодавства, то він дає відмову.

На нашу думку, щоб мінімізувати кількість відмов у проведенні державної реєстрації бізнесу, треба таке.

По-перше, розробити єдиний зразок документів, але не виключно статут, протокол, щоб за необхідності клієнт мав змогу взяти наведений зразок документа та привести його під вимоги свого бізнесу (підприємства), оскільки під час реєстрації бізнесу, як правило, не всі люди, які хочуть відкрити бізнес, мають змогу написати статут чи протокол з основ, тобто не всі мають юридичну освіту.

По-друге, автоматизувати подачу документів за єдиним зразком, описаним у пункті 1.

3. Перереєстрація бізнесу (тобто внесення змін до відомостей до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань).

Перереєстрація бізнесу – це внесення змін до відомостей до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань. Тобто, якщо, припустімо, підприємство в особі власників хоче внести будь-які зміни до реєстру, воно має подати пакет документів, передбачений у пунктах 2–20 статті 17 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань».

Задля запобігання рейдерським захопленням, відповідно по пункту 6 абзацу 2 та пункту 9 абзацу 1 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань», у разі будь-яких змін статут і протокол підлягають нотаріальному засвідченню.

Ці положення Закону дуже доречні у випадках зміни власників або керівних органів організації, проте, на нашу думку, деякі моменти цих пунктів статті Закону треба змінити так: «Нотаріальному засвідченню підлягають статут і протокол тільки у випадку зміни власників або керівництва. Усі інші зміни не підлягають нотаріальному засвідченню».

Незрозуміло, навіщо засвідчувати нотаріально елементарну зміну, наприклад, зміну видів економічної діяльності або зміну назви чи інші подібні зміни. Вони не містять загрози рейдерського захоплення.

4. Державна реєстрація включення відомостей про юридичну особу, зареєстровану до 1 липня 2004 року.

Єдиний державний реєстр юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань – це база, у якій зібрана інформація про підприємства, установи, організації, що зареєстровані з 1 липня 2004 року. Єдиний державний реєстр юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань функціонує по всій Україні як єдина база.

Відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань», із 1 липня 2004 року створена й стала працювати база «Єдиний державний реєстр юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань», у якій проводилася та проводиться по теперішній час реєстрація, перереєстрація, припинення бізнесу.

На нашу думку, база «Єдиний державний реєстр юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» дуже зручна у використанні та необхідна як реєстраційній службі, так і підприємствам.

Але разом із позитивними моментами, як нам видається, є деякі моменти, які потребують деяких доопрацювань, насамперед стосовно того, що ті підприємства, які зареєстровані до 1 липня 2004 року, до цієї бази не включені. Цим підприємствам, відповідно по пункту 3 статті 17 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань», щоб включитися до бази «Єдиний державний реєстр юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань», необхідно звернутися до реєстратора й подати необхідний перелік документів.

На нашу думку, до бази «Єдиний державний реєстр юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» треба автоматично підтягнути відомості щодо підприємств, які зареєстровані до 1 липня 2004 року, та видалити зі статті 17 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» пункт 3.

5. Ліквідація бізнесу проходить у декілька етапів.

Перший етап. Щоб розпочати ліквідацію підприємства, замовнику необхідно до реєстратора подати пакет документів, передбачених пунктом 9 статті 17 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань».

Другий етап. Необхідно звернутися до податкової інспекції міста Києва, подати заяву на аудит і пройти його, отримати акт перевірки (акт перевірки до реєстратора нести не потрібно, але аудит необхідно пройти обов'язково, оскільки без його проведення податкова не відішле до бази «Єдиний державний реєстр юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» інформацію про відсутність заборгованості, а без даних податкової інспекції реєстратор не зможе внести остаточний запис про припинення).

Третій етап. Звернутися до Управління соціального страхування, подати заяву на перевірку й узяти довідку про відсутність заборгованості перед управлінням соціального страхування (довідку про відсутність заборгованості реєстратору подавати не потрібно).

Четвертий етап. Звернутися до управління Фонду зайнятості, подати заяву на перевірку й узяти довідку про відсутність заборгованості (брати довідку в разі ненадходження даних про відсутність заборгованості до Управління пенсійного фонду в електронному режимі, довідку про відсутність заборгованості реєстратору подавати не потрібно).

П'ятий етап. Звернутися до управління Пенсійного фонду, подати заяву на перевірку й узяти довідку про відсутність заборгованості перед УПФУ (довідку про відсутність заборгованості реєстратору подавати не потрібно, перевірку проходити з довідкою з пункту 4, наведеного вище).

Шостий етап. Звернутися до Архівної установи та отримати довідку з архівної установи (спочатку необхідно звернутися до архіву міста Києва, подати туди необхідний пакет документів, щоб вони його завізували, а потім віднести справу до районного архіву, здати справу й отримати довідку з архівної установи).

Сьомий етап. Щоб закінчити процедуру перевірки, необхідно звернутися до реєстратора після закінчення строку заявлення кредиторами своїх вимог, передбаченого пунктом 5 статті 105 Цивільного кодексу, і подати пакет документів, передбачених пунктом 12 статті 17 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань». Після чого в разі відсутності заперечень від контролюючих органів, передбачених 2–6 етапами, реєстратор уносить остаточний запис про ліквідацію (припинення) юридичної особи.

На нашу думку, процес припинення бізнесу цілком зрозуміло прописаний у чинному законодавстві, проте є моменти, які потребують деяких доопрацювань. А саме, наприклад, можна базу «Єдиний державний реєстр юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» синхронізувати та автоматизувати з базою ДПІ, ПФУ й управління

Соціального страхування, щоб, якщо підприємство звертається до державного реєстратора з рішенням про закриття свого підприємства, реєстратор мав змогу зайти до баз контролюючих органів, перелічених вище, і перевірити, є заборгованість у підприємства перед державою чи ні. Якщо немає заборгованості або заперечень, реєстратору надати право закрити підприємство без проходження перевірки в контролюючих органах, перелічених вище.

Висновки. У дослідженні розглянуті адміністративно-правові й інші проблемні аспекти відкриття, перереєстрації та ліквідації бізнесу в Україні й методи їх подолання. Тобто висвітлені та розглянуті позитивні моменти реєстрації, перереєстрації, ліквідації бізнесу, моменти реєстрації, перереєстрації, ліквідації бізнесу, які потребують доопрацювань, і запропоновані варіанти доопрацювання вказаних недоліків.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15.

2. Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань: Закон України від 15 травня 2003 року № 755-IV. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/755-15/page.

3. Про адміністративні послуги: Закон України від 6 вересня 2012 року № 5203-VI. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5203-17.

МАНДЗЮК О. А.,
кандидат юридичних наук, голова
(Інститут стратегічних ініціатив Глобальної організації союзницького лідерства)

УДК 342.9

НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ АНАЛІТИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Стаття присвячена правовій регламентації аналітичної діяльності. Надано поняття нормативно-правового забезпечення аналітичної діяльності як системи обов'язкових для виконання норм, що визначають коло суб'єктів інформаційних відносин у цьому конкретному сегменті, регламентують правила їхньої діяльності, регулюють професійно-виробничі правовідносини, етапи і процедури здійснення аналітичної діяльності в інформаційній сфері. Запропоновано розглядати нормативно-правове забезпечення аналітичної діяльності на міжнародному, державному, галузевому та локальному рівнях. Проаналізовано нормативно-правове визначення видів діяльності, суміжних з аналітичною діяльністю. Сформульовано нормативно-правове визначення суб'єктів та об'єктів аналітичної діяльності у сфері інформаційних відносин. Виокремлено приблизний перелік об'єктів аналітичної діяльності у сфері інформаційних відносин.

Ключові слова: *інформація, аналітика, аналітична діяльність, нормативно-правове забезпечення, правове регулювання, об'єкти аналітичної діяльності у сфері інформаційних відносин, суб'єкти аналітичної діяльності у сфері інформаційних відносин.*

Статья посвящена правовой регламентации аналитической деятельности. Определено понятие нормативно-правового обеспечения аналитической деятельности как системы обязательных для исполнения норм, определяющих круг субъектов информационных отношений в этом конкретном сегменте, регламентирующих правила их деятельности, регулирующие профессионально-производственные правоотношения, этапы и процедуры осуществления аналитической деятельности в информационной сфере. Предложено рассматривать нормативно-правовое обеспечение аналитической деятельности на международном, государственном, отраслевом и локальном уровнях. Проанализировано нормативно-правовое определение видов деятельности, смежных с аналитической деятельностью. Сформулировано нормативно-правовое определение субъектов и объектов аналитической деятельности в сфере информационных отношений. Выделен примерный перечень объектов аналитической деятельности в сфере информационных отношений.

Ключевые слова: *информация, аналитика, аналитическая деятельность, нормативно-правовое обеспечение, правовое регулирование, объекты аналитической деятельности в сфере информационных отношений, субъекты аналитической деятельности в сфере информационных отношений.*

The article is devoted to the legal regulation of analytical activities. The concept of normative and legal support for analytical activity as a system of binding standards for determining the range of subjects of information relations in this particular segment, regulating the rules of their activities, regulating professional and industrial legal relations, stages and procedures for the implementation of analytical activities

in the information field is defined. It is proposed to consider the regulatory and legal support for analytical activities at the international, state, sectoral and local levels. The normative-legal definition of the types of activities adjacent to the analytical activity is analyzed. The normative-legal definition of subjects and objects of analytical activity in the sphere of information relations is formulated. An approximate list of objects of analytical activity in the sphere of information relations is singled out.

Key words: *information, analytics, analytical activity, regulatory support, legal regulation, objects of analytical activity in the field of information relations, subjects of analytical activity in the field of information relations.*

Вступ. Суспільно-політична значущість інформаційних відносин особливо в умовах становлення інформаційного суспільства, зумовлює необхідність правової регламентації діяльності в зазначеній сфері. Нормативно-правове забезпечення в таких умовах виступає як один із головних чинників, що впливає на якість і результативність аналітичної діяльності.

Під нормативно-правовим забезпеченням (далі – НПЗ) аналітичної діяльності будемо розуміти систему обов'язкових для виконання норм, які визначають коло суб'єктів інформаційних відносин у цьому конкретному сегменті, регламентують правила їхньої діяльності, регулюють професійно-виробничі правовідносини, етапи і процедури здійснення аналітичної діяльності в інформаційній сфері.

НПЗ можна розглядати на кількох рівнях:

– *міжнародному* (міжнародні нормативно-правові акти);
– *державному* (нормативно-правові акти України);
– *галузевому* (нормативно-правові акти міністерств і відомств, актуальні для аналітиків, аналітичних підрозділів, центрів, на які розповсюджується юрисдикція певного органу виконавчої влади);
– *локальному* (нормативні акти певної установи, закладу тощо).

Незважаючи на значну кількість нормативно-правових актів, що спрямовані на правове регулювання інформаційних відносин, на інформаційну сферу загалом, лише при самому оптимістичному розкладі можна вважати, що вони мають системний характер. Будучи реалістами, ми вимушені охарактеризувати нормативну базу в досліджуваній сфері трьома словами: недовершена, непослідовна і фрагментарна – і визнати, що натепер існує нагальна потреба не тільки в консолідації [1] і систематизації [2] інформаційного законодавства України, а й у заповненні лакун у текстах нормативно-правових актів, особливо щодо понятійно-категоріального апарату, визначення ключових термінів, правового режиму, регламентації окремих процедур, що супроводжують діяльність в інформаційній сфері, зокрема аналітичну. Достатньо згадати, що на теперішній час не існує законодавчого тлумачення таких понять, як «аналітична діяльність», «інформаційно-аналітична діяльність» тощо. Поза межами правового регулювання опинилися принципи, напрями діяльності, процеси і процедури, які можуть мати певні наслідки для суспільства загалом. Ю. Сурмін висловив думку, що Україні необхідний окремий Закон «Про аналітичну діяльність» [3].

Складність нормативно-правового врегулювання аналітичної діяльності полягає в її специфіці, інтегральному характері проявів. З одного боку, аналітичну діяльність можна розглядати в аспекті діяльності наукової й науково-технічної. У такому випадку регламентація має відбуватися на засадах Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність», містити положення про різні аспекти інновацій. З іншого – у зв'язку з тим, що зміст аналітичної діяльності полягає в роботі з інформацією, аналітична діяльність потрапляє у правове поле інформаційного законодавства. Ще один цікавий аспект. У зв'язку з тим що аналітична/інформаційно-аналітична діяльність сама по собі виступає як елемент інформаційно-аналітичного забезпечення, виникає замкнене імпліцитне коло: регламентуючи аналітичну діяльність, законодавець непрямим способом установлює правові норми і приписи інформаційно-аналітичного забезпечення управлінської діяльності, включаючи власну.

У такий спосіб є сенс розглядати питання нормативно-правового забезпечення аналітичної діяльності в ракурсі діяльнісного підходу, тобто відштовхуючись від суб'єктно-об'єктних правовідносин, процедур та операцій, що супроводжують цей вид діяльності.

Зокрема, в цьому плані визначальним для нас стає перелік напрямів державної інформаційної політики, що міститься в ст. 3 Закону України «Про інформацію», де серед інших виділяється забезпечення рівних можливостей щодо створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорони, захисту інформації.

Окремі аспекти правового регулювання аналітичної діяльності стали об'єктом наукового дослідження таких учених, як С. Алексєєв, Ф. Брецко, В. Копєйчиков, В. Горшенєв, О. Зайчук, С. Лисенков, М. Марченко, Н. Оніщенко, П. Рабінович, О. Скакун та ін.

На рівні інформаційно-правових відносин окремі аспекти проблеми методологічних засад дослідження аналітичної діяльності у сфері інформаційного права відображені в працях В. Баскакова, В. Варенка, М. Дімчогло, В. Залізняка, Є. Збінського, В. Кір'ян, Б. Кормича, П. Матвієнко, А. Новицького, О. Кохановської, В. Ліпкана, О. Логінова, О. Мандзюка, А. Марущака, В. Політило, Л. Рудник, О. Стоєцького, Я. Собківа, І. Сопілко, К. Татарникової, В. Цимбалюка, К. Череповського, О. Шепети та ін.

Постановка завдання. Мета статті – вивчити правову регламентацію аналітичної діяльності; надати поняття нормативно-правового забезпечення аналітичної діяльності; проаналізувати нормативно-правове визначення видів діяльності, суміжних з аналітичною діяльністю; виокремити приблизний перелік об'єктів аналітичної діяльності у сфері інформаційних відносин.

Результати дослідження. Оскільки законодавчого визначення поняття «аналітична діяльність» на цьому етапі немає, з огляду на інтеграцію семантичного поля із суміжними поняттями, виникає доцільність їх розгляду.

Найбільш спорідненим за своїм значенням є поняття наукової й науково-технічної діяльності, які містяться у відповідному законі [4]. Тому під науковою діяльністю розуміється «інтелектуальна творча діяльність, спрямована на одержання і використання нових знань» [4]. Також зазначається, що її основними формами є фундаментальні та прикладні наукові дослідження. Ураховуючи аналітико-синтетичний характер досліджуваного виду діяльності, можна стверджувати, що певною мірою аналітична діяльність у такому розумінні збігається з діяльністю науковою.

Науково-технічна діяльність у цьому ж Законі трактується як інтелектуальна творча діяльність, спрямована на одержання та використання нових знань у всіх галузях техніки й технологій. Її основними формами (видами) є науково-дослідні, дослідно-конструкторські, проектно-конструкторські, технологічні, пошукові та проектно-пошукові роботи, виготовлення дослідних зразків або партій науково-технічної продукції, а також інші роботи, пов'язані з доведенням наукових і науково-технічних знань до стадії практичного їх використання.

У такий спосіб до науково-технічної діяльності можуть бути зараховані ті дослідження, що проводяться в межах аналітики на предмет охорони й захисту інформації, запобігання її витоку тощо.

Знаходимо в текстах законодавчих актів також визначення науково-інформаційної діяльності. У Законі України «Про науково-технічну інформацію» вона трактується як сукупність дій, спрямованих на задоволення потреб громадян, юридичних осіб і держави в науково-технічній інформації, що полягає в її збиранні, аналітично-синтетичному обробленні, фіксації, зберіганні, пошуку та поширенні [5]. Принагідно зазначимо, що в умовах розбудови громадянського суспільства, значної активізації громадян, зростання їхньої ролі у вирішенні питань життєдіяльності держави до переліку суб'єктів, на задоволення чиїх потреб спрямована науково-інформаційна діяльність, варто було б додати після слова «громадян» за текстом сполучення «громадські організації та інші об'єднання громадян», тим більше що в Законі України «Про інформацію» об'єднання громадян виділяються як самостійний суб'єкт інформаційних відносин.

Якщо ж порівнювати наведене визначення з розумінням аналітичної діяльності, то спільними є такі компоненти: 1) сукупність дій; 2) задоволення потреб громадян, юридичних осіб і держави; 3) перелік дій, що супроводжують діяльність. Проте буде не зайвим підкреслити, що наданий у вказаному Законі перелік не зовсім корелюється з логікою проведення дослідження, адже етап пошуку інформації є одним із найперших і він передує аналітико-синтетичному обробленню документа.

Отже, можна зазначити, що під час підготовки законодавчого тлумачення поняття «аналітична діяльність» можуть бути враховані ті визначення, що надаються законами України для суміжних понять. Так само у практичній діяльності аналітиків під час розроблення локальних нормативних актів, зокрема посадових інструкцій, приписів, можна спиратися на чинні положення.

Якщо в законодавстві відсутнє визначення поняття аналітичної діяльності, цілком логічно, що в ньому немає й визначення суб'єктів цього виду діяльності, в тому числі у сфері інформаційних відносин.

У такому випадку правомірно поширити дію норми статті 4 Закону України «Про інформацію», яка до суб'єктів інформаційних відносин зараховує фізичних і юридичних осіб, об'єднання громадян, суб'єктів владних повноважень [6]. До останніх належать органи державної влади, органи місцевого самоврядування, інший суб'єкт, що здійснює владні управлінські функції відповідно до законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень [6].

Екстраполюючи норми зазначеного Закону на практику, що склалася в аналітичній діяльності, можемо конкретизувати, що як суб'єкти-фізичні особи виступають державні й недержавні аналітики (наприклад, бізнес-аналітики), експерти, аналітики-консультанти, менеджери аналітичної діяльності. У широкому сенсі розгляду інформаційних відносин в економічному ракурсі до суб'єктів також можна зарахувати персональних замовників аналітичних досліджень, розповсюджувачів, покупців і споживачів інформаційних продуктів, що з'явилися в результаті аналітичної діяльності.

Суб'єктами аналітичної діяльності, які представлені юридичними особами, можуть бути або окремі аналітичні центри, організації, інститути, що проводять певні аналітичні дослідження, а також певною мірою інформаційно-аналітичні служби (певні спеціалізовані підрозділи, відділи, відділення, групи, що функціонують у межах установ, закладів, організацій, агенцій і не мають статусу окремої юридичної особи).

Об'єднання громадян, визначені Законом України «Про інформацію» як суб'єкти інформаційних відносин, як нам видається, можуть бути представлені в таких іпостасях: 1) тимчасові творчі колективи аналітиків, що створюються на період виконання замовлень з аналітики; 2) неурядові, позапартійні організації, наукові співтовариства на базі вищих навчальних закладів, які займаються аналітичною діяльністю за власними інтересами, бажаннями й переконаннями на громадських засадах, тобто не є комерційними організаціями; 3) певні партії, рухи, громадські організації тощо, які можуть виступати замовниками та/чи споживачами інформаційних продуктів, створених у результаті аналітичної діяльності.

Як уже неодноразово зазначалося, суб'єкт владних повноважень, який у Законі України «Про інформацію» зарахований до кола суб'єктів інформаційних відносин, є водночас і головним замовником, і головним споживачем результатів аналітичної діяльності, адже без інформаційно-аналітичного супроводження та забезпечення будь-яка управлінська діяльність перетворюється на сумнівне аматорство.

У зв'язку з тим що за своєю специфікою аналітична діяльність перетинається з науковою діяльністю, може розглядатися як різновид наукової, науково-технічної або науково-інформаційної діяльності, є сенс не обмежуватися лише Законом України «Про інформацію», а звернутися й до інших актів.

Отже, ст. 4 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність», визначаючи суб'єктів цієї діяльності, зараховує до них учених, наукових працівників, науково-педагогічних працівників, а також наукові установи, наукові організації, вищі навчальні заклади, громадські

наукові організації [4]. Тому, як бачимо, тут також спостерігається умовний розподіл на фізичних і юридичних осіб, а також своєрідне об'єднання громадян на підставі спільних наукових інтересів. Причому, на відміну від описаних нами до цього творчих колективів аналітиків, ці громадські організації діють на довгостроковій і зазвичай плановій основі, спираючись на виборні засади і звітування (наприклад, певні наукові студентські товариства) [7].

Принципово важливими є два моменти. По-перше, серед суб'єктів наукової й науково-технічної діяльності не згадуються управлінці. Вочевидь розуміння законодавця базувалося на одному з двох: або ця робота тримається на свідомості і здійснюється на самоорганізації та ентузіазмі, або ж управлінці самі є вченими, науковими чи науково-педагогічними працівниками. Це питання залишається відкритим, хоча, по суті, воно прямо не належить до досліджуваної нами проблематики. По-друге, у переліку фізичних осіб-суб'єктів наукової й науково-технічної діяльності загалом відсутні будь-які згадки про аналітиків, експертів. У такий спосіб законодавець або не виокремлює аналітику як самостійну наукову чи науково-інформаційну діяльність, або, навпаки, усіх аналітиків уважає вченими. Це питання є доволі не простим і принциповим. Справа в тому, що, коли ми будемо розглядати нормативне регулювання підготовки аналітиків і звертатися до державних стандартів, а саме до Класифікатора видів економічної діяльності і Класифікатора професій, то побачимо, що в них фахівці й аналітики представлені лише як власне науковці.

Повертаючись до аналізу текстів законів, розглянемо й положення Закону України «Про науково-технічну інформацію». Стаття 3 зазначеного акта перелічує суб'єктів відносин у сфері науково-технічної інформації. На першому місці в цьому переліку державні органи, органи місцевого та регіонального самоврядування, а вже потім юридичні особи та громадяни України, міжнародні організації, іноземні юридичні особи і громадяни й особи без громадянства. Цікаво, що в п. 2 ст. 3 зазначеного Закону фізичні та юридичні особи позиціонуються за чітко визначеними ролями: творці, накопичувачі, власники, виробники, зберігачі, споживачі інформаційної продукції та послуг, а також посередники.

Нам імпонує такий функціонально-рольовий підхід, оскільки він конкретизує сутність діяльності кожного суб'єкта. Якщо це спроектувати на аналітичну діяльність, то можна абсолютно чітко розмежувати, чим займаються аналітичні центри або інформаційно-аналітичні служби, окремі аналітики, а чим – бібліотеки, архіви, музеї, сховища, хто потрапляє до суто економічного сегмента діяльності. Розвиваючи цю тему, за логікою сюди б можна було додати замовників інформаційно-аналітичних продуктів і захисників інформації, тоді б картина стала повною.

Розглядаючи питання щодо суб'єктів аналітичної діяльності у сфері інформаційних відносин, не можна оминути й Закон України «Про інформаційні агентства» [8]. Називаючи в ст. 6 зазначеного Закону суб'єктів діяльності інформаційних агентств, законодавець зараховує до них засновника (співзасновника) інформаційного агентства, його керівника (директора, генерального директора, президента та ін.), трудовий колектив, творчий колектив, журналіста інформаційного агентства, спеціаліста в галузі засобів комунікації, автора або іншу особу, якій належить право на інформацію; видавця (виробника), розповсюджувача і споживача продукції інформаційного агентства [8]. Із цього переліку зрозуміло, що для аналітиків у ньому місця не знайшлося, мабуть, вони десь розчинилися в трудових або творчих колективах. Не завжди аналітик виступає і як «інша особа, якій належить право на інформацію». Отже, враховуючи, що цей Закон з'явився 26 лютого 1995 року (у часи, коли аналітичній діяльності ще не приділялося належної уваги), проте неодноразово змінювався й доповнювався (остання редакція датується 21.05.2015), висловимо думку, що він має значні концептуальні потенції щодо розуміння ролі і статусу аналітичних підрозділів, окремих аналітиків у діяльності інформаційних агентств. Ця лакуна входить у суттєве протиріччя з вимогами сьогодення. Загалом, на нашу думку, потребує переосмислення сама концепція призначення, ролі і статусу інформаційних агентств. Чинний Закон України «Про інформаційні агентства», по суті, зорієнтований лише на етап оприлюднення й розповсюдження інформації, журналістську та видавничу діяльність. Цього замало. З огляду на появу в сучасних умовах

холдингів, у тому числі медіахолдингів, зростання в геометричній прогресії інформаційних потоків, що передбачає вдосконалення етапів пошуку, збирання, аналітико-синтетичного оброблення й лише потім оприлюднення, розуміння, подібне до представленого в зазначеному Законі виглядає рудиментом радянської доби.

До суб'єктів інформаційних відносин, згідно з державними стандартами України в галузі науково-інформаційної діяльності, можна зарахувати користувачів (інформації), тобто осіб чи організації, що отримують інформацію, яку надає бібліотека, інформаційний орган, інформаційний центр, будь-яка інформаційна система [9]. Проте названі суб'єкти реалізують свою діяльність завдяки роботі інших суб'єктів, які за своєю професією мають забезпечувати успішність етапу збирання, відбору й накопичення інформації. Тож у цьому сенсі ДСТУ 5024-2008 неповною мірою охоплюють правову концепцію щодо розуміння суб'єктів інформаційно-аналітичної діяльності.

Підбиваючи проміжні підсумки, зазначимо, що питання нормативно-правового забезпечення в аспекті визначення суб'єктів аналітичної діяльності у сфері інформаційних відносин є недостатньо релевантним вимогам часу. Проведений нами аналіз текстів законодавчих актів, будемо сподіватися, дасть можливість ліквідувати цей пробіл у правовому полі сучасної України.

Не менш складним і багатоаспектним є питання щодо нормативно-правового визначення об'єктів аналітичної діяльності у сфері інформаційних відносин. Воно також не знаходить відображення в якомусь одному законодавчому акті, а опосередковано й фрагментарно представлено в низці законів.

Пункт 2 ст. 4 Закону України «Про інформацію» наголошує коротко і ясно, що об'єктом інформаційних відносин є інформація. Це означає, що саме на неї спрямована діяльність усіх суб'єктів інформаційних відносин.

Дещо детальніше опис об'єкта надається в ст. 2 Закону України «Про науково-технічну інформацію», а саме вітчизняна й зарубіжна науково-технічна інформація. Законодавець, змінюючи 13.01.2011 текст акта, вирішив чітко диференціювати походження інформації, що в юридичному аспекті пояснюється виходом на суміжні права, зокрема на право інтелектуальної власності. У тексті вказується, що науково-технічна інформація як об'єкт відносин «охоплює отримувані в процесі науково-дослідної, дослідно-конструкторської, проектно-технологічної, виробничої та громадської діяльності результати, зафіксовані у формі, яка забезпечує їх відтворення, використання та поширення» [164]. З позицій досліджуваної нами проблеми вбачаємо недооцінку аналітичної діяльності, яка відсутня в переліку, закріпленому відповідним Законом. Подібну ситуацію можна пояснити тим, що укладачі закону, найвірогідніше, сприймали аналітичну діяльність як один з етапів науково-технічної діяльності, а тому не стали виокремлювати аналітику. Разом із тим у сучасних умовах інформаційного суспільства подібна концептуальна похибка є свідченням недостатньо повного розуміння законодавцями актуальності аналітичної діяльності та її ролі й місця в усіх інших видах інтелектуальної діяльності.

Конкретизуючи **об'єкти аналітичної діяльності** у сфері інформаційних відносин, надамо їх приблизний перелік. Пропонуємо зарахувати сюди:

– інформаційний/інформаційно-комунікативний простір;
– інтелектуальні/інтелектуальні інформаційні технології;
– інформаційні ресурси, що містяться в інформаційних системах (бази й банки даних, бібліотеки, архіви, музеї, сховища, системи діловодства, реєстри, фонотеки тощо) і зафіксовані на паперових чи інших носіях, а також приватні інформаційні ресурси;
– медіаконтент;
– психологію суб'єкта інформаційних відносин, включаючи психологію сприйняття, психологію хакерства, тролінгу, кібербулінгу, фішингу, спамінгу, ґрумінгу тощо;
– ринок інформаційно-аналітичних послуг, маркетинг інформаційної аналітики;
– соціальні відносини, що виникають на підставі вироблення, оброблення, споживання інформації та обміну нею.

Ми усвідомлено зараховуємо до об'єктів інформаційний/інформаційно-комунікативний простір, попри те що такі елементи входять до його складу. У такий спосіб, по-перше, унаочнюється методологічний складник аналітичної діяльності, його наукове підґрунтя; по-друге, суттєво розширяється спектр аналітичної діяльності, що дає можливість у подальшому використовувати системний підхід у межах парадигми інформаційної глобалізації.

Висновки. Подвійна природа інформаційних ресурсів як об'єкта аналітичної діяльності виявляється в тому, що, з одного боку, ці ресурси виконують інформаційну, довідкову, пізнавальну функції, без них неможливий етап пошуку і збирання інформації; з іншого – їх створення, підтримання, систематизація й оновлення само по собі є метою і змістом аналітичної діяльності великої групи працівників.

За подібного розуміння об'єктів аналітичної діяльності у сфері інформаційних відносин її нормативно-правове забезпечення базується не тільки на Законах України: «Про інформацію», «Про науково-технічну інформацію» і «Про наукову і науково-технічну діяльність», а й на Законах України: «Про державну статистику», «Про національну програму інформатизації», «Про бібліотеки і бібліотечну справу», «Про захист суспільної моралі», «Про внесення змін до деяких законів України щодо захисту інформаційного телерадіопростору України», «Про культуру», «Про Національний архівний фонд та архівні установи», «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій», «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні», «Про телебачення і радіомовлення», «Про видавничу справу», «Про рекламу» тощо.

Отже, за відсутності законодавчого визначення об'єктів аналітичної діяльності в інформаційних відносинах фахівець у цій сфері залежно від предмета, цілей і поставлених завдань має звертатися до окремих законодавчих актів.

Список використаних джерел:

1. Ліпкан В.А. Консолідація інформаційного законодавства України: монографія / за заг. ред. В.А. Ліпкана. Київ: ФОП О.С. Ліпкан, 2014. 416 с.
2. Ліпкан В.А. Систематизація інформаційного законодавства України: монографія / за заг. ред. В.А. Ліпкана. Київ: ФОП О.С. Ліпкан, 2012. 304 с.
3. Сурмін Ю.П. Аналітика державного управління: сутність і тенденції розвитку. URL: http://www.academy.gov.ua/ej/ej5/txts/06sypdsv.htm.
4. Про наукову і науково-технічну діяльність: Закон України від 13.12.1991 (редакція від 17.05.2015). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1977-12.
5. Про науково-технічну інформацію: Закон України від 25.06.1993 (редакція від 19.04.2014). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main/3322-12.
6. Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 (редакція від 21.05.2015). URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/main/2657-12.
7. Про наукову і науково-технічну експертизу: Закон України від 10.02.1995 (редакція від 05.12.2012). URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/main/51/95-%D0%B2%D1%80.
8. Про інформаційні агентства: Закон України від 28.02.1995 (редакція від 21.95.2015). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main/74/ 95-%D0%B2%D1%80.
9. ДСТУ 5034:2008. Науково-інформаційна діяльність. Терміни та визначення понять. Київ: Держстандарт України, 2008. 43 с.

ПИСАРЕНКО Г. М.,
здобувач
(Національна академія внутрішніх справ)

УДК 342.9

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В ІНФОРМАЦІЙНІЙ СФЕРІ

Стаття присвячена дослідженню поняття юридичної відповідальності за правопорушення в інформаційній сфері, розробці авторського визначення зазначеного поняття та визначенню його ознак. Проаналізовані основні визначення «юридичної відповідальності в інформаційній сфері», надані провідними науковцями.

Ключові слова: *юридична відповідальність, юридична відповідальність в інформаційній сфері, інформаційна відповідальність, ознаки юридичної відповідальності в інформаційній сфері.*

Статья посвящена исследованию понятия юридической ответственности за правонарушение в информационной сфере, разработке авторского определения даного понятия и определению его признаков. Проанализированы основные определения «юридической ответственности в информационной сфере», представленные ведущими учеными.

Ключевые слова: *юридическая ответственность, юридическая ответственность в информационной сфере, информационная ответственность, информационные преступления, признаки юридической ответственности в информационной сфере.*

The article investigates the definition of legal responsibility in sphere of information, development of author's definition of the definition of legal responsibility in sphere of information and determinates signs of legal responsibility in sphere of information. Analysed the main definitions of "legal responsibility in sphere of information", presented by leading scientists and specified its components. Developed author's definition of "legal responsibility in sphere of information".

Key words: *legal responsibility, information offenses, information misdemeanours, information crimes, signs of legal responsibility in sphere of information.*

Вступ. Поняття юридичної відповідальності в інформаційній сфері є доволі дискусійними в сучасній юридичній науці, як і поняття юридичної відповідальності в цілому. Незважаючи на наявність численних наукових досліджень із даної теми, однією з головних проблем є відсутність уніфікованого бачення визначення поняття юридичної відповідальності. Отже, дослідження теоретичних та практичних проблем юридичної відповідальності в інформаційній сфері в Україні є актуальним напрямом сучасної юридичної науки.

Постановка завдання. Метою даної наукової статті є окреслення поняття та ознак юридичної відповідальності в інформаційній сфері.

Задля досягнення поставленої мети слід вирішити такі завдання:

– надати визначення поняття «юридична відповідальність в інформаційній сфері»;
– виокремити основні ознаки юридичної відповідальності в інформаційній сфері.

Результати дослідження. Юридична відповідальність – одна з найскладніших тем сучасної юридичної науки. У статтях та монографіях цю проблему висвітлювали такі вчені, як К.В. Басін, С.В. Бобровник, С.Н. Братусь, А.Б. Венгеров, В.В. Лазарєв, Н.М. Оніщенко, Н.М. Пархоменко, П.М. Рабінович, Н.А. Слободчиков, Т.І. Тарахович та інші.

Незважаючи на наявність численних наукових досліджень з даної теми, теоретико-правові засади юридичної відповідальності є доволі дискусійними. Однією з головних проблем є відсутність уніфікованого бачення визначення поняття юридичної відповідальності.

Так, М.І. Матузов визначає юридичну відповідальність як один із видів соціальної відповідальності індивіда, головною особливістю якої є те, що вона пов'язана з порушенням юридичних норм, за яким стоїть апарат примусу держави [1, с. 443].

На думку П.М. Рабіновича, юридична відповідальність – різновид соціальної відповідальності, який закріплений у законодавстві, і забезпечуваний державою юридичний обов'язок правопорушника пізнати примусового позбавлення певних цінностей, що йому належать. Іншими словами, це застосування до винної особи примусових заходів за вчинене правопорушення [2, с. 16].

О.В. Мелехін розуміє юридичну відповідальність як обов'язок правопорушника нести покарання, зазнавати санкцій, що передбачені правовими нормами і застосовуються компетентними органами за вчинення ним протиправного діяння [3, с. 407].

На думку А.С. Піголкіна, юридична відповідальність – це вид державного примусу, що пов'язаний із державним осудженням винних протиправних діянь, які є небезпечними і шкідливими для держави та з якими ведеться боротьба шляхом застосування примусових заходів [4, с. 535].

О.Ф. Скакун вважає, що юридична відповідальність – передбачені законом вид і міра державно-владного зізнання особою втрат благ особистого, організаційного і майнового характеру за вчинене правопорушення [5, с. 464].

Внаслідок активних наукових досліджень у юридичній науці склалося декілька концепцій юридичної відповідальності.

Перша концепція розглядає юридичну відповідальність як покарання. На думку Н.С. Малеїна, покарання – це і є юридична відповідальність. Сутність відповідальності, її невід'ємна ознака полягає у покаранні правопорушника [6, с. 15].

Друга концепція розглядає юридичну відповідальність як реалізацію санкцій. Прихильники цієї концепції розглядають юридичну відповідальність у нерозривному зв'язку із санкцією правової норми і визначають її як реалізацію санкції. Л.С. Явич зауважував: «За найпростішого підходу, юридична відповідальність – це застосування відповідної санкції порушеної правової норми» [7, с. 43].

Згідно з третьою концепцією, юридична відповідальність є мірою державного примусу. І.С. Самощенко і М.Х. Фарукшин під юридичною відповідальністю розуміють державний примус до виконання вимог права, що містить осуд діяння правопорушника державою і суспільством. Ознаками юридичної відповідальності, на думку авторів, є осуд правопорушника і державний примус: «Юридичною відповідальністю називається застосування до осіб, які вчинили правопорушення, передбачених законом заходів примусу у встановленому для цього процесуальному порядку» [8, с. 17].

Чинне законодавство не містить положень щодо визначення поняття «юридична відповідальність в інформаційній сфері». Автори здебільшого оперують такими поняттями, як «інформаційна відповідальність» та «інформаційно-правова відповідальність».

Так, О.В. Полушкін оперує поняттям «інформаційна відповідальність» та зазначає, що вона проявляється у порушенні норм, які передбачають юридичну відповідальність за їх вчинення, із системою дозволів, заборон, обмежень і стимулів, які формують правовий режим в інформаційній сфері [9].

На думку Л.П. Коваленко, у широкому розумінні інформаційно-правова відповідальність – це вид юридичної відповідальності, якому притаманні всі ознаки останньої, який є складовою частиною державного примусу, це – накладення на правопорушників (фізичних

і юридичних осіб), загальнообов'язкових правил, які діють в інформаційній сфері, стягнень, що тягнуть за собою для цих осіб обтяжливі наслідки юридичного характеру. У вузькому розумінні інформаційно-правова відповідальність – це вид юридичної відповідальності, який полягає в застосуванні до фізичних і юридичних осіб, які вчинили інформаційні проступки, особливих санкцій – інформаційних стягнень [10].

Підсумовуючи подібні твердження щодо розуміння поняття юридичної відповідальності в інформаційній сфері, визначимо такі ознаки юридичної відповідальності в інформаційній сфері:

1. Вчинення інформаційного правопорушення.

Чинне законодавство не містить визначення інформаційного правопорушення. Дане питання розглядається такими вченими, як В.Ю. Баскаков, В.Д. Гавловський, М.В. Гуцалюк, М.І. Дімчогло, В.А. Залізняк, В.Ф. Коваль, Б.А. Кормич, В.А. Ліпкан, О.В. Логінов, А.І. Марущак, П.Є. Матвієнко, В.І. Теремецький, А.В. Тунік, О.В. Стоєцький, В.С. Цимбалюк, Л.С. Харченко, К.П. Череповський, М.Я. Швець, Т.А. Шевцова, О.В. Шепета, О.В. Чуприна тощо.

В.А. Ліпкан пропонує під інформаційним правопорушенням розуміти суспільно небезпечне, протиправне, винне діяння (дія або бездіяльність), за вчинення якого передбачено юридичну відповідальність, яке є суспільно небезпечним посяганням на інформаційні правовідносини, що охороняються нормами інформаційного законодавства, яким воно може заподіяти або заподіює шкоду; за змістом є винним діянням суб'єкта інформаційно-правової відповідальності; за формою є протиправною дією або бездіяльністю, за вчинення якої передбачена юридична відповідальність у сфері інформації [11].

Ю.Є. Максименко запропонувала широке і вузьке розуміння інформаційного правопорушення. У широкому розумінні інформаційні правопорушення – суспільно небезпечне (суспільно шкідливе), протиправне, винне діяння (дія або бездіяльність) деліктоздатної особи, спрямоване проти інформаційних прав і свобод людини та громадянина, інформаційної інфраструктури, яке вчиняється за допомогою інформаційно-телекомунікаційних технологій або засобів зв'язку і за вчинення якого передбачено юридичну відповідальність. У вузькому розумінні інформаційне правопорушення – це суспільно небезпечне, протиправне, винне діяння (дія або бездіяльність) деліктоздатної особи, спрямоване проти інформаційних прав і свобод людини та громадянина, а також інформаційної інфраструктури, за вчинення якого передбачено юридичну відповідальність [12].

За Л.П. Коваленко, інформаційне правопорушення – це протиправна, винна (умисна або необережна) дія чи бездіяльність, яка посягає на врегульовані законами суспільні відносини, які виникають та існують під час здійснення інформаційної діяльності, а саме: під час одержання, використання, поширення та зберігання учасниками інформаційних правовідносин інформації, і за яку законом передбачено інформаційну відповідальність [10].

Слід також підкреслити, що порушення норм інформаційного права породжує не лише власне інформаційно-правову відповідальність, а й відповідальність, передбачену іншими галузями права.

2. Наявність інформаційної санкції.

Одним із елементів поняття юридичної відповідальності за правопорушення в інформаційній сфері є санкція за невиконання припису інформаційно-правової норми. Поява в юридичній літературі нового терміна, «інформаційні санкції», не розтлумаченого законодавством, призвела до виникнення дискусії щодо його правової природи.

На думку Л.П. Коваленко, інформаційна санкція – це вплив спеціально уповноваженого державою органу на фізичну чи юридичну особу, що вчинила інформаційне правопорушення, в порядку, встановленому інформаційно-правовими нормами з метою забезпечення інформаційних інтересів держави, додержання інформаційної дисципліни та профілактики вчинення таких правопорушень у майбутньому [10].

Також Л.П. Коваленко зазначає, що з приводу правової природи інформаційних санкцій у юридичній літературі існують два погляди. Перший полягає в тому, що інформаційні санкції є

засобами нового виду відповідальності, який ще не знайшов належного відображення в юридичній науці, а саме – інформаційної відповідальності. Прихильники іншої думки стверджують, що інформаційні санкції є нічим іншим, як засобами адміністративної відповідальності. Немає єдності в розумінні юридичної природи і в судовій практиці. Зокрема, адміністративні суди різних рівнів у справах про порушення Закону України «Про доступ до публічної інформації» не можуть застосувати адміністративні стягнення, тому обмежуються заходами, передбаченими в Кодексі адміністративного судочинства України. У разі застосування інформаційних санкцій виникатимуть відносини публічно-правового характеру, оскільки однією зі сторін є відповідний контролюючий державний орган, а також адміністративний суд, який від імені держави уповноважений застосовувати певні заходи примусу. Санкції накладаються і в адміністративному, і в судовому порядку, а суми стягнутих штрафів спрямовуються до державного бюджету України. Отже, відносини, що виникають у даному разі, за своїм характером є інформаційно-правовими. За своїм змістом інформаційні санкції є специфічними заходами інформаційної відповідальності [10].

2. Наявність визначеного суб'єкта – фізичної або юридичної особи.

Так, Закон України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» визначає, що редакції, засновники, видавці, розповсюджувачі, державні органи, організації та об'єднання громадян несуть відповідальність за порушення законодавства про друковані засоби масової інформації [13].

Закон України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах» визначає, що особи, винні в порушенні законодавства про захист інформації в системах, несуть відповідальність згідно із законом [14].

Закон України «Про інформаційні агентства» встановив, що особи, винні у порушенні цього Закону, притягаються до дисциплінарної, цивільно-правової, адміністративної або кримінальної відповідальності згідно з чинним законодавством України [15].

3. Наявність інформаційної сфери.

Сьогодні не існує єдиного поняття, яке б визначало середовище, в якому відбуваються процеси, пов'язані з інформацією. Таке середовище називають «інформаційною сферою», «інформаційним середовищем», «інформаційним простором», «інформаційним полем». На нашу думку, назва «інформаційна сфера» найбільш вдало визначає зміст, тому будемо використовувати саме цей термін.

І.Л. Бачило визначає інформаційну сферу як сферу обігу інформації, під час якого суб'єкти реалізують свої потреби і можливості щодо інформації [16, с. 18].

І.В. Арістова визначає інформаційну сферу як єдиний інформаційний простір, що є сукупністю баз та банків даних, технологій їх ведення і використання, інформаційно-телекомунікаційних систем та мереж, які функціонують на основі єдиних принципів і за загальними правилами, що забезпечує інформаційну взаємодію організацій і громадян, а також задоволення їх інформаційних потреб [17, с. 65].

О.В. Логінов під інформаційною сферою пропонує розуміти єдиний інформаційний простір України, який формується державними органами, громадськими, політичними та соціальними організаціями, громадянами й функціонує з урахуванням правових, організаційних, науково-технічних, економічних, фінансових, методичних, гуманітарних та моральних засад із урахуванням вимог та завдань національної інформаційної безпеки України [18, с. 23].

3. Наявність правової основи.

Законодавче регулювання відбувається за рахунок норм права, що містяться в різних нормативно-правових актах. Норми права, що встановлюють юридичну відповідальність за правопорушення в інформаційній сфері, містяться в адміністративній, цивільній, кримінальній, дисциплінарній та інформаційній сферах.

4. Застосування державного примусу.

Аналіз юридичної літератури дозволяє виокремити декілька наукових підходів щодо визначення понять «примусу».

Так, Н.С. Малеїн вважає, що примус є різновидом юридичної відповідальності, яка має за мету захист справедливості [6, с. 187].

На думку О.Ф. Скакун, примус – це метод державно-владного обмеження свободи вибору суб'єкта права, який реалізується за допомогою засобів силового тиску на його свідомість і поведінку з боку уповноважених органів і посадових осіб, заснованого на праві і здійснюваного в межах права свободи вибору суб'єкта права. За такого підходу може скластися враження, що йде протистояння примусу і права, однак у праві закладено потенціал примусу, який виходить із правил, що міститься в ньому і вимагають виконання [5, с. 689].

Д.Н. Бахрах визначає примус як особливий вид правових обмежень, що полягає в застосуванні суб'єктами функціональної влади встановлених нормами права примусових заходів у зв'язку з адміністративними правопорушеннями [19, с. 8].

М.І. Козюбра підкреслює, що примус виступає стримуючим чинником для всіх громадян і забезпечує загальний обов'язок виконувати правові норми [20, с. 79].

Висновки. Аналіз подібних тверджень щодо розуміння поняття юридичної відповідальності в інформаційній сфері, а також виокремлення ознак юридичної відповідальності в інформаційній сфері дає змогу розробити визначення поняття юридичної відповідальності в інформаційній сфері – це вид юридичної відповідальності, якому притаманні всі ознаки останньої, за вчинене фізичною або юридичною особою інформаційне правопорушення в інформаційній сфері, який закріплений у законодавстві та охороняється державою і забезпечується застосуванням інформаційних санкцій.

Список використаних джерел:

1. Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: учебник. М.: Юристь, 2004. 512 с.
2. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави. Х.: Консум, 2002. 160 с.
3. Мелехин А.В. Теория государства и права: учебник. М.: Маркет ДС, 2007. 640 с.
4. Пиголкин А.С. Теория государства и права: учебник. М.: Юрайт-Издат, 2005. 613 с.
5. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: підручник.; пер. з рос. Х.: Консум, 2001. 656 с.
6. Малеин Н.С. Юридическая ответственность и справедливость. 1992. 205 с.
7. Явич Л.С. Право и социализм. М., 1982. 176 с.
8. Самощенко И.С., Фарукшин М.Х. Ответственность по советскому законодательству: учебник. М.: Юрид. лит. 1971. 73 с.
9. Полушкин О.В. О понятии информационного правонарушения. Российский юридический журнал. 2009. Вип. 3. С. 207–210.
10. Коваленко Л.П. Деякі питання щодо правопорушень в інформаційній сфері. Форум права. 2013. № 4. С. 158–167.
11. Ліпкан В.А., Баскаков В.Ю. Адміністративно-правовий режим інформації з обмеженим доступом в Україні: монографія. К., 2013. 344 с.
12. Максименко Ю.Є. Інформаційні правопорушення: поняття та ознаки. Глобальна організація союзницького лідерства. URL: http://www.goal-int.org/informacijni-pravoporushennya-ponyattya-ta-oznaki.
13. Закон України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні». Відомості Верховної Ради України. 1993. № 1. Ст. 1.
14. Закон України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах». Відомості Верховної Ради України. 1994. № 31. Ст. 286.
15. Закон України «Про інформаційні агентства». Відомості Верховної Ради України. 1995. № 13. Ст. 83.
16. Бачило И.Л., Лопатин В.Н., Федотов М.А. Информационное право. М. СПб., 2001. 789 с.
17. Арістова І.В. Державна інформаційна політика: організаційно-правові аспекти: монографія. Х. Вид-во Ун-ту внутр. справ, 2000. 386 с.
18. Логінов О.В. Адміністративно-правове забезпечення інформаційної безпеки органів виконавчої влади: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07. К., 2005. 2010 с.
19. Бахрах Д.Н. Административное право России: учебник. М.: Норма, 2002. С. 317.
20. Козюбра Н.И. Убеждение и принуждение в советском праве. К.: Наукова думка, 1979. 308 с.

СТОЛБОВИЙ В. М.,
кандидат юридичних наук,
доцент, докторант
(Національна академія Служби безпеки України)

УДК 342,351.746.1(477)

ДИСЦИПЛІНАРНО-ДЕЛІКТНІ ПРАВОВІДНОСИНИ В СИСТЕМІ СЛУЖБИ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

Статтю присвячено розгляду сучасного стану регулювання дисциплінарних правовідносин військовослужбовців Служби безпеки України. Проведено розмежування дисциплінарних та адміністративних проступків. Запропоновано привести у відповідність норми, які регулюють дисциплінарну відповідальність військовослужбовців Служби безпеки України.

Ключові слова: *дисциплінарна відповідальність, адміністративна відповідальність, дисциплінарні проступки, дисциплінарні стягнення, публічна служба, проходження військової служби, правовідносини.*

Статья посвящена рассмотрению современного состояния регулирования дисциплинарных правоотношений военнослужащих Службы безопасности Украины. Проводится разграничение дисциплинарных и административных проступков. Предложено привести в соответствие нормы, регулирующие дисциплинарную ответственность военнослужащих Службы безопасности Украины.

Ключевые слова: *дисциплинарная ответственность, административная ответственность, дисциплинарные проступки, дисциплинарные взыскания, публичная служба, прохождение военной службы, правоотношения.*

The article is sanctified to consideration of the modern state of adjusting of disciplinary legal relationships of servicemen of security of Ukraine Service. Differentiation of disciplinary and administrative misconducts is conducted. It is suggested to bring to conformity norms that regulate disciplinary responsibility of servicemen of security of Ukraine Service.

Key words: *disciplinary responsibility, administrative responsibility, breaches of discipline, disciplinary penalties, public service, passing of military service, legal relationships.*

Вступ. Зовнішні та внутрішні загрози, які постали перед Україною, потребують негайного реагування і вирішення з боку держави. Одне із провідних місць у системі органів, що покликані діяти для забезпечення національної безпеки держави, належить Службі безпеки України (далі – СБУ). Ефективність вирішення поставлених завдань прямо залежить від належного виконання своїх обов'язків, тобто від дисципліни. З'ясування правової природи дисциплінарних правовідносин, визначення меж відповідальності за вчинення дисциплінарного проступку, а також вплив на стан законності і дисципліни, на належне забезпечення правового регулювання відносин у сфері проходження військової служби в СБУ не отримали необхідного наукового забезпечення та висвітлення у навчальній та науковій літературі. Отже, на сьогодні гостро постало питання правового регулювання

дисциплінарних відносин, що складаються під час проходження військової служби відповідними категоріями військовослужбовців СБУ.

Постановка завдання. Проблемні питання у сфері дисциплінарної відповідальності досліджували такі вчені, як О.Т. Барабаш, Я.І. Безугла, Н.Б. Болотіна, Л.А. Букалерова, В.С. Венедиктов, Г.С. Гончарова, В.В. Жернаков, П.І. Жигалкін, І.В. Зуб, Д.О. Карпенко, Р.І. Кожушко, С.І. Кондратьєв, В.К. Колпаков, Л.І. Лазор, А.Р. Мацюк, В.І. Нікітінський, П.Д. Пилипенко, С.А. Правдюк, В.І. Прокопенко, О.І. Процевський, А.В. П'ятаков, В.Г. Ротань, Л.А. Сироватська, В.Н. Скобелкін, С.А. Соболєв, М.П. Стадник, О.В. Стоєцький, Б.С. Стичинський, М.І. Хавронюк, Н.М. Хуторян, Г.І. Чанишева та ін. Але дисциплінарні правовідносини в системі СБУ раніше комплексно не досліджувалися.

Метою статті є визначення особливостей дисциплінарно-деліктних правовідносин під час проходження військової служби військовослужбовцями СБУ.

Результати дослідження. Згідно із Законом України «Про Службу безпеки України» [1], СБУ – це державний правоохоронний орган спеціального призначення, який забезпечує державну безпеку України. Отже, правовідносини, що складаються під час проходження військової служби в СБУ, мають публічний характер. Це також підтверджується тим, що законодавець відносить військову службу до різновидів публічної служби. Так, поняття публічної служби визначено Кодексом адміністративного судочинства України і передбачає діяльність на державних політичних посадах, у державних колегіальних органах, професійну діяльність суддів, прокурорів, військову службу, альтернативну (невійськову) службу, іншу державну службу, патронатну службу в державних органах, службу в органах влади Автономної Республіки Крим, органах місцевого самоврядування [2].

Кадри СБУ складають, зокрема, співробітники-військовослужбовці. Умови і порядок виконання своїх обов'язків співробітниками-військовослужбовцями СБУ визначаються укладеним договором (контрактом). Відповідно до Положення про проходження військової служби в СБУ, співробітники проходять військову службу за контрактом та кадрову військову службу [3]. Тобто, Закон України «Про Службу безпеки України» передбачає виключно одну підставу проходження військової служби в системі СБУ – контракт, оскільки лише контракт передбачає умови і порядок виконання обов'язків співробітниками-військовослужбовцями СБУ, тому невиконання таких умов і обов'язків може спричинити наслідки у вигляді дисциплінарного стягнення. Натомість кадрова військова служба проходить поза договором (контрактом), а тому невиконання або неналежне виконання своїх обов'язків військовослужбовцями СБУ може мати невизначений правовий характер. На нашу думку, необхідно унормувати дане положення, оскільки Закон про СБУ, як і будь-який Закон, має вищу юридичну силу і чітко передбачає порядок проходження військової служби за контрактом.

Військова служба за своїм характером має субординаційний характер, який виражається у дотриманні норм військових статутів Збройних сил України (далі – ЗСУ) та інших нормативно-правових актів, пов'язаних із належним виконанням обов'язків по службі, за недотримання яких можуть наставати негативні наслідки у вигляді, наприклад, дисциплінарної відповідальності.

Дисциплінарний Статут ЗСУ передбачає, що військова дисципліна – це бездоганне і неухильне додержання всіма військовослужбовцями порядку і правил, встановлених військовими статутами та іншим законодавством України. Військова дисципліна ґрунтується на усвідомленні військовослужбовцями свого військового обов'язку, відповідальності за захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, на їх вірності Військовій присязі. Військова дисципліна досягається шляхом: виховання високих бойових і морально-психологічних якостей військовослужбовців на національно-історичних традиціях українського народу та традиціях ЗСУ, патріотизму, свідомого ставлення до виконання військового обов'язку, вірності Військовій присязі; особистої відповідальності кожного військовослужбовця за дотримання Військової присяги, виконання своїх обов'язків, вимог військових статутів; зразкового виконання командирами військового обов'язку, їх справедливого ставлення до підлеглих та ін. [4].

У вступних положеннях Дисциплінарного статуту ЗСУ зазначено, що його дія поширюється на всі військові формування, створені відповідно до законодавства України. На нашу думку, дане положення не завжди відповідає саме правоохоронним завданням, які стоять перед СБУ. Звичайно, формально співробітники СБУ – військовослужбовці, але характер норм Дисциплінарного статуту більше орієнтований на ЗСУ.

Проаналізувавши вимоги Статуту, можна зробити висновок про т. зв. «службовий характер» військової дисципліни та відносин, що при цьому виникають – службових. Що стосується порушення військової дисципліни, то такі відносини можна назвати «дисциплінарно-деліктними».

Не можна, на наш погляд, оминути увагою введення Глави 13-Б «Військові адміністративні правопорушення» до змісту Кодексу України про адміністративні правопорушення. Дана Глава передбачає адміністративну відповідальність військовослужбовців, військовозобов'язаних та резервістів під час проходження зборів за вчинення військових адміністративних правопорушень.

Законодавець, намагаючись посилити відповідальність військовослужбовців, підвищити обороноздатність держави та авторитет ЗСУ, фактично прирівняв дисциплінарні проступки з адміністративними, а також поширив ці зміни на всі категорії військових, в т. ч. і на військовослужбовців СБУ. Дане положення підтверджується змістом пояснювальної записки до законопроекту «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення відповідальності військовослужбовців, надання командирам додаткових прав та покладення обов'язків в особливий період», а саме: «з метою посилення відповідальності військовослужбовців за порушення військової дисципліни». Зокрема, вперше запроваджено такі склади адміністративних правопорушень, як: відмова від виконання законних вимог командира (начальника); самовільне залишення військової частини або місця служби; необережне знищення або пошкодження військового майна; зловживання військовою службовою особою владою або службовим становищем; перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень; недбале ставлення до військової служби; бездіяльність військової влади; порушення правил несення бойового чергування; порушення правил несення прикордонної служби; порушення правил поводження зі зброєю, а також речовинами і предметами, що становлять підвищену небезпеку для оточення; розпивання алкогольних, слабоалкогольних напоїв або вживання наркотичних засобів, психотропних речовин чи їх аналогів. На нашу думку, аналізовані правопорушення мають все ж таки характер дисциплінарних проступків. Відповідними змінами до законодавства також було надано право на складання протоколів про адміністративні правопорушення командирам (начальникам) військових частин (установ, закладів), командирам підрозділів, які уповноважені на те командирами (начальниками) військових частин (установ, закладів) [5]. З цього приводу проаналізуємо позиції вчених-правознавців щодо розмежування дисциплінарної та адміністративної відповідальності. Так, В.Б. Авер'янов наголошує, що дисциплінарну відповідальність прийнято визначати як застосування уповноваженим органом або посадовою особою до осіб, що перебувають в їх безпосередньому організаційному підпорядкуванні та вчинили передбачені законом проступки, певних стягнень особистого або організаційного характеру – дисциплінарних стягнень [6, с. 462]. В.В. Зуй вказує на відмежування адміністративної відповідальності від дисциплінарної і наголошує, що суб'єкт адміністративного проступку не знаходиться в службовій залежності від органу або посадової особи, яка притягує його до адміністративної відповідальності [7, с. 180–181].

Говорячи про відмежування дисциплінарних та адміністративних проступків, не можна не погодитися з думкою В.К. Колпакова, що головною ознакою, яка обумовлює всі інші відмінності між адміністративними і дисциплінарними проступками, є їх різна правова природа. Природа адміністративного проступку – публічно-правова. Він є порушенням загальнообов'язкових правил, які встановлюються публічною адміністрацією. Такі правила є юридичним вираженням узагальнень про соціально-корисну поведінку

суб'єктів суспільних відносин. Вони містяться у законах і діють у межах усієї країни, незалежно від територіальних, інституціональних, етнічних, майнових, демографічних, виробничих та інших особливостей регіонів та їх населення. Загальнообов'язкові правила підлягають виконанню всіма суб'єктами, незалежно від особистих уявлень про доречність тих чи інших вчинків. Їх порушення передбачає юридичну відповідальність (адміністративну відповідальність). Природа дисциплінарного проступку – цивільно-правова. Він виникає за умови, що сторони уклали трудовий договір і дійшли згоди щодо взаємних прав і обов'язків, які будуть добровільно виконуватися. Невід'ємною складовою частиною таких узгоджень є зобов'язання дотримуватися внутрішнього трудового розпорядку (встановлених у межах організації правил дисципліни) і нести за її порушення відповідальність [8, с. 35].

Відповідно до внесених змін у ст. 255 Кодексу України про адміністративні правопорушення, право на складання протоколів про вчинення військових адміністративних правопорушень надано командирам (начальникам) військових частин (установ, закладів) та прирівняних до них осіб. Тобто командири фактично виявляють правопорушення, які вчинили їх підлеглі, складають відповідні процесуальні документи, проводять адміністративне розслідування та інші процесуальні дії. На нашу думку, ці дії характерні саме для дисциплінарного провадження і суперечать вище зазначеним тезам про відсутність службової підлеглості під час притягнення до адміністративної відповідальності.

Такий самий порядок притягнення до адміністративної відповідальності за вчинення військових адміністративних правопорушень передбачений в системі СБУ. Згідно з Наказом Центрального управління СБУ від 22 березня 2017 р. № 173, протоколи про військові адміністративні правопорушення, передбачені ст. 172-10–172-17, 172-19, 172-20 Кодексу України про адміністративні правопорушення, мають право складати Голова СБУ, перший заступник Голови СБУ – начальник Головного управління по боротьбі з корупцією та організованою злочинністю Центрального управління СБУ, перший заступник (заступник) Голови СБУ – керівник Антитерористичного центру при СБУ, заступники Голови СБУ, керівники підрозділів Центрального управління СБУ, регіональних органів, органів військової контррозвідки, штабу Антитерористичного центру при СБУ, військових навчальних підрозділів, навчальних, наукових, науково-дослідних та інших закладів і установ СБУ, перший заступник (заступники) начальника Головної інспекції Центрального управління СБУ та начальники інспекцій Головної інспекції Центрального управління СБУ, начальники інспекторських підрозділів регіональних органів СБУ. Оформлення матеріалів про військове адміністративне правопорушення, включаючи підготовку проекту протоколу, здійснюється, відповідно до зазначеного Наказу, співробітниками, до службових (посадових) обов'язків (інструкцій) яких належить проведення службових розслідувань та службових перевірок. Тобто вищевказані положення Наказу ототожнюють суб'єктів службових перевірок і розслідувань за порушення військової дисципліни із суб'єктами притягнення до адміністративної відповідальності.

Висновки. Дисциплінарно-деліктні правовідносини в системі СБУ характеризуються тим, що, по-перше, їх порушення спричиняє виникнення особливого різновиду делікту – дисциплінарного проступку, по-друге, такі відносини виникають через порушення службових обов'язків під час проходження військової служби військовослужбовцями СБУ і тому мають характер службових правовідносин. Також видається за доцільне відокремити військову службу в системі СБУ та військову службу у ЗСУ через різницю у специфіці їх проходження і завдань, поставлених перед СБУ, в першу чергу правоохоронних, та на законодавчому рівні розробити і прийняти в установленому порядку Дисциплінарний статут СБУ на прикладі Дисциплінарних статутів інших правоохоронних органів України.

Отже, на нашу думку, дисциплінарно-деліктні правовідносини в системі СБУ необхідно вважати елементом службових правовідносин із приводу реалізації прав уповноважених осіб на дисциплінарне провадження щодо військовослужбовців СБУ.

Список використаних джерел:

1. Про Службу безпеки України: Закон України від 25 березня 1992 р. № 2229-XII. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 27. Ст.82.
2. Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 03 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2017. № 48. Ст. 436.
3. Положення про проходження військової служби військовослужбовцями Служби безпеки України. Указ Президента України від 27 грудня 2007 р. № 1262/2007.
4. Дисциплінарний Статут Збройних Сил України: Закон України від 24 березня 1999 р. № 551-XIV. Відомості Верховної Ради України. 1999. № 22–23. Ст. 197.
5. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 07 грудня 1984 р. № 8073-X. Відомості Верховної Ради УРСР. 1984. № 51. Ст. 1122.
6. Адміністративне право України. Академічний курс: підручник: у 2 т: / ред. кол: В.Б. Авер'янов та ін. К.:Юридична думка, 2004. Т. 1. Загальна частина. 584 с.
7. Адміністративне право України / під ред. Ю.П. Битяка. Х.: Право, 2003. 576 с.
8. Колпаков В.К. Адміністративна відповідальність (адміністративно-деліктне право): навч. посіб. К.: Юрінком Інтер, 2008. 256 с.
9. Про затвердження Інструкції про порядок оформлення в Службі безпеки України матеріалів про адміністративні правопорушення: Наказ Центрального управління Служби безпеки України від 22 березня 2017 р. № 173.

ТОПЧІЙ О. В.,
кандидат педагогічних наук

УДК 342.9

ЮРИДИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА НОВІТНІХ ТЕНДЕНЦІЙ У СФЕРІ ПОРУШЕННЯ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ НЕПОВНОЛІТНІХ

Стаття присвячена аналізу нових для України соціальних явищ, які можна кваліфікувати у контексті порушень інформаційної безпеки неповнолітніх. Визначаються суб'єкти й об'єкти правопорушень. Надається розгорнута соціально-юридична характеристика діянь. Виявлені прогалини у нормативній базі, що потребують внесення змін і доповнень до чинного законодавства.

Ключові слова: *інформаційна безпека неповнолітніх, інформаційні правопорушення, загрози інформаційній безпеці особистості, булінг, кібербулінг, доведення до самогубства, захист персональних даних.*

Статья посвящена анализу новых для Украины социальных явлений, которые можно квалифицировать в контексте нарушений информационной безопасности несовершеннолетних. Определяются субъекты и объекты правонарушений. Дается развернутая социально-юридическая характеристика деяний. Выявлены пробелы в нормативной базе, которые требуют внесения изменений и дополнений в действующее законодательство.

Ключевые слова: *информационная безопасность несовершеннолетних, информационные правонарушения, угрозы информационной безопасности личности, буллинг, кибербуллинг, доведение до самоубийства, защита персональных данных.*

The article is devoted to the analysis of new social phenomena for Ukraine, which are a source of potential threats in the field of information security for minors. The peculiarities of teenagers' communication on the Internet are, as a rule, studied by teachers, psychologists and sociologists. The author of the article considers this type of communication in the context of jurisprudence. The researcher notes that under the influence of information technologies there is a transformation of value orientations, expansion of the range of information sources, as well as its retransmission in virtual space. The processes of globalization lead to the fact that, together with the phenomenon, its English name is also borrowed. The author gives a legal description of "death groups", bulling and cyberbullying, misappropriation of personal data of minors in social networks, dissemination of harmful information intended for reproduction in real conditions, popularization of games leading to personal disadaptation. He notes the existence of gaps in the legislation, insufficient coordination of executive authorities, whose competence is the prevention of information offenses. The researcher points out the importance of the problem and suggests ways of improving the current legislation.

Key words: *information security of minors, information offenses, threats to the information security of the person, bullying, cyberbullying, bringing to suicide, protection of personal data.*

Вступ. Сфера інформаційної безпеки є дуже динамічною, адже неспинний рух технічного прогресу породжує нові виклики, які взагалі важко було прогнозувати до цього. У таких умовах при правовому регулюванні порушень у вказаній сфері є лише два шляхи:

намагатися кваліфікувати делікти за вже існуючими нормами або ж модернізувати законодавство шляхом доповнень і змін. У цьому зв'язку виникає необхідність аналізу новітніх тенденцій у сфері порушення інформаційної безпеки неповнолітніх (далі – ІБН).

Багатоаспектність проблем інформаційної безпеки (далі – ІБ) породжує значний інтерес науковців, які аналізують її як соціокультурний феномен [1], розглядають її у соціально-філософському і соціокомунікаційному вимірі [2, с. 3], досліджують правове регулювання даного феномену [4-14]. Фахівцями у галузі педагогіки і психології досліджується забезпечення інформаційної безпеки старшокласників у комп'ютерно орієнтованому навчальному середовищі [15], соціально-психологічні особливості формування особистості неповнолітніх правопорушників [16], соціально-психологічна диференціація проявів делінквентної поведінки неповнолітніх [17], суспільство і злочинність неповнолітніх у розрізі епох [18].

Попри значну кількість публікацій, присвячених проблемам забезпечення інформаційної безпеки, особливостей негативного впливу інформаційних загроз на неповнолітніх, дослідження юридичної характеристики новітніх тенденцій у зазначеній сфері, породжених епохою глобалізації, ще не здійснювалося.

Постановка завдання. Мета статті полягає у виявленні юридично значущих характеристик тих порушень інформаційної безпеки неповнолітніх, які актуалізувалися останнім часом у глобальних масштабах і розповсюдилися на територію України. Розкриттю теми сприяє розв'язання наступних завдань: 1. Проаналізувати іншомовні та українські медійні джерела з метою виявлення новітніх тенденцій, які відображають порушення ІБН. 2. Дати юридичну оцінку діям учасників інформаційних правовідносин відповідно до чинного законодавства. 3. Виявити юридичні колізії й прогалини у нормативній базі, які виникли у зв'язку з відставанням від реалій життя.

Результати дослідження. Проблеми міжособистісного спілкування неповнолітніх, як правило, досліджуються психологами, педагогами, соціологами. У центрі їхньої уваги специфіка встановлення й підтримання взаємовідносин з однолітками, особливості спілкування із членами родини і вчителями, засоби самопрезентації й актуалізації себе у мікросоціумі. Науковцями одностайно зазначаються суттєві зміни у ментальності нового покоління порівняно з їхніми попередниками, що зумовлені впливом інформаційних технологій, трансформацією ціннісно-смислових і етичних орієнтирів, розширенням діапазону засобів отримання інформації та її ретрансляції у віртуальному просторі [19–22]. Через інтенсифікацію глобалізаційних процесів активно розповсюджуються моделі поведінки, у тому числі протиправної, що виходять за межі норм певної національної спільноти й законодавства окремої держави. Розглянемо більш детально ті з них, які можна кваліфікувати як порушення інформаційної безпеки неповнолітніх. Принагідно зауважимо, що багато з них мають англомовні назви, а тому в українській мові передаються через транслітерацію або ж заміною синонімом чи синонімічним словосполученням.

Здебільшого подібні процеси розгортаються у кіберпросторі, що суттєво ускладнює превенцію нових видів правопорушень, ідентифікацію та притягнення до юридичної відповідальності винних.

Щодо суб'єктів вчинення подібних правопорушень, то, за нашими спостереженнями, їх можна розподілити на дві категорії: 1. Дієздатні особи, які мають певний протиправний умисел щодо життя, фізичного чи психічного здоров'я неповнолітнього або схилення його до віктимної/ деліквентної поведінки. 2. Однолітки неповнолітнього, які нерідко за зговором виступають як група осіб з метою психологічного терору, цькування особистості, випробування її на міцність установок.

Аналіз наукових і публіцистичних джерел дозволив встановити, що від інформаційних правопорушень можуть потерпати дві групи неповнолітніх: 1. Випадкові, ситуативні «жертви», які через свою необережну поведінку і надзвичайну довірливість потрапили до поля зору правопорушника. 2. Конкретні, відомі правопорушникам особи неповнолітніх, проти яких розгортається психологічна боротьба.

У даній статті ми не зосереджуємося на таких негативних проявах зловмисного використання інформаційно-комунікативного простору, як втягнення неповнолітніх до зайняття проституцією, розповсюдження порнографічної продукції, рекламування шкідливих для молодого організму речовин, які породжують наркоманію, токсикоманію, куріння тощо. По-перше, на жаль, подібні тенденції вже далеко не новітні. По-друге, у кожному такому випадку чітко простежується склад правопорушення (злочину), що не викликає різночитань при їх юридичній кваліфікації.

Набагато складніше інтерпретувати у межах правового поля інші загрозливі прояви. До них ми відносимо:

1. Формування інформаційних потоків по створенню так званих «груп смерті». Вплив на психіку неповнолітнього здійснюється шляхом навіювання депресивних настроїв, зосередження на життєвих складнощах і непорозуміннях з найближчим оточенням, героїзації суїцидів. Джерелами розповсюдження інформації та скерування поведінки віктимних осіб є закриті групи у соціальних мережах, засоби зв'язку через Wiber, WhatsApp та інші месенджери. При цьому все подається як своєрідна захоплива гра зі своїм алгоритмом дій, що відриває молоду людину від почуття реальності. Констатується, що куратори подібних груп постійно модифікують варіанти: на зміну «синім китам» і «тихому дому» приходить флешмоб «біжи або помри», коли підлітки випробовують долю, перебігаючи дорогу на червоний сигнал світлофору і кидаючись під колеса авто. Також пропонуються різного роду небезпечні «квести», які можуть призвести до загибелі не тільки самого неповнолітнього, а й його близького оточення. Зухвалість зловмисників проявляється у тому, що для них замало суїциду. Вони потребують від майбутньої жертви відео факту смерті у режимі трансляції з подальшим перепродажем записів через мережу Інтернет або Darknet.

З позицій права дії ініціаторів та організаторів груп можуть кваліфікуватися за ст. 120 Кримінального кодексу України «Доведення до самогубства» [23]. Разом з тим, звернення до редакції даної статті у нинішньому її формулюванні дозволить адвокатам захистити винних, оскільки у діях останніх доволі складно угледити жорстоке поводження з особою, шантаж, примус до протиправних дій або приниження людської гідності. Допоки законодавець не внесе відповідні зміни до тексту Кримінального кодексу України, куратори таких груп відчуватимуться безкарними.

З позицій виконавчої влади функції протидії подібним проявам покладаються на департамент кіберполіції Національної поліції України. Його працівниками проводиться постійний моніторинг соціальних мереж, відстежується поява закритих деструктивних угруповань, для освітян і батьків здійснюється роз'яснювальна робота щодо превенції негативних проявів через опис алгоритму дій зловмисників [24]. Разом з тим, цій діяльності не настільки властивий упереджувальний та масштабний характер. Достатньо навести як прикладу відомості з виступу голови Національної поліції С. Князєва, який зазначив, що на початок 2017 року з 434 суїцидальних груп було заблоковано 102 [25]. Бракує й належної координації спільних дій з Міністерством освіти і науки, Міністерством інформаційної політики, Міністерством охорони здоров'я. Подібна розпорошеність у протистоянні з даним негативним явищем занадто дорого обходиться державі і суспільству.

2. Булінг/ Кібербулінг. Назва веде походження від англ. bulling, що дослівно перекладається як «бикування», а по суті означає цькування особистості, агресивне переслідування неповнолітнього, приниження його гідності, доведення до неврівноважених психоемоційних станів, що згодом за умови інтенсифікації й тривалості впливу, може стати причиною суїциду або психічних порушень. З появою Інтернет-технологій розширився й інструментарій та засоби вчинення цього інформаційного правопорушення.

Український інститут дослідження екстремізму у рамках проекту «Стоп шкільний терор» встановив, що з проявами булінгу у нашій державі стикалися 8 осіб з 10 [26, с. 5]. За рольовою участю у булінзі авторами проекту виділяються переслідувачі, жертви, у тому числі постійні, і свідки. За їх даними, 48% дітей нікому не розповідали про знущання, 40% соромляться цього, 22% вважають, що цькування це нормально [26, с. 6]. За виведеною ними

статистикою, лише у 2016 році від самогубства в Україні загинуло 116 дітей; на кожне самогубство неповнолітнього приходилося 19 спроб (тобто щороку близько двох тисяч дітей у країні намагаються покінчити з собою); 27,4% опитуваних заявили, що інколи втрачають бажання жити [26, с. 35]. Поширеність явища у світі зумовила навіть появу окремого терміну «буліцид», у першій частині якого вказується на причину самогубства.

Модифікаціями булінгу виступають сфабриковані обмови й наклепи, розповсюджені за допомогою засобів зв'язку (denigration); нав'язливі атаки на жертву у вигляді безперервних дзвінків на мобільний телефон, численне розсилання безтактних повідомлень тощо (harassment); публічний обмін зневажливими репліками, образи учасників комунікації у груповому чаті, на форумі (flaming) та ін.

Важливість подолання цих негативних проявів зумовлена і людськими втратами, і розповсюдженням агресії, переконанням у безкарності, впевненістю, що питання можна вирішувати за силовими сценаріями, а значить у нейтралізації підвалин подальшого переростання булінгу у радикалізм та екстремізм. Не помічати, що ця проблема набула масштабів національної безпеки, – значить обманювати самих себе. Разом з тим, усі наявні рекомендації щодо подолання булінгу у реальному житті або у кіберпросторі мають лише психолого-педагогічне спрямування, оскільки юридична відповідальність неповнолітніх за цькування інших осіб в Україні не передбачена. На відміну від інших держав, у нас відсутня Національна програма з неприпущення й протидії булінгу. Вирішення проблеми можливо лише за умови комплексного підходу, тобто об'єднання зусиль закладів освіти і батьків, належної координації діяльності компетентних органів, а також внесення до адміністративного законодавства норм щодо притягнення до відповідальності так званих неповнолітніх «переслідувачів», які є активними учасниками інформаційного насильства одноліток.

3. Привласнення персональних даних неповнолітніх у соціальних мережах з провокаційними цілями (impersonation). За даними англійських дослідників, на теперішній час у соціальних мережах зареєстровано понад три мільйони неповнолітніх користувачів, причому більшість з них користується двома і більше мережами [27]. Зазначається, що це не тільки особливий спосіб отримання новин, іншої інформації, але й спосіб самоствердження, підвищення самооцінки шляхом так званих «лайків». Для тинейджера вельми значущими стають фактори ізоляції, виключення з певних віртуальних груп, а також негативного ставлення до нього учасників інтернет-соціуму.

Привласнення персональних даних в акаунті неповнолітнього дієздатною особою може здійснюватися з метою розгортання діалогу з іншими підлітками для пошуку потенційних жертв різного роду збоченцями, а також для отримання непрямої інформації щодо статків певної родини, конфіденційної інформації про членів сім'ї з подальшим неблаговидним її використанням. Звісно, що своєму другові неповнолітній готовий розповісти значно більше, аніж незнайомій дорослій людині. Цим і користуються зловмисники.

Привласнення персональних даних в акаунті ровесниками неповнолітньої особи може застосовуватися у хуліганських цілях, зокрема для розсилки комунікативних повідомлень з негативним контентом. Звісно, при зворотному зв'язку усі претензії пред'являються основному користувачеві, який взагалі не здогадується про вчинене від його імені.

Близьким до подібних дій є отримання у неповнолітнього персональної інформації обманним шляхом з подальшим її розповсюдженням у широких колах або передавання особам, яким вона не призначається (outing&trickery). У такий спосіб відбувається порушення прав людини на недоторканність особистого життя, розголошуються конфіденційні відомості тощо.

В Україні правові відносини, пов'язані із захистом та обробкою персональних даних регулюються Законом «Про захист персональних даних» [28]. Його дія поширюється на діяльність з обробки таких даних із застосуванням автоматизованих або неавтоматизованих засобів. Під персональними даними у Законі розуміються «відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована». У такий спосіб, законодавчо врегульовуються процедури, що обмежуються діяльністю підприємств, установ і організацій усіх форм власності.

Створюючи акаунт у соціальних мережах, особа добровільно, на власний розсуд, розміщує біографічні відомості про себе, відображає події з особистого життя у фотографіях, блогах тощо. По суті те, що в офіційних умовах прийнято відносити до конфіденційної інформації, що захищається Законом, в інтернет-спільнотах оприлюднюється. То ж і привласнення персональних даних в інтернет-середовищах не тягне за собою ані якої юридичної відповідальності. Залишається тільки профілактична роз'яснювальна робота із неповнолітніми користувачами мереж щодо обачливості й комунікативної безпеки у кіберпросторі.

4. Поширення шкідливої інформації із розрахунком на її відтворення. Психологічні особливості юнацького віку полягають у тому, що неповнолітній, пізнаючи себе, власні можливості, намагається наслідувати певні моделі поведінки, так звані патерни. При цьому доволі часто його захоплюють не приклади суспільно бажаної поведінки, а навпаки, – безглузді вчинки. Характерно, що при цьому актуалізуються потенційні задатки демонстративної поведінки, за яких кожен такий вчинок ще й фіксується на відео та викладається на інформаційних ресурсах або розповсюджується через мобільний зв'язок для загального перегляду. Виходить своєрідне замкнене коло: особа отримує негативну за наслідками інформацію з Інтернет, вчиняє певні дії, які фіксуються на відео і знову потрапляють до кіберпростору. Діапазон вчинків є дуже широким: від нанесення собі тілесних ушкоджень, споживання нехарчових продуктів, що може призвести до отруєнь, у тому числі смертельних, до алгоритмів помсти кривдникам або знущання з інших. Останній вид навіть отримав свою англомовну назву – happy slapping (дослівно «щасливе ляскання»). Сюди потрапляють не тільки «дружні» жарти, а й вчинки, які загрожують життю і здоров'ю іншої людини. Звісно, що подібні дії, якщо вони не призвели до трагічних наслідків, важко підвести під юридичну кваліфікацію. Наразі виникає питання процесуального характеру: чи може подібне «самодокументування» братися до уваги при впровадженні у порушених справах, чи має така інформація доказову силу? Для законодавця таке поле теж є «terra incognito».

5. Розповсюдження ігор-аніматроніків, що призводять до дезадаптації або психічних розладів неповнолітнього. Мережа Інтернет відкриває великі можливості не тільки для спілкування, а й для нових розваг. Вже чимало написано про загрози інтернет-залежності, про підміну справжнього спорту кіберспортом, а внаслідок цього – порушень психологічного й фізичного стану молодої особи. Розробники ігор пішли далі. Враховуючи перехідний від дитинства до дорослої людини період потенційного гравця, який прагне гострих почуттів, вони пропонують долучитися до ігор, що розповсюджуються у мережі безкоштовно. На прикладі фрагменту рекламного тексту до гри «5 ночей з Фредді» можна переконатися у глибинному розумінні розробниками юнацької психології та стилістики спілкування цього прошарку суспільства між собою: «Ви у захваті від жахливих ігор про ведмежатко Фредді? Тоді годі відсижуватися у сторонці, запускайте гру і приєднуйтеся до маньячної братви!»; «Ви можете поквитатися з цими злобними ляльками-роботами за те, що неодноразово примушували вас підскакувати на місці від переляку. Тепер Ви будете озброєні і зможете застрелити усіх аніматроників» [29].

Сьогодні з позицій юриспруденції розповсюдження таких ігор не заборонено, їх розробники не підпадають під правову відповідальність за дезадаптацію неповнолітніх, культивування у них агресії. Не існує й механізму адміністративно-правової регламентації діяльності компетентних органів щодо експертизи подібних «ігор» з прогнозуванням ступеню суспільної шкідливості наслідків від проводження часу у таких «розвагах». Зволікання цими небезпеками може також перерости у проблему суспільного масштабу.

Висновки. Аналіз іншомовних та вітчизняних джерел дозволив виявити основні новітні тенденції, які можна кваліфікувати як порушення інформаційної безпеки неповнолітніх. Констатується, що законодавство й практика правозастосування далеко не завжди вчасно реагують на появу потенційних і реальних загроз, тож існує нагальна потреба в удосконаленні нормативно-правової бази у сфері інформаційних правовідносин.

Список використаних джерел:

1. Триняк В. Ю. Інформаційна безпека як соціокультурний феномен (соціально-філософський аналіз): автореф. дис. … канд. філос. наук: 09.00.03. Д., 2009. 19 с.

2. Архипова Є. О. Інформаційна безпека : соціально-філософський вимір: автореф. дис. .. канд. філос. наук: 09.00.03. К., 2012. 16 с.

3. Дубняк К. А. Соціокомунікаційний вимір інформаційної безпеки держави: автореф. дис. .. канд. наук з соц. комунікацій: 27.00.01. К., 2016. 16 с.

4. Березовська І. Р. Адміністративно-правові засоби забезпечення інформаційної безпеки в Україні. Львів: ЗУКЦ, 2014. 173 с.

5. Довгань О. Д. Забезпечення інформаційної безпеки в контексті глобалізації: теоретико-правові та організаційні аспекти. К., 2015. 386 с.

6. Довгань О. Д. Теоретико-правові основи забезпечення інформаційної безпеки України: автореф. дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.07. К., 2016. 44 с.

7. Кормич Б. А. Організаційно-правові основи політики інформаційної безпеки України: автореф. дис. …д-ра юрид. наук: 12.00.07. Х., 2004. 42 с.

8. Линник Г. М. Адміністративно-правове регулювання інформаційної безпеки України: автореф. дис. .. канд. юрид. наук: 12.00.07. К., 2011. 20 с.

9. Ліпкан В. А., Харченко Л. С., Логінов О. В. Інформаційна безпека України: [глосарій]. К. : Текст, 2004. 136 с.

10. Лісовська Ю. П. Адміністративно-правове забезпечення інформаційної безпеки в Україні: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.07. К., 2017. 19 с.

11. Максименко Ю. Є. Теоретико-правові засади забезпечення інформаційної безпеки України: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01. К., 2007. 20 с.

12. Нашинець-Наумова А. Ю. Інформаційна безпека: питання правового регулювання. К.: Гельветика, 2017. 167 с.

13. Олійник О. В. Інформаційна безпека України: доктрина адміністративно-правового регулювання: автореф. дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.07. К., 2013. 34 с.

14. Шевчук О. М. Адміністративно-правове регулювання у сфері забезпечення інформаційної безпеки: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.07. Запоріжжя, 2011. 20 с.

15. Ковальчук В. Н. Забезпечення інформаційної безпеки старшокласників у комп'ютерно орієнтованому навчальному середовищі: автореф. дис. … канд. пед. наук: 13.00.10. К., 2011. 20 с.

16. Малиш Н. В. Соціально-психологічні особливості формування особистості неповнолітніх правопорушників: дис. … канд. психол. наук: 19.00.06. Х., 2005. 179 с.

17. Спицька Л. В. Соціально-психологічна диференціація проявів делінквентної поведінки неповнолітніх та її корекція в умовах закладів соціальної реабілітації: автореф. дис. … канд. психол. наук: 19.00.05. Сєвєродонецьк, 2016. 20 с.

18. Юзікова Н. С. Суспільство і злочинність неповнолітніх у розрізі епох (від Давнини і Середньовіччя до XXI століття): монографія. Дніпропетровськ: Ліра, 2015. 327 с.

19. Власенко Ф. П. Віртуальна реальність як простір соціалізації індивіда. Гуманітарний вісник Запорізької державної інженерної академії. 2014. Вип. 56. С. 208–217.

20. Колесник О. О. Особливості спілкування підлітків в Інтернеті. Вісник Луганського національного університету імені Тараса Шевченка. Педагогічні науки. 2012. № 15 (2). С. 28–33.

21. Пугачов Д. Комунікативні аспекти формування образу «Я» підлітків у віртуальному комп'ютерному світі. Науковий вісник МНУ ім. В. О. Сухомлинського. Психологічні науки. № 1 (16), травень 2016.

22. Столбов Д. В. Особливості Інтернет-діяльності сучасного підлітка. Науковий вісник Мелітопольського державного педагогічного університету. Сер.: Педагогіка. 2014. № 1. С. 327–331.

23. Кримінальний кодекс України. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/page4

24. Як запобігти дитячим суїцидам: поради батькам від оперативників Департаменту кіберполіції. URL: https://www.npu.gov.ua/uk/publish/article/2113329

25. Полиция заблокировала в соцсетях тысячи суицидальных групп. URL: https://comments.ua/society/606222-politsiya-zablokirovala-sotssetyah-tisyachi.html

26. Петренко Б. Стоп шкільний терор. Особливості цькувань у дитячому віці. Профілактика та протистояння булінгу. К., 2017. 84 с.

27. Social media is having a worrying impact on sleep; we reveal the crucial time to stay away from it. URL: http://www.bbc.com/future/story/20180110-the vital-time-you really-shouldnt-be-on-social-media

28. Про захист персональних даних: Закон України. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/main/2297-17

29. Ігри. 5 ночей з Фредді. URL: http://gg.org.ua/igri-5-nochej-z-freddi/

CHERVIENKOVA M. H.,
Postgraduate Student
(Educational and Scientific Law Institute of National Aviation University)

UDC 342.9

STATE AND RELIGIOUS ORGANIZATIONS AS MEMBERS OF THE LEGAL RELATIONSHIP AND THEIR LEGAL NATURE

The article reveals the legal nature of such institutions as "the state" and "religious organization" as the participants of legal relations, analyzes the conceptual apparatus of state-religious relations, investigates the features, types, legal status of religious organizations in accordance with the current legislation of Ukraine.

Key words: *relations between the state and religious organizations, administrative and legal regulation, legal status of religious organizations, freedom of conscience and religious organizations, state.*

У статті розкривається юридична природа таких інститутів як «держава» і «релігійна організація» як учасників правовідносин. Проведено аналіз понятійного апарату державно-релігійних відносин, досліджено ознаки, види, правовий статус релігійних організацій згідно з чинним законодавством України.

Ключові слова: *відносини між державою та релігійними організаціями, адміністративно-правове регулювання, правовий статус релігійних організацій, свобода совісті та релігійні організації, держава.*

В статье раскрывается юридическая природа таких институтов как «государство» и «религиозная организация» как участников правоотношений. Проведен анализ определения государственно-религиозных отношений, исследованы признаки, виды, правовой статус религиозных организаций согласно действующему законодательству Украины.

Ключевые слова: *отношения между государством и религиозными организациями, административно-правовое регулирование, правовой статус религиозных организаций, свобода совести и религиозных организаций, государство.*

Introduction. State-religious relations are an important component of the domestic and foreign policy of each state. The nature of these relationships depends largely on its state, as well as on the development of the entire society. Research of the legal nature of the state and religious organizations as participants in state-religious relations is a necessary condition for the protection of rights and interests of religious groups as well as those of a society that does not attribute itself to any of them. So far, the Ukrainian theory of state regulation has not created a proper doctrinal basis for the study of the role of state-religious relations in the state-building process, which is one of the negative factors.

Setting objectives. Definition of such concepts as "religious organization", "state-religious relations", "administrative regulation of relations between the state and religious organizations", lack of their classification, well-defined features, characteristics of their legal personality can lead to significant gaps in legislation, which as a result will result in inter-confessional conflicts, the lack of appropriate boundaries in the powers of state bodies, intolerance, community distrust of representatives of religious organizations and the lack of their clearly defined datas and places in

society. In this regard, the concept of "state-religious relations" becomes of particular importance, therefore, it is necessary to provide a clear definition and to disclose its content. The state and religious organizations are different in nature, purpose, structure, but they are closely interconnected and have their own special social value and significance.

Research results. Horizontal and vertical relations between state and religious institutions and separate official representatives of power and religion produce and reveal the freedom and equality of participants in the process. The state and religious organizations act as subjects of law, which acquire the corresponding social quality and are guided by the principle of reciprocity as one of the guiding principles of social exchange [1].

In science and in normative acts, the concept of state is defined differently.

The most successful, in our opinion, are the following definitions.

O.F. Skakun believes that the state is a sovereign political and territorial organization of a society that has the power exercised by the state apparatus on the basis of legal norms that provide protection and harmonization of social, group, individual interests with the support, if necessary, of legal coercion [2, 145].

I. Kotyuk defines the state as – carried out with the help of official bodies political and territorial way of organizing public power, designed to govern social processes by giving by their instructions a compulsory nature and the opportunity to implement these commands through coercion [3, c. 172].

The Constitution defines Ukraine as a sovereign, independent, democratic, social and legal state. The assertion and provision of human rights and freedoms is the main responsibility of the state. It promotes the consolidation and development of the Ukrainian nation, its historical consciousness, traditions and culture, as well as the development of ethnic, cultural, linguistic and religious identity of all indigenous peoples and national minorities of Ukraine [4].

Taking into account the dualistic status of the state as a subject of law, in relations, it can act as a subject of both public and private law, property and certain non-property rights. In public relations, the state realizes its power, administrative powers, and in private acts as a participant in legal relations at the level with other participants, not endowed with authority.

To ensure public interests, the state can create enterprises, institutions, organizations. Legal entities that are not economic entities have the primary purpose of exercising power and regulatory functions. These include central and local government bodies and other government agencies. The legal status, the procedure for the establishment and termination, the scope and exercise of competence are determined by the Constitution of Ukraine, laws and other normative-legal acts.

Consequently, the state as a subject of legal relationships is empowered and capable. However, the legal personality of the state still has its own distinctive features, since it can only be considered as a special legal personality that is different from the universal one, where subjects can perform any actions other than those expressly prohibited by law.

In relations with religious organizations, the state may act as a subject:

– international and domestic legal relations;

– public and private legal relations;

– property rights and certain non-property rights, etc.

Regarding religious organizations, one should refer to the Law of Ukraine "On Freedom of Conscience and Religious Organizations" of April 23, 1991 (hereinafter – the Law), which regulates state-religious relations. The Law applies the terms "religious organization" and in art. 5, 6 refers to "churches (religious organizations)", and also the term "church" is used in article 30 on the implementation of state policy of the central executive authority, which implements state policy in the field of religions and churches [5]. Consequently, there is the problem of the uncertainty of the conceptual apparatus, since the legislator uses both the concept of church and religious organizations and applies them in fact identically, which is incorrect since the range of meanings of the term "religious organization" is wider than the concept of "church", which is essentially only a kind a religious organization with its own specific organizational structure. Religious organizations are more widely spoken, but there is no clear delineation of these concepts; there is no definition of a religious organization either.

Article 7 of the Law establishes only a list of religious organizations to which the Law applies. In practice, even cases of refusal to register the constituent documents of a religious organization occur due to the lack of its form in the list of the article. For example, the Ministry of Culture of Ukraine sent for revision the statutory documents "Office of the Sumy Eparchy of the Ukrainian Orthodox Church" "Office of the Konotop Episcopate of the Ukrainian Orthodox Church" because of the fact that in the list of Part 2 of Art. 7 of the Law "eparchy" as a separate form of a religious organization is not defined, therefore its registration as a separate legal entity is not provided [6]. Conceptual uncertainty offset all attempts by the legislator and the scientific community to improve the legal regulation of religious legal relations and to carry out an analysis of the legal nature of religious organizations. K. Deurre notes that the development of precise terms, precise formulations for a well-considered policy is important. The author emphasizes that inaccurate definitions in the laws regulating the activities of religious associations may lead to "the threat of discrimination of religious groups that appear on the verge of determination" [7, c. 160].

Regarding the legislative uncertainty of the terms "church" and "religious organizations", there is a ruling of the Constitutional Court of Ukraine dated June 5, 2002 "On refusal to open constitutional proceedings in a case under the constitutional petition of 51 people's deputies of Ukraine, where the Constitution of Ukraine noted that the differences regarding the substance of the said the terms used primarily in the legislation exist. Their removal is the authority of a legislative body – the Verkhovna Rada of Ukraine, and not the Constitutional Court of Ukraine [8].

We consider it necessary in the Law "On Freedom of Conscience and Religious Organizations" to define and use the concept of "religious organizations" and to separate it separately from the types of religious organizations (church, sect, cult, denomination, etc.).

As to the definition of a religious organization, Y. Krivenko defines it as a system of varieties of organizationally formed religious associations with administrative and executive bodies, a clear structure that is provided by the content of the religious paradigm and worship [9, c. 131]. The State Committee on National Recreations developed a bill defining religious organizations as associations of individuals without legal personality and legal entities of private law, formed by believers for the purpose of jointly meeting religious needs or religious activities [10].

Religious organizations can act as participants in legal relations in two ways: to register in accordance with the procedure established by the law and obtain the status of a legal entity, or to carry on its activities without state registration as a religious community.

By choosing the second option, according to the current legislation, the scope of rights of a non-registered religious organization will be limited. For example, without registration, religious organizations are not entitled to receive religious property, issue religious literature, will not be entered into the state register of non-profit organizations, etc. In general, the legal status of such unregistered communities and their rights are not defined by law.

Also, we can not agree with the position of the scholars who believe that the legalization of religious organizations is carried out only under the procedure of state registration, since, as it was indicated during registration, a religious organization receives a wider scope of legal capacity, however, the registration procedure is voluntary and its absence can not be grounds the automatic recognition of a religious organization by illegitimate civic entities [11], and according to Art. 8 of the Law of the state bodies on the formation of a religious community is not obligatory. Since according to Art. 8 the religious community is a local religious organization of the believers of the same cult, religion, direction, currents or thoughts that voluntarily unite in order to jointly meet religious needs, one can conclude that a religious organization can act without registration and notification of state bodies by creating a religious community. However, we strike as necessary, part 3 of Art. 8 to exclude and consolidate the concept of a "religious organization without a legal entity", usually restricting their capacity to level off the possibility of abuse of their position, for example, to directly prohibit such organizations from receiving any donations, public cult activities, etc.

In relation to other types of religious organizations as defined by the Law (Governments and centers, monasteries, religious fraternities, missionary societies (missions), religious educational establishments, as well as associations made up of the aforementioned religious organizations),

they act on the basis of their statutes (regulations), which are registered in accordance with the procedure established by the legislation.

As for religious organizations with the status of a legal entity, they have a special (target) legal personality, which provides for the implementation of only those activities that are necessary to achieve the goal of the organization. According to Art. 13 of the Law, a religious organization as a legal entity enjoys rights and carries responsibilities in accordance with applicable law and its statute (regulation).

Taking into account the above-mentioned, we consider it necessary to define at the legislative level two basic forms of religious associations: a religious organization without a legal entity status – a voluntary association of citizens formed for the purpose of the common confession and spread of faith, which carries out activities without state registration and acquisition of legal capacity legal entity; a religious organization with the status of a legal entity – a voluntary association of citizens, formed for the purpose of common confession and spread of faith and established in the manner prescribed by law as a legal entity.

In fact, religious organizations are institutions with a corporate system, since they are corporations in form, but in essence they are institutions [12, p. 257].

Based on these concepts one can identify the following features of religious organizations: their activities are based on the religious ideology of their participants, have their own internal organized structure, is a voluntary association of citizens, the main purpose is to meet the religious needs of society as a whole and every believer, in particular.

Regarding types of religious organizations, defined in Part 2 of Art. 7 of the Law, have long been obsolete and do not meet modern social requirements. According to the Department of Religious Affairs and Nationalities of the Ministry of Culture of Ukraine [13], almost thirty-five thousand religious organizations are registered in Ukraine. Often, religious organizations identify themselves as churches, spiritual centers (eg Muslims, Buddhists), monasteries, associations, unions, and others.

I.V. Ryabko in his dissertation "The mechanism of interaction of the state and the church in Ukraine" [14, p. 27-39] offers all religious organizations to be divided into several types: universal, ecclesia, stable sect, sect, cult. E. Trellch and M. Weber distinguish the following types of religious formations: a church, a sect, a cult, a denomination [15].

In our opinion, the Law should consolidate and define a very wide range of religious organizations: the church, centers, administrations, associations, movements, denominations, fraternities, religious schools, etc. As, according to the explanation of the Ministry of Justice, information about the type of religious organization (in particular, the religious community, center, administration, brotherhood, mission, monastery, spiritual educational institution) should be contained in the statute of a religious organization, not in its name.

The name of a legal entity consists of its organizational and legal form "religious organization" and its own name, which is provided for in Article 16.1 of the Law of Ukraine "On State Registration of Legal Entities, Individuals – Entrepreneurs and Public Formations". Legislation of Ukraine does not contain requirements for changing the denomination of those religious organizations that are registered before the entry into force of these legislative provisions. That is, religious organizations, registered with the name, without mentioning their organizational and legal form, have the right to retain their current title without any changes during the re-registration of their statute. In our opinion, such a provision is unacceptable, since registered religious organizations are legal entities, they are obliged to bring their constituent documents in line with the current legislation of Ukraine on an equal basis with others.

The legal capacity of a religious organization is functional and depends on its type. In our opinion, the following should be distinguished: the non-property sphere of the manifestation of the legal capacity of a religious organization (legally secured opportunities for worship, various religious ceremonies and ceremonies, participation in public life, restrictions on pursuing political activities, etc.); the organizational sphere of manifestation of legal capacity (legally secured opportunities for participation in the creation of other legal entities) and the sphere of property

manifestation capacity (legally secured opportunities for participation in property relations as a subject of law, the acquisition of subjective rights and responsibilities).

In general, one cannot but notice that the state and religious organization are not regarded as equal subjects of relations, and the state has a more dominant (regulatory) role: it at the legislative level establishes the legal status of a religious organization and defines the limits of its activities. In our opinion, such a provision is acceptable, since the state must protect the rights and interests of not only religious organizations and their representatives, but also those who do not belong to any of them.

The state and society are interested in the fact that the activities of religious organizations are carried out on the basis of self-financing, but it is also necessary to ensure that the religious status of the organization does not become a cover for illegal business activities.

In our opinion, state-religious relations are relations formed between two leading social institutions – a state and a religious organization in various spheres of social life, the nature of which depends not only on the course of spiritual and religious life of one or another people, but also most social processes and even the integrity of the nation and its achievements, both internally and internationally, are governed by international and national legislation and are an important element of domestic and foreign policy. State-religious relations are formed on the basis of secular and religious law and represent the interaction of institutes of the state – legislative and executive power, and religious organizations.

Conclusions. Therefore, it can be noted that the religious issue is an important link in society. Not enough attention to this social phenomenon on the part of jurisprudence leads to legal uncertainty and the lack of proper legislative regulation. That negatively affects the proper functioning of the state, the possibility of protecting the rights of citizens to freedom of conscience and religion, the impossibility of proper regulation and control of relations between the state and the church, etc. The relationship between such complex social institutions as the state and the religious organization are intended to regulate certain institutions. Under the conditions of a properly organized institutional component of state-religious relations, each type of function can be directed towards the harmonization of society. In spite of a number of scientific proposals, the conceptual issue is also acute.

References:

1. Palinchak M. Contents and theoretical and methodological functions of the notion "state-church relations". Ukrainian Scientific Journal "Education of the Region". Politics, Psychology, Communication. 2013. Issue №1. P. 50-58.

2. Skakun O. F. Theory of State and Law: Textbook / Per. from Russian. Kharkiv: Consum, 2001. 656 pp.

3. Kotyuk V. O. Fundamentals of state and law. Tutorial. 3rd type., Additional. and processing. K.: Atika, 2001. 432 pp.

4. The Constitution of Ukraine. Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine (BPD), 1996, No. 30, Art. 141.

5. Law of Ukraine On Freedom of Conscience and Religious Organizations: Law of Ukraine dated April 23, 1991 No. 987-XII. Information from the Verkhovna Rada of Ukraine. 1991. No. 25. Art. 284.

6. Letter of the Ministry of Culture dated October 27, 2016 No. 1710/18/10-16 to the request dated 06.10.2016 № 16010061.

7. Durham K. Archeology of International Norms of Religious Freedom. Religious Freedom. Scientific Yearbook. No. 15. K., 2010. P. 154-161.

8. The decision of the Constitutional Court of Ukraine to refuse to open the constitutional proceeding in the case of [...] the Constitutional Court; The decision of 05.06.2002 № 32-u; 2002 Case number 2-36; 2002. URL: http://zako№4.rada.gov.ua/laws/show/v032u710-02.

9. Krivenko Yu. V. Concerning the correlation between the concepts "church" and "religious organization". 2006. №2 (18). P. 130-135. URL: http://№buv.gov.ua/j-pdf/U№zap_2006_2_20.pdf.

10. On Amendments to the Law of Ukraine "On Freedom of Conscience and Religious Organizations": Draft Law of Ukraine. URL: http://www.irs.i№.ua.

11. Novikov V. V. To the issue of the concept and features of religious organizations in Ukraine. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis64r_81/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&Z21ID=&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Nzlubp_2012_8_51.pdf.

12. Kozlova N. V. The concept and essence of a legal entity: an outline of history and theory: [study. allowance]. M .: Statute, 2003. 318 pp.

13. Order of the Ministry of Culture of Ukraine dated 29.03.2017 № 260 "On Annual Statistical Reporting on State-Confessional Relations in Ukraine for 2016 (Religious Organizations)".

14. Ryabko I. V. Mechanisms of interaction of state and church in Ukraine: author's abstract. dis ... Candidate state sciences management: 25.00.02. Zaporozhye, 2009. 20 p.

15. Weber M. Favorites: The image of society. M .: Lawyer, 1994. 702 pp.

ШАТРАВА С. О.,
доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри адміністративної
діяльності поліції
*(Харківський національний університет
внутрішніх справ)*

УДК 342.9:343.353

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ВІДНОСИНИ ЯК СКЛАДОВІ ЕЛЕМЕНТИ МЕХАНІЗМУ ЗАПОБІГАННЯ КОРУПЦІЇ В ОРГАНАХ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ

У статті розглянуто правову природу відносин щодо запобігання корупції в органах Національної поліції України. Досліджено адміністративно-правові відносини, які виникають у процесі запобігання корупції у діяльності органів Національної поліції як під час здійснення внутрішньої організаційної, так і зовнішньої адміністративної діяльності. Виокремлено особливості правовідносин, які виникають щодо запобігання корупції у діяльності органів Національної поліції.

Ключові слова: *Національна поліція, корупція, запобігання корупції, адміністративно-правовий механізм, адміністративно-правові відносини, правовідносини.*

В статье рассмотрена правовая природа отношений по предотвращению коррупции в органах Национальной полиции Украины. Исследованы административно-правовые отношения, возникающие в процессе предотвращения коррупции в деятельности органов Национальной полиции как при осуществлении внутриорганизационной, так и внешней административной деятельности. Выделены особенности правоотношений, возникающие при предотвращении коррупции в деятельности органов Национальной полиции.

Ключевые слова: *Национальная полиция, коррупция, предотвращение коррупции, административно-правовой механизм, административно-правовые отношения, правоотношения.*

The article deals with the legal nature of relations on the prevention of corruption in the bodies of the National Police of Ukraine. The administrative-legal relations that arise in the process of preventing corruption in the activities of the bodies of the National Police during the conduct of internal organizational and external administrative activities are investigated. The peculiarities of legal relations, which arise in relation to the prevention of corruption in the activities of the bodies of the National Police, are singled out.

Key words: *National police, corruption, prevention of corruption, administrative and legal mechanism, administrative-legal relations, legal relations.*

Вступ. Правовідносини виступають єдиною можливою формою реалізації органами Національної поліції своїх повноважень щодо запобігання корупції як безпосередньо у середині органів і підрозділів поліції, так і зовні. Саме правовідносини переводять статичну конструкцію «механізм адміністративно-правового запобігання корупції» у площину практичної реалізації форм, методів, інструментів та правових актів у зазначеній сфері.

Сучасне розуміння адміністративно-правового механізму запобігання корупції вченими-адміністративістами характеризується відсутністю єдності концептуальних підходів щодо його поняття, сутності та складових елементів, їх фрагментарністю і непослідовністю. У цілому такий стан справ не сприяє чіткому розумінню сутності механізму запобігання корупції у діяльності органів Національної поліції через встановлення його логічної структури та закономірностей функціонування його складових елементів та відповідно не сприяє виробленню оптимальних практичних рішень і формуванню науково-обґрунтованих напрямків запобігання корупції у діяльності органів Національної поліції України, характер яких безпосередньо обумовлюється сутністю і змістом зазначеної діяльності.

Оскільки зазначена діяльність здійснюється за допомогою правових засобів, які отримали своє закріплення у нормативно-правових актах різної юридичної сили, невіддільною складовою реалізації яких є виникнення відповідних адміністративно-правових відносин. На підтвердження наведемо позицію Г. Бистрик, яка визначаючи сучасні напрями вивчення механізму держави, а у нашому – механізму адміністративно-правового запобігання корупції в органах Національної поліції, зазначає про необхідність аналізу тих його елементів, які забезпечують «зворотній зв'язок» між державою (в її матеріальному значенні) і суспільством [1]. Таким зв'язуючим елементом є правовідносини. Саме адміністративно-правові відносини, як складова елементу механізму запобігання корупції в органах Національної поліції, надають можливість вирішити такі завдання: 1) забезпечити виконання антикорупційної політики держави; 2) забезпечити взаємодію та інтеграцію всіх елементів зазначеного механізму в єдине ціле; 3) встановити взаємний зв'язок між суб'єктами запобігання корупції; 4) індивідуалізувати осіб, задіяних у запобіганні корупції тощо.

На важливість дослідження правової природи відносин щодо запобігання корупції в органах публічної адміністрації звертали увагу у своїх працях С. М. Алфьоров, О. М. Бандурка, М. Ю. Бездольний, О. В. Джафарова, І. А. Дьомін, Д. Г. Заброда, В. А. Завгородній, Д. І. Йосифович, М. І. Мельник, Є. В Невмержицький, О. М. Охотнікова, О. Я. Прохоренко, С. С. Рогульський, С. С. Серьогін, М. М. Тищенко, О. В. Ткаченко, Р. М. Тучак, І. І. Яцків та ін.

Постановка завдання. Мета даної статті полягає у визначені правової природи, кола та особливостей такого елементу адміністративно-правового механізму запобігання корупції в органах Національної поліції, як правовідносини.

Вивчення правової природи відносин щодо запобігання корупції в органах Національної поліції України передбачає насамперед постановку декількох наукових завдань. По-перше, необхідно визначити сутність адміністративно-правових відносин. По-друге, враховуючи неоднозначність сприйняття науковою спільнотою сутності правових відносин щодо запобігання корупції, необхідно визначити кола останніх при «запобіганні корупції у діяльності органів Національної поліції». По-третє, слід визначитись з особливостями правовідносин, які виникають щодо запобігання корупції у діяльності органів Національної поліції.

Виклад основного матеріалу. Для вирішення цього питання звернемося до теорії адміністративного права та проаналізуємо наявні погляди вчених щодо сутності та ознак адміністративно-правових відносин.

О. І. Харитонова адміністративно-правові відносини визначає як врегульовані правовими нормами відносини, що виникають та існують між суб'єктами публічного права, і спрямовані на впорядкування відносин у суспільстві, забезпечення засобами державного примусу правопорядку, добробуту та безпеки громадян і суспільства [2]. Ю. П. Битяк, В. М. Гаращук та В. В. Зуй зазначають, що адміністративно-правові відносини – це суспільні відносини у сфері державного управління, учасники яких виступають носіями прав і обов'язків, урегульованих нормами адміністративного права [3, с. 57]. В. Б. Авер'янов зазначає, що серед суспільних відносин, в яких перебувають суб'єкти адміністративного права, управлінський характер має далеко не основну частину цих відносин. Натомість функціонування державних органів та інших публічно-владних суб'єктів, які перебувають у сфері регулювання адміністративного права, складають дії, пов'язані: а) з реалізацією суб'єктивних прав громадян; б) з розглядом і вирішенням адміністративно-правових спорів.

Учений вказував, що європейські традиції адміністративного праворозуміння передбачають проголошення і практичне втілення верховенства і захисту прав громадян у сфері функціонування публічної влади [4]. В. К. Колпаков та О. В. Кузьменко зазначають, що адміністративно-правові відносини є формою вираження державно-управлінських відносин, завжди мають державно-владний характер, тобто один із суб'єктів завжди наділений державою владними повноваженнями щодо інших учасників адміністративно-правових відносин [5].

Т. О. Коломоєць дає наступне визначення адміністративно-правовим відносинам – це суспільні відносини, врегульовані нормами адміністративного права, суб'єкти яких наділені правами та обов'язками у сфері забезпечення органами виконавчої влади і органами місцевого самоврядування реалізації та захисту прав, свобод і законних інтересів фізичних і юридичних осіб, а також у процесі публічного (державного і самоврядного) управління у сферах соціально-економічного й адміністративно-політичного розвитку та охорони громадського порядку. Також вона зазначає, що особливостями адміністративно-правових відносин є таке: 1) виникають у сфері виконавчої, тобто владно-організаційної діяльності; 2) виникають у зв'язку з діяльністю органів публічної адміністрації; 3) для них характерною є наявність обов'язкового суб'єкта – органу публічної адміністрації; 4) цей обов'язковий суб'єкт діє завжди владно, отже, відносини є публічно-владними; 5) відносини можуть виникати з ініціативи будь-якої зі сторін, при цьому згода іншої сторони не є обов'язковою; 6) відносини між учасниками відносин розглядаються, як правило, у позасудовому порядку, хоча можливим є і судовий порядок; 7) у разі порушення однією зі сторін вимог адміністративно-правових норм вона відповідає перед державою в особі її органів [6, с. 43-44].

Виходячи з наведених позицій, слід наголосити, що на сьогодні немає усталеної думки з приводу єдиного розуміння адміністративно-правових відносин, тому нами за основу буде взято визначення, надане авторами «Академічного курсу з адміністративного права» за загальною редакцією В. Б. Авер'янова, – це юридичний рівень об'єктивізації загальної волі держави у реальній поведінці конкретних суб'єктів [7].

Проаналізувавши наявні погляди науковців щодо змісту адміністративно-правових відносин, логічним постає питання про визначення кола останніх, які виникають при запобіганні корупції у діяльності органів Національної поліції тощо.

Але спочатку зазначимо, що органи Національної поліції є суб'єктами адміністративно-правових відносин, які, як правило, охоплюються поняттям адміністративна діяльність. Так, О. П. Рябченко під адміністративною діяльністю ОВС розуміє врегульовану нормами адміністративного права специфічну, виконавчо-розпорядчу, підзаконну, державно-владну діяльність з організації та здійснення охорони прав і свобод громадян, громадського порядку, забезпечення громадської безпеки, запобігання й припинення правопорушень [8, с. 20; 9, с. 77]. У науковій літературі адміністративна діяльність розглядається також через призму правових інструментів [10, с. 174; 11, с. 69]. Такий підхід є цікавим, але ми вважаємо, що він не розкриває сутність та зміст адміністративної діяльності, оскільки визначення кола інструментів є похідним від призначення сутності та змісту адміністративної діяльності органів Національної поліції. Підсумовуючі наявні у літературі визначення адміністративної діяльності органів Національної поліції [8; 12, с. 84; 13], сформулюємо власну позицію з цього приводу. Так, під останньою слід розуміти адміністративно-правові відносини, які урегульовані нормами адміністративного права та спрямовані на забезпечення прав і свобод людини та громадянина, а також на впорядкування відносин всередині цих органів тощо. Виходячи із запропонованого визначення, адміністративно-правові відносини у діяльності органів Національної поліції умовно можна поділити на зовнішні та внутрішні.

Більшість адміністративно-правових відносин, які виникають у процесі запобігання корупції у діяльності органів Національної поліції виникають у процесі здійснення внутрішньоорганізаційної адміністративної діяльності. Вона у свою чергу спрямована на організацію роботи конкретних служб і складається з визначення структури відповідних підрозділів, її вдосконалення, добору й розстановки кадрів, планування й координації роботи, прийняття рішень на певний період або на проведення конкретних заходів, операцій, надання практичної

допомоги підпорядкованим підрозділам і працівникам, на взаємодію з іншими службами, узагальнення й поширення передового досвіду, контроль і перевірку виконання, заохочення працівників, їх атестування, використання дисциплінарної практики тощо [8, с. 21–22; 13, с. 159]. Ці відносини включають у зміст останніх питання запобігання корупції.

Так, організація роботи конкретних служб і підрозділів Національної поліції передбачає визначення можливих корупційних ризиків, враховуються наявні конфлікти інтересів серед поліцейських; проводяться профілактичні заходи щодо роз'яснення антикорупційного законодавства серед поліцейських; готуються звіти по результатах виконання антикорупційних програм; проводяться службові розслідування за фактом вчинення правопорушення, пов'язаного з корупцією, здійснюється моніторинг дотримання етичних норм та фінансових зобов'язань поліцейських тощо. Зауважимо, що адміністративно-правові відносини із запобігання корупції в органах Національної поліції проходять «червоною стежкою» через весь процес управління в останніх.

Серед зовнішніх адміністративно-правових відносин щодо запобігання корупції доцільно виокремити відносини, які виникають у процесі виконання поліцією завдань та функцій щодо охорони прав і свобод людини та громадянина і регламентуються нормами адміністративного права та носять управлінський і юрисдикційний характер, метою яких є усунення, нейтралізація, послаблення корупційних ризиків, а також перешкоджання здійсненню протиправних намірів щодо вчинення корупційних правопорушень або правопорушень, пов'язаних з корупцією.

Надалі визначимо особливості правовідносин, які виникають щодо запобігання корупції у діяльності органів Національної поліції. Зауважимо, що з урахуванням сутності та змісту адміністративного права, особливостей адміністративних правовідносин можна зробити висновок, що відносини, пов'язані із запобіганням корупції в органах Національної поліції характеризуються усіма ознаками адміністративних правовідносин, хоча, звичайно, і мають певні особливості, які полягають у тому, що:

– є публічно-правовими, оскільки в основу останніх закладено реалізацію публічного інтересу, а саме, визнання корупції однією із загроз національній безпеці. У публічно-правових відносинах вимогам суспільного обов'язку підпорядковані публічні права як суб'єктів публічної адміністрації, так і фізичних та юридичних осіб. Як зазначено у програмних документах, які були прийняті останнім часом, розв'язання проблеми корупції є одним із пріоритетів для українського суспільства [14]. У ст. 1 Закону України «Про основи національної безпеки України», також йде мова про своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізацію реальних та потенційних загроз національним інтересам у сфері боротьби з корупцією [15]. Наведене є свідченням того, що держава на законодавчому рівні визначає останню як загрозу національній безпеці, це у свою чергу є свідченням того, що питання запобігання та протидії корупції знаходяться у площині публічних інтересів. Як наголошує В. В. Галунько, під публічним інтересом доцільно розуміти важливі для значної кількості фізичних та юридичних осіб потреби, які відповідно до законодавчо встановленої компетенції забезпечуються суб'єктами публічної адміністрації [16]. Отже, реалізація публічного інтересу, щодо подолання проблеми корупції має свій прояв у межах публічно-правових відносин, які регулюються різними публічно-правовими нормами: конституційними, кримінальними та адміністративними. У публічно-правових відносинах вимогам суспільного обов'язку підпорядковані публічні права як суб'єктів публічної адміністрації, так і фізичних та юридичних осіб. Тож правовідносини щодо запобігання корупції у діяльності органів Національної поліції спрямовані на вирішення публічних завдань держави, на впорядкування широкого кола суспільних відносин, пов'язаних із забезпеченням безпеки особи, суспільства та держави, на заваді яких стає корупція. Саме адміністративно-правові норми відіграють важливе значення, оскільки за допомогою останніх врегульовуються питання запобігання корупції у цілому та у діяльності органів Національної поліції зокрема;

– складаються у сфері формування та реалізації загальнодержавної антикорупційної політики держави. Реалізація публічного інтересу щодо запобігання корупції полягає у тому,

що держава бере на себе зобов'язання щодо вироблення та закріплення певного кола заходів, напрямків, інструментів, необхідних для подолання цього негативного явища, шляхом формування та реалізації антикорупційної політики держави. Антикорупційна політика повинна ґрунтуватись на основі результатів аналізу достовірних даних про корупцію та чинників, які до неї призводять, зокрема статистичних спостережень, моніторингу виконання цих рішень та їх впливу на стан справ з питань запобігання корупції незалежним спеціалізованим органом із залученням представників громадянського суспільства, а також формування суспільної підтримки у подоланні корупції [14]. Зауважимо, що антикорупційна політика має дві складові: формування та реалізація. На сьогодні питаннями формування останньої займається Кабінет Міністрів України, який розробляє положення проекту та передає на затвердження Верховній Раді України. Питаннями реалізації антикорупційної політики займаються спеціально створенні суб'єкти (НАЗК, НАБУ), суб'єкти, які мають окремі повноваження щодо запобігання і протидії, та всі державні інституції та органи місцевого самоврядування, які наділені повноваженнями щодо виконання функцій держави при здійсненні внутрішньоорганізаційної діяльності цих установ;

– не завжди є відносинами влади й підпорядкування, оскільки частина адміністративно-правових відносин щодо запобігання корупції в органах Національної поліції передбачає усунення, нейтралізацію, послаблення корупційних ризиків та їх моніторинг. Цей висновок нами було зроблено на підставі виокремлення кола відносин, які виникають у процесі запобігання корупції у діяльності органів Національної поліції. Зазначені відносини у більшості випадків мають зобов'язуючий характер, який передбачає дотримання певних вимог, які ставляться до працівників Національної поліції, як-то: необхідність декларувати доходи; готувати щорічні звіти про стан виконання Антикорупційної стратегії та програми; аналізувати стан справ з питань корупції, готувати пропозиції щодо заходів нормативно-правового, організаційного, кадрового характеру; здійснювати моніторинг та координацію виконання антикорупційної програми; контролювати за дотриманням законодавства про конфлікт інтересів та декларування майна, доходів, видатків та зобов'язань фінансового характеру;

– залучати громадськість до формування, реалізації та моніторингу антикорупційної політики; поширювати інформацію про корупцію, проводити заходи із формування світогляду неприйняття корупції [14]. Тобто у більшості випадків адміністративно-правові відносини щодо запобігання корупції у діяльності органів Національної поліції є нормотворчими, моніторинговими, попереджувальними тощо;

– мають чітке коло суб'єктів запобігання корупції в органах Національної поліції, які наділені для цього відповідними адміністративними повноваженнями. Тобто суб'єктами зазначених адміністративно-правових відносин, з одного боку, є спеціально створенні у системі Національної поліції органи і підрозділи до повноважень, яких належать питання запобігання корупції, а з іншого – всі особи, які проходять службу в органах Національної поліції та мають статус поліцейського або мають бажання отримати цей статус (кандидат на службу у поліції). Тобто відносини з приводу запобігання корупції складаються у сфері діяльності тих суб'єктів Національної поліції, які є відповідальними за реалізацію антикорупційної політики держави та наділені відповідними адміністративними повноваженнями. Суб'єкти уповноважені на запобігання корупції у діяльності органів Національної поліції постійно здійснюють моніторинг явищ та чинників, які можуть становити корупційні ризики у діяльності Національної поліції та шкодити національним інтересам, та шляхом використання правового інструментарію (зобов'язань) визначати ступінь свободи реалізації поліцейськими своїх прав у залежності від конфлікту інтересів та корупційних ризиків. Повноваження суб'єктів запобігання корупції у діяльності органів Національної поліції можна умовно поділити на: 1) моніторингові; 2) нормотворчі; 3) юрисдикційні; 4) профілактичні; 5) інформаційно-роз'яснювальні тощо;

– мають як самостійний характер, пов'язаний із моніторингом фінансового стану поліцейських, дотриманням етичних норм поліцейськими; врегулювання конфлікту інтересів,

проведенням службового розслідування так і частиною інших адміністративно-правових відносин, які виникають у процесі виконання завдань та функцій поліції (проходження служби, надання адміністративних послуг працівниками поліції, здійснення контрольно-наглядової діяльності);

– є цілеспрямованими та такими, що нормативно врегульовані адміністративним законодавством тощо. Цілеспрямованість – це стан, пов'язаний із прагненням до певної мети; підпорядкованість думок і дій, спрямованість на певну мету [17].

Висновок. На підставі викладеного, слід наголосити, що відносини, пов'язані із запобіганням корупції у діяльності органів Національної поліції, спрямовані на виконання антикорупційної політики держави, реалізація якої здійснюється у межах адміністративно-правових відносин, нормативно-правове забезпечення якого здійснюється у межах адміністративного законодавства.

Список використаних джерел:

1. Бистрик Г. Механізм держави у системі сучасних теоретико-правових досліджень. Юридична Україна. 2013. № 10. С. 8–15.

2. Харитонова О. І. Адміністративно-правові відносини: концептуальні засади та правова природа: автореф. дис. … доктора юрид. наук: спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право». О., 2004. 36 с.

3. Адміністративне право України: підруч. / Ю. П. Битяк, В. М. Гаращук, В. В. Богуцький та ін.; за ред. Ю. П. Битяка, В. М. Гаращука, В. В. Зуй. Х.: Право, 2010. 624 с.

4. Авер'янов В. Нові риси предмета українського адміністративного права. Персонал. № 4. 2005. С. 76–81.

5. Колпаков В. К. Адміністративне право України: підруч. / В. К. Колпаков, О. В. Кузьменко. К.: Юрінком Інтер, 2003. 544 с.

6. Коломієць Т. О. Адміністративне право України. Академічний курс: підруч. К.: Юрінком Інтер, 2011. 576 с.

7. Адміністративне право України. Академічний курс: підруч.: у 2 т. Т. 1.: Загальна частина / ред. кол. В. Б. Авер'янов (голова). К.: Юрид. думка, 2007. 592 с.

8. Адміністративна діяльність органів внутрішніх справ. Загальна частина: підручник / О. М. Бандурка, Г. О. Пономаренко, О. В. Джафарова, С. О. Шатрава та ін.; за заг. ред. О. П. Рябченко. Х.: Харк. нац. ун-т внутр. справ, 2009. 256 с.

9. Джафарова О. В. Сутність та напрямки адміністративної діяльності правоохоронних органів України. Право і Безпека. 2009. № 4 (31). С. 77–79.

10. Евтихиев И. И. Виды и формы административной деятельности: дис. … доктора юрид. наук. М., 1948. 365 с.

11. Коваль Л. В. Административное право. К.: Вентурі, 1996. 208 с.

12. Административное право и административная деятельность органов внутренних дел: учебник / под ред. Л. Л. Попова. М.: Академия МВД, 1990. 223 с.

13. Денисюк С. Ф. Громадський контроль за правоохоронною діяльністю в Україні: адміністративно-правові засади: дис. ... доктора юрид. наук: 12.00.07. Дніпропетровськ, 2010. 393 с.

14. Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014-2017 роки: Закон України від 14.10.2014 № 1699-VII. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1699-18.

15. Про основи національної безпеки України: Закон України від 19.06.2003 № 964-IV. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/964-15.

16. Галунько В. В. Публічний інтерес в адміністративному праві. Форум права. 2010. № 4. С. 178-182. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/ FP_index.htm_2010_4_29.

17. Цілеспрямованість. URL: http://psyhologiya.org.ua/cilespryamovanisty. html.

ФІНАНСОВЕ ПРАВО

ГРЕБЕНЮК М. В.,
кандидат юридичних наук, доцент,
заслужений юрист України, керівник
(Міжвідомчий науково-дослідний центр з проблем боротьби з організованою злочинністю при Раді національної безпеки і оборони України)

ЛУК'ЯНЧУК Р. В.,
кандидат наук з державного управління,
старший науковий співробітник
(Міжвідомчий науково-дослідний центр з проблем боротьби з організованою злочинністю при Раді національної безпеки і оборони України)

УДК 354.21(0-8)

ОСОБЛИВОСТІ ЛАТИНОАМЕРИКАНСЬКОЇ МОДЕЛІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОБІГУ КРИПТОВАЛЮТ

У статті автори розглядають наявні варіативні моделі здійснення правового регулювання обігу криптовалют у країнах Латинської Америки та Карибського басейну. Визначено особливості та недоліки використання криптовалюти bitcoin у цьому регіоні. Авторами констатовано, що в латиноамериканських країнах спостерігається загальнопоширена тенденція використання цифрових грошей як звичайного засобу захисту заощаджень в умовах невизначеної фінансово-економічної політики та постійної нестабільності курсу національної валюти. Для країн цього регіону bitcoin є інструментом хеджування валютних ризиків, механізмом запобігання інфляції та нестабільній внутрішньополітичній ситуації.

Ключові слова: *криптовалюта, bitcoin, майнінг, правове регулювання, цифрова (віртуальна) валюта, електронні платежі, національна валюта, валютні фінансові ринки.*

В статье авторы рассматривает имеющиеся вариативные модели осуществления правового регулирования оборота криптовалют в странах Латинской Америки и Карибского бассейна. Определены особенности и недостатки использования криптовалюты bitcoin в данном регионе. Автор констатирует, что в латиноамериканских странах наблюдается распространенная тенденция использования цифровых денег как обычного средства защиты сбережений в условиях неопределенной финансово-экономической политики и постоянной нестабильности курса национальной валюты. Для стран этого региона bitcoin является инструментом хеджирования валютных рисков, механизмом предотвращения инфляции и нестабильной внутриполитической ситуации.

Ключевые слова: *криптовалюта, bitcoin, майнинг, правовое регулирование, цифровая (виртуальная) валюта, электронные платежи, национальная валюта, валютные финансовые рынки.*

In the article the authors examines the existing vibrational implementation models of legal regulation of the cryptographic turnover in the countries of Latin America and the Caribbean. The features and drawbacks of the use of bitcoin cryptography in this region are found. The author states that in the Latin American countries there is a common tendency of using digital money as a standard means of saving savings under uncertain financial and economic policies and constant instability of the national currency. For the countries of this region, bitcoin is an instrument for hedging currency risks, a mechanism for preventing inflation and an unstable internal political situation.

Key words: *cryptocurrency, bitcoin, landing, legal regulation, digital (virtual) currency, electronic payments, national currency, currency financial markets.*

Вступ. За останні роки виникло чимало видів криптовалют та блокчейн-компаній, які відкривають колосальні можливості доступу до міжнародного фінансового ринку. Попит на основні цифрові валюти неухильно зростає, у зв'язку з чим у світі спостерігається неабияка активність динамічного поширення криптовалют: розробляються нові її види, збільшується кількість онлайн-бірж купівлі-продажу криптовалют, відбувається усвідомлення світовою спільнотою преференцій та вигод від використання криптовалют порівняно із цінними паперами, зокрема акціями та фіатними грошима. На цьому фоні політична нестабільність, постійна інфляція, загальне зниження цін на нафту та нафтопродукти в державах Латинської Америки створили ситуацію, за якої спостерігається економічний колапс, що потенційно провокує масштабну економічну кризу всієї фінансової системи, передусім, у таких державах, як Венесуела, Аргентина та Бразилія [1]. З огляду на це у країнах Латинської Америки саме поширення та використання криптовалют стали запорукою підтримання певної стабільності, виступили суттєвою гарантією запобігання інфляції та ефективним механізмом збереження накопичень, вирішення складних фінансово-економічних питань.

Потрібно зазначити, що використання криптовалют, передусім, модернізує та полегшує здійснення операцій у платіжній системі, проте поширення та застосування цих цифрових валют, крім потенційних вигод, зумовлюють також виникнення певних ризиків у сферах безпеки, захисту прав споживачів та запобігання вчиненню фінансових злочинів. Саме тому питання легітимізації обігу криптовалют, функціонування криптобірж, укладання старт-контрактів перебувають у фокусі прискіпливої уваги як політикумів цих країн, так і правоохоронних та податкових органів з метою вироблення єдиної узгодженої позиції щодо характеристик та ознак криптовалют, умов їх оподаткування.

Загалом, загальну проблематику обігу криптовалют досліджували у своїх наукових працях такі фахівці-економісти, як: О. Галицький, Є. Галушка, О. Григоревська, А. Колдовський, О. Мороз, Е. Молчанова, А. Полчанова, Ю. Солодковський, К. Чернега тощо. В юридичній науці правовий режим криптовалют вивчали: С. Верланов, А. Гаркуша, І. Доронін, Л. Нікітіна, А. Проценко тощо. Проте в сучасній науковій літературі немає опублікованих наукових монографічних досліджень, присвячених дослідженню особливостей правового регулювання обігу криптовалют у країнах Латинської Америки та Карибського басейну, що зумовлює актуальність подальших наукових пошуків та розробок у цій сфері.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження особливостей латиноамериканської моделі правового регулювання обігу криптовалют, визначення правової природи криптовалют у законодавстві деяких держав Латинської Америки.

Результати дослідження. Безсумнівним лідером серед усіх можливих криптографічних грошей є саме криптовалюта bitcoin. Ураховуючи той факт, що вартість основних цифрових валют постійно зростає, bitcoin здобув прихильність серед заможних мешканців Латинської Америки, ставши альтернативою національним грошовим одиницям, які схильні до гіперінфляції та не можуть конкурувати із загрозами фінансово-економічного характеру. При цьому важливим та актуальним питанням, незалежно від географії та регіонального

місцезнаходження тієї чи іншої країни на нашій планеті, залишається визначення національного правового режиму криптовалют, оскільки від політичного курсу держави та її лояльності безпосередньо залежать умови та порядок обігу криптовалют, їх легітимізація та проведення операцій з ними.

Як переконливо доводить досвід латиноамериканських країн, стрімке падіння курсу національної валюти призводить до виснаження фінансової системи та масштабного зменшення фінансових ресурсів, які є єдиним джерелом погашення державних зобов'язань та запорукою стабільного економічного існування.

Отже, тривалі фінансові кризи в Латинській Америці спричинили необхідність запровадження обмежень на купівлю іноземної валюти, замороження банками та фінансовими установами рахунків громадян і юридичних осіб, примусову конвертацію заощаджених населенням доларів США в національні валюти, які постійно знецінюються. Така некоректна державна фінансово-економічна політика призводить до посилення недовіри місцевого населення до національної валюти та підриває стабільність банківського сектору у вказаних державах.

Однак існують недоліки використання bitcoin, зокрема: багато людей не довіряють іміджу bitcoin, уважають його незахищеним та занадто волатильним. Хоча такі аргументи є досить умовними, оскільки засновані на традиційній валюті фінансові ринки практично повністю є комп'ютеризованими [2, с. 37].

Невипадково у країнах Латинської Америки спостерігається загальнопоширена тенденція використання цифрових грошей в якості звичайного засобу захисту заощаджень в умовах невизначеної фінансово-економічної політики та постійної нестабільності курсу національних валют. Отже, bitcoin зарекомендував себе як надійний інструмент хеджування валютних ризиків, механізм запобігання інфляції та нестабільній внутрішньополітичній ситуації.

У свою чергу, ведення торговельних операцій із криптовалютами також надає можливість уникати контролю за рухом капіталу з боку державних та правоохоронних органів, що посилює акценти сприйняття криптовалют як інвесторами, так і пересічними громадянами, а ведення криптовалютного бізнесу вважається перспективним. Проте така ситуація не є типовою абсолютно для всіх країн Латинської Америки. Зокрема, в таких державах, як Еквадор і Болівія, криптовалюти заборонені законодавчо.

Так, з 2014 року в Еквадорі діє закон, відповідно до положень якого будь-які криптовалютні біржі та їх діяльність категорично заборонені. У цій країні здійснюється емісія електронної валюти під назвою Dinero Electronico, яка є національною валютою та за курсом прирівнюється до американського долара. Оскільки в Еквадорі остаточно не визначений алгоритм покарання за майнінг криптовалют, незважаючи на діючі заборони, bitcoin вільно продається і купується за допомогою платформи PayPal та онлайн-систем, використовується певними компаніями як платіжний засіб [3].

Болівія – перша країна латиноамериканського регіону, уряд якої у 2014 році заборонив обіг криптовалют та загалом діяльність криптовалютних бірж, визнавши їх фінансовими пірамідами. Така заборона призвела до переслідування та ув'язнення понад 60-и осіб, які висловлювалися на підтримку економічного обґрунтування поширення криптовалют. У цій країні діє доктрина, згідно з якою поширення криптовалют призводить до обманювання жителів країни, дозволяє реалізувати шахрайські схеми незаконного виманювання накопичень пересічних громадян. Подібної позиції в питанні обігу криптовалют дотримується також Колумбія. Так, в оприлюдненій у квітні 2014 року Центральним банком цієї країни заяві щодо тлумачення цифрових валют акцентовано, що криптовалюта не визнається валютою та не є законним платіжним засобом [4].

Офіційне повідомлення про загрози, пов'язані з використанням цифрових грошей, ще в лютому 2014 року зробив і Центральний банк Бразилії. Того ж року з метою оподаткування криптовалютних транзакцій Федеральна податкова служба Бразилії визнала цифрові гроші в якості фінансового активу. Починаючи з 2015 року, бразильське законодавство у сфері

регулювання обігу віртуальних валют стає більш жорстким. У жовтні 2017 року Центробанк Бразилії знов опублікував свою позицію щодо криптовалют, в якій визначено, що bitcoin – це фінансовий актив без забезпечення. У результаті тривалих дискусій з приводу економічної та юридичної складової інвестиційних інструментів цифрових валют у грудні 2017 року нижня палата Національного конгресу Бразилії розробила проект закону про повну заборону цифрових валют, визначивши, що їх використання має ознаки фінансових пірамід, а майнінг буде прирівнюватися до фінансових злочинів [5]. Оскільки механізмів здійснення контролю за фінансовими потоками та учасниками правочинів із криптовалютами не існує, Верховний електоральний суд Бразилії заборонив використання криптовалют у виборчій кампанії 2018 року.

Абсолютно протилежна ситуація навколо bitcoin спостерігається в таких країнах, як Мексика, Аргентина та Венесуела. Наприкінці 2017 року з метою запровадження правового регулювання використання криптовалют на власному фінансовому ринку Мексика підготувала власний законопроект, присвячений цій тематиці. Очікується, що схвалення цього проекту сприятиме недопущенню використання криптовалют з метою фінансування терористичної діяльності, а також запобіганню можливостям легалізації тіньових доходів завдяки використанню bitcoin. З набуттям чинності законом про криптовалюти в Мексиці ця країна ввійде до переліку держав, які регулюють ринок криптовалют, залишаючись при цьому найбільш розвинутою країною Латинської Америки у сфері впровадження фінансових технологій. У підготовленому законопроекті наголошується на актуальності надання Центральному банку цієї країни додаткових повноважень, зокрема контрольних функцій за операціями з криптовалютами. Законопроект також має регулювати широкий спектр фінансових технологій і діяльність компаній, які використовують bitcoin та інші криптовалюти. З огляду на це можна констатувати, що підхід Мексики до регулювання криптовалют є досить лояльним порівняно з іншими державами регіону.

Згідно з позицією експертної спільноти, Аргентина визнана прогресивною в цифровому форматі країною з найбільшою аудиторією користувачів bitcoin на душу населення у світі. Використання bitcoin в Аргентині дає змогу клієнтам обійти суворі урядові обмеження на отримання грошей із-за кордону та є досить поширеним, тому що існує реальна потреба у bitcoin як альтернативи традиційній грошовій одиниці. Ця країна впевнено очолює рейтинг «Bitcoin Market Potential Index», завдяки якому здійснюється оцінка вірогідності впровадження криптовалют у те чи інше суспільство. Разом із тим, відповідно до законодавства Аргентини криптовалюта не є національною валютою, проте її можна одночасно розглядати і як грошові кошти, і як товар. З 2016 року в Аргентині навіть за послуги таксі можна розрахуватися за допомогою bitcoin. У сучасних умовах Аргентина – лідер серед латиноамериканських країн у криптопросторі, а bitcoin стає в цій країні масовим явищем, у зв'язку з чим у 2017 році було додатково встановлено 200 Bitcoin-банкоматів.

Падіння цін на нафту призвело до затяжної фінансово-економічної кризи у Венесуелі, саме тому президент цієї країни Ніколас Мадуро оголосив про розробку та впровадження у 2018 році національної криптовалюти «El Petro», яка, на його думку, може забезпечуватися природними ресурсами, золотом, нафтою, корисними копалинами, алмазами. За прогнозами Президента Венесуели, криптовалюта «El Petro» має сприяти економічному зростанню країни та стати ефективним ресурсом для боротьби зі спекулятивним доларом США в умовах тривало діючих політичних санкцій. Проте Парламент Венесуели поставився критично до позиції президента, зазначивши, що впровадження цифрової валюти в цій країні є незаконним, порушує Конституцію та являє собою схему форвардного продажу венесуельської нафти. На сьогодні влада Венесуели жорстко карає діяльність майнерів криптовалют, звинувачуючи їх в інтернет-шахрайстві та крадіжках електроенергії [6].

Слід також вказати, що в 2017 році розпочав свою діяльність криптовалютний інвестиційний фонд «Crypto Asset Fund», який територіально розміщений поза юрисдикцій країн Латинської Америки та завдяки функціонування якого заможні родини з Латинської Америки одержали новий спосіб інвестування: цей інвестиційний фонд має акумулювати

50 млн доларів США з метою вкладення їх у придбання віртуальних валют для компаній, що займаються управлінням сімейним капіталом. Crypto Asset Fund надає у розпорядження інвесторів із країн з нестабільною економікою принципово інший механізм хеджування інвестиційних вкладень та сприяє широкій аудиторії його учасників здійснювати легальні й безпечні способи збереження власних активів. Отже, переважну більшість клієнтів цього фонду складають сімейні офіси із країн Латинської Америки та Карибського басейну.

Висновки. На сьогодні рівень проникнення bitcoin у країнах Латинської Америки, в першу чергу, залежить від політичного курсу тієї чи іншої країни та економічного розвитку країни. При цьому спостерігається чітка закономірність: низький рівень економічного розвитку держави зумовлює швидкі темпи поширення криптовалют, зокрема bitcoin. Для країн Латинської Америки криптовалюта є та залишається потужним інвестиційним активом, а її використання – це можливість підвищити рівень життя та добробуту населення, а також безпечний спосіб збереження заощаджень від шаленої інфляції. Типовою формою використання криптовалют у Латинській Америці є здійснення грошових переказів, у зв'язку з чим відбувається збільшення обсягів цифрових активів за рахунок компаній, які організовують відповідні перекази за невелику комісію.

Загалом можна констатувати, що популярність криптовалют у Латинській Америці досить значна, що пов'язано з формуванням відповідної місцевої субкультури цифрових валют на фоні втрати довіри та інтересу до національних фіатних грошей. Торгівля криптовалютами також передбачає можливість обійти жорсткі заходи контролю за надходженням інвестиційного капіталу.

Таким чином, можна підсумувати, що легітимізація криптовалют урядами прогресивних латиноамериканських держав пояснюється відсутністю в національних органів фінансового нагляду можливостей відслідковувати та контролювати створення й обіг криптовалют. Тому саме легалізація криптовалют на законодавчому рівні є вірогідною альтернативою ситуативного вирішення всіх нюансів обігу криптовалют: майнери одержують правове поле своєї діяльності, а держава – шанс поступового запровадження національного контролю за обігом цифрової валюти та її використанням. Отже, на сьогодні в переважній більшості країн Латинської Америки криптовалюта поступово легалізується, проте аналіз нормативно-правових актів, які регулюють цю сферу, засвідчує, що використання bitcoin має свої особливості. Так зокрема, не допускається використання криптовалюти в банківській сфері, а порядок та умови її обігу чітко не визначаються, що вимагає вдосконалення відповідних правових засад у форматі підготовки уповноваженими органами (фінансовими регуляторами) держав відповідних методичних рекомендацій або роз'яснень.

Список використаних джерел:

1. Why Latin American economies are turning to bitcoin. URL: https://techcrunch.com/2016/03/16/why-latin-american-economies-are-turning-to-bitcoin

2. Винья Пол. Эпоха криптовалют. Как биткоин и блокчейн меняют мировой экономический порядок (перевод с англ. Э. Кондуковой) М.: Манн, Иванов и Фербер, 2017. 432 с.

3. Ecuador Reveals National Digital Currency Plans Following Bitcoin Ban. 01.09.2014. URL: http://www.ibtimes.co.uk/ecuador-reveals-national-digital-currency-plans-following-bitcoin-ban-1463397

4. Central Bank of Colombia Says Bitcoin is Not a Currency. CoinDesk. 01.04.2014. URL: https://www.coindesk.com/central-bank-colombia-says-bitcoin-currency

5. Центробанк Бразилии признал биткоин финансовой пирамидой. URL: https://hightech.fm/2017/10/19/brazil-central-bank

6. Нефтяная криптовалюта Petro объявлена незаконной в Венесуэле. URL: https://altcoin.info/news/neftjanaja_kriptovaljuta_petro_objavlena_nezakonnoj_v_venesuele-1853.html

ЖМУДІНСЬКИЙ В. П.,
адвокат, аспірант кафедри фінансового
права та фіскального адміністрування
*(Національна академія
внутрішніх справ)*

УДК 336.226.4

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ, ПОВ'ЯЗАНІ З ПОДАННЯМ ПОДАТКОВОЇ ЗВІТНОСТІ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКИМИ ПІДПРИЄМСТВАМИ

У статті досліджено проблематику, пов'язану з поданням сільськогосподарськими підприємствами уточнюючих розрахунків до податкової звітності, на підставі яких відбувається сплата заниженого податкового зобов'язання. Автором проведено законодавчий і науковий аналіз понять «податкова звітність» і «податковий період».

Ключові слова: *сільськогосподарське підприємство, податкова звітність, уточнюючий розрахунок, податковий період, грошові зобов'язання.*

В статье исследована проблематика, связанная с предоставлением сельскохозяйственными предприятиями уточняющих расчетов к налоговой отчетности, на основании которых происходит уплата заниженного налогового обязательства. Автором проведен законодательный и научный анализ понятий «налоговая отчетность» и «налоговый период».

Ключевые слова: *сельскохозяйственное предприятие, налоговая отчетность, уточняющий расчет, налоговый период, денежные обязательства.*

The article deals with the problems related to the submission of clarifying calculations to the tax reporting by the agricultural enterprises, on the basis of these calculations the payment of the underpaid tax liability is payable. The author conducted a legislative and scientific analysis of such concepts as "tax reporting" and "tax period".

Key words: *agricultural enterprise, tax reporting, clarifying calculation, tax period, monetary obligations.*

Вступ. Ефективність здійснення управління сільськогосподарським підприємством передусім залежить від достовірності, повноти й обґрунтованості інформації про фінансово-господарську діяльність такого підприємства, яка відображається в податковій звітності.

Держава використовує звітність для контролю за правильністю та своєчасністю розрахунків за податками, зборами, обов'язковими платежами. Показники звітності використовуються для моніторингу господарсько-фінансової діяльності підприємств. На підприємствах звітність використовують для контролю за виконанням планів, аналізу господарської діяльності, формування стратегічних планів. Від якості складання звітності залежить якість прийняття рішень тактичного і стратегічного плану, ефективність функціонування підприємства й держави загалом [1, с. 192].

Звітність за податками розкриває її користувачам інформацію про наявність зобов'язань за кожним податком за звітний (податковий) період, на підставі якого здійснюється сплата або регулювання заборгованості платника податків за цим податком.

Зміни в податковому законодавстві відбуваються дуже часто, тому кожен платник податку, який не хоче бути оштрафований і мати проблеми з податковою, повинен пильно слідкувати за всіма нововведеннями та різноманітними нюансами [2, с. 8].

Питання складання й подання податкової звітності є дуже важливим та актуальним для сільськогосподарських підприємств, адже від своєчасного подання такої звітності залежать терміни сплати задекларованих сум податкових зобов'язань до бюджету й недопущення застосування фінансових санкцій за несвоєчасне подання податкової звітності чи несвоєчасну сплату узгоджених сум податків.

Дослідження питань щодо складання податкової звітності висвітлено в працях учених, серед яких варто особливо виділити дослідження В.В. Буряковського, В.Д. Волканова, В.П. Завгороднього, М.В. Кужельного, Я.Д. Крупки, Ю.А. Кузьмінського, В.О. Ластовецького, В.Г. Линника, Ю.Я. Литвина, О.І. Малишкіна, Є.В. Мниха, М.С. Пушкаря, В.М. Сердюка та інших. Проте в науці податкового права України недостатньо врегульовано питання щодо сплати сільськогосподарськими підприємствами узгоджених сум грошових зобов'язань на підставі поданих уточнюючих розрахунків до податкової звітності.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження проблематики, пов'язаної з поданням сільськогосподарськими підприємствами уточнюючих розрахунків до податкової звітності, на підставі яких відбувається додекларування заниженого податкового зобов'язання.

Результати дослідження. Починаючи виклад матеріалу з досліджуваного питання, варто зазначити, що результати здійснення сільськогосподарської діяльності, її облік і розрахунки з бюджетом відображаються сільськогосподарськими підприємствами в податковій звітності, яка повинна подаватися до контролюючих органів у встановлені законодавством строки.

Традиційним є підхід, що звітність підприємства є заключним кроком облікового процесу, яка узагальнює й систематизує інформацію про діяльність підприємства та необхідна всім зацікавленим особам для прийняття ефективних економічних рішень [3, с. 11; 4, с. 9; 5, с. 10].

Проведений аналіз поняття «податкова звітність» свідчить про те, що єдиного підходу до тлумачення цього поняття в науковій літературі немає.

Так, професор М.П. Кучерявенко зазначає, що податкова звітність – це сукупність дій платника податків (або особи, що його представляє) та податкового органу зі складання, ведення й здачі документів установленої форми, що містять відомості про результати діяльності платника податку, його майнове становище та фіксують процес обчислення податку, а також суму, що підлягає сплаті до бюджету [6, с. 86].

За визначенням Т.В. Микитенко, податкова звітність визначається як упорядкована система зведених взаємопов'язаних обліково-податкових показників, складених за спеціально затвердженою формою, яка характеризує результати й умови діяльності платникам податку за певний звітний період (місяць, квартал, рік) [7, с. 61].

Податкова звітність, на думку В.П. Пантелєєва, – це документація (податкові декларації, розрахунки, звіти тощо), яка містить інформацію про розрахунок податкових зобов'язань, на підставі яких здійснюється нарахування та/або сплата податку, збору (обов'язкового платежу), що підлягає сплаті до бюджету й державних цільових фондів у встановлені законом терміни, яка подається платником податку, податковим агентом у податкові органи. Вона подається суб'єктом господарювання в податкові органи в порядку, встановленому в податковому законодавстві [8, с. 175].

«Податкова звітність», за твердженням О.В. Леги, – це документ платника податків, який включає розрахунки, податкові декларації по кожному виду податку та іншого обов'язкового платежу, додатки до розрахунків і податкових декларацій, які складаються за затвердженими відповідними формами [9, с. 301].

Окрему позицію займає А.А. Сапелкіна, яка поняття «податкова звітність» розглядає у вузькому та широкому значеннях. Так, вона вважає, що в першому випадку під

податковою звітністю доцільно розуміти безпосередньо податкові декларації як сукупність даних про основні елементи податкового зобов'язання платників податків (об'єкт оподаткування, податкову базу, податковий період, податкову ставку, податкові пільги), які складаються та надаються за встановленою формою й у визначеному законом порядку. З широкого погляду авторка податкову звітність визначає як єдину систему даних про елементи податкових зобов'язань, а також відомості, які підтверджують значення показників окремих елементів податкових зобов'язань платників, що складається на основі даних бухгалтерського та податкового обліку за встановленими формами і яка подається в установленому порядку до податкових органів [10, с. 14–15].

Чинний Податковий кодекс України (далі – ПК України) не містить визначення поняття «податкова звітність», натомість подається визначення понять «податкова декларація», «розрахунок», «звіт», якими визнається документ, що подається платником податків (у тому числі відокремленим підрозділом у випадках, визначених цим Кодексом) контролюючому органу в строки, встановлені законом, на підставі якого здійснюється нарахування та/або сплата податкового зобов'язання або відображаються обсяги операції (операцій), доходів (прибутків), щодо яких податковим і митним законодавством передбачено звільнення платника податку від обов'язку нарахування і сплати податку і збору, чи документ, що свідчить про суми доходу, нарахованого (виплаченого) на користь платників податків – фізичних осіб, суми утриманого та/або сплаченого податку (стаття 46 ПК України) [11].

Отже, з аналізу вищезазначених законодавчих і наукових визначень можна зробити висновок, що податкова звітність сільськогосподарських підприємств являє собою сукупність дій такого підприємства та контролюючого органу зі складання, ведення й подачі податкових декларацій, розрахунків, звітів установленої форми, що містять відомості про результати діяльності щодо виробництва сільськогосподарської продукції, його майнового становища, фіксують процес обчислення податку та суму, що підлягає сплаті до бюджету.

Як зазначено вище, одним із документів, що подається сільськогосподарськими підприємствами до контролюючого органу, є розрахунок, який складається також і в разі виявлення такими підприємствами помилки в податковій звітності, яка була подана раніше. Податкова звітність, яка натепер складається й подається сільськогосподарськими підприємствами, є досить складною як за кількістю показників і додатків, так і за їх змістом. Відповідно, за таких умов досить часто допускаються помилки під час їх складання, які можуть бути як арифметичними, так і методологічними, хоча для податкових наслідків різниці між цими поняттями немає.

Статтею 50 ПК України передбачено, що, якщо в майбутніх податкових періодах (з урахуванням строків давності, визначених статтею 102 цього Кодексу) платник податків самостійно (у тому числі за результатами електронної перевірки) виявляє помилки, що містяться в раніше поданій ним податковій декларації (крім обмежень, визначених цією статтею), він зобов'язаний надіслати уточнюючий розрахунок до такої податкової декларації за формою чинного на час подання уточнюючого розрахунку.

Платник податків має право не подавати такий розрахунок, якщо відповідні уточнені показники зазначаються ним у складі податкової декларації за будь-який наступний податковий період, протягом якого такі помилки були самостійно (у тому числі за результатами електронної перевірки) виявлені.

Платник податків, який самостійно (у тому числі за результатами електронної перевірки) виявляє факт заниження податкового зобов'язання минулих податкових періодів, зобов'язаний, за винятком випадків, установлених пунктом 50.2 цієї статті:

а) або надіслати уточнюючий розрахунок і сплатити суму недоплати і штраф у розмірі трьох відсотків від такої суми до подання такого уточнюючого розрахунку. Цей штраф не застосовується в разі подання уточнюючого розрахунку до податкової декларації з податку на прибуток підприємств за попередній податковий (звітний) рік з метою здійснення самостійного коригування відповідно до статті 39 цього Кодексу в строк не пізніше 1 травня року, наступного за звітним;

б) або відобразити суму недоплати в складі декларації з цього податку, що подається за податковий період, наступний за періодом, у якому виявлено факт заниження податкового зобов'язання, збільшену на суму штрафу у розмірі п'яти відсотків від такої суми, з відповідним збільшенням загальної суми грошового зобов'язання із цього податку.

Якщо після подачі декларації за звітний період платник податків подає нову декларацію з виправленими показниками до закінчення граничного строку подання декларації за такий самий звітний період або подає в наступних податкових періодах уточнюючу декларацію внаслідок виконання вимог пункту 169.4 статті 169 цього Кодексу, то штрафи, визначені в цьому пункті, не застосовуються.

Таким чином, з аналізу вказаної вище статті вбачається, що платник податків, у т. ч. й сільськогосподарське підприємство, у разі самостійного виявлення помилки, що міститься в раніше поданій ним податковій декларації, яка призвела до заниження податкового зобов'язання минулих податкових періодів, зобов'язаний надіслати уточнюючий розрахунок до такої податкової декларації і сплатити суму недоплати та штраф у розмірі трьох відсотків від такої суми до подання такого уточнюючого розрахунку.

Виходячи із цього, варто зазначити, що основним складником для подання такого уточнюючого розрахунку є факт самостійного виявлення сільськогосподарським підприємством заниження податкового зобов'язання, яке було задекларованe саме в минулих податкових періодах.

Податковим періодом визнається період часу, з урахуванням якого відбуваються обчислення та сплата окремих видів податків і зборів.

Податковий період може складатися з кількох звітних періодів.

Базовий податковий (звітний) період – період, за який платник податків зобов'язаний здійснювати розрахунки податків, подавати податкові декларації (звіти, розрахунки) і сплачувати до бюджету суми податків і зборів, крім випадків, коли контролюючий орган зобов'язаний самостійно визначити суму податкового зобов'язання платника податку.

Податковим періодом може бути календарний рік; календарне півріччя; календарні три квартали; календарний квартал; календарний місяць; календарний день (статті 33, 34 ПК України) [11].

Оскільки визначення поняття «минулий податковий період» податкове законодавство України не містить, тому вбачається за доцільне надання наукового визначення цього поняття.

Зокрема, минулим податковим періодом можна вважати попередні податкові періоди, що настали за звітнім періодом, за який платник податків здійснив розрахунки податків, подав податкові декларації (звіти, розрахунки) та сплатив до бюджету суми податків і зборів.

З урахуванням наведеного вище можна підсумувати, що в разі виявлення сільськогосподарським підприємством помилки в податковій звітності щодо заниження податкового зобов'язання минулих податкових періодів законодавством передбачено механізм її виправлення, а саме шляхом подання уточнюючого розрахунку, в якому зазначається незадекларована сума податкового зобов'язання і штраф у розмірі трьох відсотків від такої суми.

При цьому чинним податковим законодавством не передбачено, чи буде застосовуватися штраф до сільськогосподарського підприємства, якщо ним буде поданий уточнюючий розрахунок після подання відповідної декларації за звітній податковий період, але до закінчення терміну сплати задекларованої суми грошового зобов'язання.

Позиція контролюючих органів полягає в тому, що, якщо сільськогосподарське підприємство подасть уточнюючий розрахунок після граничного строку, встановленого для подання відповідної декларації за звітній податковий період і незалежно від того, чи закінчився термін сплати задекларованої суми грошового зобов'язання, таке підприємство зобов'язане сплатити, крім до задекларованої суми податку, також і штраф у розмірі трьох відсотків від зазначеної суми.

На думку автора, до сільськогосподарського підприємства, яким самостійно виявляється факт заниження податкового зобов'язання після подання податкової декларації за звітній податковий період, але до закінчення граничного терміну сплати задекларованої суми

податку, не повинен застосовуватися штраф у розмірі трьох відсотків від поданого уточнюючого розрахунку, оскільки ПК України передбачає застосування штрафних санкцій виключно за заниження податкового зобов'язання минулих податкових періодів, а так як виправлення допущеної помилки відбувається в поточному податковому періоді й при цьому незважаючи на те, що таке виправлення здійснюється після строку, встановленого для подання відповідної декларації, то зазначений період не вважається минулим, тому сплата сільськогосподарським підприємством суми недоплати за уточнюючим розрахунком повинна здійснюватися без застосування такого штрафу, адже виявлена недоплата погашається протягом строків, передбачених на сплату податків згідно з поданою податковою звітністю.

Крім того, у разі подання уточнюючого розрахунку після закінчення строку, встановленого для подання декларації за звітній період, яким додекларовується виявлена недоплата, і якщо сплата такої недоплати здійснюється до закінчення строку, передбаченого для сплати відповідного податку, штраф у розмірі трьох відсотків не застосовується, так як у такому випадку бюджету не завдаються матеріальні збитки.

Висновки. Підсумовуючи результати проведеного дослідження, варто наголосити, що для вдосконалення механізму сплати сільськогосподарськими підприємствами обов'язкових платежів до бюджету згідно з поданими уточнюючими розрахунками необхідно законодавчо закріпити визначення поняття «минулий податковий період» і внести зміни до податкового законодавства, якими передбачити, що, якщо платник податків самостійно виявляє помилки, що містяться в раніше поданій ним податковій декларації, і сплачує виявлені суми заниженого податкового зобов'язання до закінчення граничних строків, установлених для сплати такого податку, такий платник податків зобов'язаний надіслати уточнюючий розрахунок до такої податкової декларації без застосування штрафу в розмірі трьох відсотків від такої суми.

Список використаних джерел:

1. Букало Н.А. Складання та подання податкової звітності підприємств з податку на прибуток. Вісник ОНУ імені І.І. Мечникова. 2016. № 4 (46). С. 192–195.

2. Вахновська Н.А. Податковий кодекс в контексті реформування податкової системи України. Економічний форум України. 2011. № 1. С. 1–8.

3. Звітність підприємств: навч. посібник / Ю.А. Верига, І.Д. Ватуля, З.М. Левченко. Київ: ЦУЛ, 2008. 776 с.

4. Бутинець Ф.Ф., Остап'юка Н.А. Звітність підприємств: навч. посібник. Житомир: ЖДТУ, 2005. 612 с.

5. Давідов Г.М. Звітність підприємств: навч. посібник. Київ: Знання, 2010. 623 с.

6. Кучерявенко М.П. Податкове право: навч. посібник. Київ: Юрінком Інтер, 2003. 400 с.

7. Микитенко Т.В. Методологічні основи податкової звітності в Україні. Бухгалтерський облік і аудит. 2009. № 8–9. С. 61–69.

8. Пантелеєв В.П. Еволюція визначення «податкова звітність»/«звітність за податками». Всеукраїнський науково-виробничий журнал «Сталий розвиток економіки». 2011. № 2 (5). С. 171–176.

9. Лега О.В. Податкова звітність: еволюція визначення. Всеукраїнський науково-виробничий журнал «Інноваційна економіка». 2013. № 3 (41). С. 300–303.

10. Сапелкина А.А. Налоговая отчетность как инструмент налогового контроля: дисс. ... канд. экон. наук: спец. 08.00.10. Москва, 2004. 204 с.

11. Податковий кодекс України станом на 01.01.2018. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2755-17.

КУШНІР І. М.,
кандидат юридичних наук,
голова правління – президент
(ПрАТ «ХК «Київміськбуд»)

УДК 336.22.078

ПРАВОВИЙ СТАТУС ЗАБУДОВНИКА ЯК СУБ'ЄКТА ПОДАТКОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

У статті через призму теорії права досліджуються підходи, відпрацьовані податковим правом стосовно визначення правового статусу забудовника як суб'єкта податкового права та суб'єкта податкових правовідносин. Статус забудовника деталізується через вид економічної діяльності, через правовий статус юридичної особи та суб'єкта господарювання, безпосередньо через податкове законодавство.

Ключові слова: *будівельна діяльність, забудовник, платник податків, суб'єкт податкового правовідношення.*

В статье через призму теории права исследуются подходы, отработанные налоговым правом по определению правового статуса застройщика как субъекта налогового права и субъекта налоговых правоотношений. Статус застройщика детализируется через вид экономической деятельности, через правовой статус юридического лица и предприятия, непосредственно через налоговое законодательство.

Ключевые слова: *строительная деятельность, застройщик, налогоплательщик, субъект налогового правоотношения.*

In the article, through the prism of the theory of law, the approaches studied by the tax law regarding the definition of the legal status of the developer as a subject of tax law and the subject of tax relations are studied. Status of the developer is detailed through the type of economic activity, through the legal status of the legal entity and the subject of economic activity, and directly through the tax legislation.

Key words: *construction activity, developer, taxpayer, subject of tax relations.*

Вступ. Сталий розвиток економіки пов'язується з низкою обставин об'єктивного та суб'єктивного характеру, серед яких окреме місце посідає стан формування публічних доходів. Їх призначенням є забезпечення видаткової політики держави, спрямованої на виконання різноманітних функцій органів публічної влади, вони є складником публічної фінансової діяльності. При цьому формування публічних доходів пов'язується з податковою політикою, що проводиться в державі, і своєчасним і повним виконанням податкових обов'язків платниками податків. Останні можуть наділятися різними правовими статусами, мати різні форми власності й організаційно-правові форми або бути загалом фізичною особою, займатися різними видами діяльності тощо. Тим не менше всі вони підпадають під регулювальну дію податкового законодавства й фінансового регулювання та контроль з боку уповноважених органів влади.

Так, відповідно до даних, наданих Мінфіном України, за 10 місяців 2017 року Офісом великих платників податків ДФС забезпечено збір платежів до державного бюджету в розмірі 211 млрд грн, що на 20% більше відповідного періоду минулого року. При цьому най-

більші надходження в розрізі основних податків припадають на податок на додану вартість – 93,7 млрд грн (на 21%, або на 6,1 млрд грн більше, ніж у січні-жовтні 2016 року); надходження з податку на прибуток підприємств становили 37,9 млрд грн (на 33%, або на 9,5 млрд грн більше). Загалом частка податкових платежів від великого бізнесу, що обслуговується офісом, з початку року становила 57,4% від загального збору державного бюджету податкових платежів по Україні [1]. При цьому одне з визначальних місць серед таких великих платників посідають саме забудовники. Особливо характерною така ситуація є для великих міст, де будівництво житлової та нежитлової нерухомості користується підвищеним попитом. Прикладом може бути ПрАТ «ХК «Київміськбуд» – компанія, що налічує понад 60 років роботи на столичному ринку забудови. Стратегічний акціонер ПрАТ «ХК «Київміськбуд» – Київська міська громада, якій належить 80% акцій Товариства [2]. Холдингова компанія «Київміськбуд» об'єднує у своєму складі підприємства та організації, які здатні забезпечити реалізацію всього циклу будівельного проекту – від розроблення проектно-кошторисної документації до зведення споруди й організації її подальшої експлуатації. І така ситуація з провідним місцем забудовників у формуванні доходної частини бюджетів різних рівнів (залежно від видів податкових платежів) є характерною для більшості регіонів України, особливо з урахуванням того, що, згідно зі статистичними даними, індекси будівельної продукції останніми роками постійно зростають. Зокрема, порівняно з 2016 роком у 2017 році індекси будівельної продукції зросли в будівництві загалом на 120,9% (відповідно, на будівлі житлові – 111,7%; нежитлові – 120,2%; на інженерні споруди – 126,3%) [3].

При цьому, виступаючи предметом багатьох економічних досліджень чи досліджень у сфері цивільного чи господарського права, у сфері фінансового права, будівництво не знайшло належного розкриття. Поодинокі спеціальні дослідження із цього напряму виконувалися порівняно давно (О.В. Сударенко, 2006 рік, І.М. Кушнір, 2013 рік) і присвячені загальним питанням фінансування у сфері будівництва. Певна проблематика стосовно фінансування капітальних вкладень частково порушувалася в роботах Л.К. Воронової, А.А. Нечай, С.С. Ніщимної та деяких інших. Натомість у сфері податкового права будь-які аспекти будівельної діяльності як об'єкта оподаткування, забудовників як суб'єктів оподаткування, особливостей справляння тих чи інших податків при житловому й нежитловому будівництві, у процесі застосування різних фінансово-кредитних моделей тощо у фаховій юридичній літературі не розглядалися. При тому що роль будівельної галузі, як продемонстровано вище на статистичних показниках, є надзвичайно важливою для розвитку національної економіки та здійснення податкової політики. Зазначене й зумовлює актуальність обраної для дослідження тематики.

Постановка завдання. Мета статті – дослідити правовий статус забудовника як суб'єкта податкових правовідносин.

Результати дослідження. Суб'єкт права й суб'єкт правовідносин є категоріями, які належать до глибоко досліджених у юридичній літературі. Така ситуація є характерною як для теорії права загалом, так і для кожної окремої галузі, у тому числі й фінансового права (та податкового права як його підгалузі чи правового інституту). Однак постійні зміни, що відбуваються в суспільному розвитку, дають можливість авторам вкотре повертатися до цього питання, адже відкриваються нові можливості щодо розкриття змісту суб'єктного складу правовідносин, підходів щодо правосуб'єктності тощо. Наприклад, технологічний розвиток поставив на порядку денному перед юридичною наукою виклик щодо визначення місця штучного інтелекту.

Підхід, який на цей момент склався загалом у теорії права, дає змогу під суб'єктом права розуміти, по-перше, носія потенційних або реальних юридичних прав та обов'язків (суб'єкт позитивного права); по-друге, носія гарантованих нормами позитивного права можливостей певної поведінки (суб'єкт юридичних прав). При цьому суб'єкт права повинен володіти двома властивостями: 1) можливістю бути носієм юридичних прав та обов'язків (правоздатність), що передбачає, так би мовити, персоніфікованість, зовнішню окремішність суб'єкта права; 2) можливістю набувати і здійснювати якості такого суб'єкта відповідно

до вимог юридичних норм (дієздатність), що є передумовою участі в правовідносинах. Саме такі характеристики закладені нині у Великій українській юридичній енциклопедії (2017 рік) [4, с. 753–756]. При цьому цілком зрозумілим є нетотожність між поняттями «суб'єкт права» й «суб'єкт правовідносин». Перший не може автоматично бути другим, вони співвідносяться як потенційний і фактичний учасник конкретних правовідносин.

Зокрема, суб'єкт податкового права – це потенційний суб'єкт податкового правовідношення. Натомість суб'єкт податкового правовідношення – це особа, яка фактично реалізувала свою податкову правоздатність, носій конкретних суб'єктивних прав та обов'язків у сфері оподаткування [5, с. 40]. Серед ознак суб'єкта податкового права називають соціальну, юридичну тощо.

Якщо розглядати правовий статус забудовника через призму оподаткування, то варто відштовхуватися від розуміння, що його статус буде випливати як мінімум зі статусу юридичної особи, оскільки зміст будівельної діяльності фактично унеможливлює зайняття нею в повному обсязі фізичними особами, навіть якщо останні мають статус суб'єкта підприємницької діяльності. Це пов'язано як із дозвільними умовами здійснення будівельної діяльності, що висуваються державою, так і оборотом коштів.

Відповідно, до забудовника як до юридичної особи варто підходити комплексно на підставі як загальнотеоретичного, так і галузевого підходу. За загальним підходом, до юридичних осіб (колективних суб'єктів) учасників правовідносин належать підприємства та організації. Теорія права визначає, що юридичні особи: «а) мають відокремлене майно; б) відповідають цим майном за своїми зобов'язаннями; 3) можуть від свого імені набувати і здійснювати майнові та особисті немайнові права; г) мають самостійний баланс чи кошторис; д) можуть нести обов'язки, бути позивачем і відповідачем у суді» [6, с. 440]. Це є загальний підхід, який набув свого розвитку в галузевих дослідженнях і відповідних галузевих актах законодавства.

Зокрема, відповідно до підрозділу 2 розділу II Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), юридичними особами можуть бути підприємницькі товариства, що мають на меті одержання прибутку, та непідприємницькі, які є неприбутковими й не розподіляють прибуток між їх учасниками (ст. 83–85) [7]. Юридичні особи (колективні суб'єкти) – підприємницькі товариства можуть створюватися у формі господарських товариств або виробничих кооперативів. ЦК України виділяє три ознаки юридичної особи: 1) створення та реєстрація в установленому порядку; 2) можливість мати цивільну правоздатність; 3) право бути позивачем і відповідачем у суді. Хоча норми ЦК України дають можливість говорити й про такі ознаки юридичної особи, як майнова відокремленість, самостійна майнова відповідальність, індивідуалізація юридичної особи тощо.

Значне коло учасників фінансових відносин – колективних суб'єктів – становлять підприємства, установи й організації всіх форм власності. Юридичні особи – господарюючі суб'єкти – посідають значне місце під час здійснення публічної фінансової діяльності, оскільки саме за їхній рахунок відбувається мобілізація фінансових ресурсів. Відтак якщо говорити про забудовника, то іншою його ознакою поряд з ознакою юридичної особи є наділення статусом суб'єкта господарювання. Адже будівельна діяльність є господарською діяльністю за своєю сутністю. Відповідно до ч. 1 ст. 55 Господарського кодексу України, суб'єктами господарювання є учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно й несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством. Згідно з ч. 2 цієї самої статті, до суб'єктів господарювання належать господарські організації – юридичні особи, створені відповідно до ЦК України, державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до цього Кодексу, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність і зареєстровані в установленому законом порядку [8]. Це є вихідні положення, на яких формує свій правовий статус суб'єкт господарювання, яким у контексті дослідження є забудовник.

Якщо проаналізувати правовий статус забудовників в Україні в регіональному розрізі, можна дійти висновку, що вони можуть утворюватися фактично в будь-яких формах, визначених наведеною вище правовою нормою. Адже забудовники можуть бути як державної чи комунальної, так і приватної форми власності. Вони можуть змінювати таку форму, прикладом чого є згадувана вже вище ХК «Київміськбуд» і низка інших будівельних компаній. Крім того, залежно від цілей, що ставлять перед собою засновники, будівельні компаній можуть обирати різні організаційно-правові форми в рамках чинного законодавства з урахуванням вимог, визначених спеціальним законодавством у сфері будівельної діяльності, інвестування тощо.

Прикладом обмеження в частині вкладення інвестицій, закладеного спеціальним законодавством, може бути правова норма, вміщена в частині 3 статті 4 Закону України «Про інвестиційну діяльність» від 18 вересня 1991 року (зі змінами), якою передбачено, що «інвестування та фінансування будівництва об'єктів житлового будівництва з використанням недержавних коштів, залучених від фізичних та юридичних осіб, в тому числі в управління, може здійснюватися виключно через фонди фінансування будівництва, фонди операцій з нерухомістю, інститути спільного інвестування, а також шляхом емісії цільових облігацій підприємств, виконання зобов'язань за якими здійснюється шляхом передачі об'єкта (частини об'єкта) житлового будівництва. Інші способи фінансування будівництва таких об'єктів визначаються виключно законами» [9]. Як видно з наведеного, законодавство містить чіткий перелік вимог щодо того, які безпосередньо види юридичних осіб допускаються до житлової забудови як інвестори. Однак зазначені обмеження не стосуються безпосередньо забудовника, який буде здійснювати таку житлову забудову, отримуючи кошти від інвесторів через відповідні механізми.

Зазвичай для забудовника основним видом економічної діяльності, визначеним у його реєстраційних документах, буде код «41.10. Організація будівництва будівель». Якщо говорити про об'єднання юридичних осіб, про холдингові компанії, про концерни тощо, зазвичай вони поєднують у своїй діяльності (шляхом спеціалізації окремих юридичних осіб – учасників холдингової компанії, об'єднання тощо) різноманітні види економічної діяльності, які, тим не менше, будуть пов'язані зі здійсненням будівництва або обслуговуванням будівництва. Прикладом такої спеціалізації можуть бути такі види робіт, якими займаються юридичні особи в рамках функціонування компанії – забудовника (на прикладі ПрАТ «Київміськбуд»):

- загальнобудівельні роботи, послуги генпідряду, послуги субпідряду;
- панельне та монолітно-каркасне домобудівництво, виробництво товарного бетону й залізобетонних виробів;
- будівництво магістральних і місцевих трубопроводів, ліній зв'язку та енергопостачання, інших підземних споруд і комунікацій;
- монтаж електромереж та інші електротехнічні роботи;
- монтаж водопровідно-каналізаційних мереж, мереж тепло- й водопостачання, сантехнічні роботи;
- послуги щодо надання в оренду будівельної техніки та механізмів: баштові крани, підйомні платформи тощо; автокрани, автовишки тощо;
- послуги щодо автоперевезення, надання в оренду легкового та вантажного автотранспорту, послуги з авторемонту й автосервісу;
- послуги з виконання землерийних робіт: риття котлованів, траншей, екскаваторні та фундаментні роботи;
- проектно-конструкторські й вишукувальні роботи, знімальні геодезичні та гідрографічні роботи;
- виробництво й постачання бетонних, асфальтобетонних і бітумних сумішей, будівництво доріг, улаштування поверхні спортивних споруд;
- виробництво залізобетонних виробів і конструкцій;
- виробництво дерев'яних будівельних конструкцій і столярних виробів, виробництво будівельних металевих конструкцій;

- виробництво будівельних металевих конструкцій, виробів з дроту, постачання металевих виробів і заготовок;

- надання житлово-комунальних послуг, експлуатація житлових будинків і нежитлових приміщень і паркінгів;

- переробка та утилізація залізобетону і іншого будівельного сміття, виробництво сумішей для відсипки автодоріг та автоплощадок;

- розроблення гравійних і піщаних кар'єрів, забезпечення піском, щебенем та іншими будівельними матеріалами;

- виконання оздоблювальних і лицювальних робіт;

- оптова торгівля та комплектація будівельними матеріалами, посередництво в торгівлі деревиною й будівельними матеріалами;

- виробництво паркету, малярських сумішей та інших оздоблювальних матеріалів для будівництва тощо.

Незважаючи на різну спеціалізацію в рамках забезпечення будівельної діяльності, усі юридичні особи окремо, рівно як і забудовник безпосередньо (що також є юридичною особою), є суб'єктами оподаткування, а відтак суб'єктами податкових правовідносин, володіючи відповідними характеристиками, зокрема податковою правосуб'єктністю. При цьому варто розуміти, що податкова правосуб'єктність має визначатися через більш широке поняття, яким є фінансова правосуб'єктність. Як і в інших галузях права, у фінансовому праві фінансова правосуб'єктність розглядається як складна категорія, в її основі лежить єдність фінансової правоздатності й дієздатності. Відповідно, фінансова правосуб'єктність не може реалізовуватися за наявності лише однієї із цих характеристик. У теорії фінансового права фінансова правоздатність розглядається як «обумовлена фінансово-правовими нормами можливість суб'єктів права мати суб'єктивні права і нести юридичні обов'язки у сфері публічної фінансової діяльності», а фінансова дієздатність розуміється як «обумовлена правовими нормами здатність суб'єктів фінансового права своїми діями набувати і здійснювати суб'єктивні права та нести юридичні обов'язки у тій же сфері публічної фінансової діяльності» (див, наприклад, Д.О. Гетманцев [10, с. 230–231]. Як і в інших галузях, у фінансовому праві правосуб'єктність може виступати як загальна, галузева чи спеціальна. В останньому випадку мова йде про правосуб'єктність юридичної особи. Відповідно, забудовник як учасник фінансових правовідносин (а податкові такими є) буде наділений спеціальною правосуб'єктністю.

Отже, суб'єкт податкового правовідношення – це правосуб'єктна особа, у якої в межах податкового правовідношення виникають суб'єктивні юридичні права й обов'язки. Як і в цивільному праві, в праві податковому низка авторів пропонує виокремлювати приватну та публічну податкову правосуб'єктність. При цьому під приватною податковою правосуб'єктністю розуміють «передбачену законодавством про податки та збори здатність індивідуальних та колективних суб'єктів, виходячи з власного (приватного) інтересу та підпорядковуючись у встановлених законом випадках публічному інтересу, виступати в якості функціонально підпорядкованої сторони у податкових правовідносинах, а саме в якості платників податків, податкових агентів та інших учасників податкових правовідносин, що не володіють владними повноваженнями» [4, с. 38]. При цьому податкова правосуб'єктність розглядається як легальна передумова для участі в податкових відносинах.

Податкова правосуб'єктність включає в себе податкову правоздатність і податкову дієздатність. Для юридичних осіб обидві ці якості, як правило, виникають одночасно – з моменту державної реєстрації. Для забудовника цей висновок є одностайним.

Як суб'єктів податкових правовідносин зазвичай розглядають державу, територіальні громади, фіскальні органи, фінансові інституції. Але ключовим суб'єктом податкових відносин, звичайно, є платник податків. У такому разі у фаховій літературі говорять про застосування широкого та вузького підходів до розуміння суб'єктного складу податкових правовідносин. О.П. Орлюк під суб'єктами податкових правовідносин розуміє будь-яку особу, поведінку якої регулюють норми податкового права і яка може стати учасником

податкових правовідносин, носієм суб'єктивних прав та обов'язків, що наділені податковою правосуб'єктністю [11, с. 395]. У свою чергу, М.О. Перепелиця під платником податків розуміє суб'єкта податкового правовідношення, який має, отримує (передає) об'єкти оподаткування чи здійснює діяльність, яка є об'єктом оподаткування, і реалізує (має) податкові обов'язки і права, встановлені законодавством [12, с. 28].

Згідно зі статтею 15 Податкового кодексу України (далі – ПК України), платниками податків визнаються фізичні особи (резиденти й нерезиденти України), юридичні особи (резиденти й нерезиденти України) та їхні відокремлені підрозділи, які мають, одержують (передають) об'єкти оподаткування або провадять діяльність (операції), що є об'єктом оподаткування згідно із цим Кодексом або податковими законами та на яких покладено обов'язок зі сплати податків і зборів згідно із цим Кодексом [13]. У цьому разі можна погодитися, що ПК України фактично містить ознаки платників податків, яким особа має одночасно відповідати. Мова йде в цьому разі про таке:

- суб'єктивну ознаку – фізичні особи, юридичні особи та їхні відокремлені підрозділи (при цьому у фаховій літературі для окремих податків визначають також підрозділ юридичної особи, постійне представництво нерезидента, декілька осіб, що проводять спільну діяльність без створення юридичної особи);

- об'єктну ознаку – зазначені особи мають, одержують (передають) об'єкти оподаткування або провадять діяльність (операції), що є об'єктом оподаткування згідно з ПК України або податковими законами;

- змістову ознаку – на цих осіб має бути покладено обов'язок зі сплати податків і зборів згідно з ПК України (див., наприклад, Адміністрування податкових платежів [14, с. 96–98]).

Згідно з нормами чинного законодавства, платники податку зобов'язані самостійно декларувати свої податкові зобов'язання та визначати сутність і відповідність здійснюваних ними операцій тим, які перераховані ПК України.

Висновки. Аналіз теоретичних джерел і чинного законодавства дає змогу стверджувати, що забудовник має відповідати низці ознак. По-перше, забудовник є юридичною особою або об'єднанням юридичних осіб, тобто виступає як колективний суб'єкт правовідносин. Як юридична особа забудовник може мати відокремлені підрозділи. По-друге, забудовник є суб'єктом господарювання. По-третє, як юридична особа, що здійснює господарську діяльність, забудовник (сам і його відокремлені підрозділи за наявності) підпадає під оподаткування згідно з чинним ПК України, оскільки: а) має, одержує (передає) об'єкти оподаткування; б) провадить діяльність, що є об'єктом оподаткування. По-четверте, забудовник як суб'єкт податкових правовідносин наділяється податковою правосуб'єктністю, що має розглядатися як складник фінансової правосуб'єктності. У рамках податкової правосуб'єктності забудовник виконує обов'язки зі сплати податків і зборів згідно з ПК України (а саме обов'язок з ведення податкового обліку та обчислення податків і зборів, обов'язок зі сплати податків і зборів, обов'язок з подання податкової звітності) та наділений відповідними правам.

Список використаних джерел:

1. Великі платники податків з початку року поповнили держказну на 211 млрд грн. URL: https://minfin.com.ua/ua/2017/11/20/31040598/.

2. Приватне акціонерне товариство ХК «Київміськбуд» ПрАТ. URL: https://kmb.ua/ua/about/corporate-information/corporate-structure/.

3. Індекси будівельної продукції у 2017 році. URL: http://www.ukrstat.gov.ua/.

4. Суб'єкт права. Велика українська юридична енциклопедія: у 20 т. Харків: Право, 2017. Т. 3: Загальна теорія права. 951 с.

5. Бабін І.І. Податкове право: навч. посіб. 2-ге вид., виправл. та допов. Чернівці: Чернівецький нац. ун-т, 2013. 496 с.

6. Теорія держави і права. Академічний курс / за ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. 2-ге вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2008. 688 с.

7. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40–44. Ст. 356 (зі змінами). База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80.

8. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 436-IV (зі змінами). База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/436-15.

9. Про інвестиційну діяльність: Закон України від 18.09.1991 № 1560-XII (зі змінами). База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1560-12.

10. Гетманцев Д.О. Фінансово-правове зобов'язання як окрема категорія фінансового права: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2011. 366 с.

11. Орлюк О.П. Фінансове право України. Академічний курс. Київ: Юрінком Інтер, 2010. 808 с.

12. Перепелиця М.А. Правовое регулирование статуса плательщика налогов и сборов в Украине: монография / под ред. Н.П. Кучерявенко. Харьков: Легас, 2003. 116 с.

13. Податковий кодекс України: Закон від 02.12.2010 № 2755-VI (зі змінами). База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2755-17.

14. Адміністрування податкових платежів: проблеми теорії та практики: наук.-практ. посіб. / Д.О. Гетманцев, Ю.А. Коваль, М.В. Нечай. Київ: Юрінком Інтер, 2017. 776 с.

СЕЙДХАЛІЛОВА С. Д.,
студентка магістратури
(Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ)

КАРПЕНКО Р. В.,
викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
(Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ)

УДК 336.76

СИСТЕМА УПРАВЛІННЯ ТА КОНТРОЛЬ РИЗИКІВ БАНКУ: ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ

У статті розглядається доцільність управління банківським ризиком із метою його попередження, наводяться відповідні приклади інструментів та моделей за кращими зразками міжнародної практики. Запропоновано використання не лише кількісних, а й якісних моделей управління в розрізі категорій (груп) банківських ризиків. Сформовано заходи для імплементації міжнародного досвіду управління банківським ризиком до вітчизняної практики.

Ключові слова: *банківський ризик, кредитний ризик, стрес-тестування, групи ризиків, моделі управління ризиками.*

В статье рассматривается целесообразность управления банковским риском с целью его предотвращения, приводятся соответствующие примеры инструментов и моделей по лучшим образцам международной практики. Предложено использование не только количественных, но и качественных моделей управления в разрезе категорий (групп) банковских рисков. Сформированы меры по имплементации международного опыта управления банковским риском в отечественную практику.

Ключевые слова: *банковский риск, кредитный риск, стресс-тестирование, группы рисков, модели управления рисками.*

In the article the expediency of bank risk management for its bias are relevant examples of tools and models for the best examples of international practice. The use of not only quantitative but also qualitative management models in terms of categories (groups) of banking risks. Formed measures for the implementation of international management experience in domestic banks' risk practices

Key words: *bank risk, credit risk, stress testing, risk, model risk management.*

Вступ. Важливість створення та функціонування дієвої системи управління ризиками у світлі сучасних кризових явищ у фінансовій сфері та ускладнення банківських продуктів не потребує особливого обґрунтування. Адже відсутність ефективної системи управління ризиками може спричинити для банку виникнення значних проблем. У якості основної стратегічної мети лише 24,4% банків України визначають підвищення якості управління ризиками.

У сучасних кризових умовах подальше ігнорування менеджментом банків даного завдання неможливе, тому доцільним є розгляд систем управління та контролю ризиками банків, виявлення факторів, що впливають на їх ефективність із метою нівелювання існуючих загроз та посилення конкурентних переваг. Детальному вивченню проблем управління ризиками банку присвячено праці вітчизняних та зарубіжних вчених, а саме: Т. Васильєвої, А. Гайдаржийської [1], Г. Дімітріаді [2], А. Єпіфанова, Л. Матлаги, Н. Швець тощо. Дослідження наукових праць цих та інших вчених дозволяє акцентувати увагу на неоднозначності деяких аспектів щодо питань управління банківськими ризиками, одним із яких є відсутність єдиного концептуального підходу до формування системи управління ризиками банку.

Постановка завдання. Основною метою даної статті є розробка системи управління ризиками банку та визначення її доцільності.

Результати дослідження. Сутність поняття «управління ризиками банку» поєднує у собі такі категорії, як «управління» та «ризик банку» (або «банківський ризик»). Детальне дослідження наукових напрацювань щодо визначення сутності банківського ризику вказує на те, що більшість учених акцентують увагу на його фінансовому характері, розуміючи під ним: імовірність недоотримання доходів; загрозу втрат; імовірність отримання як збитків, так і прибутку; невизначеність результату діяльності банку. З огляду на таку багатоаспектність сутності категорії «банківський ризик», виділяється й декілька підходів до інтерпретації поняття «управління банківськими ризиками», що трактують його як економічне явище, як систему управління, як галузь наукових знань, як управлінський процес, як орган управління, як мистецтво управління. Враховуючи необхідність формулювання та вирішення принципово нових і пріоритетних для українських банків задач, пов'язаних зі змістовним збільшенням рівня ризиків у їх роботі, доцільним є використання системного підходу в управлінні ризиками. Він поєднує всі важливі основи зазначеної проблеми за рахунок гарантування здійснення його стратегічних завдань щодо розвитку суб'єкта діяльності. Управління банківськими ризиками здійснюється за двома основними напрямками [1]: 1) реалізація превентивних заходів управління ризиком, спрямованих на попереднє виявлення ризику, та організація заходів, спрямованих на усунення причин ризику; 2) реалізація заходів, спрямованих на усунення наслідків реалізованих ризиків. З позиції системного підходу, управління банківськими ризиками представляє собою дію суб'єкта (банку) на об'єкт – процеси у системі. Об'єкт є «чорною скринькою», що на «вході» отримує внутрішньобанківську інформацію. «Чорна скринька» – процеси у системі, які мають безпосередній зв'язок із підсистемами стратегічного управління банком. На «виході» з «чорної скриньки» отримується результат управління ризиками, метою якого є оптимізація втрат та забезпечення ефективної діяльності банку. Крім того, між «входом» та «виходом» існує зворотній зв'язок, який дозволяє апарату управління оцінювати якість усіх компонентів об'єкта. Відповідно до поставленої мети можна виокремити основні завдання управління ризиками: проведення кількісної та якісної оцінки ризиків банку на основі визначених показників; розробка методик оцінки та аналізу ризиків; ідентифікація і моніторинг порушення лімітів; аналіз можливих сценаріїв; загальний опис ризикових позицій банку; надання рекомендацій іншим підрозділам банку щодо тактики роботи з виявленими ризиками [1; 4]. Необхідно зазначити, що, згідно з нормативними документами Національного банку України, управління ризиками – це процес, за допомогою якого банк виявляє (ідентифікує) ризики, проводить оцінку їх величини, здійснює їх моніторинг і контролює свої ризикові позиції, а також враховує взаємозв'язки між різними категоріями (видами) ризиків [5]. Не останню роль відіграє існуюча система внутрішнього контролю банку, яка тісно взаємопов'язана із системою управління ризиками. Враховуючи це, було вирішено проаналізувати ефективність системи внутрішнього контролю банку. В якості статистичного інструменту обрано таксономічний аналіз, який дозволяє зменшити існуючу інформаційну базу щодо функціонування системи внутрішнього контролю в єдину кількісну характеристику, тобто побудувати узагальнюючий інтегральний показник ефективності системи внутрішнього контролю існуючих ризиків банку. Сутність таксономічного показника рівня розвитку полягає в його здатності оцінити середній рівень

значення ознак, що характеризують досліджуване явище, у певний період часу. Детальний опис поетапності побудови таксономічного показника розвитку представлений у праці В. Плюти. Як відомо, значення коефіцієнта таксономії інтерпретується таким чином: чим ближчим є значення коефіцієнту таксономії до 1, тим вище рівень розвитку досліджуваного процесу. Показниками-стимуляторами є ті показники, зростання значень яких відповідає покращенню рівня розвитку об'єкта, дестимуляторами – показники, що негативно впливають на рівень розвитку об'єкта. Згідно із проведеним розподіленням ознак на стимулятори та дестимулятори, було отримано вектор-еталон, яким буде штучний досліджуваний період із ідеальним параметрами. Всі показники, окрім плинності кадрів, втрат робочого часу та коефіцієнту фінансового важеля, є показниками-стимуляторами, тому їх максимальне значення буде точкою еталону.

Управління банківським ризиком – це сукупність інструментарію, що забезпечує механізм упередження збитковості банківської установи в умовах мінливого внутрішнього та зовнішнього середовища. М. Власенко зазначає, що сьогодні слід очікувати подальше скорочення мережі неефективних відділень, діджиталізацію та перехід на онлайн-обслуговування. Банкам у плані сервісу та швидкості прийняття рішень потрібно буде конкурувати не тільки між собою, а й із фінансовими компаніями як у плані мікрокредитування населення, так і інноваційності [1]. Такі дії пов'язані з неефективністю системи упередження банківських ризиків та загальними трендами IT-технологій. У 2016 р. зафіксовано історично високий збиток сектору – 159 млрд грн, що зумовлено резервуванням кредитного портфеля Приватбанку. Для решти банків відрахування в резерви значно знизилися, а сукупні збитки зменшилися до 23 млрд грн порівняно з 66 млрд грн у 2015 р. – йдеться в огляді регулятора. Цей збиток насправді відображає не стільки справжній фінансовий результат 2016 р., скільки збиткову діяльність банків за попередні роки. Прибутковими банки були лише на папері, ігноруючи дотримання нормативів та чесне відображення якості кредитного портфеля. Якщо вірити регулятору, то в 2017 р. система нарешті має шанси продемонструвати справжні прибутки [2]. Це ще раз підкреслює неефективну діяльність щодо попередження ризиків у комерційних банках.

У 1997 р. Базельський комітет із питань банківського нагляду розробив Основні принципи ефективного банківського нагляду, які було схвалено міжнародною фінансовою спільнотою на щорічному засіданні МВФ і Світового банку. Під час відпрацювання Основних принципів ефективного банківського нагляду базовими були такі положення: основною метою нагляду є зменшення ризику втрат для вкладників та інших кредиторів, а також підтримка довіри до фінансово-банківської системи; органам нагляду необхідно сприяти організації ринкової дисципліни за рахунок установлення ефективного корпоративного керівництва (через створення необхідної структури та визначення переліку обов'язків для правління банку та його керівництва), збільшенню прозорості ринку для полегшення контролю; для ефективного виконання своїх обов'язків співробітники наглядових органів повинні мати операційну незалежність, засоби й повноваження для отримання інформації як на місці, так і дистанційно, а також повноваження для застосування прийнятих ними рішень; органи нагляду мають повністю розуміти природу банківських операцій і контролювати, наскільки це можливо, ризики, з якими стикаються банки; ефективний банківський нагляд вимагає оцінки рівня ризику окремих банків і відповідного розподілу ресурсів; органи нагляду мають бути впевнені в тому, що ресурси банків (включаючи статутний капітал, кваліфіковане керівництво, ефективну систему внутрішнього контролю та бухгалтерської звітності) достатні для того, щоб брати на себе той чи інший ризик; необхідне тісне співробітництво з органами нагляду країн, особливо під час міжнародних банківських операцій [3, с. 23–24]. О. Бус вважає, що нагляд за діяльністю банків сприятиме зменшенню ризиків, зокрема автор пропонує такі заходи щодо реформування системи ризик-менеджменту: розширення практики використання міжнародних стандартів та вимог щодо організації та прозорості банківського нагляду; поліпшення умов роботи, забезпечення правового захисту працівників банківського нагляду, зокрема підвищення рівня оплати праці з метою запобігання їх переходу до банківських

установ, де вимагається подібна кваліфікація; надання функції банківського нагляду громадським організаціям, асоціаціям, зокрема Асоціації українських банків; підвищити державне фінансування органів банківського нагляду та/або впровадити часткове їх фінансування за рахунок банківських установ; поліпшити технічну інфраструктуру наявних служб банківського нагляду, поліпшити фінансування програмного забезпечення їх діяльності [4, с. 171].

С.С. Гасанов наголошує на необхідності реалізації стрес-тестування як необхідного інструмента, що дасть змогу визначати обсяг докапіталізації банків в умовах ринкової невизначеності. У 2008–2009 рр. було проведено стрес-тестування банківської системи України і вперше було визначено потребу в докапіталізації комерційних банків. Обсяг капіталізації був розрахований на основі стресових подій кредитного ризику, ризику ліквідності та ринкового ризику [5, с. 6]. Г.П. Бортніков, О.О. Любіч зазначають, що стрес-тестування представляє певний порядок оцінювання негативного впливу на фінансовий стан банку вірогідного сценарію несприятливих для середовища бізнесу змін. Визначення таких сценаріїв не означає прогнозування їх реалізації, тобто стрес-тестування приділяє значну увагу не ймовірності настання подій, а характеру їх протікання та можливим наслідкам [6, с. 60].

С. Манжос, досліджуючи систему нагляду та оцінки за банківськими ризиками в Україні, вважає, що стрес-тестування є найефективнішим механізмом для аналізу діяльності фінансово-кредитних установ. Проте на практиці сьогодні існує безліч перешкод для ефективного розвитку системи стрес-тестування в українських банках. По-перше, це відсутність деталізованої методики та алгоритму проведення стрес-тестування в банках. Передбачається, що кожен банк має самостійно розробити власну процедуру проведення стрес-тестування та запровадити свої моделі для аналізу впливу різних факторів на фінансову стійкість із урахуванням індивідуальності банківського портфеля та специфіки своєї діяльності. По-друге, рівень фінансових витрат із впровадження системи стрес-тестування (купівля відповідного програмного забезпечення, навчання персоналу тощо) є занадто високим. По-третє, відсутність досвіду проведення стрес-тестування спричиняє суттєві помилки у висновках, прогнозах і припущеннях. По-четверте, асиметричність інформації спричиняє спотворені висновки і результати стрес-тестів, що надалі може призвести до впровадження обов'язкової форми звітності. Відсутність в Україні закріплених на законодавчому рівні стандартів термінології, підходів та інструментів управління ризиками викликає необхідність адаптації та запозичення вже існуючих стандартів із міжнародної практики [7, с.194]. Міжнародний досвід оцінки і управління банківським ризиком зводиться до опрацювання системи фінансово-кредитного забезпечення та її моделювання. Тут основним об'єктом ризику виступає позикова діяльність, а суб'єктивною стороною ризику є посадові особи банківської установи, що провадять в дію позиковий і депозитний механізми.

У практиці американських банків використовується правило 5С, відповідно до якого оцінка кредитоспроможності позичальників проводиться за такими базовими критеріями: Character – характер; Capacity – фінансові можливості; Capital – капітал; Collateral – забезпечення; Conditions – загальні економічні умови. Характер позичальника визначається його діловою репутацією, ступенем відповідальності, спроможністю та бажанням погашати свої борги, аналізується досвідом позичальника щодо отримання та погашення кредитів у минулому. Характер позичальника найбільш повно розкривається під час попереднього інтерв'ю. Фінансові можливості позичальника визначаються за допомогою аналізу його фінансового стану та прогнозу щодо тенденцій зміни основних фінансових показників. Тут також має бути визначено джерело погашення кредиту, яким можуть бути: 1) поточні грошові надходження (cash in flow); 2) продаж активів позичальника; 3) інші джерела фінансування, в т. ч. й нові кредити та кошти, залучені внаслідок розміщення облігацій. Оскільки основним джерелом погашення кредиту, як правило, є поточні грошові надходження, увага приділяється аналізу спроможності позичальника генерувати сталі грошові потоки. Капітал позичальника передбачає аналіз його розміру, структури, співвідношення з іншими статтями активів і пасивів. Тут також береться до уваги частка власного капіталу позичальника у фінансуванні проекту, на реалізацію якого отримано кредит. Забезпечення кредиту передбачає визначення

конкретної форми забезпечення за кредитом (застава, гарантія тощо), визначення його достатності та якості. Якщо забезпеченням за кредитом є застава, мають бути визначені ринкова та ліквідаційна вартості, а також ступінь ліквідності. Загальні економічні умови передбачають визначення умов, що характеризують ринкову ситуацію та впливають на становище як банку, так і позичальника: стан економічної кон'юнктури, наявність конкуренції, фіскальна політика, політична ситуація в країні, політика Центрального банку тощо [8, с. 135].

У практиці більшості європейських банків для оцінки ризику банківського споживчого кредитування застосовуються спеціальні методики кредитного рейтингу, що становлять сукупність оцінювальних параметрів кредитоспроможності позичальника. Для них характерна комплексність і порівнянність усієї палітри факторів кредитного ризику. Набув поширення у багатьох банках метод, заснований на бальній оцінці позичальника. Критерії, згідно з якими проводиться оцінка позичальника, чітко індивідуальні для кожного банку, базуються на його практичному досвіді і періодично переглядаються. Наприклад, англійські кліринговi банки здійснюють оцінку потенційного ризику неплатежу за кредитом із використанням методик PARSEL і CAMPARI.

Згідно з методикою PARSEL, P (Person) – інформація про персону потенційного позичальника, його репутація; A (Amount) – обґрунтування суми затребуваного кредиту; R (Repayment) – можливість погашення; S (Security) – оцінка забезпечення; E (Expediensly) – доцільність кредиту; R (Remuneration) – винагорода банку (відсоткова ставка) за ризик надання кредиту. Методика CAMPARI більш розширена в системі оцінки: C (Character) – репутація позичальника; A (Ability) – оцінка бізнесу позичальника; M (Means) – аналіз необхідності звертання за позичкою; P (Purpose) – ціль кредиту; A (Amount) – обґрунтування мети кредиту; R (Repaiment) – можливість погашення; I (Insurance) – спосіб страхування кредитного ризику. Також у міжнародній практиці поширена оцінка якості кредитних параметрів позичальника за статистичними моделями. Їх мета – розробити стандартні підходи для об'єктивної характеристики позичальників, знайти числові критерії для поділу майбутніх клієнтів на підставі наданих ними матеріалів на надійних та ненадійних, тих, хто підпадає під ризик банкрутства, і тих, для кого небезпека банкрутства малоймовірна. Прикладом такої «класифікаційної моделі» може бути «модель Зета» (Zeta model), розроблена групою американських економістів, яка застосовується банками у кредитному аналізі. Модель призначена для оцінки ймовірності банкрутства ділової фірми. Значення ключового параметру «Z» визначається за допомогою рівняння, змінні якого відображають деякі ключові характеристики аналізу фірми: її ліквідність, швидкість обігу капіталу і т. д. Якщо для даної фірми коефіцієнт перевищує підготовлену порогову величину, то фірма зараховується до розряду надійних, якщо ж отриманий коефіцієнт нижче критичної величини, то згідно з моделлю, фінансовий стан такого підприємства підозрілий, і надавати кредит йому не рекомендується. Оцінити стан банківських кредитних ризиків можна за допомогою методів портфельного аналізу Credit Metrics і Credit Risk. За їх допомогою узагальнюється кредитний ризик за всією організацією з урахуванням його зміни, викликаної підвищенням, пониженням кредитного рейтингу позичальників, а також розоренням позичальників. На підставі великого обсягу статистичної інформації будуються матриці ймовірності переходів кредитних інструментів із однієї групи ризику, визначені ставки відшкодування у разі неповернення кредиту позичальником за різними інструментами кредитного портфеля, створюється єдиний критерій оцінки кредитного ризику для різних кредитних інструментів, надається можливість для моніторингу і контролю концентрації ризику.

Більшість західних аналітиків схиляються до думки, що сьогодні саме неформальні моделі управління в ризик-менеджменті є рушійною силою для успіху фінансового бізнесу. Формування ринкових позицій фінансової установи залежить від рівня її ділової активності, інноваційності, управлінського досвіду, місії на ринку, а вже потім – від обсягу активів та власного капіталу. Більше того, економічний ефект від реалізації якісного моделювання сприятиме зростанню кількісних показників у загальній стратегії розвитку фінансової установи. Правильні та скоординовані рішення менеджменту дають змогу попередити настання кризових явищ в організації.

Висновки. Отже, ми пропонуємо такі заходи щодо формування ефективної системи упередження банківських ризиків на рівні Національного банку України: переглянути та пристосувати методологічний апарат інструментів та моделей антикризового регулювання в комерційних банках із нахилом у бік «моделей оцінки якісних характеристик»; створити умови єдиного правового поля для доступу до інформації як позичальників щодо діяльності кредиторів, так і навпаки; забезпечити контроль за виконанням моделювання поведінки фінансово-кредитних установ із використанням стрес-тестів; автоматизувати методологію оцінки кредитного ризику за найкращими міжнародними зразками з використанням Credit Metrics, Credit Risk, 5C, Parsel, Campari та методу Z.

Список використаних джерел:

1. Гайдаржийська О.М., Чернікова О.Г. Напрями удосконалення управління кредитним ризиком. Проблеми підвищення ефективності інфраструктури. 2014. № 38. С. 47–50.
2. Димитриади Г.Г. Риски управления банком. СПб.: ЛКИ, 2010. 240 с.
3. Павленко О.П. Пріоритети євроінтеграційного розвитку в політиці банківського регулювання. Науковий економічний журнал «Інтелект XXI». 2016. № 5. С. 23–27.
4. Бус О.Б. Особливості організації банківського нагляду, контролю та регулювання в зарубіжних країнах. Науковий вісник НЛТУ України. 2009. Вип. 19.2. С. 163–172.
5. Гасанов С.С., Любіч О.О., Бортніков Г.П. Державна підтримка капіталізації та реорганізації банків за участю держави в капіталі. Зарубіжний досвід та вітчизняна практика: монографія. К.: ДННУ Акад. фін. управління. 2015. 128 с.
6. Бортніков Г.П., Любіч О.О. Моделі стрес-тестування для оцінки ризиків банків. Математичне моделювання в економіці. 2016. № 1. С. 59–73.
7. Манжос С.Б. Стрес-тестування банків: огляд методологій. Финансы, учет, банки. 2014. Вып. 1. С. 188–195.
8. Слєсарєва К.С. Управління кредитними ризиками. Управління розвитком. 2013. № 23 (163). С. 133–135.

ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА, КРИМІНОЛОГІЇ ТА КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА

ВЕЧЕРОВА Є. М.,
кандидат юридичних наук, доцент,
докторант, доцент кафедри
кримінального права
*(Національний університет
«Одеська юридична академія»)*

УДК 343.2.01

НОРМАТИВНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА: ПОНЯТТЯ ТА ГАЛУЗЕВА СПЕЦИФІКА

У статті представлено особистий науковий погляд на нормативність кримінального права, в основу якого покладено парадигму ціннісно-нормативного праворозуміння, а також зосереджено увагу на її галузевій специфіці. Доводиться, що нормативність кримінального права – це первинна сутнісна характеристика (властивість) кримінального права, яка визначає його сенс і призначення та лежить в основі функцій, принципів і норм кримінального права, а також дозволяє стверджувати про те, що «кримінальне право – це світ в мініатюрі».

Ключові слова: *властивості права, нормативність кримінального права, нормативний характер кримінального права, норма кримінального права, кримінально-правова заборона, кримінально-правові санкції, склад злочину.*

В статье представлен личный научный взгляд на нормативность уголовного права, в основу которого положена парадигма ценностно-нормативного правопонимания, а также сосредоточено внимание на ее отраслевой специфике. Доказывается, что нормативность уголовного права – это первичная сущностная характеристика (свойство) уголовного права, которая определяет его смысл и предназначение, лежит в основе функций, принципов и норм уголовного права, а также позволяет утверждать о том, что «уголовное право – это мир в миниатюре».

Ключевые слова: *свойства права, нормативность уголовного права, нормативный характер уголовного права, норма уголовного права, уголовно-правовой запрет, уголовно-правовые санкции, состав преступления.*

The article represents a personal scientific view on the normativity of criminal law, which is based on the paradigm of value-normative legal thinking. It also focuses on its sectoral specifics. It turns out that normative criminal law is the primary essential characteristic (property) of criminal law, which determines its meaning and purpose and underlies the functions, principles, and norms of criminal law. Therefore, it allows to assert that "criminal law is a world in miniature."

Key words: *properties of law, normative criminal law, normative nature of criminal law, criminal legal norm, criminal legal prohibition, criminal legal sanctions, body of a crime.*

Вступ. Сучасний розвиток права, який протікає у складних соціальних умовах, дає змогу погодитися з думкою про те, що на сьогоднішній день існують проблеми у сфері традиційної юридичної ідеології та пов'язаної з нею юридичної реальності (юридичного бачення і розуміння подій, що відбуваються), які не в повній мірі забезпечують потреби практики.

Одним із суттєвих випадків даної проблематики є усталені підходи щодо тлумачення нормативності кримінального права, які базуються на юридичному позитивізмі та не завжди враховують ті трансформаційні процеси, що тривають у сучасному українському суспільстві. Тому, зважаючи на іманентність нормативності кримінального права, нагальною є потреба у вироблені нового фокусу бачення даного феномена, що відповідає новітнім досягненнями методології юриспруденції.

Аналіз останніх досліджень показує, що заявлена тема була предметом жвавого дискурсу переважно на рівні теорії держави та права (наприклад, С.І. Вележев, Я.В. Гайворонська, Л.І. Заморська, Е.Г. Ліпатов, Л.О. Мурашко, І.А. Полонка) або філософії права (наприклад, Р.О. Кабальський). У кримінально-правовій площині нормативність права спеціально не вивчалася. Як виняток, можна назвати монографічне дослідження В.Д. Філімонова, присвячене одному з аспектів нормативності кримінального права – нормам кримінального права.

Постановка завдання. Виходячи з вищенаведеного, метою цієї статті є спроба сформулювати особистий науковий погляд на нормативність кримінального права, в основу якого покладено парадигму ціннісно-нормативного праворозуміння, а також зосередити увагу на її галузевій специфіці.

Результати дослідження. Як видається, своєрідною «точкою відліку» в питаннях дослідження феноменології нормативності кримінального права має бути попереднє з'ясування праворозуміння, в межах якого дане питання буде висвітлюватися.

Так, однією з можливих парадигм праворозуміння, яка є найбільш прийнятною для всебічного і комплексного дослідження нормативності кримінального права, що розрахована на визнання (легітимацію) кримінального права з боку населення, характеризується врахуванням інтересів особистості як суб'єкта права і взята за основу в правозастосовчій діяльності вищих судових національних і наднаціональних інстанцій (мова йде про правові позиції Конституційного Суду України та Європейського суду з прав людини), виступає парадигма ціннісно-нормативного праворозуміння [1, с. 5–6].

Згідно з парадигмою ціннісно-нормативного праворозуміння кримінальне право може бути позиціоноване як ціннісно-нормативна система, спрямована на юридичне закріплення (фіксацію), ранжування, охорону й захист базових цінностей для особи, суспільства та держави, функціонування якої супроводжується застосуванням заходів кримінально-правового впливу з метою відновлення того соціального стану, котрий було порушено вчиненням злочину або іншого виду кримінального правопорушення (кримінального проступку) і яка відображає впорядкованість соціального буття відповідно до потреб суспільного розвитку та специфіки певного соціокультурного середовища, а також інформує про цінності, які через це стають цінностями кримінального права.

Беручи за основу такий фокус бачення кримінального права, перейдемо тепер більш предметно до аналізу окремих аспектів проблематики нормативності кримінального права.

У правознавстві нормативність здебільшого не є предметом самостійного дискурсу, а розглядається як складова вчення про ознаки або структуру права, наслідком чого є звернення уваги виключно на її «формальні» аспекти та залишення «за кадром» її сутнісних характеристик.

Такий погляд на нормативність є майже усталеним і характерний для позитивістського типу праворозуміння, коли право ототожнюється із законом.

Крім того, навіть серед тієї невеликої кількості науковців, які все ж вірно визначають правову природу нормативності як властивості права, трапляються випадки одночасного її розгляду і як властивості права, і як ознаки права, що є помилковим.

До прикладу, Л.І. Заморська один із розділів свого докторського дисертаційного дослідження називає «<…> нормативність як специфічна властивість права», однак уже в тексті

даного розділу автор проявляє непослідовність своїх суджень, оскільки веде мову про нормативність як найважливішу ознаку, «<…> яка дозволяє відрізняти право від правосвідомості, суб'єктивного права та правовідносин» [2, с. 109, 132]. Через дві сторінки дослідниця знову називає нормативність не ознакою, а властивістю сучасного права [2, с. 134]. Загалом же, ретельний аналіз дисертаційного дослідження Л.І. Заморської дозволяє стверджувати про те, що для позначення нормативності права терміни «властивості права» та «ознаки права» вживаються нею як рівнозначні (взаємозамінні).

Р.О. Кабальський під час аналізу нормативності права також попеременно оперує категоріями «властивості» та «ознаки права» [3, с. 3,14].

Нами додатково було помічено й те, що в разі вірної ідентифікації нормативності як властивості права далеко не завжди коректно розкривається її істинний зміст, який, за логікою речей, має корелювати з феноменологією властивості як такої (мова йде про її здатність бути якісною первинною характеристикою та внутрішньою стороною явища), що знову ж таки є наслідком змішування понять «властивості» та «ознаки» права [4, с. 64].

Як видається, щоб уникнути подібної плутанини, по-перше, слід чітко розмежовувати між собою поняття «нормативність» кримінального права, «нормативний характер» кримінального права та «норма» кримінального права, адже в таких ситуаціях мова йде про різні сутнісні характеристики кримінального права.

Нормативність – це властивість кримінального права. Нормативний характер – ознака кримінального права, яка одночасно є й ознакою нормативності кримінального права (тобто її зовнішньою оболонкою / формою об'єктивації), а норма – структурний елемент кримінального права (поряд із функціями та принципами кримінального права) [5, с. 190–194; 6, с. 55–57].

По-друге, важливо правильно розставляти акценти при співвідношенні даних понять між собою та зважати на те, що пріоритетне значення серед представлених характеристик кримінального права належить саме властивостям кримінального права, які покладені в основу його ознак та структури [6, с. 55–57].

Для привнесення більшої ясності в хід подальшого дослідження, ще раз нагадаємо, що властивості кримінального права – це первинні сутнісні характеристики кримінального права, які у своїй сукупності визначають його якість і дають змогу охарактеризувати останнє як цілісне, самостійне явище об'єктивної реальності [6, с. 57].

До основних властивостей кримінального права можна віднести нормативність та системність.

Ознаки кримінального права – це вторинні сутнісні характеристики кримінального права, які є зовнішнім виразом його властивостей.

Головною ознакою кримінального права є те, що воно носить нормативний характер, тобто об'єктивується в реальній дійсності у формі кримінального закону [6, с. 57].

Структура кримінального права – це одна з його сутнісних характеристик, яка розкриває внутрішню будову останнього та представляє собою інтегративну єдність трьох елементів: функцій, принципів та норм кримінального права, які перебувають між собою в нерозривній єдності і становлять стрижневі засади кримінального права [6, с. 56].

Щоб з'ясування феноменології нормативності кримінального права носило максимально конструктивний характер, є сенс, крім усього іншого, подивитися на неї крізь призму соціальної нормативності та нормативності права, різновидами яких вона, власне, й виступає.

Так, соціальна нормативність – це первинна вихідна властивість соціальної матерії, зумовлена її здатністю до самоорганізації, змістом якої є забезпечення впорядкованості відносин у суспільстві за допомогою різноманітних соціальних норм (релігії, моралі, права тощо) та згідно із цінностями, що історично склалися в певному соціальному просторі.

Соціальна нормативність виступає як специфічна категорія соціальної реальності, яка характеризується наявністю таких рис, що властиві саме їй: ціннісна орієнтованість (загальнозначущість), повторюваність соціальних процесів (явищ, зв'язків); типовість соціальних зв'язків у суспільстві; стабільність соціальних зв'язків; виражає спільність (чи загальність)

соціальних зв'язків і явищ; є способом вираження, моделювання типових, загальних і обов'язкових соціальних зв'язків; характеризується обов'язковістю (імперативністю) нормативних моделей (зразків); їй належить соціальна примусовість [7, с. 262].

Особливим різновидом соціальної нормативності, який опосередковує найважливіші, потенційно суперечливі відносини між людьми у суспільстві, виступає нормативність права.

Систематизувавши спектр наявних у літературі дефініцій нормативності права, які виходять за межі суто позитивістського праворозуміння та ґрунтуються на розрізненні категорій «право» і «закон», можна надати наступне узагальнююче її визначення.

Нормативність права – це базова глибинна властивість права, завдяки якій право виступає не лише засобом упорядкування (регулятором) суспільних відносин, а й, в першу чергу, фіксатором тих цінностей, що в конкретному суспільстві є основоположними (їх «матриця» та «ретранслятор») [8, с. 698].

Беручи за основу дане визначення, представляється можливим стверджувати про те, що утилітарність нормативності права в найбільш концентрованому вигляді може бути зведена до двох основних аспектів.

По-перше, завдяки нормативності право постає як фіксатор тих цінностей, що в конкретному суспільстві є основоположними, тобто перекладає їх на юридичну мову, здійснює юридизацію останніх. Як вірно пише на даний рахунок О.М. Мороз, «<…> право – це державно-нормативне закріплення цінностей, юридичний спосіб їх існування» [9, с. 6]. Резонними є й міркування В.М. Кудрявцева, який стверджує про те, що «<…> дуже часто соціальні цінності, які відображаються у праві, стають правовими ідеями, принципами права, знаходять у ньому як би «друге народження» [10, с. 99].

По-друге, завдяки нормативності право виступає засобом упорядкування (регулятором) суспільних відносин. Інакше кажучи, нормативність лежить в основі правового регулювання, виступаючи його першоосновою, рушійною силою та внутрішньою «енергією».

Із цього приводу доречно послатися на С.С. Алексєєва, який влучно підмічає, що «<…> нормативність – одна з головних внутрішніх пружин, один зі стрижнів правового регулювання в суспільстві, а тому має значення закономірність, яка виражена в розглядуваній якості, й недоврахування, а тим більше ігнорування якої призводить до чималих негативних наслідків, втрат, витрат, «мстить» за себе. Право із цієї точки зору представляє собою найбільш адекватну вимогу цивілізації, вираз і уособлення нормативних засад у суспільному житті, покликаних забезпечити належний рівень організованості й впорядкованості суспільних відносин, реальне втілення в життя закладених у людському суспільстві спрямувань до свободи людини, її високої гідності, реалізації її індивідуальності» [11, с. 87–98].

Особливо слід наголосити на тому, що перший функціональний аспект нормативності права (фіксація основоположних цінностей) має беззаперечний пріоритет по відношенню до другого (регулювання суспільних відносин), адже ціннісна сфера детермінує та «запускає» в дію увесь механізм правового регулювання, виступаючи його ідейною платформою та рушійною силою.

Загалом же, констатуючи взаємообумовленість нормативності та цінностей, потрібно відзначити, що, з одного боку, цінності віддзеркалюються (проявляються) в нормативності, а з іншого – саме цінності, несучи в собі елементи належності, надають нормативності загальнообов'язковість та загальнозначущість. Дане судження в повній мірі поширюється й на взаємозв'язки нормативності кримінального права і цінностей.

Відштовхуючись від розуміння права як ціннісно-нормативної системи, представляється можливим усі «власні» ознаки нормативності права, які характеризують останню як специфічний різновид соціальної нормативності, узагальнити та згрупувати у два блоки.

Так, до «власних» ознак нормативності права, що розкривають сутність права як матриці та ретранслятора соціальної реальності, можна віднести те, що вона є засобом об'єктивації, тобто формою виразу правових цінностей, яка зорієнтована на виникнення «належної» (нормальної, адекватної) моделі поведінки в соціальних суб'єктів, що свідчить про загальнозначущість права.

До «власних» ознак нормативності права, що розкривають сутність права як засобу впорядкування (регулятора) суспільних відносин, відносяться, зокрема, підвищена (порівняно з іншими соціальними нормосистемами) моделювальна здатність, універсальність, неперсоніфікованість, формальна визначеність, державна забезпеченість (гарантованість).

Щодо галузевої специфіки нормативності кримінального права, то необхідно зазначити, що даному питанню в літературі, незважаючи на всю його значущість, приділено вкрай мало уваги. Наявні в цій сфері небагаточисленні роботи загальнотеоретичного характеру є поверхневими і не в повній мірі розкривають суть цієї непростої проблематики.

До прикладу, І.А. Полонка називає один із підрозділів свого дисертаційного дослідження «Особливості галузевої нормативності права», однак у тексті самого підрозділу питанням нормативності кримінального права приділяє всього дві сторінки і редуктивно зводить увесь розглядуваний матеріал до спроб визначення норми кримінального права [12, с. 100–102].

Л.І. Заморська також заявляє один із підрозділів свого докторського дисертаційного дослідження «Особливості правової нормативності у кримінальному праві України», водночас його змістовне наповнення обмежує такими питаннями, як історичний шлях становлення кримінального права, його властивості, структура та сучасний стан, допускаючи під час аналізу серйозні методологічні похибки [2, с. 355–365]. Зокрема, автор пише про поділ кримінального права на Загальну та Особливу частини, про інститути та норми Загальної та Особливої частини кримінального права, в той час, як на Загальну і Особливу частини поділене не кримінальне право, а кримінальний закон. Крім того, більш точно говорити не про інститути та норми Загальної та Особливої частини кримінального права, а про норми та інститути кримінального права, зафіксовані в Загальній чи Особливій частині кримінального закону.

На наш погляд, для з'ясування галузевої специфіки нормативності кримінального права потрібна більш широка призма, яка б дозволила, з одного боку, з'ясувати статус кримінального права в національній системі права, а з іншого – вловити особливості фіксації ним цінностей та механізму кримінально-правового регулювання суспільних відносин.

Як відомо, стандартна ідея про те, що предмет правового регулювання – це сегмент суспільних відносин, на який поширює свою дію певна галузь права, є малопродуктивною по відношенню до кримінального права.

Будучи складовою національної системи права, кримінальне право водночас виступає однією із профілюючих (фундаментальних) галузей позитивного права, що неодмінно позначається і на його статусі та взаємозв'язках з іншими галузями в національній системі права.

Кримінальний закон – це не лише «ultima ratio», а й інтегративний засіб. Оскільки він, не перетворюючись на «мегаправо» (в даному контексті мова йде про позитивне право), відіграє інтегративну роль, замикає собою національну систему права, охороняючи її від найбільш суттєвих правопорушень». У цьому відношенні кримінальний закон можна порівнювати зі «сторожовим парканом» навколо будівельного майданчика, де ведеться певне будівництво [13, с. 47–51].

Тому цілком справедливим буде судження про те, що кримінальний закон – це негативна конституція або ж конституція із санкціями, оскільки він поширює свою дію (так само, як і конституція) практично на всі правовідносини, які виникають у державі, що змістовно підтверджує і структура Особливої частини КК, виконуючи тим самим забезпечувальну роль по відношенню до будь-якої іншої регулятивної галузі [13, с. 47–51].

На підставі всього вищевикладеного, представляється можливим зробити наступні **висновки.**

1. Нормативність кримінального права – це первинна сутнісна характеристика (властивість) кримінального права, що визначає його сенс і призначення та лежить в основі функцій, принципів і норм кримінального права, а також дозволяє стверджувати про те, що «кримінальне право – це світ в мініатюрі».

2. Галузева специфіка нормативності кримінального права полягає в тому, що кримінальне право, будучи переважно галуззю національного публічного права та водночас ціннісно-нормативною системою, за допомогою кримінально-правових заборон та кримінально-правових санкцій, представлених у вичерпному переліку складів злочинів Особливої частини кримінального закону, шляхом процесів криміналізації/декриміналізації, пеналізації/депеналізації здійснює юридичне закріплення (фіксацію), ранжування, перерозподіл й охорону тих цінностей, що є основоположними для особи, суспільства та держави, відповідно до потреб суспільного розвитку та специфіки певного соціокультурного середовища, а також інформує про цінності, які стають цінностями кримінального права.

Список використаних джерел:

1. Оборотов Ю.Н. Парадигма ценностно-нормативного правопонимания. Правове життя сучасної України: тези доповідей Всеукраїнської наукової конференції «Правове життя сучасної України» / Відп. ред. д-р юрид. наук, проф. Ю.М. Оборотов. Одеська національна юридична академія. О.: Фенікс, 2008. С. 5–6.

2. Заморська Л.І. Правова нормативність в умовах становлення та розвитку українського права: загальнотеоретичне дослідження: дис. ... на здобуття наукового ступеня докт. юрид. наук: спец. 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних та правових учень; Національний університет «Одеська юридична академія». Одеса, 2014. 477 с.

3. Кабальський Р.О. Нормативність права як предмет філософського аналізу: автореф. дис. ... на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.12 «Філософія права». Харків, 2008. 18 с.

4. Бошно С.В. Свойства права. Право и современные государства. М.: Фонд «Консалтинга и правовой защиты населения». 2014. № 1. С. 62–67.

5. Вечерова Є.М. Нормативність кримінального права: поняття та відмежування від деяких суміжних категорій. Порівняльно-аналітичне право. 2016. № 4. С. 190–194. URL: http://pap.in.ua/4_2016/57.pdf

6. Вечерова Є.М. Багатомірність кримінального права: уточнення деяких сутнісних характеристик як передумова щодо вивчення нормативності кримінального права. Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2017. Т. 2. Вип. № 46. С. 55–57.

7. Заморська Л.І. Правова нормативність та її інституціоналізація в Україні: монографія. Одеса: Фенікс, 2013. С. 304 с.

8. Вечерова Є.М. Нормативність як кримінально-правовий феномен: до постановки питання. Правовий вплив на неправомірну поведінку: актуальні грані: монографія / за ред. проф. О.В. Козаченка, проф. Є.Л. Стрельцова. Миколаїв: Іліон, 2016. С. 684–701.

9. Мороз Е.Н. Правовая норма как ценность: автореф. дис. … на соиск. учен. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве». Челябинск, 2013. 28 с.

10. Кудрявцев В.Н. Право и поведение. М.: Юрид. лит., 1978. 192 с.

11. Алексеев С.С. Теория права. М.: Издательство БЕК, 1995. 320 с.

12. Полонка І.А. Нормативність права: загальнотеоретичний аналіз: дис. … на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук: 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних та правових учень»; Національний університет «Львівська політехніка». Львів, 2013. 221 с.

13. Вечерова Є.М. Нормативність кримінального права і галузеве національне законодавство: окремі теоретико-методологічні аспекти питання. Visegrad Journal on Human Rights. 2017. № 3. С. 47–51.

ПИВОВАРОВ В. В.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінології
та кримінально-виконавчого права
*(Інститут прокуратури
та кримінальної юстиції
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого)*

ГУЛАТКАН Т. В.,
студентка 5 курсу
*(Інститут прокуратури
та кримінальної юстиції
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого)*

УДК 343.9

ДО ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ «БІЛОКОМІРЦЕВОЇ» ТА КОРПОРАТИВНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ

У статті досліджено основні підходи до розуміння поняття «білокомірцева» злочинність, а також кримінологічні аспекти «білокомірцевих» та корпоративних злочинів. Проаналізовано розбіжності теорій корпоративних і «білокомірцевих» злочинів.

Ключові слова: *«білокомірцева» злочинність, корпоративна злочинність, корпорація, економічна злочинність.*

В статье исследованы основные подходы к пониманию понятия «беловоротничковая» преступность, а также криминологические аспекты «беловоротничковых» и корпоративных преступлений. Проанализированы разногласия теорий «беловоротничковой» и корпоративной преступности.

Ключевые слова: *«беловоротничковая» преступность, корпоративная преступность, корпорация, экономическая преступность.*

The article explores the main approaches to understanding the concept of "white-collar crime", as well as criminological aspects of "white-collar" and corporate crimes. The disagreements of the theories of "white-collar" and corporate crime were analyzed.

Key words: *"white-collar" crime, corporate crime, corporation, economic crime.*

Вступ. Неоднозначність науково-практичного трактування та проблема первісної детермінації корпоративних та «білокомірцевих» злочинів стали темами наукових дебатів серед вчених – кримінологів, криміналістів, соціологів тощо. Вплив «білокомірцевої» злочинності на суспільство зростає з кожним днем. Хоча в конструктивному вираженні закони, які описують «білокомірцеві» злочини, багато в чому схожі на інші кримінальні закони, процедури для їх реалізації часто є більш повільними та менш ефективними. Крім того, як зазначає норвезький вчений Вільгельм Обер, закони, які забороняють «білокомірцеву» злочинність,

не завжди відповідають звичаям суспільства, особливо, коли громадяни не сприймають себе особами (жертвами – *В. П., Т. Г.*), що зазнають прямий збиток внаслідок, наприклад, такого явища, як маніпуляція цінами [1].

Явища «білокомірцевої» та корпоративної злочинності досліджувалися здебільшого зарубіжними вченими, зокрема, М.Л. Бенсоном, П. Грабоскі, Д.В. Каменським, Р. Квінні, В. Обером, Д.Я. Пастернаком, Б.К. Пейном, Е.Х. Сатерлендом, С.С. Сімпсоном, Р. Томасіком та ін. У вітчизняній науковій літературі висвітлені лише окремі питання кримінальної відповідальності юридичних осіб, що не мають системного характеру.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження понять «корпоративна злочинність» та «білокомірцева злочинність», виокремлення їх видів, а також вирішення питання співвідношення «білокомірцевої» та корпоративної злочинності в сучасності.

Результати дослідження. У 1939 р. відомий американський соціолог і кримінолог Е. Сатерленд видав серію праць про т. зв. «білих комірців», у якій доводив нову для того часу думку: злочинність не є суто прерогативою бідних мешканців глухих районів. Науковець вважав, що вчинення злочинів вже давно стало частиною корпоративної культури ділового суспільства. Він підрахував, що із 70 найбільших американських компаній майже кожна хоча б раз була визнана винною в суді. 2 з таких 70 корпорацій визнавалися винними більше 50 разів, причому обвинувачення включали як фінансове шахрайство, так і рекламу, що вводить споживача в оману. В середньому на кожну компанію реєструвалося приблизно 14 обвинувачень у здійсненні правопорушень. Спираючись на такі факти, Е. Сатерленд під час виступу перед Американським соціологічним товариством закликав вирізняти вищевказані діяння як злочин, скоєний особою з поважним та високим соціальним статусом у процесі своєї діяльності [2, с. 46].

У своїх ранніх роботах Е. Сатерленд підкреслював вплив «білокомірцевої» злочинності на окремих осіб, корпорації та суспільство в цілому, стверджуючи, що фінансовий збиток від «білокомірцевих» злочинів «виявляється в кілька разів більшим, ніж шкода, яку завдають усіма іншими видами злочинів». Однак цей фінансовий збиток, незважаючи на його виняткові і вражаючі розміри, не настільки серйозний, як похідна від подібних правопорушень шкода, що завдається суспільним відносинам. Так, із цього приводу Е. Сатерленд писав: «Злочини білих комірців пов'язані з обманом довіри, і тому ведуть до появи недовіри, а це знижує моральні цінності в суспільстві і сприяє соціальній дезорганізації». Спостерігається нібито подвійна реакція суспільства на «білокомірцеві» злочини. З одного боку, громадськість не сприймає характер неправомірних дій «білих комірців» як злочинний через відсутність жертв у звичайному побутовому розумінні. З іншого боку, якщо такі діяння і сприймалися як злочини, то їх небезпека нівелювалася суспільством з огляду на їх ненасильницький характер.

Найбільш серйозними злочинами, за думкою Е. Сатерленда, були порушення антитрестівського законодавства (антимонопольне законодавство США на початку XX ст. – *В. П., Т. Г.*), незаконне скорочення виробничих показників, надання занижених відомостей про отримані прибутки, порушення патентного права, прав на торгові марки та авторських прав, недостовірне рекламування товарів, нечесні махінації щодо профспілок, фінансові маніпуляції (включаючи хабарництво, здирництво під час встановлення заробітної плати і привілеїв, неправомірне витрачання фондів корпорації), недотримання правил техніки безпеки, а також порушення особливих правил функціонування у воєнний час [2, с. 51].

Думки і висновки Е. Сатерленда стали серйозним поштовхом для розвитку наукової кримінологічної думки другої половини XX ст. Саме вони визначили початковий напрямок досліджень «білокомірцевих» злочинів, виступили вказівкою на екстериторіальний характер даного явища, обґрунтували закономірності масового вчинення «білокомірцевих» злочинів не тільки на території США, але й у загальносвітових масштабах. Так, п'ятий Конгрес ООН з попередження злочинності і поводження з правопорушниками (1975 р., Женева) відніс злочинність «білих комірців» до числа найбільш небезпечних видів злочинності, що є своєрідною «формою бізнесу». На думку експертів цього конгресу, така злочинність здійснюється

з метою економічної вигоди і зв'язується з деякими видами комерції, промисловості та торгівлі, з певною формою організації; використовує або зловживає законними формами і методами управління справами. Особи, які беруть участь у вчиненні цих злочинів, мають відносно високе соціальне становище та/або наділені політичною владою [3, с. 7–8].

Внаслідок історично обумовлених економічних, геополітичних змін характеру проявів «білокомірцевої» злочинності змінювалися і підходи до її визначення. Слід підкреслити, що поступово, однак неухильно, акцент у пропонованих раніше дефініціях змістився з ознак особи злочинця до безпосереднього розуміння, сприйняття змісту протиправного суспільного явища. Так, у щорічному звіті Генерального прокурора США за 1983 р. «білокомірцевий» злочин був визначений як сукупність незаконних дій, що поєднані з обманом та приховуванням, однак не із застосуванням насильства, та спрямований на: одержання грошей, майна чи послуг, уникнення матеріальних зобов'язань, забезпечення ділових чи професійних переваг. У наукових дискусіях погляди Е. Сатерленда активно обговорювалися, виникали принципові наукові суперечки. Так, дослідники М. Кліннард та Р. Квінні розділили «білокомірцеві» злочини на професійну та корпоративну злочинність [1]. Дослідники Вілер і Ротман стверджували, що грань між корпоративною та професійною злочинністю практично неможливо провести, і наведена біполярна відмінність є нестійкою [4, с. 1404].

Вважаємо, що організаційно-управлінські аспекти «білокомірцевих» та корпоративних злочинів вказують на те, що більш правильною концептуалізацією, яка на рівні дефініції має застосовуватися в цій галузі, є корпоративна злочинність. За основу можемо взяти чотирьохланкову *типологію корпоративної злочинності.* Вона характеризує корпоративну злочинність як таку, що включає:

1) злочин, вчинений корпорацією для власної користі;
2) злочин, вчинений агентами або контролерами корпорації на користь цієї корпорації;
3) злочин проти корпорації, але на користь іншої корпорації;
4) злочин проти корпорації на користь своїх агентів або контролерів [1].

Для альтернативного порівняння, науковець Д. Неклен акцентує на тому, що Е. Сатерленд осмислює «білокомірцевий» злочин як такий, що лежить на перетині трьох сфер:

1) злочинів людей високого статусу;
2) злочинів на користь організацій;
3) злочинів проти організацій [5, с. 81].

Позиція Д. Неклена є відбиттям загального бачення концепції «білокомірцевої» злочинності і водночас пропонує включення до цього явища злочинів людей високого статусу. Розуміємо, що площина цього питання лежить на перетині із корупційною діяльністю.

Корпоративна злочинність є підмножиною більш широкої концепції «білокомірцевих» злочинів, які збігаються з вищезгаданою типологією корпоративної злочинності (особливо в її другій та четвертій категоріях). Проте Е. Сатерленд стверджував, що «білокомірцевий» злочин слід розглядати як злочин, здійснений особою з гарною репутацією та високим статусом під час обіймання нею посад [1]. У цій площині слід розглядати сучасні перспективи і напрями досліджень.

Торкаючись проблеми детермінації, зазначимо, що істотну проблему становить різниця гносеологічного розуміння професійних злочинів та корпоративних злочинів. Теоретичні спроби пояснити причини «білокомірцевих» злочинів або корпоративної злочинності виявилися складними, коли поєднувалися різні форми поведінки. Наразі у зарубіжній науковій літературі набагато більше уваги приділяється корпоративній злочинності, ніж професійній. Можливо, це пов'язане з тим, що в багатьох відносинах організаційна або корпоративна злочинність «поглинає» професійну злочинність, оскільки професійна злочинність, як правило, здійснюється в рамках організації. З цієї ж причини Вілер та Ротман бачили організацію як знаряддя, яке використовується для здійснення злочину [4, с. 1406]. Цей підхід не підтриманий наразі вітчизняними вченими. Традиційно професійна злочинність сприймається як злочини «диких» професіоналів – кишенькових злодіїв, домушників і т. п.

У даному контексті слід звернути увагу на висновки науковців М. Клінарда та П. Йегера. Вони вважають, що корпоративна злочинність, звичайно, є «білокомірцевим» злочином, але вона має особливий тип. Корпоративна злочинність – це фактично організована злочинність, що виникає в контексті складних і різноманітних наборів структурованих відносин та взаємозв'язків між радами директорів, керівниками і менеджерами, з одного боку, і між материнською корпорацією, корпоративними підрозділами та дочірніми компаніями з іншого [6, с. 106]. Таким чином, *корпоративна злочинність* – це більше, ніж кримінальна поведінка окремої людини, вона передбачає дії, які виникли внаслідок колективної поведінки або поведінки груп людей.

Отже, через півстоліття після публікації праці Е. Сатерленда щодо «білокомірцевої» злочинності поняття корпоративної злочинності отримало тенденцію до більш широкого трактування. Концентрується увага на тому, що ці злочини слід відрізняти від професійних злочинів, вчинених членами групи з високим статусом. За прикладом Е. Сатерленда та його послідовників М. Клінарда і П. Йегера, (1979 р.) концепція «корпоративної злочинності» почала широко використовуватися в американських кримінологічних колах у середині 1970-х рр., можливо, у зв'язку з ростом панування корпорацій у суспільстві [6, с. 106].

Надалі поняття «білокомірцевої» злочинності продовжує трансформуватися, і до середини 1980-х рр. в кримінологічній літературі воно все частіше почало звучати в контексті досліджень економічної злочинності і її складових частин – службових злочинів. Так, німецький кримінолог Г.Й. Шнайдер вказує, що до числа службових злочинів входять «всі правопорушення, що здійснюються в процесі виконання службових функцій: невиправдана комерціалізація медичного обслуговування (наприклад, проведення непотрібних хірургічних операцій за навмисне неточно поставленими діагнозами, перевитрата медичних інструментів і апаратури, призначення непотрібних медикаментів), виконання непотрібних робіт під час авторемонту, приписка невиконаних робіт, продаж старих продуктів (фруктів, м'яса, яєць) як свіжих або зіпсованих консервів, «накручування» зайвих кілометрів водіями таксі» [7, с. 44].

До речі, російський кримінолог В. Бурлаков критикує виділення в складі економічної злочинності групи службових злочинів із включенням у неї маси дрібних і малозначних правопорушень та вважає, що це – спроба перевести вектор суспільної уваги з систематичних масштабних злочинів, скоєних представниками великого і середнього бізнесу, самими підприємцями, на, хоч і численні, але вкрай несуттєві щодо матеріального збитку та суспільної небезпеки делікти простих найманих працівників [8]. Із цим важко не погодитися.

Проводячи одне з небагатьох великих емпіричних досліджень корпоративної злочинності, під час якого було проаналізовано явища корпоративної злочинності в 582 найбільших корпораціях державної власності в Америці, вчені дійшли до висновку, що «зростання визнання корпоративної злочинності було цілком природною відповіддю на соціальні сили, зокрема зростання суспільної стурбованості та знань про корпоративні правопорушення. Можливо, зростаюча зацікавленість злочинами цієї галузі бізнесу може бути пояснена різким збільшення як ролі, так і впливу основних корпорацій у сучасному американському суспільстві. Основні корпорації є найважливішими установами нашого суспільства, тому не дивно, що увага з боку громадськості та питання їх регулювання стають дедалі більшими» [6, с. 107].

Критика теорій корпоративних і «білокомірцевих» злочинів стала однією з основних особливостей сучасної літератури в цій галузі. Вважаємо, що це може бути пов'язано з невизначеністю і неточностями, які були притаманні ранній концептуалізації. Також ретроградний вплив вносить і домінуючий у кримінальному праві України принцип «суб'єктивного зобов'язання» (попри неспішні і не витребувані практикою зміни щодо кримінальної відповідальності юридичних осіб). Проте, реалії життя останніх кількох десятиліть вказують вченим на реальність та недостатню дослідженість «білокомірцевої» і корпоративної злочинності. Наразі розуміння науковцями-кримінологами меж закону в боротьбі з корпоративною злочинністю і важливості організаційної культури та приватного управління

в корпорації значно просунулися. Однак це знання не обов'язково призводить до зменшення кількості таких злочинів.

У сучасній літературі підкреслюється, що можливості для вчинення корпоративних і «білокомірцевих» злочинів значно розширилися з початку XXI ст. Корпоративні та «білокомірцеві» злочинці також у змозі змінити свою «поведінку», реагуючи на зміну механізмів регулювання, аби забезпечити більш ефективні стратегії. Рух зверху вниз системи регулювання та зосередження на вирішенні конкретних питань призвели до створення більш ефективних стратегій і більш складних моделей і теорій корпоративної злочинної діяльності [9, с. 127].

На рівні роботи правоохоронних органів констатуємо, що глобальні можливості для корпоративних і «білокомірцевих» злочинів збільшилися зі стисненням простору і часу через легкість міжнародних поїздок і спілкування. Особи, які вчиняють такі злочини, як фінансове шахрайство, відмивання грошей, шахрайство з цінними паперами та ухилення від сплати податків, цілком спроможні використати цей транскордонний контекст у більшості видів корпоративної діяльності.

Це призвело до більшої кількості прикордонно-регуляторних дій, але ефективність їх завжди буде обмеженою, що свідчить про необхідність вжиття заходів громадського контролю, які мають бути впроваджені в рамках професійних співтовариств і юридичних осіб. Відносно низька ймовірність ефективного контролю корпоративних і «білокомірцевих» злочинів, які вчиняються за межами національних кордонів, безсумнівно, також сприяла зростанню числа таких злочинів [10, с. 121]. Дерегулювання загальносвітового ринку з 1980-х рр., найбільш імовірно, також слугувало розширенню можливостей корпоративної злочинності на ринках, що розвиваються.

Висновки. Теорія «білокомірцевої» злочинності суттєво зміцнилася в кримінологічній науці і переросла в теорію злочинності корпоративної. На сучасному етапі кримінологічна *теорія корпоративної злочинності* істотно впливає на наукові розробки соціально-психологічної природи симбіотичних форм економічної, службової, організованої та іншої злочинної діяльності, пов'язаної з соціальним статусом суб'єкта і його зайнятістю у певній сфері.

Проаналізувавши різні підходи до визначення та розуміння «білокомірцевої» злочинності, ми змушені констатувати наявність розбіжності в наукових позиціях через відсутність загальноприйнятих критеріїв віднесення злочинів до «білокомірцевих», що, у свою чергу, негативно відбивається на їх кримінологічній характеристиці. Очевидно, що однією з найбільш істотних методологічних проблем сучасного розуміння концепції корпоративної (раніше – «білокомірцевої») злочинності є неузгодженість теоретичних розробок, юридичного (нормативного) закріплення і практики правозастосування щодо протидії таким злочинам.

Сучасний акцент на нормативних та теоретичних питаннях є значним кроком уперед у вивченні корпоративної і «білокомірцевої» злочинності. З ростом інтересу до досліджень у галузі корпоративної і «білокомірцевої» злочинності слід започатковувати вужче сфокусовані дослідження, які стосуються конкретних видів злочинів і стратегій соціального контролю. Різноманітність і багатоваріантність кримінологічних підходів до проблеми злочинності корпорацій сприяє творчій та інноваційній діяльності в осмисленні цієї області. Також вбачається перспектива розробки ефективних стратегій боротьби правоохоронних структур із корпоративною злочинністю.

Список використаних джерел:

1. Roman Tomasic. From White-Collar to Corporate Crime and Beyond: The limits of law and theory. URL: https://www.researchgate.net/profile/Roman_Tomasic/publication/228198515_From_White_Collar_to_Corporate_Crime_and_Beyond_The_Limits_of_Law_and_Theory/links/540676280cf2c48563b2528b/From-White-Collar-to-Corporate-Crime-and-Beyond-The-Limits-of-Law-andTheory.pdf

2. Сатерленд Э.Х. Являются ли преступления людей в белых воротничках преступлениями? Социология преступности. Современные буржуазные теории: Сборник статей / пер. с англ. / под ред. Б.С. Никифорова. М.: Прогресс, 1966. 368 с.

3. Изменения в формах и масштабах преступности – международной и внутригосударственной / Пятый Конгресс ООН по предупреждению преступлений и обращению с правонарушителями. Женева, 1975. 67 с.

4. Wheeler S., Rothman M.L. The Organization as Weapon in White-Collar Crime. Michigan Law Review. 1982. P. 1403–1426.

5. Nelken D. White-Collar Crime. Aldershot, Dartmouth Publishing Co Ltd. 1994. P. 74–110.

6. Clinard M.B. Yeager P.C. Illegal Corporate Behavior in Corporate and White Collar Crime: An Anthology. Anderson Publishing Company. 1995. P. 105–110.

7. Шнайдер Г.Й. Криминология / пер. с нем. Ю.А. Неподаев. М.: Издат. группа «Прогресс», 1994. 502 с.

8. Криминология – XX век / под ред. В.Н. Бурлакова, В.П. Сальникова. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2000. 554 с.

9. Benson M.L., Simpson S.S. White Collar Crime: An Opportunity Perspective Criminology and Justice Studies. Routledge. 2009. 256 p.

10. Braithwaite J. White Collar Crime in G Geis. White-Collar Crime: Classic and Contemporary Views / R Meier, L Salinger. London. The Free Press. 1995. P. 116–141.

ФІЛІППОВ С. О.,
кандидат психологічних наук, доцент,
підполковник юстиції, доцент кафедри
кримінального права та процесу
*(Національна академія Державної
прикордонної служби України
імені Богдана Хмельницького)*

УДК 343.92 (477.7)

КОНЦЕПТУАЛІЗАЦІЯ ПРОТИДІЇ ТРАНСКОРДОННІЙ ЗЛОЧИННОСТІ ЯК НАДНАЦІОНАЛЬНА ПРОБЛЕМА

Стаття присвячена уточненню загальної конфігурації наднаціональної системи захисту інтересів у прикордонній сфері від кримінальних загроз. Визначено місце протидії транскордонній злочинності у цій системі. Обґрунтовано підхід до протидії транскордонній злочинності як наднаціональної проблеми, яка передбачає побудову інституційної складової системи протидії на основі білатералізму та мультилатералізму.

Ключові слова: *транскордонна злочинність, транснаціональна злочинність, злочинність у прикордонному просторі, міжнародна кримінологічна політика, білатералізм, мультилатералізм.*

Статья посвящена уточнению общей конфигурации наднациональной системы защиты интересов в пограничной сфере от криминальных угроз. Определено место противодействия трансграничной преступности в этой системе. Обоснован подход к противодействию трансграничной преступности как к наднациональной проблеме, что предусматривает построение институциональной составляющей системы противодействия на основе билатерализма и мультилатерализма.

Ключевые слова: *трансграничная преступность, транснациональная преступность, преступность в пограничном пространстве, международная криминологическая политика, билатерализм, мультилатерализм.*

The article is devoted to the general configuration clarification of the supranational system of protection of interests in the border guard sphere from crime threats. The place of counteraction to cross-border crime in this system is determined. The approach to counteracting cross-border crime as a supranational problem, which involves the construction of an institutional component on the basis of bilateralism and multilateralism is grounded.

Key words: *cross-border crime, transnational crime, criminality in the border space, international criminological policy, bilateralism, multilateralism.*

Вступ. Щорічними звітами міжнародних прикордонних інституцій рівня FRONTEX та оглядами результатів оперативно-службової діяльності прикордонного відомства України підтверджується загальна тенденція обстановки на міждержавних кордонах – поява нових та збільшення інтенсивності наявних викликів та загроз, що мають транскордонну природу, диверсифікація їх географії. Виходячи з цієї тенденції, логічним є висновок про те, що динамічна зміна характеру транскордонних кримінальних загроз, зміна уявлень про баланс бар'єрності

та контактності кордону обумовлюють потребу у концептуалізації системи протидії кримінальним загрозам загалом та протидії транскордонній злочинності як наднаціональної проблеми зокрема. У науково-теоретичному сенсі це дозволить виявити причини міжнародних відносин, які потенційно посилюють криміногенні загрози і ризики на державному кордоні, або, принаймні, не сприяють ефективній протидії транскордонній злочинності. У прикладному сенсі це, на наше переконання, необхідно для ефективного кримінологічного прогнозування і планування та адекватного профілювання ризиків на державному кордоні.

Широкий спектр проблем протидії злочинності досліджено Андрієм Андрушко, В'ячеславом Борисовим, Михайлом Вербенським, Андрієм Вознюком, Богданом Головкіним, Юрієм Курилюком, Андрієм Орлеаном, Анатолієм Притулою, Наталією Орловською, В'ячеславом Туляковим, Василем Шакуном та іншими кримінологами. Проблемам міжнародного співробітництва у сфері протидії злочинності присвятили свої праці українські (Назар Бенч, Андрій Білас, Михайло Бурменський, Максим Гребенюк, Ольга Деркач, Олександр Житний, Андрій Павленко, Микола Хавронюк, Олена Шостко та ін.) та зарубіжні (Sergio Carrera, Martin Killias, Petrus C. van Duyne, Hugo Brady, Michael Levi, Louise I. Shelley, Korontzis Tryfon, Олександр Волеводз, Яків Гилинський, Іван Клеймьонов, Ольга Мещерякова, Nikos Passas, Louise I. Shelley та ін.) вчені. Ними обґрунтовано інституційна та нормативно-правова складова шляхів розв'язання зазначених проблем.

Разом із тим, нова проблематика виникає через необхідність всеосяжної імплементації положень Угоди про асоціацію між Україною, Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їх державами-членами щодо посилення співробітництва у сфері юстиції, свободи та безпеки. Водночас, на наш погляд, малодослідженим та суперечливим у теоретико-методологічному та практичному розумінні залишається аспект протидії злочинності саме у транскордонному вимірі, що обумовлює мету даної публікації.

Постановка завдання. Виходячи з вищевикладеного, наша мета полягає в уточненні загальної конфігурації наднаціональної системи захисту інтересів у прикордонній сфері від криміногенних загроз; визначенні місця протидії транскордонній злочинності у цій системі; обґрунтуванні підходу до протидії транскордонній злочинності як наднаціональної проблеми.

Результати дослідження. Комплексні праці теоретико-концептуального характеру охоплюють різноманітні підходи до вирішення проблем протидії організованій злочинності в Європі [1], протидії транснаціональній злочинності [2; 3], забезпечення національної безпеки у прикордонній сфері [4], у тому числі міждисциплінарні аспекти включно зі застосуванням адміністративно-правових засобів [5]. Водночас, транскордонна злочинність у всьому світі характеризується динамічними змінами, у зв'язку з чим багато наукових положень потребують модернізації. Крім того, зустрічаються поверхнево-оціночні наукові погляди багатьох дослідників на прикордонну безпеку, що не залишають можливості з ними погодитися. Зокрема, досить поширеними у наукових публікаціях є негативні оцінки «прозорості» державного кордону України як явища, твердження про Україну, як плацдарм масової незаконної міграції, «відкриття кордонів» як причину торгівлі людьми, неефективність прикордонного контролю для протидії злочинності. Кожне з даних тверджень стосується або природної мети, до якої прагнуть держави у прикордонних відносинах («прозорість»), або непростих кримінологічно-значущих явищ (транскордонність, бар'єрність та контактність кордону, які нами охарактеризовано з позицій кримінології) [6; 7]. Поза сумнівом, ані державний кордон, ані модель його охорони не може бути причиною глобалізації міграційних процесів, зростання рівня транскордонної злочинності та транскордонного тероризму. Причиною цього можуть бути тільки кризові економічні явища, економічний та соціальний дисбаланс між країнами-сусідами, а також міждержавні суперечки, обумовлені різноманітністю інтересів та внутрішньодержавними проблемами широкого спектра.

Транскордонній злочинності притаманна специфічна сукупність ознак, що об'єднують різні злочинні діяння у зв'язку із вчиненням їх по різні боки державних кордонів у суміжних державах. Звідси випливає логічний висновок про те, що протидія транскордонній злочинності має бути предметом спільних міждержавних зусиль, і на практиці дійсно

досить активно запроваджуються механізми міжнародної, міжвідомчої взаємодії. Наприклад, ці механізми включають прикордонне співробітництво, співробітництво у сфері розробки узгодженої політики щодо протидії організованій злочинності (гармонізація матеріальних і процесуальних норм), оперативне співробітництво (наприклад, обмін інформацією між представниками органів кримінального переслідування різних країн) [8, с. 102].

Разом з тим, слід згадати, що досить часто у країн-сусідів є різні пріоритети у справі протидії злочинності, а іноді й протилежні інтереси у прикордонній сфері. Дисонанс між цими пріоритетами може бути обумовлений абсолютно різними причинами, які іноді лежать на поверхні, а іноді не так вже очевидні. Очевидно, що окремою проблемою є різноманітність поглядів на однакові правопорушення, що існують з різних боків від кордону. Наприклад, діаметрально протилежними є погляди у США та Мексиці на способи врегулювання проблем незаконної міграції. Інший приклад: у межах Євросоюзу різко виділяється позиція Угорщини, яка протягом 2016 р. самостійно, без узгодження інтересів сусідів, підвищила рівень охорони державного кордону, чим зменшила міграційне навантаження на власні кордони та, відповідно, збільшила його для країн-сусідів, що вплинуло на зростання рівня супутньої для цього явища транскордонної злочинності. Але очевидно, що питання обрання моделі охорони власних кордонів відносяться до суверенних прав держав. Наприклад, на рівні документу ОБСЄ (ст. 8) Концепції безпеки кордонів і прикордонного режиму прямо зазначено: «Кордони у регіоні ОБСЄ не є однаковими. Кожний з них має свої особливості і може вимагати специфічних підходів. Кожна держава-учасниця має суверенне право обирати свої способи забезпечення безпеки кордонів і свій власний прикордонний режим, приймаючи до уваги відповідні аргументи політичного, військового, економічного та соціального характеру» [9].

Усвідомлення різними державами рівня загрози, що викликано транскордонними злочинами, втілюється у нормативний спосіб шляхом передбачення транскордонних кримінальних загроз (та викликів) у нормативно-правових актах, що визначають державну політику у сфері забезпечення безпеки, контролю за злочинністю, запобігання правопорушенням тощо.

Слід розуміти, що сукупність транскордонних злочинів іноді є загрозою транснаціонального характеру, оскільки має глобальний характер впливу на охоронювані законом права та інтереси у різних країнах. Щоправда, цей вплив може бути надзвичайно різноманітним. Дійсно, нелогічним було б, наприклад, вважати, що вирощування маку у провінції Кандагар сприймається як кримінальна загроза однакового рівня і Афганістаном і країнами Євросоюзу (де реалізується 90% героїну з афганського маку). Тим більше, що кримінальна індустрія від етапу виготовлення наркотиків до етапу їх переправлення має величезну кількість посередників, лише останні з яких безпосередньо вчиняють злочини у країнах споживання наркотиків. Водночас, нереальною є можливість протидії наркотрафіку у самому початку його виникнення – у регіонах вирощування сировини. Відомо, що позбавлення кандагарських дехкан (фермерів) цього виду заняття не залишає їм альтернативних видів заробітку та є неможливим для афганської влади. Для країн Євросоюзу ж це – потенційні нові загрози, що пов'язані з подальшою неможливістю величезної кількості афганців залишатися у своїх домах. Тому ця проблема й обумовлює цілий комплекс кримінальних загроз глобального рівня та стосується інтересів забезпечення безпеки у транснаціональному масштабі.

Отже, актуальним є питання: міжнародний консенсус у сфері протидії транскордонній злочинності – це оксюморон чи нова нормальність у міжнародних відносинах? Однією з ознак транскордонних злочинів, на наш вигляд, слід вважати застосовність до них норм національного права різних країн, що є спорідненими за змістом, а також міжнародно-правових норм. Але, як зазначав В. Туляков, «…європейські держави прагнуть досягнути тільки базового рівня гармонізації у частині криміналізації транскордонних злочинів та у частині підтримки взаємного визнання судових рішень» [10]. Тобто на нормативному рівні консенсус є зовсім неочевидним. Але інституційна складова наявність такого консенсусу, принаймні в Європі, як ми вважаємо, є новою нормальністю і ми це бачимо на прикладі розбудови елементів наднаціональної системи протидії транскордонній злочинності в Європейському Союзі.

Узагальнена система суб'єктів міжнародної політики у сфері протидії злочинності представлена нами на рис. 1.

Рис. 1. Суб'єкти міжнародної політики у сфері протидії транскордонній злочинності

По-перше, з 2010 р. в ЄС створювалась методологія аналізу криміногенної ситуації в ЄС, що застосовується Європолом для оцінки загроз від «серйозних» злочинів та організованої злочинності (SOCTA) [11]. У 2013 році була опублікована перша SOCTA – методологія. По-друге, система управління кордонами у рамках ЄС реалізується на двох рівнях: національному та наднаціональному. У межах Європейського союзу функції з охорони кордонів і прикордонному контролю покладено на національні прикордонні служби. При цьому законодавчі акти, що стосуються прикордонного контролю, ухвалюються на рівні ЄС, а норми, що регулюють охорону кордонів, встановлюються державами-членами на національному рівні. В області охорони зовнішніх кордонів ЄС здійснює координацію, а також визначає загальні принципи, якими повинні керуватися держави-члени.

Відповідно до п. 2 «б» ст. 77 Договору про функціонування ЄС до компетенції ЄС належить ухвалення заходів прикордонного контролю, якому підлягають особи, які перетинають зовнішні кордони. Згідно зі ст. 2 Шенгенського кодексу про кордони прикордонний контроль означає діяльність, що здійснюється на кордонах у зв'язку з перетином або намірами перетнути кордон, незалежно від інших міркувань особи, яка перетинає кордон [12].

У документі Європейської комісії «Європейський порядок денний щодо міграції» [13] у розділі, що регламентує питання управління кордонами, акцентовано такі завдання:

1) посилення ролі і потенціалу FRONTEX;
2) впровадження союзного стандарту для управління кордонами;
3) зміцнення з боку ЄС координації функцій берегової охорони;
4) впровадження механізму «Розумні кордони» (Smart Borders);
5) зміцнення потенціалу третіх країн з управління своїми кордонами.

У межах цих завдань ЄС проводить суттєве реформування системи протидії загрозам у прикордонній сфері. Зокрема, у 2016 р. було створено Європейську прикордонну і берегову охорону на платформі FRONTEX. Оскільки функції протидії різного роду транскордонним загрозам на морі, у тому числі кримінальним, виконують більше як 300 різноманітних органів та служб держав-членів ЄС, у 2016 р. реалізовано пілотний проект «Координація функцій берегової охорони Європейського союзу» [14]. Ним передбачено об'єднання технічних (авіація, безпілотна авіація, морські плавзасоби, та відповідні засоби спостереження) можливостей трьох інституцій для спільного виконання завдань на морському кордоні ЄС (табл. 1).

Таблиця 1

Значення наднаціональних інституцій ЄС – учасниць Пілотного проекту «Координації функцій берегової охорони» для протидії кримінальним загрозам (Crime Threat) у прикордонній сфері

Інституція та сфера діяльності	Місце базування	Значення для протидії кримінальним загрозам
FRONTEX – прикордонна та берегова охорона	Варшава (Польща)	1. Моніторинг даних обстановки. 2 .Обмін інформацією. 3. Аналіз ризиків. 4. Розподіл потенціалу під час багатоцільових операцій.
EMSA – морська безпека	Лісабон (Португалія)	
EFCA – контроль за риболовлею	Віго (Іспанія)	

Отже, як констатує О. Шостко, посилаючись на Європейську безпекову стратегію, контроль за злочинністю (зокрема організованою) дедалі більше стає частиною міжнародної політики ЄС [1, с. 214].

У контексті виконання Угоди між Україною та Європолом про оперативне та стратегічне співробітництво впровадження інструменту SOCTA є важливим аспектом посилення співробітництва між Україною та ЄС у протидії організованим формам транскордонної злочинності [15].

Ученими, які проводять дослідження системи забезпечення прикордонної безпеки (S. István, Д. Купрієнко), сформовано цілісне уявлення про структуру сфери прикордонної безпеки. На основі праць кримінологів (В. Дрьомін, Г. Горшенков, М. Клеймьонов, О. Костенко, Т. Мельничук) створено систему уявлень про кримінологічну (антикримінальну) безпеку. Виходячи з осмислення наукового доробку цих та інших учених нами у табл. 2 представлено загальну систему протидії кримінальним загрозам у прикордонній сфері.

Таблиця 2

Загальна схема системи протидії кримінальним загрозам (Crime Threat)

Масштаб кримінальних загроз	Злочинність	Рівень протидії	Система протидії	
прикордонний	у прикордонному просторі	національний	національна	Унілатеральна з елементами білатералізма
транскордонний	транскордонна	регіональний	міжнародна	білатеральна, мультилатеральна
транснаціональний	транснаціональна	глобальний		мультилатеральна

У даній таблиці під білатеральною системою ми розуміємо таку міжнародну систему захисту інтересів у прикордонній сфері від криміногенних загроз, яка базується на основі прямих двосторонніх угод між двома країнами (які зазвичай мають спільний кордон). Мультилатеральна система передбачає наявність таких угод між трьома і більше країнами. Причому, як перша, так і друга система може об'єднувати зусилля національних інституцій або передбачати створення спеціалізованих наднаціональних органів та застосування наднаціональних інструментів. Унілатеральна система у прикордонних правовідносинах зазвичай має окремі елементи білатеральної (наприклад, інститут прикордонних представників, система врегулювання прикордонних інцидентів тощо).

Резюмуючи, зробимо такі висновки. Запропонована схема системи протидії кримінальним загрозам побудована, виходячи з національних та міжнародних інтересів у прикордонній сфері та із завдань забезпечення прикордонної безпеки та кримінологічної (антикримінальної) безпеки на національному, регіональному, глобальному рівнях.

Планування заходів протидії транскордонній злочинності, на наш погляд, необхідно здійснювати на основі профілювання ризиків, що виходять з масштабу кримінальних загроз –

транснаціонального, транскордонного, прикордонного. Відповідно функціонує і система: мультилатеральна, білатеральна або унілатеральна. Міжнародна система може передбачати наявність спеціалізованих органів наднаціонального рівня. У профілюванні кримінальних ризиків правоохоронними органами України слід врахувати інструменти SOCTA, тим більше, що це прямо передбачено Стратегією розвитку МВС 2020.

Важливим аспектом подальших досліджень, на нашу думку, може бути порівняльний аналіз визначення кримінальних транскордонних загроз у документах стратегічного планування прикордонної політики Європейського союзу, держав-членів ЄС, США та РФ, а також інших держав, з якими Україна має спільний кордон.

Список використаних джерел:

1. Шостко О. Ю. Протидія організованій злочинності в європейських країнах: монографія. Харків: Право, 2009. 400 с.

2. Транснациональная организованная преступность и Россия: монография / колл. авт., науч. ред. В. А. Номоконов. Владивосток: Изд-во Дальневост. федер. ун-та, 2010. 632 с.

3. Вербенський М. Г. Транснаціональна злочинність: монографія. Дніпропетровськ: вид-во Дніпропетр. держ. ун-ту внутр. справ. Ліда ЛТД, 2009. 356 с.

4. Назаренко В. О. Теорія і практика організації та здійснення прикордонного контролю в контексті забезпечення національної безпеки України в прикордонній сфері: монографія. Хмельницький: вид-во НАДПСУ, 2013. 360 с.

5. Зьолка В. Л. Охорона національних інтересів України в прикордонній сфері (адміністративно-правовий аспект): монографія. Хмельницький: вид-во НАДПСУ, 2015. 672 с.

6. Філіппов С. О. Транскордонність: кримінологічний вимір. Питання боротьби зі злочинністю. 2017. № 34. С. 52-62.

7. Filippov S. The Borders Barrier Properties vs Cross-Border Criminality. Law Rev. Kyiv UL. 2017. № 2. P. 245-250.

8. Гребенюк М. В. Щодо посилення міжнародних заходів кримінально-правової боротьби з транскордонною злочинністю. Кримінально-правове забезпечення сталого розвитку України в умовах глобалізації: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 12–13 жовт. 2017 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків: Право, 2017. С. 101-104.

9. Border Security and Management Concept. Framework for Co-operation by the OSCE Participating States. Ministerial Council. Ljubljana. 6 December 2005. MC.DOC/2/05. European Security Strategy. Brussels, 12 December 2003. URL: https://europa.eu/globalstrategy/en/file/10/download?token=ubYn8qBQ.

10. Туляков В. Кримінальне право сучасності: криза доктрини чи криза юрисдикцій? Право України. 2010. № 9. С.39-45.

11. Serious and Organised Crime Threat Assessment 2017 (SOCTA): Policy Advisory Document. URL: http://statewatch.org/news/2015/dec/eu-council-socta-2017-methodology-14913-15.pdf.

12. Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code). URL: https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/42fba6c3-f0c5-11e5-8529-01aa75ed71a1/language-en

13. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A European Agenda on Migration. URL: https://ec.europa.eu/anti$trafficking/sites/antitrafficking/files/communication_on_the_european_agenda_on_migration_en.pdf

14. Pilot project "creation of a european coastguard function" final report. URL: http://frontex.europa.eu/assets/Publications/General/Final_Report_EUCG.pdf

15. Угода між Україною та Європейським поліцейським офісом про оперативне та стратегічне співробітництво. Угоду ратифіковано Законом України № 2129-VIII від 12.07.2017. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/984_001-16.

ЮЩИК О. І.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального
права і криміналістики
*(Чернівецький національний
університет імені Юрія Федьковича)*

УДК 343.8

ДОСУДОВА ДОПОВІДЬ: СУТНІСТЬ, ЗМІСТ ТА ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ

У статті аналізуються сутність та зміст досудової доповіді, значення вказаного документа для призначення покарання. Досліджуються питання впливу соціально-психологічної характеристики особи на вибір міри кримінальної відповідальності з метою її перевиховання та попередження вчинення нових злочинів.
Ключові слова: *досудова доповідь, призначення покарання, соціально-психологічна характеристика особи, орган пробації, суд.*

В статье анализируются сущность и содержание досудебного доклада, значение указанного документа для назначения наказания. Исследуются вопросы влияния социально-психологической характеристики лица на выбор меры уголовной ответственности с целью ее перевоспитания и предупреждения совершения новых преступлений.
Ключевые слова: *досудебный доклад, назначение наказания, социально-психологическая характеристика лица, орган пробации, суд.*

The article analyzes the essence and content of the pre-trial report, the significance of this document for appointment of punishment. The specifics and significance of such report are determine. The questions of the influence of the socio-psychological characteristics of a person on the choice of the measure of criminal responsibility with the purpose of its re-education and prevention of the commission of new crimes are studied.
Key words: *pre-trial report, appointment of punishment, socio-psychological characteristics of a person, agency of probation, court.*

Вступ. У разі визначення справедливого покарання особі, яка вчинила злочин, суд має керуватись як загальними засадами призначення покарання, так і основними принципами права. Одним із таких є принцип індивідуалізації покарання. Останній проявляється в урахуванні особистості обвинуваченого й обставин, що пом'якшують або обтяжують його покарання. Вивчення соціально-психологічних характеристик особистості під час розгляду кримінального провадження відіграє особливу роль у призначенні необхідного і достатнього для виправлення особи покарання [1, с. 85–88].

Нині Законом України «Про пробацію» від 5 лютого 2015 р. № 160-VIII передбачено три види пробації: досудова, наглядова та пенітенціарна. Кожна з них має свою мету та функції і покликана забезпечити безпеку суспільства шляхом виправлення засуджених, запобігання вчиненню ними повторних кримінальних правопорушень. Досудова пробація, у свою чергу, спрямована на забезпечення суду формалізованою інформацією, що характеризує обвинуваченого, з метою прийняття судом рішення про міру його

відповідальності [2]. Але виникає необхідність з'ясування процесуальної ролі досудової доповіді та її впливу на призначення покарання, звільнення особи від кримінального відповідальності та застосування інших заходів кримінально-правового впливу.

Проблеми пробації в Україні та окремі аспекти досудової доповіді були предметом дослідження таких науковців: О.В. Беци, О.І. Богатирьової, Т. Денисової, О. Єні, Л. Матієк, М.В. Палія, Т.Г. Ткача, О.Г. Шило, Д.В. Ягунова тощо. Але необхідно зазначити, що в їхніх наукових працях знайшли відображення питання дослідження досудової доповіді у сфері кримінального процесуального та кримінально-виконавчого права. Водночас недостатнім є дослідження кримінально-правового значення та ролі досудової доповіді у разі прийняття рішення судом стосовно обвинуваченого (підсудного) та його кримінальної відповідальності і покарання.

Постановка завдання. Метою статті є на підставі аналізу поняття та змісту досудової доповіді, з'ясування її порядку складання, визначити основні функції та призначення в кримінальному провадженні, відповідно, виявити проблеми запровадження інституту досудової доповіді в Україні та виробити пропозиції щодо їх вирішення.

Результати дослідження. На особливу увагу при визначенні міри покарання та її доцільності заслуговує особа, яка вчинила злочинне діяння. Відповідно до мети покарання, яка регламентується нормою Кримінального кодексу України (ч. 2 ст. 50) [3], покарання має спрямовуватись не лише на кару за вчинений злочин, але і на виправлення засудженого й попередження вчинення нових злочинів. Правильно вибрана міра покарання сприятиме досягненню зазначених цілей.

Основним завданням суду є здійснення правосуддя на засадах верховенства права, забезпечення кожному право на справедливий суд, що чітко передбачено в ст. 2 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [4]. На це звертає увагу і практика Європейського суду з прав людини, відповідно до п. 1. ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. встановлено, що кожна людина у разі визначення її громадянських прав і обов'язків або висунення проти неї будь-якого кримінального обвинувачення має право на справедливий і відкритий розгляд упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, створеним за законом [5].

На думку В.В. Городенка, сучасні концепції справедливості є джерелом ідей визначення й захисту прав людини, верховенства права, а також вирішення суспільних конфліктів у формі спеціальних процедур, визначених законом. Ця функція покладена на судову владу як арбітра, що розглядає й вирішує юридично значущі справи [6, с. 20–23]. Тому суд, ухвалюючи рішення в кожному кримінальному провадженні, має з'ясувати усі обставини справи, провести ретельне дослідження доказів, заслухати доводи та покази, а також обов'язково врахувати фактори, що стосуються особи винного. Саме досудова доповідь має містити необхідну інформацію, яка б забезпечувала суд соціально-психологічною характеристикою особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння.

Відповідно до Закону України «Про пробацію», орган пробації наділений певними обов'язками у разі складення досудової доповіді, забезпечити суд інформацією, що характеризує обвинувачених, із метою прийняття судом рішення про міру їхньої відповідальності. Саме ця функція вказує, що нині орган пробації має сприяти здійсненню справедливого та об'єктивного правосуддя в Україні. Повнота зібраної інформації, що стосується особи обвинуваченого, має вплинути на рішення суду, що, у свою чергу, дасть змогу запобігти вчиненню нових злочинів із боку обвинуваченого, а також забезпечити безпеку суспільства шляхом виправлення особи, яка вчинила злочин, навіть без застосування кримінального покарання.

Згідно з Рекомендацією CM/Rec (2010)1 Комітету міністрів державам-членам про Правила Ради Європи про пробації (прийнята Комітетом міністрів 20 січня 2010 р. на 105-му засіданні заступників міністрів), визначено, що мета пробації – робити внесок до справедливого карного правосуддя, а також забезпечення безпеки суспільства шляхом попередження і скорочення злочинності [7]. Однією з функцій служби пробації відповідно

до вказаних Рекомендацій є доповідь суду (ч. IV п. 42-46 Додатку до Рекомендацій CM/Rec (2010)1. Відповідно, національним правовим системам служби пробації надається повноваження на складання доповіді суду у справі обвинуваченого в скоєнні злочину, щоб допомогти суду, за можливості прийняти рішення про те, чи варто визнати його винним, яким є покарання або міра відповідальності за скоєне. У такому разі служба пробації має підтримувати регулярні контакти з суддівським корпусом із приводу того, як може бути використано цей документ.

Як бачимо, ці Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи передбачають запровадження в національних правових системах інституту досудової доповіді. Саме її підготовка сприятиме взаємодії між судовою гілкою влади та органом пробації. Останній зобов'язаний забезпечити підготовку досудової доповіді, яка має ґрунтуватись на достовірній інформації і, за можливості, підтверджуватись і оновлюватись у процесі слідства і судового розгляду. Така доповідь сприятиме прийняттю судом рішення щодо обвинуваченого більш прозоро, об'єктивно, враховуючи особу винного, його життєві проблеми, мотиви вчиненого злочинного діяння, ризики повторного вчинення злочину і, зрештою, визначитись з остаточним ухваленням справедливого, індивідуалізованого рішення.

Нині національне законодавство втілило Рекомендації Комітету міністрів Ради Європи, прийнявши норми у Законі України «Про пробацію», що стосуються досудової пробації. Це один із видів пробації, який спрямований на співпрацю між судом та органом пробації на стадії судового розгляду. Саме ця взаємодія відбувається на підставі складення досудової доповіді, яка має містити інформацію про обвинуваченого, а саме соціально-психологічну характеристику, яка б сприяла прийняттю рішення судом про міру його відповідальності.

Хоча існує думка, що досудова доповідь, складена представником персоналу органу пробації, може значно допомогти і прокурору у підготовці своєї промови, викладенні характеристики обвинуваченого, підготовці аргументації щодо пропонованої міри покарання, а надалі в разі оскарження судового рішення – і при складенні апеляційної чи касаційної скарги [8, с. 42–50]. Але необхідно погодитись із зазначеними аргументами Т.П. Ткача, що доповідь має висловлювати незалежну та неупереджену думку працівника служби пробації стосовно особи правопорушника та вчиненого ним злочину і не бути частиною обвинувачення або благанням правопорушника до пом'якшення покарання [9, с. 56–65]. Оскільки норми кримінального процесуального законодавства передбачають, що досудова доповідь не може слугувати доказом винуватості особи, незалежно від того, яку інформацію надав обвинувачений (наприклад, щире каяття, надання інформації про вчинення або причетність до інших злочинних діянь).

Серед науковців побутує різне трактування поняття та змісту досудової доповіді. Наприклад, О.І. Богатирьова вважає, що досудова доповідь – конфіденційна, формалізована інформація, що характеризує обвинуваченого (підсудного) та підготовлена з метою надання рекомендацій суду щодо застосування до винної особи належного кримінально-правового заходу [10, с. 141–152].

На думку Л.І. Олефір, досудова доповідь – це письмова інформація для суду, яка характеризує особу, щодо якої до суду направлено обвинувальний акт, та містить обґрунтований висновок про ризик вчинення цією особою повторного злочину і можливість виправлення цієї особи без позбавлення або обмеження волі [11, с. 34–36].

Враховуючи різні бачення щодо поняття досудової доповіді, вважаємо, що досудова доповідь – це сукупність повної та об'єктивної інформації про обвинуваченого (підсудного), яка є необхідною для винесення справедливого, законного, індивідуалізованого, відповідного до вчиненого суспільно небезпечного діяння процесуального рішення суду.

Кримінально процесуальне законодавство регламентує порядок складення досудової доповіді (ст. 314-1 КПК України) [12]. Варто зазначити, що необхідно враховувати вікові особливості обвинуваченого, оскільки існує окрема процедура складення досудової доповіді

щодо обвинуваченого у віці від 14 до 18 років. Щодо повнолітньої особи, то досудова доповідь може складатись стосовно обвинуваченого, який вчинив злочин невеликої або середньої тяжкості або тяжкого злочину, нижня межа санкції якого не перевищує п'яти років позбавлення волі. Стосовно неповнолітніх, незалежно від тяжкості вчиненого злочину, суд вирішує питання і постановляє ухвалу про підготовку досудової доповіді. Вважаємо, що є правильним виведення окремої процедури складення досудової доповіді щодо неповнолітньої особи, оскільки ця категорія осіб потребує більш ретельного вивчення соціально-психологічної характеристики особистості і здебільшого надання можливості виправлення без застосування покарання, пов'язаного з ізоляцію особи.

Важливим і, на нашу думку, правильним аспектом є те, що ініціатива складення досудової доповіді може виходити не лише від суду, але і за клопотанням обвинуваченого, його захисника чи законного представника, чи за клопотанням прокурора. Саме ця норма забезпечує гарантування особі права на справедливе, неупереджене, яке відповідає основним принципам призначення покарання рішення суду.

Крім процесуальних аспектів процедури складання досудової доповіді, вагомим є визначення структури, змістовного наповнення та її обсягу. Відповідно до ч. 3 ст. 9 Закону України «Про пробацію», досудова доповідь має містити соціально-психологічну характеристику, оцінку ризиків вчинення повторного кримінального правопорушення та висновок про можливість позбавлення волі на певний строк. Механізм складання та подачу до суду персоналом органу пробації досудової доповіді регламентовано Наказом Міністерства юстиції України від 27 січня 2017 р. № 200/5 в «Порядку складення досудової доповіді». Саме у вказаному Порядку детально розписано, на що варто звернути увагу при описі соціально-психологічної характеристики обвинуваченого [13].

Як ми знаємо, під час призначення покарання або звільнення від кримінальної відповідальності чи відбування покарання суд має керуватися такою Загальною засадою призначення покарання, передбаченою в ст. 65 КК України: врахування ступеня тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання. Саме обставини, що характеризують особу обвинуваченого якнайповніше, можуть бути зібрані персоналом органу пробації і відображені в досудовій доповіді. Серед джерел досудової доповіді, що становить інформацію про обвинуваченого, є: бесіди з обвинуваченим, членами родини, сусідами, друзями, колегами, характеристики з місця роботи або навчання, довідки з органів державної влади, місцевого самоуправління, підприємств, установ, організацій, службових осіб та інших матеріалів, які можуть містити необхідну інформацію.

Саме соціально-психологічна характеристика має містити інформацію про особистість обвинуваченого та умови його життя. До переліку факторів, які становлять соціально-психологічну характеристику, належать:

– історія правопорушень (попередні судимості; вік на час першого притягнення до кримінальної відповідальності, повторність, сукупність, рецидив злочинів);

– час, який минув із моменту винесення попереднього судового рішення, яким особу було засуджено, звільнено від покарання чи кримінальної відповідальності за нереабілітуючими обставинами; час, який особа в сукупності провела в установах виконання покарань;

– форма вини за обвинуваченням; категорія злочину за обвинуваченням; наявність обставин, які обтяжують покарання за обвинуваченням (за винятком повторності та рецидиву злочинів);

– короткий зміст (обставини, мотиви) правопорушення за обвинуваченням, ставлення обвинуваченого до правопорушення; умови життєдіяльності та розвитку (житло, освіта, робота, матеріальне становище);

– особистісні характеристики (контроль над поведінкою та мисленням, психічний стан, зловживання алкоголем, наркотичними засобами, психотропними речовинами або їх аналогами);

– соціальне оточення (стосунки у суспільстві, з рідними та близькими); ставлення до правопорушень; мотивація до зміни способу життя (поведінки, переконань);

– фактори, які підвищують ризик вчинення кримінального правопорушення, враховуючи його криміногенні потреби;

– наявність в обвинуваченого мотивації до позитивних змін (у тому числі з урахуванням бажання обвинуваченого брати участь у підготовці досудової доповіді).

Відповідно, суд має враховувати зазначені характеристики у досудовій доповіді під час винесення рішення за цим кримінальним провадженням. Хоча досудова доповідь має рекомендаційний характер, на нашу думку, суд має враховувати усі вказані обставини, які будуть пом'якшувати або поліпшувати становище обвинуваченого. Відповідно, це дасть змогу зменшити розмір покарання, застосувати звільнення від покарання або інші заходи кримінально-правового впливу. Саме врахування пом'якшуючих обставин у разі призначення покарання відповідає принципам гуманізму та економії кримінальної репресії в кримінальному праві.

Для складення судової доповіді мають значення строки, які відводяться персоналу органу пробації. Мають місце випадки, коли строк, який надається для складення досудової доповіді, є занадто коротким, що унеможливлює збирання усієї інформації, що стосується обвинуваченого. Наприклад, Ухвалою Піщанського районного суду Вінницької області № 142/678/78 встановлено строк для пред'явлення досудової доповіді – 9 днів, із них тільки 5 робочих [14]. Вважаємо, що за такий період не можна повно та всебічно зібрати інформацію про обвинуваченого, оцінити ризик вчинення повторного кримінального правопорушення та зробити висновок про можливість виправлення без позбавлення або обмеження волі на певний строк з урахуванням доступних програм та послуг, за умови реалізації яких можна досягти належної поведінки без застосування покарань, пов'язаних з ізоляцією від суспільства.

Висновки. Досудова доповідь є інструментарієм, що містить важливу інформацію про обвинуваченого (підсудного). Завдяки інформації про соціально-психологічну характеристику суд зможе об'єктивно, справедливо, гуманно та на підставі принципу індивідуалізації покарання обрати необхідну і достатню міру кримінальної відповідальності з метою перевиховання особи, а також попередження вчинення нових злочинів. Тому персоналу органу пробації необхідно відповідально поставитись до збору інформації про особу і складення досудової доповіді, оскільки це може вплинути на процесуальне рішення суду, а відповідно, і на долю людини.

Список використаних джерел:

1. Ющик О.І. Індивідуалізація покарання як кримінально-правовий принцип. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО. Вип. 27. Том 3. 2014. С. 85–88.

2. Про пробацію: Закон України від 5 лютого 2015 р. № 160-VIII. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/160-19.

3. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. із змінами і доповненнями. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/662-15.

4. Про судостій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. URL: https://zakon.help/law/1402-VIII/nopagination.

5. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. ETS № 005. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU50K02U.html.

6. Городовенко В.В. Принцип справедливості судової влади: загальнотеоретичні аспекти. Адвокат. 2012. №2 (137). С. 20–24.

7. Рекомендація CM/Rec(2010)1 Комітету Міністрів державам-членам про Правила Ради Європи про пробації. URL: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/Rec(2010)1Ukraiian.pdf.

8. Єні О. Досудова доповідь у судовому кримінальному провадженні / О. Єні, Л. Матієк. Науковий часопис Національної академії прокуратури України. 2017. № 2(14). С. 42–50.
9. Ткач Т.П. Досудова доповідь служби пробації: поняття, необхідність, функції. Науковий вісник Інституту кримінально-виконавчої служби. 2014. № 1. С. 56–65.
10. Богатирьова О.І. Дослідження особистості (досудова доповідь) як одна із функцій служби пробації. Право та управління. 2012. № 2. С. 141–152.
11. Олефір Л.І. Досудова доповідь як складовий елемент соціально-правового дослідження правопорушника. Науковий вісник Херсонського державного університету. 2015. Випуск 1. Том 4. 2015. С. 34–36.
12. Кримінально-процесуальний кодекс України. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1207-18/paran117#n117.
13. Порядок складення досудової доповіді, затверджений наказом Міністерства юстиції України 27 січня 2017 р. № 200/5. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/RE29989.html.
14. Ухвала Піщанського районного суду Вінницької області № 142/678/78. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/70203928.

КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНАЛІСТИКА

ГАЛАГУРЯ Є. Л.,
ад'юнкт
(Харківський національний університет внутрішніх справ)

УДК 343.985

ОСОБЛИВОСТІ РОЗСЛІДУВАННЯ УМИСНИХ ВБИВСТВ З МОТИВІВ РАСОВОЇ, НАЦІОНАЛЬНОЇ ЧИ РЕЛІГІЙНОЇ НЕТЕРПИМОСТІ

Стаття присвячена розкриттю специфіки розслідування умисних вбивств з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості. Автор вважає, що основною особливістю розслідування умисних вбивств з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості є потреба доказування мотиву даного злочину. Вказується, що навколо отримання відомостей про спонукання підозрюваного щодо вчинення вбивства особи іншої раси, національності або конфесії вибудовується тактика слідчих дій. На переконання автора, показовою рисою розслідування вбивств, вчинених на ґрунті нетерпимості, виступає необхідність для викриття підозрюваного наявності у слідчого спеціальних знань про існуючі субкультури, націоналістичні та інші екстремістські організації, фундаменталістські релігійні спільноти, які існують у суспільстві.

Ключові слова: *вбивство, мотив, розслідування, нетерпимість.*

Статья посвящена раскрытию специфики расследования умышленных убийств по мотивам расовой, национальной или религиозной нетерпимости. Автор считает, что основной особенностью расследования умышленных убийств по мотивам расовой, национальной или религиозной нетерпимости является потребность доказывания мотива данного преступления. Указывается, что вокруг получения сведений о побуждении подозреваемого в совершении убийства лица другой расы, национальности или конфессии выстраивается тактика следственных действий. По мнению автора, показательной чертой расследования убийств, совершенных на почве нетерпимости, выступает необходимость для изобличения подозреваемого наличия у следователя специальных знаний о существующих субкультурах, националистических и других экстремистских организаций, фундаменталистских религиозных сообществах, которые существуют в обществе.

Ключевые слова: *убийство, мотив, расследование, нетерпимость.*

The article is devoted to the disclosure of the specifics of the investigation of intentional murder on motives of racial, national or religious intolerance. The author believes that the main feature of the investigation of intentional murder on motives of racial, national or religious intolerance is the need to prove the motive of this crime. It's indicated that the tactics of investigative actions are being built around collecting information about the motive of a suspect to commit a murder of a person of another race, nationality or confession. According to the author, an indicative feature of the investigation of murders committed on the basis of intolerance is the need for exposing the suspect to have a special knowledge of subcultures, nationalist and other extremist organizations, fundamentalist religious communities that's existing in society.

Key words: *murder, motive, investigation, intolerance.*

Вступ. Злочини з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості порушують як норми міжнародного права, так і Конституції України про рівність та заборону дискримінації [1]. Згідно із Загальною декларацією прав людини (1948 р.), кожна особа повинна мати всі права і всі свободи «незалежно від раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного чи соціального походження, майнового, станового або іншого становища» (ст. 2). Подібні норми містять також Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (1966 р.) і ряд інших основних міжнародних нормативних правових актів: Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (1965 р.), Декларація про ліквідацію всіх форм нетерпимості та дискримінації на ґрунті релігії або переконань (1981 р.) і т.д. П. 14 ч. 2 Ст. 115 КК «Умисне вбивство» передбачає кваліфікований вид вбивства з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості [2]. Сутність даного злочину полягає в тому, що злочинець вчиняє його з мотивів, викликаних його особистим ненависницьким (упередженим) ставленням до жертви, котра має специфічний статус чи належить до певної соціальної верстви. У зв'язку з цим під загрозою опиняється особиста недоторканість, життя, здоров'я, власність та інші людські цінності жертви. Кожний прояв ненависті щодо зазначених потерпілих може мати свою специфіку. Відповідно, власну специфіку має практично кожен випадок розслідування умисних вбивств з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості.

Проблематика окремих питань розслідування умисних вбивств з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості в останні роки знайшла відображення в наукових працях таких вчених, як Л.В. Дорош, І.М. Осика, Т.А. Пазинич, А.В. Савченко та ін. Специфіка тактичних прийомів розслідування вбивств означеного виду проаналізована в декількох методичних рекомендаціях, сформованих для використання правоохоронними органами. Натомість комплексне дослідження особливостей розслідування умисних вбивств з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості залишається незавершеним.

Постановка завдання. Автор ставить перед собою мету визначити особливості розслідування умисних вбивств з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості.

Результати дослідження. Основною особливістю розслідування умисних вбивств з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості є власне доказування мотиву вчинення цього злочину. Адже як зазначає А.В. Савченко, під час провадження дізнання, досудового слідства та розгляду кримінальної справи в суді мотив підлягає обов'язковому доказуванню, а також зазначенню в обвинувальному висновку слідчого та обвинувальному вироку суду [3, с. 174].

Дійсно, для застосування п. 14 ч. 2 ст. 115 КК необхідно встановити конкретний спеціальний мотив. Цей мотив може поєднуватися з іншими спонуканнями (помста, корисливість, хуліганські мотиви), водночас він має серед них домінувати. Домінуючим спонуканням у цьому випадку виступає прагнення винної особи вчинити фізичну розправу з потерпілим у зв'язку з його расовою чи національною приналежністю або релігійними переконаннями, тим самим принизити честь і гідність певної раси, нації або конфесії. Сюди також відноситься бажання спровокувати або розпалити національну, расову чи релігійну ворожнечу та ненависть, продемонструвати шовіністичний світогляд або ксенофобію щодо всіх інших чи конкретних груп людей. У цьому сенсі слід вказати, що українське кримінальне законодавство не дозволяє застосовувати змішані мотиви [4, с. 54]. Відтак можна лише говорити про різне ставлення до злочинної дії та до її наслідків.

Тобто за умови вчинення вбивства з мотивів національної нетерпимості позбавлення життя конкретної особи виступає лише проміжною ціллю злочинців, оскільки основна мета – приниження національної гідності інших представників цієї національності; в іншому випадку необхідно визнавати інший мотив злочину. При цьому третьою стороною конфлікту, або другим потерпілим у широкому розумінні цього слова буде будь-який представник цієї національності [5, с. 20].

А.В. Шлегель виділяє наступні особливі ознаки, характерні для механізму вбивства за мотивами нетерпимості: здійсненням злочинів проти особистості на ґрунті нетерпимості є реалізація ненависті або ворожнечі відносно особи, що має специфічні ознаки зовнішності, шляхом заподіяння смерті або погрози вбивством, або шляхом заподіяння навмисних тяжких, або середньої тяжкості тілесних ушкоджень, а також шляхом побоїв, катування; мотив злочину

обмежується національною ненавистю або ворожнечею стосовно тільки до певної етнічної групи населення, антропологічні ознаки якої не є характерними для зовнішності осіб, які традиційно проживають на певній території; особистість злочинця, його приналежність до молодіжних угруповань, які пропагують агресивність, жорстокість, насильство, націоналістичну та профашистську ідеологію; вік злочинця, як правило, від 14 до 30 років; особистість потерпілого має ознаки зовнішності, властиві особам африканського, азіатського походження; при цьому вік, рівень освіти та культури, приналежність до будь-якої соціальної групи населення не має значення; характерні способи здійснення насильницьких дій, спрямованих на заподіяння смерті, тілесних ушкоджень, побоїв і катування (побиття ногами із застосуванням підручних засобів і ножів); злочин носить відкритий, демонстративний характер; дії із приховання слідів злочину, як правило, відсутні; місцем здійснення злочину є громадські місця [6, с. 67]. Усі означені обставини повинні бути вивчені під час розслідування цієї категорії злочинів.

Досліджуючи вищенаведені ознаки, характерні для механізму вбивства за мотивами нетерпимості, слідчому слід пам'ятати, що такий мотив виникає у злочинця в результаті деформації свідомості та появи помилкових потреб (так званих «квазіпотреб»). Цими «квазіпотребами» стають: уявна необхідність «захисту» від представників інших рас, національностей, релігій; бажання показати «перевагу» представників однієї раси над іншими; ненависть до представників інших рас, націй або віросповідань. Відповідно, для злочинця є важливим залишити на місці вчинення вбивства певні «пам'ятки» про відповідність його вчинку певному світогляду. Наприклад, слідами злочину, що свідчать про мотив нетерпимості, є: висловлення расистського або іншого змісту, що відображають нетерпимість до представників іншої раси, національності, релігії і т.д.; наявність написів, малюнків (у т.ч. графіті), що принижують національні, релігійні або інші почуття або свідчать про те, що певний акт вчинили представники певного угруповання.

У свою чергу, джерелами фактичних даних про ксенофобські настрої, висловлення та дії конкретної особи можуть бути показання друзів, знайомих або сусідів; журнали, книги, які читає підозрюваний; музика, яку він слухає; фільми, які дивиться; інтернет-сайти, які відвідує. Інформація про приналежність особи до певного радикального угруповання може бути отримана з баз даних органів внутрішніх справ, які ведуть облік членів екстремістських угруповань (наприклад, неонацистських, фашистських націоналістичних, комуністичних, анархістських, фундаменталістських).

Сліди вбивства за мотивами нетерпимості залишаються як на місці злочину та на потерпілих і злочинцях (матеріальні сліди), так і в пам'яті свідків, очевидців тощо (ідеальні сліди). Особливістю утворення слідів даного виду злочинів є те, що переважна більшість доказової інформацій зберігається в пам'яті людей, тобто слідчий буде мати справу в основному з ідеальними слідами. Так, певну інформацію може дати опис підозрюваної особи, яка може мати татуювання, властиві певній субкультурі або націоналістичним організаціям. Про настрої підозрюваного можуть свідчити й інші дії, наприклад, нанесення написів або зображень нацистського або расистського характеру на стінах.

Як бачимо, детальне дослідження мотиву вчинення умисного вбивства з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості також необхідно для з'ясування обставин події. Важливо досліджувати не тільки, чому для досягнення мети підозрюваний обрав конкретний предмет злочинного посягання, але й чому він обрав той чи інший спосіб вчинення кримінального правопорушення і певні місце та час, тобто чому він вчинив злочин щодо саме цього представника тієї чи іншої групи, а не іншого, чому він вчинив саме вбивство, а не заподіяв шкоду здоров'ю потерпілого. Виключно такий складний ієрархічний підхід до дослідження мотивів у разі вчинення злочину на ґрунті расової, національної чи релігійної нетерпимості слугуватиме всеосяжному аналізу всіх обставин події.

Відповідно, всі наступні особливості розслідування умисних вбивств з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості будуть походити саме із завдання встановлення та доказування мотиву цього злочину. Виходячи з мотиву злочину, слідчим встановлюватиметься: обстановка, час та місце вчинення вбивства, зокрема події, що передували і могли

спровокувати напад на людину; спосіб вчинення вбивства, зокрема характер насильства, яке було застосоване, засоби і знаряддя злочину, кількість співучасників та їх ролі; наявність з боку підозрюваного висловлювань чи дій (жести, демонстрація поглядів тощо) ксенофобського характеру до, під час або після вчинення нападу; дані про особу потерпілого, зокрема його належність до певної расової, національної чи релігійної групи; детальні обставини щодо того, яким чином і чому опинився на місці вчинення нападу; детальні дії потерпілого до і під час нападу (чи був конфлікт, провокація, чи чинився ним опір злочинцям, яким чином і якими засобами намагався захиститися потерпілий); у чому виражалось застосоване насильство до потерпілого, які завдані тілесні ушкодження, що стало причиною смерті.

Так, у разі виявлення трупу типовими слідами, які можуть вказувати на наявність мотиву ненависті, є: сліди, які вказують на те, що вбивство вчинено шляхом страти з розрахунком на подальше виявлення жертви; наявність на тілі жертви слідів катувань; нанесення на тіло жертви націоналістичної символіки; листівки, плакати, малюнки, записки ксенофобського змісту, які залишені злочинцями на тілі жертви чи в її одязі. На цьому етапі розслідування повинна здійснюватися підготовка та призначення судово-медичної експертизи трупа та інших експертиз залежно від вилучених об'єктів: трасологічної, дактилоскопічної, балістичної, криміналістичної експертизи холодної зброї, медико-криміналістичної, молекулярно-біологічної експертизи (дослідження ДНК) та інших.

У разі провадження такої слідчої дії, як огляд місця події, про наявність мотиву нетерпимості можуть свідчити наступні матеріальні сліди: знаряддя вчинення злочину, які містять націоналістичну символіку; націоналістичні надписи на предметах обстановки місця події; зображення на предметах місця події фашистських чи інших націоналістичних знаків, абревіатур; листівки, плакати малюнки, записки націоналістичного спрямування; націоналістична символіка; одяг підозрюваних (чи її частини), яка має специфічний вигляд, характерний для представників націоналістичних угрупувань; сліди знущання над символами національної чи расової приналежності потерпілих. Під час огляду місця події за фактами вбивств осіб, які пропагують певні релігійні погляди, варто детально описувати, в якому стані знаходяться наступні об'єкти: агітаційно-роздатковий матеріал; на якій території він розкиданий; стенди; столи та стільці.

Важливою слідчою дією під час розслідування умисних вбивств з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості є допит свідків і очевидців події щодо обставин, які передували злочину, самих обставин нападу та подій після нього. Як зазначає Т.А. Пазинич, серед свідків вбивств цієї категорії часто виявляються жителі сусідніх будинків, які спостерігають з вікон власних домівок або перебувають поруч і намагаються зупинити нападників; таксисти, які або щойно привезли, або очікували клієнтів; лікарі бригад швидкої допомоги, яких викликали на місце нападу [7, с. 261].

Треба зауважити, що після встановлення і затримання підозрюваної особи в будь-якому разі потрібно перевіряти всі можливі версії щодо інших мотивів цього злочину. У зв'язку з цим потрібно дослідити стосунки потерпілого і підозрюваного, чи були вони знайомі і якщо так, то які були тривалість і характер цих стосунків; чи не виникало між ними конфліктів, якщо так, які були причини для цього; чи не було між ними укладено угод цивільно-правового характеру, чи були боргові зобов'язання; чи не вчиняв потерпілий щодо підозрюваного будь-яких дій, що могли потягти за собою відповідну реакцію (наприклад, помсту). У випадку, коли підозрюваний невідомий, на початковому етапі розслідування вбивств, що мають ознаки вчинення з мотиву расової, національної чи релігійної нетерпимості, слід зробити запит до підрозділу карного розшуку про перебування особи на відповідному обліку, а також спрямувати направлення доручення працівникам карного розшуку щодо відпрацювання молодіжних угрупувань з метою пошуку підозрюваних, а також моніторингу відповідних інтернет-сторінок, де може з'явитися інформація про відповідну проведену акцію.

Науково-практичною порадою фахівців із розслідування умисних вбивств з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості є обов'язкове проведення на подальшому

етапі такого різновиду огляду, як освідування особи, яке проводиться для виявлення на тілі слідів кримінального правопорушення або особливих прикмет. До особливих прикмет осіб, що вчиняють злочини з мотивів нетерпимості, відносяться татуювання відповідної тематики та спрямування [8, с. 157]. Наприклад, в підозрюваного у вбивстві з мотивів расової ненависті на тілі може бути виявлене татуювання у вигляді нацистської свастики.

До специфіки розслідування умисних вбивств з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості на подальшому етапі можна віднести те, що в ході розслідування можливим є проведення негласних слідчих дій, таких як: аудіо- та відеоконтроль особи, обстеження житла, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, зняття інформації з електронних інформаційних систем, установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу, спостереження за особою, річчю або місцем та деяких інших, у виключних випадках.

Крім того, на подальшому етапі розслідування умисних вбивств з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості, як стверджує Т.А. Пазинич, слід проводити такі слідчі дії, як допит підозрюваного, слідчий експеримент, призначати судово-психіатричну, судово-психологічну, наркологічну експертизи, а також за потреби – експертизи комп'ютерної техніки і програмного забезпечення [9, с. 127].

Висновки. Основною особливістю розслідування умисних вбивств з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості є потреба доказування мотиву даного злочину. Слідчий має пам'ятати про складність мотиву нетерпимості, який підкорений загальній меті вбивства – показати шовіністичну перевагу злочинця над жертвою. Тому навколо отримання відомостей про спонукання підозрюваного щодо вчинення вбивства особи іншої раси, національності або конфесії вибудовується тактика слідчих дій. Показовою рисою розслідування вбивств, вчинених на ґрунті нетерпимості, виступає необхідність для викриття підозрюваного наявності у слідчого спеціальних знань про існуючі субкультури, націоналістичні та інші екстремістські організації, фундаменталістські релігійні спільноти, які існують у суспільстві. На цій основі слідчому варто будувати ієрархічну систему слідчих дій, у тому числі цілу низку судових експертиз. Подальші дослідження планується присвятити аналізу тактичних прийомів окремих слідчих дій, до яких варто вдаватися слідчому для розкриття умисних вбивств з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості.

Список використаних джерел:

1. Конституція України від 28.06.1996 р. Відомості Верховної Ради (ВВР). 1996. № 30. Ст. 141.

2. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. Відомості Верховної Ради (ВВР). 2001. № 25–26. Ст. 131.

3. Савченко А.В. Вплив мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості на кваліфікацію злочинів. Вісник Академії адвокатури України. 2010. Вип. 1. С. 174–177.

4. Hate Crime Laws. A Practical Guide. OSCE ODIHR. 2009. 67 p.

5. Методика расследования преступлений, совершаемых на почве национальной или расовой вражды или ненависти / А.Я. Винников, Н.М. Гиренко, О.Н. Коршунова, А.В. Леухин, Е.Б. Серова; под общ. ред. О.Н. Коршуновой. – СПб., 2002. 92 с.

6. Шлегель О.В. Методика расследования преступлений против личности, совершаемых по мотиву национальной ненависти или вражды: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. 208 с.

7. Пазинич Т.А. Основні положення розслідування вбивств, що вчинені з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості. Науковий вісник публічного та приватного права. 2016. Вип. 4. С. 259–263.

8. Розслідування злочинів, вчинених на ґрунті нетерпимості: навчально-практичний посібник / За ред. І.М. Осика. Київ, 2012. 167 с.

9. Пазинич Т.А. Особливості розслідування вбивств з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2016. Вип. 5. С. 124–129.

НУДЖЕЙДАТ ВЕАМ,
аспірант кафедри кримінально-правових дисциплін
юридичного факультету
(Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна)

УДК 343.98.067

СЛІДЧІ СИТУАЦІЇ ПОЧАТКОВОГО ЕТАПУ РОЗСЛІДУВАННЯ ЗҐВАЛТУВАНЬ І ТАКТИЧНІ ОПЕРАЦІЇ

У статті обґрунтовано визначення типових слідчих ситуацій початкового етапу розслідування зґвалтувань за ключовою для розслідування ознакою – існування чи відсутності певних соціальних відносин між підозрюваним і потерпілою особою. Розкривається зміст тактичних операцій, що відповідають слідчим ситуаціям.

Ключові слова: *зґвалтування, досудове розслідування, слідча ситуація, тактична операція.*

В статье обосновано определение типичных следственных ситуаций первоначального этапа расследования изнасилований по ключевому для расследования признаку – существованию или отсутствию определенных социальных отношений между подозреваемым и потерпевшим лицом. Раскрывается содержание тактических операций, соответствующих следственным ситуациям.

Ключевые слова: *изнасилование, досудебное расследование, следственная ситуация, тактическая операция.*

In the article the definition of typical investigative situations of the initial stage of the investigation of rape based on the key to the investigation feature is substantiated – the existence or absence of certain social relations between the suspect and the injured person. The content of the tactical operations corresponding to the investigation situations is disclosed.

Key words: *rape, pre-trial investigation, investigative situation, tactical operation.*

Вступ. У методиках розслідування злочинів окремих видів для наближення наукових рекомендацій до потреб слідчої практики використовується ситуаційний підхід. Але щодо розслідування зґвалтувань це питання, не дивлячись на наявність відповідних наукових досліджень Л.В. Пономарьової, В.М. Шевчука, О.В. Ляліної, В.В. Пясковського, А.Ю. Лісової, вирішується неоднозначно. Визначення шляхів вирішення існуючих дискусійних питань щодо ситуаційного підходу до розслідування зґвалтувань і зумовлює актуальність даної статті.

Постановка завдання. Метою статті є визначення типових слідчих ситуацій початкового етапу розслідування зґвалтувань, розкриття змісту тактичних операцій, що відповідають слідчим ситуаціям.

Результати дослідження. У підручниках із криміналістики стосовно типових слідчих ситуацій початкового етапу розслідування зґвалтувань викладені досить різні положення. Так, В.М. Шевчук розглядає зміст початкового етапу розслідування через призму трьох типових ситуацій: 1) коли злочинець знайомий заявнику або встановлений слідством;

2) коли зґвалтування вчинено невідомим злочинцем, потерпіла особа незнайома з ґвалтівником; 3) коли зґвалтування вчинено відомим злочинцем, проте він зник із місця події [1, с. 311–314]. Неважко помітити, що наведені слідчі ситуації визначені за різними ознаками (знайомство злочинця і потерпілої, встановлення особи злочинця слідством, зникнення злочинця), що не сприяє логічності викладення.

В.В. Пясковський зазначає, що початок розслідування зґвалтування ситуаційно залежить від фактору попередніх стосунків між потерпілою та ґвалтівником, і наводить такі типові слідчі ситуації: а) потерпіла знайома з ґвалтівником; б) потерпіла не знайома з ґвалтівником, але запам'ятала його зовнішність і зможе його впізнати; в) потерпіла не знайома з ґвалтівником і впізнати його не зможе внаслідок раптовості нападу або вжитих ним заходів маскування. Вказаний автор наводить й іншу групу типових слідчих ситуацій, яка віднесена ним до категорії зґвалтувань, що вчиняються групою осіб: а) у разі зґвалтування групою осіб потерпіла знає одного з учасників злочину, а інших – ні; б) один із учасників зґвалтування, вчиненого групою осіб, залишившись віч-на-віч із потерпілою, відмовився від вчинення злочину, виявив почуття жалості, турбування, намагався надати допомогу; в) потерпіла добровільно погодилася на статеву близькість зі знайомим, але він, скориставшись цим, привів її туди, де чекала група осіб, які й вчинили групове зґвалтування [2, с. 468]. Але, на жаль, В.В. Пясковський не висвітлив особливостей наведених ним типових слідчих ситуацій і тих завдань, які вирішуються у відповідних умовах за допомогою слідчо-розшукових дій.

Л.В. Пономарьова наводить набагато ширший спектр типових слідчих ситуацій у розслідуванні зґвалтувань, що визначаються за різними критеріями: 1) за джерелом вихідної інформації; 2) за об'ємом і змістом інформації; 3) за суб'єктами злочину; 4) за кількістю і віком потерпілих; 5) за характером повідомленої первинної інформації та умовах її отримання; 6) ситуації при розслідуванні призупинених кримінальних справ та кримінальних справ, що були повернуті судом для додаткового розслідування, а також необґрунтовано припинених кримінальних справ [3, с. 96–98]. Такий підхід підтримала А.Ю. Лісова, відзначивши, що, хоча методика досудового розслідування зґвалтування і залежить від знайомства ґвалтівника і потерпілої, важливе значення має також аналіз ситуацій залежно від джерела вихідної інформації, від її обсягу та змісту, давності її отримання, кількості та віку потерпілих, тяжкості та характеру тілесних ушкоджень, заподіяних потерпілій особі, очевидності, серійності тощо [4, с. 15].

На наш погляд, виділення слідчих ситуацій у методиці розслідування злочинів за різними підставами має сенс тільки тоді, коли такі ситуації суттєво впливають на визначення тактичних завдань розслідування і відповідні їм засоби вирішення – слідчо-розшукові дії та їх комплекси, викладені у формі певних програм організації розслідування. Л.В. Пономарьова не використовує наведену нею систему слідчих ситуацій зґвалтувань із цією метою. Вона формулює «цільові програми організації розслідування зґвалтувань» за довільним комплексом різнорідних ознак злочину, орієнтуючись на конкретні приклади зі слідчої практики [3, с. 99–119]. У реальній дійсності може бути безліч різноманітних слідчих ситуацій, що включають у себе фактори, які впливають на прийняття процесуальних і тактичних рішень та їх реалізацію. Але провести їх типізацію вкрай важко, оскільки в широкому розумінні слідча ситуація включає в себе як об'єктивні фактори, так і низку суб'єктивних, які взагалі не піддаються типізації. Тому видається, що варто зосереджувати увагу на такій ознаці (компоненті) слідчої ситуації, яка, з одного боку, має ключове значення для визначення найважливіших тактичних завдань досудового розслідування, а з іншого – піддається типізації. Такою ознакою, на наш погляд, є інформація про особу злочинця, яка вказує на факт існування чи відсутність певних соціальних відносин між ним і потерпілою особою.

Вивчення матеріалів кримінальних проваджень щодо зґвалтувань, аналіз відповідних наукових праць дає підстави для виділення певних типових слідчих ситуацій початкового етапу досудового розслідування, побудованої на характері первинної інформації про злочин. Це стосується інформації про наявність чи відсутність соціального зв'язку між потерпілою і ґвалтівником, що, на наш погляд, є найважливішим для визначення тактичних завдань

розслідування і засобів їх вирішення. Виходячи з того, що даний чинник обумовлює предмет доказування (місце та обстановку вчинення злочину, характер дій злочинця, відповідні сліди та інші обставини зґвалтування), вважаємо його ключовим у застосуванні ситуаційного підходу. Таким чином, з урахуванням наявності інформації про характер стосунків між потерпілою особою і злочинцем доцільно виділяти такі ситуації.

Ситуація 1. Досудове розслідування розпочато у зв'язку із заявою про вчинення зґвалтування незнайомою потерпілій особою. Тут можна виділити різновиди такої ситуації, що детермінують певні особливості тактичних завдань розслідування і проведення слідчо-розшукових дій: а) потерпіла особа запам'ятала зовнішність ґвалтівника і може його впізнати (це характерно, наприклад, за умови нетривалого спілкування ґвалтівника із жінкою перед нападом на неї); б) потерпіла особа не запам'ятала зовнішність ґвалтівника (через раптовість нападу, маскування зовнішності, втрату свідомості).

Спільним для наведених різновидів слідчої ситуації є те, що потерпіла особа після звернення у правоохоронні органи із заявою про вчинення злочину не вказує на відому їй конкретну особу ґвалтівника й, у кращому разі, повідомляє про його ознаки зовнішності чи ім'я, яким він представився під час короткочасного знайомства (воно може бути вигаданим). Відтак на початковому етапі слідчий має своїм першочерговим завданням встановлення, розшук та ідентифікацію підозрюваного. Це тактичне завдання вимагає проведення комплексу слідчо-розшукових дій – тактичної операції «Розшук та ідентифікація ґвалтівника». Потрібно зазначити, що в криміналістичних дослідженнях проблематики розслідування зґвалтувань категорія тактичних операцій використовується, але не завжди в поєднанні з ситуативним підходом. Так, О.В. Ляліна розглядає зміст тактичної операції «Розшук і затримання» без орієнтації на відповідну слідчу ситуацію [5, с. 93–116].

Інформаційною основою для здійснення тактичної операції «Розшук та ідентифікація ґвалтівника» є положення криміналістичної характеристики, відповідно до яких зґвалтування, які вчиняються незнайомою потерпілій особою шляхом раптового нападу, зазвичай здійснюють особи з маргінальними рисами: низький соціальний статус, агресивна поведінка, статева розбещеність, психічні аномалії, наявність судимості тощо. Дана тактична операція включає в себе такий комплекс слідчо-розшукових дій: огляд місця події з метою виявлення слідів ґвалтівника, які дозволять його ідентифікувати; допит потерпілої особи про обставини зґвалтування з визначенням особистісних рис ґвалтівника і складанням його суб'єктивного портрета, необхідного для розшуку; встановлення і допит свідків, які могли бачити ґвалтівника (перед зґвалтуванням, під час його вчинення або після нього); оперативно-розшукові заходи в місцях можливої появи злочинця з використанням його суб'єктивного портрета з наступним пред'явленням для впізнання затриманої особи.

Разом із тактичною операцією щодо розшуку та ідентифікації ґвалтівника проводиться й тактична операція «Ознаки насильницького статевого акту у потерпілої», метою якої є встановлення факту здійснення з потерпілою особою насильницького статевого акту у вказаний нею час. Ця тактична операція передбачає такий комплекс слідчо-розшукових дій: вилучення та огляд одягу, білизни, інших речей потерпілої особи, на яких можуть бути сліди злочинця і вчинених ним дій; призначення судово-медичної експертизи потерпілої і речових доказів; встановлення і допити свідків, які контактували з потерпілою відразу після вчинення зґвалтування (зокрема, батьків, подруг, сусідів тощо).

У разі встановлення підозрюваного та його затримання, окрім пред'явлення для впізнання, щодо нього проводиться комплекс слідчо-розшукових дій, який можна назвати тактичною операцією «Ознаки статевого акту у підозрюваного», метою якої є отримання доказів нападу і вчинення статевого акту з потерпілою саме затриманою особою: допит підозрюваного; особистий обшук підозрюваного та обшук за місцем його проживання з метою вилучення одягу, білизни, взуття, інших речей зі слідами злочину, а також інших речей, у т. ч. тих, які належать потерпілій (її прикрас, білизни); призначення судово-медичної експертизи підозрюваного і вилучених під час обшуку речових доказів зі слідами біологічного походження; призначення криміналістичної експертизи одягу потерпілої і підозрюваного

з метою встановлення факту їх контактування між собою (мікрочастинок); пред'явлення для впізнання речей, які належали потерпілій і були вилучені у підозрюваного.

Таким чином, метою проведення вказаних тактичних операцій є з'ясування обставин нападу і зґвалтування, встановлення підозрюваного та його ідентифікація, отримання доказів вчинення саме ним насильницького статевого акту та можливих інших дій.

Ситуація 2. Досудове розслідування розпочато у зв'язку із заявою про вчинення зґвалтування знайомою потерпілій особою. Характерною особливістю даної ситуації є те, що потерпіла особа мала певні стосунки (відносини) до злочину з особою, на яку вона вказує як на ґвалтівника. Це стосується й випадків, коли потерпіла знає лише одну чи декількох осіб із учасників групового зґвалтування. Дана обставина вносить суттєві корективи у визначення тактичних завдань розслідування і засоби їх вирішення.

З одного боку, зазначена ситуація є найбільш сприятливою для розслідування у зв'язку з наявністю відомостей не лише про місце, обставини зґвалтування і можливих свідків, але й про ґвалтівника та можливе місце його перебування (місце проживання, роботи чи навчання). З іншого боку, в цій ситуації є й суттєві труднощі, пов'язані з необхідністю встановлення нюансів особистих стосунків між людьми (в т. ч. інтимних), що нерідко пов'язано з певною протидією з боку сторін, яка ґрунтується на морально-етичних уявленнях. Тому основними тактичними завданнями, що постають перед слідством, є, по-перше, встановлення наявності ознак у потерпілої особи здійснення статевого акту проти її волі, по-друге, встановлення причетності до його вчинення особи, на яку вказує заявник (потерпіла), по-третє, встановлення характеру стосунків потерпілої і підозрюваного.

Для вирішення першого завдання проводиться тактична операція «Ознаки насильницького статевого акту у потерпілої», зміст якої розглядався вже у попередній слідчій ситуації. Але в даному разі проведення такої операції здійснюється на тлі потреби у врахуванні можливого неправдивого звинувачення в зґвалтуванні (статевий акт міг бути добровільним), що обумовлює певні особливості в проведенні комплексу слідчо-розшукових дій: огляд місця події з метою встановлення обстановки і слідів здійснення насильницького статевого акту (сліди рук ґвалтівника, залишені ним предмети та інші його сліди тут не мають того значення, яке вони мають у попередньо розглянутій ситуації); допит потерпілої особи про обставини зґвалтування; вилучення та огляд одягу, білизни, інших речей потерпілої, на яких можуть бути сліди особи біологічного походження, які вказують, що статевий акт було здійснено саме ним; призначення судово-медичної експертизи потерпілої і речових доказів.

Для вирішення другого тактичного завдання – встановлення причетності до насильницького статевого акту особи, на яку вказує потерпіла, потрібен комплекс слідчо-розшукових дій під умовною назвою «Ознаки статевого акту у підозрюваного»: допит підозрюваного про обставини перебування у певному місці і здійснення статевого акту з потерпілою особою; особистий обшук підозрюваного та обшук за місцем його проживання з метою вилучення одягу, білизни, взуття, інших речей зі слідами статевого акту і насильницьких дій (наприклад, пошкоджених речей через спротив потерпілої, якщо він мав місце); призначення судово-медичної експертизи підозрюваного і вилучених під час обшуку речей зі слідами біологічного походження з метою ідентифікації підозрюваного як «партнера» статевих зносин із потерпілою.

Потрібно зазначити, що підозрюваний може не заперечувати факт статевих зносин із потерпілою, але посилатися на їх погодженість (добровільність). Не дивлячись на це, наведений комплекс слідчо-розшукових дій потрібно проводити, оскільки підозрюваний надалі може змінити свої показання. Потрібно направити зусилля на виявлення і перевірку ознак застосування підозрюваним під час здійснення статевого акту фізичного насильства, погрози ним або доведення потерпілої до безпомічного стану (наприклад, шляхом введення в організм потерпілої алкоголю, сильнодіючих препаратів або наркотиків).

Для вирішення третього тактичного завдання – встановлення характеру стосунків потерпілої і підозрюваного, також може бути рекомендований комплекс слідчо-розшукових

дій під умовною назвою тактичної операції «Характер стосунків потерпілої і підозрюваного»: допит потерпілої особи про характер відносин із підозрюваним; допит підозрюваного про відносини з потерпілою особою; допити свідків, які володіють інформацією про взаємовідносини потерпілої і підозрюваного або які контактували з потерпілою відразу після вчинення зґвалтування. Вказані допити мають взаємний перевірочний характер і спрямовані на встановлення мотивів, з одного боку, можливих насильницьких дій підозрюваним, а з іншого – можливих мотивів неправдивої заяви про зґвалтування з боку потерпілої особи.

Висновки. Підсумовуючи викладене, потрібно відзначити, що, звичайно, наведені тактичні операції за своїм змістом (слідчо-розшуковими діями) перетинаються між собою – одними і тими ж діями встановлюються різні обставини. Але видається, що виділення окремих тактичних операцій є доцільним, оскільки звертає увагу на необхідність вирішення таких завдань розслідування, які можуть вирішуватися не окремою дією, а лише комплексом слідчо-розшукових дій, що обумовлюється особливостями типової слідчої ситуації.

Список використаних джерел:

1. Шепітько В.Ю., Коновалова В.О., Журавель В.А. Криміналістика: підручник / за ред. В.Ю. Шепітька. Х.: Право, 2008. 464 с.

2. Пясковський В.В., Чорноус Ю.М., Іщенко А.В., Алєксєєв О.О. Криміналістика: підручник. К.: Центр навчальної літератури», 2015. 544 с.

3. Пономарева Л.Е. Методика расследования изнасилований. М.: ООО Изд-во «Юрлитформ», 2002. 152 с.

4. Лісова А.Ю. Основи методики розслідування згвалтування: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. К.: Нац. акад. внутр. справ, 2014. 20 с.

5. Лялина Е.В. Первоначальный етап расследования изнасилований, совершаемых группой несовершеннолетних: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09. Саратов: Саратов. гос. акад. права, 2006. 245 с.

ПОНОМАРЕНКО О. В.,
студентка юридичного факультету
(Чернігівський національний технологічний університет)

СЕНЧЕНКО Н. М.,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального права і правосуддя
(Чернігівський національний технологічний університет)

УДК 343.13:341.4

СУЧАСНИЙ СТАН ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ МІЖНАРОДНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА ПІД ЧАС КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Стаття присвячена аналізу положень кримінального процесуального законодавства, що регламентує відносини в сфері міжнародного співробітництва під час кримінального провадження. Визначено стан правової регламентації міжнародного співробітництва у кримінальному провадженні в Україні.

Ключові слова: *кримінальне провадження, міжнародне співробітництво, суб'єкт, принципи, кримінально-процесуальні відносини, держава.*

Статья посвячена аналізу положений уголовного процессуального законодательства, регламентирующего отношения в сфере международного сотрудничества в ходе уголовного производства. Определены состояние правовой регламентации между народного сотрудничества в уголовном производстве Украины.

Ключевые слова: *уголовное производство, международное сотрудничество, субъект, принципы, уголовно-процессуальные отношения, государство.*

The article is devoted to the analysis of the provisions of the criminal procedur allaw regulating the relations in the field of international cooperation during the criminal proceedings. The stan of the pragmatism of the interagency cooperation in the criminal proceedings in Ukrane.

Key words: *criminal proceedings, international cooperation, subject, principles, criminal-procedural relations, state.*

Вступ. Шлях України до європейського співтовариства, динамічний розвиток її міжнародного співробітництва з європейськими країнами у всіх сферах суспільного життя, в т. ч. у галузі кримінального процесу, висувають перед вітчизняною наукою кримінального процесуального права та перед законодавцем нові завдання, сутність яких полягає, насамперед, у створенні такого правового забезпечення міжнародного співробітництва у цій сфері, що дозволятиме ефективно вирішувати завдання кримінального провадження і усуватиме перешкоди для його здійснення. Вперше на рівні національного законодавства Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України) передбачено окремий розділ IX «Міжнародне співробітництво під час кримінального провадження», що визначає процесуальний механізм його здійснення.

У сучасних умовах посилення транснаціонального характеру злочинності все більша кількість осіб, які обвинувачуються у вчиненні кримінальних правпорушень на території окремої держави, намагаються уникнути відповідальності, переховуючись в іншій країні. Зусиль однієї чи навіть декількох держав виявляється недостатньо для забезпечення належної протидії злочинним проявам. Одним із пріоритетних шляхів вирішення цієї проблеми є ефективне міжнародне співробітництво під час кримінального провадження.

Дослідженням особливостей міжнародного співробітництва під час кримінального провадження займалися такі науковці: А.Б. Антонюк, О.І. Виноградова, А.Г. Волеводз, Т.С. Гавриш, Ю.М. Грошевий, М.І. Карпенко, В.В. Коваленко, Л.М. Лобойко, А.Г. Маланюк, П.П. Мінка, П.Я. Мінка, А.І. Натура, М.І. Пашковський, А.В. Підгородинська, В.В. Сердюк, М.І. Смирнов, В.Я. Тацій, В.М. Тертишник, О.В. Тертишник, Л.Д. Удалова, Ю.М. Чорноус та ін.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження сучасного стану правової регламентації міжнародного співробітництва під час кримінального провадження.

Результати дослідження. Процеси глобалізації обумовлюють пошук спільних шляхів підвищення ефективності протидії транснаціональним видам злочинності, розширення контактів, перш за все, правоохоронних та судових органів різних країн. Здійснення кримінального провадження та встановлення обставин, які підлягають доказуванню, необхідних для винесення законного, обґрунтованого і вмотивованого вироку у кримінальному провадженні щодо злочинів, вчинених іноземними громадянами на території України, громадянами України за кордоном або міжнародними злочинними групами, можливе тільки за допомогою реалізації механізму міжнародного співробітництва [1, с. 724]. Перш, ніж дослідити сучасний стан правової регламентації міжнародного співробітництва під час кримінального провадження, на нашу думку, доцільно проаналізувати історичні аспекти становлення відповідного співробітництва між державами.

Принцип співробітництва держав є нормою *juscogens* (незаперечне право, тверде право), одним із принципів міжнародного права, закріплених у Статуті Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) 1945 р., Конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., Декларації про принципи міжнародного права 1970 р., Заключному акті Наради з безпеки та співробітництва в Європі 1975 р. та інших міжнародних документах [2, с. 106].

Необхідність міжнародного співробітництва під час кримінального провадження породила найбільш важливий міжнародно-правовий принцип – принцип співробітництва держав між собою відповідно до Статуту ООН. З історичного розвитку міжнародного співробітництва випливає, що ідея співробітництва як принцип знайшла своє відображення в Декларації про принципи міжнародного права 1970 р. [3]. Даний принцип зобов'язує держави співпрацювати незалежно від їхньої політичної, економічної, соціальної і правової систем. З юридичного погляду даний принцип не безперечний, оскільки зобов'язати де-юре яку-небудь державу до співробітництва досить проблематично. Тому й не дивно, що механізму, який би юридично забезпечував цей обов'язок, досі немає. Швидше за все, цей принцип має характер ідеї, оскільки, як зазначається в Декларації про принципи міжнародного права, прийнятій Генеральною Асамблеєю ООН у 1970 р., сумлінне дотримання принципів міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами, і сумлінне виконання державами зобов'язань, прийнятих відповідно до Статуту, мають найважливіше значення для підтримки міжнародної безпеки і досягнення інших цілей ООН [4, с. 10].

На думку О.І. Виноградової, вищезазначене стосується співробітництва держав у наданні правової допомоги у кримінальних провадженнях, що є допоміжним щодо внутрішньодержавних заходів боротьби зі злочинністю. Але іноді воно відіграє визначальну роль. Правова допомога із кримінальних справ є однією з форм міжнародного співробітництва і його пріоритетним напрямком [5, с. 90].

Після здобуття незалежностіУкраїни починається робота з наближення національного законодавства до міжнародного, насамперед європейського, в т. ч. й у сфері

співробітництва в кримінальному провадженні. Початком такого безпосереднього діалогу України та ЄвропейськогоСоюзу (далі – ЄС) стала Угода про партнерство та співробітництво між Україною та Європейськими співтовариствами та їхніми державами-членами від 14 червня 1994 р. Існує зв'язок між повним впровадженням партнерства, з одного боку, та продовженням і завершенням Україною політичних, економічних і правових реформ, з іншого боку, а також уведенням факторів, необхідних для співробітництва; у контексті висновків Боннської конференції НБСЄ цей діалог переріс у програму конкретних дій України та ЄС у кримінально-правовій сфері із набуттям чинності для України Угоди з 01 березня 1998 р. та схваленням Європейською Радою 11 грудня 1999 р. Спільної стратегії ЄС щодо України стосовно спільної зацікавленості в питаннях співробітництва в галузі боротьби з нелегальною імміграцією та торгівлею людьми.

Саме після цього Україною були зроблені важливі кроки в напрямі наближення вітчизняного законодавства до вимог права ЄС, пов'язані з низкою нормативно-правових актів. Спочатку Указом Президента України від 14 вересня 2000 р. була схвалена Програма інтеграції України до ЄС, яка підкреслила необхідність максимального використання наявних зовнішніх можливостей для наближення України до членства в ЄС і, зокрема, у проекті т. зв. «третього стовпа», який становить співробітництво судових і правоохоронних органів [6].

Окрім співпраці з ЄС та іншими міжнародними організаціями, Україна має значний досвід стосовно співробітництва з іноземними державами під час кримінального провадження, в чому і проявляються особливості договірного регулювання міжнародного співробітництва під час кримінального провадження. Так, подібні до вищезазначених, але вже двосторонні договори укладені Україною із Китайською Народною Республікою (1992 р.), Литовською Республікою (1993 р.), Республікою Польща (1993 р.), Республікою Молдова (1993 р.), Естонською Республікою (1995 р.), Грузією (1995 р.), Латвійською Республікою (1995 р.) тощо. Чинними є також Угода про співробітництво міністерств внутрішніх справ України та Угорщини від 12 грудня 1992 р., Договір про співробітництво між міністерствами внутрішніх справ України та Литовської Республіки від 30 травня 1992 р., Угода про співробітництво між міністерствами внутрішніх справ України та Латвійської Республіки щодо боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів і психотропних речовин від 21 жовтня 1992 р.

Взагалі, в Україні діє близько 30 двосторонніх договорів про правову допомогу у кримінальних справах із країнами як близького, так і далекого зарубіжжя. Значення договірного співробітництва полягає в тому, що договори визначають обсяги і види правової допомоги у розслідуванні злочинів, можливість застосування норм процесуального законодавства запитуючої сторони під час виконання доручення, умови, підстави і порядок видачі осіб для кримінального переслідування тощо [7, с. 114].

Варто зазначити, що в 2011 р. КПК України 1960 р. був доповнений положеннями про надання міжнародної правової допомоги та перейняття кримінального переслідування, однак і після цього не можна було говорити, що міжнародне співробітництво у кримінальних провадженнях між Україною та іншими державами регулювалося на законодавчому рівні належним чином. Новий етап розвитку кримінального процесуального інституту міжнародного співробітництва в Україні зумовлений як прийняттям у 2012 р. нового КПК України, так і початком процесу входження України як асоційованого члена до Європейської спільноти [8, с. 234]. Так, із прийняттям нового КПК України 13 квітня 2012 р. питанням регулювання міжнародного співробітництва під час кримінального провадження присвячено розділ IX КПК України «Міжнародне співробітництво під час кримінального провадження» (ст. 541–614).

Із прийняттям КПК України 13 квітня 2012 р. одержало легальне визначення в національному законодавстві поняття міжнародного співробітництва під час кримінального провадження. Так, відповідно до ст. 542 КПК України, міжнародне співробітництво під час кримінального провадження полягає у вжитті необхідних заходів із метою надання

міжнародної правової допомоги шляхом вручення документів, виконання окремих процесуальних дій, видачі осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, тимчасової передачі осіб, перейняття кримінального переслідування, передачі засуджених осіб та виконання вироків [9].

Сучасний стан правової регламентації міжнародного співробітництва у кримінальному судочинстві в Україні характеризується зростанням ролі та значення міжнародного та національного права під час здійснення зовнішнього контролю за злочинними проявами та застосуванням державного примусу до осіб, які вчинили кримінальні правопорушення.

Співробітництво держав у кримінальному провадженні може будуватися лише відповідно до чинних у міжнародному праві та національних правових системах приписів. Такі приписи закріпляються в джерелах права, які регламентують взаємодію держав у кримінальному провадженні [10, с. 116]. Міжнародним співтовариством розроблено універсальні міжнародні договори у сфері кримінального судочинства, спрямовані на забезпечення державам-учасницям можливості надавати одна одній правову допомогу в кримінальних провадженнях, вирішувати питання про екстрадицію чи про перейняття кримінального переслідування за неможливості реалізації екстрадиційної процедури, визнавати і приймати до виконання вирок суду щодо особи, яка перебуває на території запитуваної держави, передавати засуджену особу для відбування покарання державі її громадянства тощо.

З цією метою сформована певна структура регулювання даних правовідносин, яка складається з двох частин – міжнародної і внутрішньодержавної. До складу міжнародної частини входять усі укладені чи ратифікованіУкраїною міжнародно-правові акти, що повністю чи частково присвячені питанням процесуального співробітництва. Згідно з ч. 1 ст. 9 Конституції України та ч. 1 ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р., вони є невід'ємною частиною національного законодавства України, у системі якого займали донедавна домінуюче і першочергове місце. Таке домінування було зумовлене відсутністю в Україні внутрішньодержавного закону, що регулював би порядок взаємодії з іноземними органами у здійсненні кримінального переслідування. Проте нині можна з впевненістю стверджувати, що на якісно новий рівень розвитку вийшло внутрішньодержавне законодавство України, що пов'язано із прийняттям КПК України, де окремим розділом «Міжнародне співробітництво під час кримінального провадження» прописано порядок та коло суб'єктів надання міжнародної правової допомоги у кримінальному провадженні [11, с. 235].

Таким чином, у вітчизняному кримінальному процесуальному законодавстві щодо питання регулювання міжнародного співробітництва виокремлюються декілька законодавчих блоків: конституційні норми, норми чинних міжнародних договорів та норми КПК України й інших законів України [10, с. 116]. Це знайшло своє відображення в ч. 2 ст. 1 КПК України, відповідно до якої кримінальне процесуальне законодавство України складається з відповідних положень Конституції України, міжнародних договорів, згода наобов'язковість яких надана Верховною Радою України, цього Кодексу та інших законів України [9].

Як ми зазначили вище, КПК України містить окремий розділ IX «Міжнародне співробітництво під час кримінального провадження», що включає з'ясування таких окремих положень, що стосуються загальних засад міжнародного співробітництва, міжнародної правової допомоги під час проведення процесуальних дій, видачі осіб, які вчинили кримінальне правопорушення (екстрадиція), кримінального провадження у порядку перейняття, визнання та виконання вироків іноземних судів та передання засуджених осіб [12, с. 507].

Що стосується міжнародно-правових договорів, які регулюють міжнародне співробітництво під час кримінального провадження, то можна виділити такі:

1. Універсальні багатосторонні міжнародні договори з питань прав людини (які регламентують питання і кримінальної юстиції), зокрема Загальна декларація прав людини 1948 р., Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р., Конвенція із захисту прав людини й основоположних свобод 1950 р.

2. Спеціальні багатосторонні міжнародні договори з питань боротьби з окремими видами правопорушень та злочинів, у яких питанням взаємодії держав присвячено окремі частини договору (наприклад, ст. 4–9 Конвенції ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин від 19 грудня 1988 р.; ст. 6–8, 11–12 Конвенції про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації від 23 вересня 1971 р. тощо).

3. Універсальні багатосторонні міжнародні договори з питань правової допомоги (Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 р.).

4. Спеціальні багатосторонні міжнародні договори з питань кримінального провадження (такі, що регламентують окремі види співробітництва у кримінальному провадженні. Наприклад, Європейська конвенція про видачу правопорушників 1957 р., Конвенція про передачу засуджених осіб 1983 р. тощо).

5. Двосторонні договори України про правову допомогу та правові відносини в цивільних, сімейних і кримінальних справах.

6. Двосторонні договори колишньогоСРСР про правову допомогу та правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах, за якими, відповідно до Закону України від 12 вересня 1991 р. «Про правонаступництвоУкраїни», Віденської конвенції про правонаступництво держав щодо договорів від 23 серпня 1978 р., Україна є правонаступником, і в ній застосовуються положення цих міжнародних договорів СРСР.

7. Консульські конвенції та угоди, що регламентують окремі питання співробітництва в сфері кримінального провадження (наприклад, Консульська конвенція між Україною і Республікою Болгарія від 24 червня 1996 р.).

8. Відомчі міжнародні договори [10, с. 116].

Висновки. Із прийняттям КПК України 13 квітня 2012 р. одержало легальне визначення в національному законодавстві поняття міжнародного співробітництва під час кримінального провадження. Так, міжнародне співробітництво під час кримінального провадження полягає у вжитті необхідних заходів з метою надання міжнародної правової допомоги шляхом вручення документів, виконання окремих процесуальних дій, видачі осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, тимчасової передачі осіб, перейняття кримінального переслідування, передачі засуджених осіб та виконання вироків.

Правова регламентація міжнародного співробітництва у кримінальному судочинстві в Україні складається з двох частин – міжнародної і внутрішньодержавної. До складу міжнародної частини входять усі укладені чи ратифіковані Україною міжнародно-правові акти, що повністю чи частково присвячені питанням процесуального співробітництва. Національне кримінальне процесуальне законодавствоУкраїни складається з відповідних положень Конституції України, КПК та інших законів України.

Список використаних джерел:

1. Грошевий Ю.М., Таційй В.Я., Туманянц А.Р. Кримінальний процес: підручник / за заг. ред. В.Я. Тація, О.В. Капліної, О.Г. Шило. Х.: Право, 2014. 824 с.

2. Чорноус Ю.М. Міжнароднеспівробітництвоу боротьбі зі злочинністю. Право та державне управління. 2013. № 4. С. 106–111.

3. Декларація про принципи міжнародного права, щостосуються дружніх відносин таспівробітництва між державами згідно зі Статутом Організації Об'єднаних Націй від 24 жовтня 1970 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_569.

4. Європейська конвенція про міжнародну дійсність кримінальних вироків від 28 травня 1970 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_341.

5. Виноградова О.І. Принцип міжнародногоспівробітництвау боротьбі зі злочинністю. ПравоУкраїни. 1999. № 4. С. 90–94.

6. Мінка П.Я. Адаптація вітчизняного кримінального та кримінально-процесуального законодавства достандартів Європейського Союзу: окремі питання. URL: http://www.pravoznavec. com.ua/period/article/4089/%CC.

7. Сердюк В.В., Бабанли Р.Ш. Загальні засади міжнародногоспівробітництва при наданні міжнародної правової допомоги у кримінальних справах: процесуальний аспект. Часопис цивільногоі кримінального судочинства. № 6 (9). С. 113–132.

8. Конституція України від 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

9. Кримінальний процесуальний кодексУкраїни: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. Відомості Верховної Ради України. 2013 р. № 9–10. С. 474. Ст. 88.

10. Підгородинська А.В. Міжнародне співробітництво у кримінальному провадженні: поняття та процесуальні форми. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». 2015. Вип. 4. Т. 3. С. 114–118.

11. Антонюк А.Б. Правове регулювання надання міжнародної правової допомоги: проблеми та напрями вдосконалення. Науковий вісник Національного університету державної податкової служби України (економіка, право). 2013. № 4. С. 234–239.

12. Кримінальний процес: підручник / за заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного. К.: Центр навчальної літератури, 2013. 544 с.

ЧЛЕНОВ М. В.,
старший викладач спеціальної
кафедри № 1
*(Інститут підготовки юридичних кадрів
для Служби безпеки України
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого)*

УДК 343.132

ЩОДО ПИТАННЯ ПРОДОВЖЕННЯ СЛІДЧИМ СУДДЕЮ СТРОКІВ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ

Статтю присвячено дослідженню положень Кримінального процесуального кодексу України щодо продовження строків негласних слідчих (розшукових) дій слідчим суддею у кримінальному провадженні. Висвітлено проблеми правового регулювання продовження строків проведення негласних слідчих (розшукових) дій та надано пропозиції щодо його удосконалення.

Ключові слова: *кримінальні процесуальні строки, негласні слідчі (розшукові) дії, порядок продовження строків.*

Статья посвящена исследованию положений Уголовного процессуального кодекса Украины относительно продления сроков негласных следственных (розыскных) действий следственным судьей в уголовном производстве. Освещены проблемы правового регулирования продления сроков проведения негласных следственных (розыскных) действий и даны предложения по его совершенствованию.

Ключевые слова: *уголовные процессуальные сроки, негласные следственные (розыскные) действия, порядок продления сроков.*

The article deals with the research of the principles Criminal Procedural Code of Ukraine concerning prolongation investigative judge the terms of the private investigative (detective) procedures in the criminal proceeding. The problems of legal regulation prolongation of the terms of the conducting the private investigative (detective) procedures are analyzed and proposals for their improvement are given.

Key words: *criminal procedural terms, private investigative (detective) procedures, order of extending terms.*

Вступ. Відповідно до ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), одним із завдань кримінального провадження є захист особи від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування. Для захисту цих прав та інтересів одним із дієвих засобів протидії прогресуючій злочинності є передбачені главою 21 КПК негласні слідчі (розшукові) дії (далі – НСРД), які дозволяють ефективно виявляти та розкривати злочини та використовувати отримані докази нарівні з іншими доказами. Проте, визначальною передумовою проведення НСРД та використання отриманих доказів, відповідно до вимог міжнародних стандартів та практики Європейського суду з прав людини, є законодавчі гарантії забезпечення конституційних прав і свобод людини від незаконного втручання з боку правоохоронних органів у сферу приватного життя.

Однією з гарантій забезпечення конституційних прав і свобод людини, з нашої точки зору, виступають встановлені процесуальним законом строки проведення НСРД та порядок їх продовження. КПК, розвиваючи конституційні положення, закріплює, що ніхто не може зазнавати втручання у приватне спілкування без ухвали слідчого судді, строк дії якого не може перевищувати 2 місяці (ст. ст. 249, 258 КПК). Однак, норми які регламентують продовження строків проведення НСРД слідчим суддею, сформульовані у КПК не досить чітко й однозначно.

Актуальність дослідження пов'язана з тим, що у зв'язку з останніми змінами до ст. ст. 219, 295 КПК щодо строків досудового розслідування, потребують поглибленого наукового аналізу пов'язані з ними строки продовження НСРД слідчим суддею, оскільки їх неоднакове застосування може призводити до порушення конституційних прав і свобод людини та як наслідок – визнання отриманих доказів недопустимими.

Питання правового регулювання інституту НСРД у кримінальному провадженні досліджували такі науковці, як М. Й. Вільгушинський, М. Л. Грібов, С. О. Гриненко, О. В. Капліна, В. А. Колєснік, Г. Р. Крет, В. Т. Маляренко, Д. Й. Нікіфорчук, М. А. Погорецький, О. І. Полюхович, Є. Д. Скулиш, Р. М. Шехавцов, М. О. Шилін, О. Г. Шило, М. Є. Шумило, С. Б. Фомін, В. Г. Уваров та ін. Окремі проблемні питання щодо продовження строків НСРД слідчим суддею досліджували Д. Б. Сергєєва, О. О. Проценко, І. І. Мусієнко. Разом з тим, чимало проблемних аспектів продовження строків НСРД слідчим суддею залишились не розкритими, а внесені зміни до КПК потребують додаткового наукового аналізу цих норм.

Постановка завдання. Метою статті є дослідження норм КПК, що регламентують порядок продовження строків НСРД слідчим суддею, виявлення недоліків правової регламентації порядку продовження цих строків, а також надання пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства у цій сфері.

Виклад основного матеріалу. Строки у кримінальному провадженні привертають увагу як науковців, так і суб'єктів правозастосування, оскільки вони є однією з гарантій дотриманням прав і свобод особи у кримінальному провадженні, зокрема під час проведення НСРД.

В. О. Глушков, О. А. Білічак зазначають, що встановлений чинним КПК України порядок здійснення НСРД встановлює більш високий рівень гарантій забезпечення прав людини. Так, на відміну від попередніх законів, що регламентували порядок здійснення аналогічних дій у ході оперативно-розшукової діяльності та досудового розслідування кримінальних справ (ст. 187 КПК 1960 року), у чинному КПК визначені строки проведення НСРД, підстави та порядок їх продовження, що приводить національне законодавство у сфері правового регулювання правообмежуючих дій правоохоронних органів у відповідність до вимог міжнародного законодавства з прав людини та практики Європейського суду [1, с. 68].

Відповідно до ч. 1 ст. 246 КПК негласні слідчі (розшукові) дії – це різновид слідчих (розшукових) дій, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених КПК.

Рішення про проведення НСРД уповноважені приймати: 1) слідчий суддя – в ухвалі за результатами розгляду клопотання прокурора або клопотання слідчого, погодженого з прокурором; 2) прокурор; 3) слідчий. Строк проведення НСРД обов'язково зазначається у рішенні про її проведення.

Згідно з ч. 5 ст. 246 КПК строк проведення НСРД, яка проводиться за рішенням слідчого судді, може бути продовжений слідчим суддею у порядку, передбаченому ст. 249 КПК. Розглянемо проблемні питання, пов'язані з продовженням строків НСРД слідчим суддею.

1. Слідчий суддя, уповноважений продовжувати строк НСРД.

Чимало дискусій у науковому середовищі виникало стосовно слідчого судді, уповноваженого здійснювати судовий контроль за дотриманням прав і свобод громадян під час НСРД, у т. ч. контролю за строками їх проведення та продовження. Слід зазначити, що серед країн, які впровадили у своє кримінальне процесуальне законодавство інститут слідчого судді, тільки в Україні судовий контроль за дотриманням прав і свобод особи під час НСРД

здійснюється слідчим суддею апеляційної інстанції, а не слідчим суддею першої інстанції. О. А. Банчук зазначає, що вказана ситуація має виключно історичне пояснення. У 2001 р. під час введення судового порядку санкціонування обмеження таємниці листування й телефонних переговорів (ст. 187 КПК України «накладення арешту на кореспонденцію і зняття інформації з каналів зв'язку» 1960 р.) указані повноваження були відданні головам обласних судів, які були одночасно перейменовані в апеляційні. Це робилось також для демонстрації важливості прав людини, що підлягали захисту, підвищення рівня судового захисту та не мало інших правових чи організаційних пояснень [2, с. 8]. З цього приводу С.М. Стахівський вказує, що законодавець, підіймаючи на такий рівень надання згоди на проведення негласних дій, керувався добрими намірами – посилити гарантії прав та свобод громадян України та забезпечити законність їх проведення [3, с. 175].

Згідно з п. 18 ст. 3 КПК слідчий суддя – суддя суду першої інстанції, до повноважень якого належить здійснення у порядку, передбаченому цим Кодексом, судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, та у випадку, передбаченому ст. 247 цього Кодексу, – голова чи за його визначенням інший суддя Апеляційного суду Автономної Республіки Крим, апеляційного суду області, міст Києва та Севастополя. Відповідно до ст. 247 КПК розгляд клопотань про дозвіл на проведення та продовження НСРД здійснюється слідчим суддею (головою або за його визначенням іншим суддею) Апеляційного суду Автономної Республіки Крим, апеляційного суду області, міст Києва та Севастополя, у межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування.

О. А. Банчук вважає, що закріплений у КПК підхід суперечить концептуальній думці, оскільки очевидно, що позиція вищих судів може обмежувати суди нижчих інстанцій під час оцінки законності проведення НСРД, за якими клопотання щодо їх проведення були задоволені вищими за інстанцією суддями [2, с. 8]. Підтримуючи цю позицію, О. В. Соколов [4, с. 51], А. В. Холостенко [5, с. 444], А. В. Пономаренко [6, с. 54]) висловлювали думку про передачу повноважень з розгляду клопотань про проведення НСРД слідчим суддям місцевих судів, мотивуючи це більш ефективним та швидким розглядом клопотань про проведення НСРД, підвищенням рівня правової захищеності людини у кримінальному провадженні, розширенням змагальності на досудовому розслідуванні, більш об'єктивним та швидким вивченням питання наявності підстав до проведення НСРД. Крім того, до Верховної Ради України народні депутати М. Г. Паламарчук, а також Г. Г. Москаль вносили проекти законів № 4444 від 14.03.2014 [7]) та № 4444-1 від 25.03.2014 [8]), відповідно п. 24 яких передбачали внесення змін до ст. 247 КПК, якими слова «суддею Апеляційного суду Автономної Республіки Крим, апеляційного суду області, міст Києва та Севастополя» пропонувалось замінити словами «слідчим суддею місцевого суду». Обидва ці законопроекти були відкликані 27.11.2014.

С. Р. Тагієв у зв'язку з розмежуванням слідчих суддів за інстанціями визнає можливість існування проблеми оцінки доказів, вказуючи: «При оцінці доказів, отриманих при проведенні НСРД, суд під головуванням судді місцевого суду повинен дати оцінку як клопотанню слідчого, прокурора, так і ухвалі голови апеляційного суду. Наскільки ця оцінка буде повною та неупередженою – важко прогнозувати. Адже не кожний суддя місцевого суду, тим більше суддя, який ще не обраний безстроково, може вказати на помилки слідчого судді апеляційного суду, а тим більше голови апеляційного суду» [9, с. 149]. Але при цьому він відстоює правильність позиції законодавця, зазначаючи: «Загальновизнано, що судовий контроль – більш надійний гарант захисту права особи на етапі досудового слідства, ніж прокурорський. Суд не зв'язаний відомчими інтересами, незалежний, не несе відповідальності за стан розкриття злочинів. Громадяни повинні бути впевнені у тому, що НСРД проводяться винятково у рамках закону і лише щодо тих осіб, хто причетний до вчинення тяжких та особливо тяжких кримінальних правопорушень. І у цьому провідна роль відводиться слідчим суддям апеляційного суду, саме вони повинні бути реальним гарантом дотримання прав та інтересів усіх членів суспільства» [9, с. 146, 151].

На нашу думку, п'ятирічний досвід здійснення слідчими суддями апеляційного суду судового контролю за НСРД підтвердив його ефективність. Окрім трьох НСРД (ст. 269 «спостереження за річчю або місцем», ст. 271, 272 КПК), 11 видів НСРД (ст. ст. 260, 261, 262, 263, 264, 267, 268, ч. 2 ст. 269, 269-1, 270, 274 КПК) проводяться з дозволу слідчих суддів апеляційної інстанції. Одним з аргументів залишення саме за апеляційним судом повноважень з надання дозволів на проведення НСРД є відсутність у багатьох судах першої інстанції режимно-секретних підрозділів і осіб, які мають допуск і доступ до відомостей, що становлять державну таємницю. Крім того, у зв'язку зі змінами до КПК на підставі Закону України від 03.10.2017 № 2147-VIII (правки А. Лозового) [10], з 15.03.2018 навантаження на слідчих суддів першої інстанції значно збільшиться у зв'язку з передачею їм повноважень з розгляду клопотань про продовження строків досудового розслідування, про призначення судових експертиз, а також розгляду оскаржень повідомлень про підозру у вчиненні злочинів. Крім того, у зв'язку з судовою реформою, у грудні 2017 року велику кількість судів першої інстанції було реорганізовано або ліквідовано.

Крім того, слід зазначити, що указом Президента України «Про ліквідацію апеляційних судів та утворення апеляційних судів в апеляційних округах» від 29.12.2017 № 452/2017 ліквідовані Апеляційний суд Автономної Республіки Крим (п.п. 1 п. 1), Апеляційний суд м. Севастополя (п.п. 27 п. 1), Апеляційний суд м. Києва (п.п. 26 п. 1), а замість них утворені, відповідно, Кримський апеляційний суд в апеляційному окрузі, що включає АР Крим, з місцезнаходженням у містах Сімферополі та Феодосії (п.п. 1 п. 2), Севастопольський апеляційний суд в апеляційному окрузі, що включає місто Севастополь, з місцезнаходженням у місті Севастополі (п.п. 26 п. 2), Київський апеляційний суд в апеляційному окрузі, що включає Київську область і місто Київ, з місцезнаходженням у місті Києві [11]. У зв'язку з вказаними змінами, на нашу думку, потребують законодавчого уточнення норми п. 18 ст. 3 та ст. 247 КПК, які визначають слідчих суддів апеляційної ланки, уповноважених розглядати клопотання про надання дозволів на проведення та продовження НСРД.

2. Також одним з дискусійних питань є **встановлення у КПК строку звернення до слідчого судді за продовженням НСРД.**

Так, О. О. Проценко пропонує закріпити що у ч. 2 ст. 249 КПК строк звернення слідчого, прокурора до слідчого судді з клопотанням про продовження НСРД – за 5 днів до закінчення строку дії ухвали, аргументуючи цей строк можливістю у разі відмови зібрати додаткові відомості та повторно звернутись до слідчого судді [12, с. 223]. Таку ж думку висловлювали інші науковці [13, с. 25], аргументуючи режимом роботи апеляційних судів України.

На наш погляд, вказана позиція є дискусійною. Слід зазначити, що подібний строк звернення в КПК встановлений до клопотань про продовження строків досудового розслідування та строків тримання під вартою. Він встановлений в КПК у зв'язку з обов'язком вручення примірника клопотання з доданими матеріалами стороні захисту, яка має право подавати заперечення щодо продовження строків досудового розслідування, запобіжного заходу. Що ж стосується клопотання про продовження строку НСРД, то воно є таємним і не надається стороні захисту, слідчий суддя повинен розглянути його протягом 6 годин з моменту отримання, тому строк такого звернення може обиратись у кожній справі індивідуально (за день, за два дні до закінчення або в останній день) і правової регламентації у чинному КПК не потребує. Крім того, за результатом аналізу міжнародного законодавства, встановлено, що такий строк відсутній у процесуальних кодексах Молдови, Грузії, Казахстану, Таджикистану, Туркменістану, Узбекистану, Киргизії, Азербайджану, Естонії, Литви, ФРН і передбачений тільки у ст. 234 КПК Республіки Казахстану – за 3 дні до закінчення ухвали.

При цьому, у КПК України, у порівнянні з іншими країнами, встановлений найкоротший строк розгляду слідчим суддею клопотань про проведення негласних слідчих дій – *протягом 6 годин* з моменту його отримання. Для порівняння, строк розгляду судами клопотань про негласні дії *протягом 24 годин* встановлений у КПК Киргизької Республіки (ч. 2 ст. 214), КПК Республіки Грузія (ч.5 ст. 143.3); *не пізніше 48 годин* у КПК Республіки Узбекистан

(ч. 2 ст. 166-1 арешт поштово-телеграфних відправлень); *невідкладно* у КПК Республіки Естонії (ст. 126.4). У КПК деяких країн строк розгляду таких клопотань судами законодавцем не встановлено (Таджикистан, Туркменістан, Азербайджан, Вірменія, Литва, ФРН). У даному випадку, як свідчить міжнародна практика, процесуальна регламентація строку розгляду клопотання судом є достатнім для швидкого та ефективного проведення та продовження НСРД.

3. Слідча практика «додаткового» проведення НСРД як альтернатива встановленому КПК порядку продовження НСРД.

Строк дії ухвали слідчого судді про дозвіл на проведення НСРД не може перевищувати 2 місяці (ч. 1 ст. 249 КПК). Якщо слідчий, прокурор вважає, що проведення НСРД слід продовжити, то слідчий за погодженням з прокурором або прокурор має право звернутися до слідчого судді апеляційного суду з клопотанням про постановлення ухвали згідно з вимогами ст. 248 КПК.

Відповідно до академічного тлумачного словника української мови термін продовжувати, продовжити означає: 1. вести далі почате, не зупиняючись, безперервно; діяти далі; повертатися (після перерви) до початого; 2. робити довшим за часом; збільшувати строк чого-небудь [14]. Тобто, під продовженням НСРД розуміється її безперервне проведення понад встановлений 2 місячний строк, але не перевищуючи максимальні строки досудового розслідування.

КПК передбачає можливість неодноразового звернення до слідчого судді з клопотанням про проведення НСРД. Так, у разі постановлення слідчим суддею ухвали про відмову в надання дозволу на проведення НСРД, *нове клопотання* може бути подане слідчим, прокурором лише з наведенням *нових відомостей* (ч. 5 ст. 248 КПК), а у разі необхідності продовження НСРД, у клопотанні слідчий, прокурор повинен зазначити *додаткові відомості*, які дають підстави для продовження НСРД (ч. 3 ст. 249 КПК).

Попри встановлений порядок продовження НСРД, водночас КПК не забороняє після завершення НСРД ще раз отримати дозвіл на проведення НСРД, а при наявності перерви між ними у часі, така «додаткова» негласна слідча (розшукова) дія *de jure* не підпадає під поняття продовження НСРД.

Тобто, замість процедури продовження НСРД, слідчий, прокурор після закінчення строку дії попередньої ухвали, звертається з аналогічним клопотанням (з тих же підстав) до слідчого судді для отримання нової ухвали. У результаті такої практики оминається необхідність надання слідчому судді «додаткових відомостей», які дають підстави для продовження НСРД та унеможливлюється дієвий судовий контроль за загальними строками проведення НСРД в одному кримінальному провадженні щодо певного об'єкта (особи, місця). Таким же способом можливо уникати складної процедури продовження строків НСРД, які здійснюються на підставі постанови слідчого.

Одними з причин такої практики є недосконалість правової регламентації проведення НСРД, а саме: 1) відсутність правил обчислення загального строку НСРД, якщо вони проводились неодноразово і між ними є перерви у часі; 2) відсутність законодавчих вимог до клопотання про проведення НСРД щодо необхідності вказівки строків дії попередніх рішень про їх проведення. Ще однією причиною існування такої практики є процедура зняття грифів секретності з протоколів за результатами проведення НСРД. Згідно з п. 5.9 міжвідомчої Інструкції про організацію проведення НСРД та використання їх результатів, однією з умов зняття грифів секретності з документів щодо проведення НСРД є завершення (припинення) їх проведення. Саме з цим пов'язана необхідність перерви у проведенні НСРД (завершення строку дії ухвали або дострокове припинення проведення НСРД постановою прокурора) та подальшого проведення «додаткових» НСРД.

При отриманні декілька разів (з перервами) дозволів на проведення НСРД, існує ризик втрати судового контролю за загальним строком проведення НСРД в одному кримінальному провадженні, який відповідно до ч. 4 ст. 249 КПК не може перевищувати максимальні строки досудового розслідування. Крім того, КПК не передбачає при обчисленні строку

НСРД додавати до нього строки НСРД, проведених раніше. Цікавим прикладом є встановлений ч. 2 ст. 197 КПК порядок обчислення строків дії ухвали про тримання під вартою: «У разі повторного взяття під варту особи у тому ж самому кримінальному провадженні строк тримання під вартою обчислюється з урахуванням часу тримання під вартою раніше». На нашу думку, з метою гарантування дотримання конституційних прав людини, ч. 4 ст. 249 КПК потребує законодавчого удосконалення шляхом додавання речення наступного змісту «У разі повторного проведення негласної слідчої (розшукової) дії щодо особи (речі або місця) у тому ж самому кримінальному провадженні її загальний строк обчислюється з урахуванням строку проведеної негласної слідчої (розшукової) дії раніше».

4. Взаємозв'язок строків НСРД зі строками досудового розслідування.

Згідно з ч. 4 ст. 249 КПК загальний строк, протягом якого в одному кримінальному провадженні може тривати проведення НСРД, дозвіл на проведення якої дає слідчий суддя, не може перевищувати максимальні строки досудового розслідування, передбачені ст. 219 КПК, які за чинною редакцією вказаної статті обчислюються з моменту повідомлення особі про підозру і становлять 12 місяців. Однак, з 15.03.2018 набувають чинності зміни до ст. ст. 219, 295 КПК, внесені Законом від 03.10.2017 року № 2147-VIII [10]. Цими змінами запроваджується новий порядок обліку строків досудового розслідування, який обчислюється з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань до дня звернення до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності або до дня ухвалення рішення про закриття кримінального провадження. При цьому, строк досудового розслідування складається з двох складових: 1) строку **до повідомлення особі про підозру**, який становить: а) щодо злочину невеликої або середньої тяжкості – 12 місяців з можливістю його неодноразового продовження на 6 місяців; б) щодо тяжкого або особливо тяжкого злочину – 18 місяців з можливістю його неодноразового продовження на 12 місяців; 2) строку **після повідомлення особі про підозру**, який становить: а) до 6 місяців щодо злочинів невеликої або середньої тяжкості; б) до 12 місяців щодо тяжких або особливо тяжких злочинів. На відміну від чинної редакції ст. 219 КПК з чітко визначеними загальними (максимальними) строками досудового розслідування (6 або 12 місяців), нова редакція ст. ст. 219 КПК не містить чітко визначеного загального строку досудового розслідування, оскільки перша його складова (до повідомлення особі про підозру) може бути неодноразово продовжена. Таким чином, з 15.03.2018 після набуття чинності новою редакцією ст. 219 КПК, на яку міститься посилання у ч. 4 ст. 249 КПК, виникне проблема обчислення загальних строків проведення НСРД у кримінальному провадженні. Одним зі шляхів вирішення вказаної проблеми є внесення змін до ч. 4 ст. 249 КПК, в якій словосполучення «не може перевищувати максимальні строки досудового розслідування, передбачені ст. 219 цього Кодексу» замінити словосполученням «не може перевищувати дванадцяти місяців». На наш погляд, відсутність чітко визначених строків проведення НСРД у кримінальному провадженні створює передумови до свавільного, необмеженого часовими рамками порушення конституційних прав і свобод громадян.

Висновки. З урахуванням вимог до обсягу наукової статті, інші проблемні питання щодо повноважень інших суб'єктів, уповноважених продовжувати строки проведення НСРД на підставі постанови слідчого, прокурора будуть нами досліджено в окремій статті.

Список використаних джерел:

1. Глушков В. О., Білічак О. А. Гарантії дотримання конституційних прав особи у провадженні негласних слідчих (розшукових) дій. Актуальні проблеми держави і права. 2013. Вип. 67. С. 65-75.

2. Банчук О. А. Правове регулювання спеціальних (таємних) слідчих дій в пострадянських країнах: аналітичний огляд. URL: http://lprc.kz/files/library/206/rus/Специальные%20следственные%20действия.pdf.

3. Стахівській С. М. Теорія і практика кримінально-процесуального доказування: монографія. К., 2005. 175 с.

4. Соколов О. В. Ухвала слідчого судді про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії: окремі питання правового регулювання та правозастосування. Судова та слідча практика в Україні. 2017. Вип. 4. С. 48-55.

5. Холостенко А. В. Шляхи оптимізації порядку розгляду клопотань про дозвіл на проведення негласних слідчих (розшукових) дій при розслідуванні злочинів у сфері одержання неправомірної вигоди. Форум права. 2013. Вип. 4. С. 441-445.

6. Пономаренко А. В. Проведення негласних слідчих (розшукових) дій: проблематика сьогодення. Митна справа. 2014. Вип. 2(92). С. 51-55.

7. Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо слідчих, що здійснюють досудове розслідування: Проект Закону від 14.03.2014 № 4444. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id= &pf3511=50239&pf35401=294150.

8. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення окремих процесуальних дій та оптимізації діяльності органів досудового розслідування: Проект Закону України від 25.03.2014 № 4444-1 URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=50390&pf35401=295276

9. Тагієв С. Процесуальні дії слідчого судді при наданні дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Слово національної школи суддів України. 2013. Вип. 4(5). С. 145-155.

10. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 03.10.2017 року № 2147-VIII. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2147-19.

11. Про ліквідацію апеляційних судів та утворення апеляційних судів в апеляційних округах: Указ Президента України від 29.12.2017 №452/2017. URL: http://www.president.gov.ua/documents/4522017-23378.

12. Проценко О. О. Актуальні питання продовження, припинення та повідомлення особам, відносно яких проводилось спостереження за особою, річчю або місцем в кримінальному провадженні. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція. 2014. Вип. 9-1. С. 221-224. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvmgu_jur_2014_9-1_65

13. Негласні слідчі (розшукові) дії та використання результатів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному провадженні: навч.-практ. посібник / С.С. Кудінов, Р.М. Шехавцов, О.М. Дроздов, С.О. Гриненко. 2-е видання, розшир. й доповн. Х.: Оберіг, 2015. 424 с.

14. Словник української мови: у 11 т. 1977. Том 8. С. 171. URL: http://sum.in.ua/s/prodovzhuvaty.

ЩЕРБАК І. А.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри конституційного,
міжнародного і кримінального права
*(Донецький національний університет
імені Василя Стуса)*

УДК 343.123.1

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ДОСУДОВОГО ПРОВАДЖЕННЯ В КОНТЕКСТІ ЗМІН КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНУ ТА СУДОВОЇ РЕФОРМИ 2017 РОКУ

У статті визначаються проблемні питання організації досудового розслідування в контексті судової реформи України. На підставі аналізу законодавства, наукових розробок у галузі кримінального процесу, судово-слідчої практики здійснюється аналіз окремих змін до Кримінального процесуального кодексу України, внесених відповідно до Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 3 жовтня 2017 року. Констатується, що зміни процесу досудового розслідування через судову реформу призводять фактично до його формалізації. Робиться висновок стосовно необхідності переосмислення організаційних засад діяльності слідчого та прокурора через принципіальну зміну процесу доказування на стадії досудового розслідування.

Ключові слова: *досудове розслідування, злочин, зміни, Національне антикорупційне бюро України (НАБУ), процес розслідування, слідчий, слідчий суддя, судочинство.*

В статье определяются проблемные вопросы организации досудебного расследования в контексте судебной реформы Украины. На основании анализа законодательства, научных разработок в отрасли уголовного процесса, судебно-следственной практики осуществляется анализ отдельных изменений Уголовного процессуального кодекса Украины, внесенных в соответствии с Законом Украины «О внесении изменений в Хозяйственный процессуальный кодекс Украины, Гражданский процессуальный кодекс Украины, Кодекс административного судопроизводства Украины и другие законодательные акты» от 3 октября 2017 года. Констатируется, что изменения процесса досудебного расследования в рамках судебной реформы приводят фактически к его формализации. Делается вывод относительно необходимости переосмысления организационных основ деятельности следователя и прокурора в связи с принципиальным изменением процесса доказывания на стадии досудебного расследования.

Ключевые слова: *досудебное расследование, преступление, изменения, Национальное антикоррупционное бюро Украины (НАБУ), процесс расследования, следователь, следственный судья, судопроизводство.*

In the article the problem questions of organization of to judicial investigation in the context of judicial reform of Ukraine are determined. On the basis of analysis of legislation, scientific developments in industry of criminal procedure, to practice judicial and investigation the analysis of separate changes of the Criminal judicial

code of Ukraine is carried out. These changes are borne by Law of Ukraine "About bringing of changes in the Economic code of practice of Ukraine, Civil code of practice of Ukraine, Code of the administrative legal proceeding of Ukraine and other legislative acts" accepted on October, 3, 2017. Establish about that the changes of process of legal regulation investigation within the framework of judicial reform result in his formalization actually. Conclusion in relation to the necessity of sense of organizational bases of activity of investigator, public prosecutor and investigation judge in connection with the change of process of proving of principle on the stage of legal regulation investigation is drawn.

Key words: *legal regulation investigation, crime, changes, National anticorruption bureau of Ukraine (NABU), process of investigation, investigator, investigation judge, legal proceeding.*

Вступ. Нині в Україні з метою імплементації європейських стандартів у національне судочинство для забезпечення ефективного та своєчасного захисту в суді прав і свобод особи відбуваються масштабні зміни процесуального права. Тому 23 листопада 2017 року Президент України П. Порошенко підписав Закон «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», прийнятий Верховною Радою України 3 жовтня 2017 року. Закон оприлюднений 28 листопада 2017 року в газеті «Голос України» [1]. Цей нормативно-правовий акт також передбачає внесення окремих змін до Кримінального процесуального кодексу України, що стосуються не тільки діяльності судової ланки влади, а й процесу здійснення досудового провадження.

Питання, пов'язані із судовою реформою, порушувались в аспекті державного управління та здійснення справедливого судочинства науковцями різних галузей права, зокрема в цивілістиці (Є.А. Царєгородцева, М.С. Шакарян, В.М. Шерстюк, В.Ф. Яковлєв, В.В. Ярков), адміністративному та кримінальному процесах (І.А. Базанова, Ю.В. Борова, В.В. Маляренко, В.Т. Маляренко, Д.П. Письменний, Н.С. Карпов, Л.А. Остафійчук, В.В. Сташис, О.Ю. Татаров, Л.Д. Удалова, В.М. Тертишник та ін.).

Однак реформування судової системи не може не зачіпати процедурні аспекти здійснення досудового розслідування. Це має стати окремими предметом дослідження з позицій оновлення організаційних засад діяльності слідчого. Адже діяльність слідчого спрямована саме на виконання основного завдання кримінального провадження, визначеного у ст. 2 КПК України. У статті зазначено, що 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 та неупередженого розслідування і судового розгляду, щоб кожен, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура. При цьому судова реформа, за аналогією, спрямована на ефективну реалізацію права на справедливий суд в Україні.

Постановка завдання. Оновлення організаційних засад діяльності слідчого з позицій судової реформи буде можливим за умови визначення проблемних питань досудового розслідування в контексті змін Кримінального процесуального закону та судової реформи, що запроваджена Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 3 жовтня 2017 року.

Метою цієї статті є визначення проблемних питань досудового розслідування в контексті нещодавніх змін Кримінального процесуального закону та реформування судової системи України.

Результати дослідження. У Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, схваленій Указом Президента України від 20 травня 2015 року № 276, наведено ретельний аналіз недоліків у правовому регулюванні як системи судоустрою, так і судочинства України. Так, у п. 3 цього документа зазначається, що серед недоліків функціонування прокуратури та кримінальної юстиції як суміжних правових інститутів є перешкоди для структурної автономії слідчих органів та розбіжності між новими процесуальними повноваженнями та реальними інституційними функціями суб'єктів досудового та судового етапів слідства [2]. Однак, гармонізуючи правила різних видів судочинства, зміни, внесені Законом України від 3 жовтня 2017 року № 2147-VIII, опосередковано усувають недоліки у правовому регулюванні системи кримінального судочинства України. Оскільки, на жаль, законодавець не враховує розроблених слідчою практикою ефективних засобів та механізмів кримінального провадження, не бере до уваги специфіку кримінального провадження за окремими категоріями злочинів. Це, у свою чергу, створюватиме практичні труднощі на стадії досудового слідства, які фактично відобразяться на рівні ефективності кримінального судочинства.

Аналіз слідчої практики дає змогу виділити проблемні питання організації досудового розслідування в контексті нещодавнього реформування судової системи України.

По-перше, з практичної точки зору вбачається проблема активізації протидії розслідуванню особливо складних, резонансних злочинів на етапі продовження строку досудового розслідування. Згідно з положеннями ст.ст. 294, 295 у нових редакціях та ст. 297-1 КПК України, строк розслідування може бути продовжений слідчим суддею за клопотанням прокурора або слідчого, погодженого з прокурором у межах строків розслідування, визначених у ст. 219 КПК України. Передача до компетенції слідчого судді повноваження щодо прийняття кінцевого рішення про продовження строку досудового розслідування викликає занепокоєння через поширені нині численні випадки втручання у судове провадження представників українських органів державної влади найвищого рівня, здійснення політичного з боку різних органів влади або громадського тиску на суддю.

Особи, зацікавлені в конкретному результаті розгляду справи, отримали додатковий, досить дієвий важіль впливу на процес розслідування тяжких та особливо тяжких злочинів, адже відмова слідчим суддею у задоволенні клопотання слідчого про продовження строку досудового розслідування нівелює всі подальші заплановані засоби проведення розслідування та доведення вини конкретної особи. На підтвердження позиції наведемо статистику, оприлюднену Національним антикорупційним бюро України (НАБУ) [3]. Так, станом на 31 жовтня 2017 року серед 97 справ, скерованих до суду детективами НАБУ, лише у 24 справах прийнято рішення. При цьому у 34 кримінальних провадженнях судовий розгляд досі не розпочато (деякі справи знаходяться поза увагою суддів понад 1,5 року); у 39 – розпочато, але затягується з різних причин. Основними з них є зайнятість суддів, неможливість сформувати колегію суддів, повернення обвинувального акта прокурору, неявка учасників процесу, невизначеність підсудності. Наприклад, суд кілька місяців не може розпочати розгляд по суті провадження стосовно посадовців Васильківської РДА Київської області. Засідання, які призначаються, з різних причин не відбуваються.

При цьому категорія «винятково складне провадження» досі є оціночним поняттям, не позбавленим суб'єктивного характеру, тому провадження може не бути визнано таким у разі прийняття рішення про продовження строку досудового розслідування. Це позбавить змоги продовжити строк розслідування, що зумовлює брак фактичного часу для якісного закінчення справи, впливає на обсяг доказів вини конкретної особи та можливості доказування загалом у таких справах.

По-друге, зайвим затягуванням та ускладненням процесу досудового розслідування злочинів вбачається внесення змін до ст.ст. 132, 184 та 234 КПК України. У статтях йдеться про звернення слідчого чи прокурора із клопотаннями, або про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, або застосування запобіжного заходу, або про проведення обшуку, до слідчого судді місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого

знаходиться (зареєстрований) орган досудового розслідування як юридична особа. З цього приводу НАБУ приводить приклад, коли детективи з Одеського, Харківського чи Львівського територіальних управлінь НАБУ муситимуть їхати до Києва для отримання кожної судової ухвали, яких в рамках одного кримінального провадження можуть бути сотні, й чекати, поки суд розгляне їхнє клопотання, що може тривати до одного тижня [4]. Статус юридичної особи мають Головні управління Національної поліції в областях, тому слідчі будь-якого районного чи міського відділу поліції також будуть звертатися з клопотаннями в один місцевий суд за місцем розташування Головного управління Національної поліції в областях.

По-третє, з практичної точки зору організації досудового розслідування незрозумілими є зміни ст.ст. 242, 243 КПК України в частині обрання експертної установи для проведення експертизи, її проведення експертом або експертами за дорученням слідчого судді чи суду, наданим за клопотанням сторони кримінального провадження, зокрема слідчим чи прокурором.

З одного боку, законотворці намагалися цими новаціями надати широке коло процесуальних повноважень стороні захисту на стадії досудового розгляду, досягти балансу між забезпеченням потерпілому доступу до правосуддя та змагальністю судового процесу, відповідно до завдань Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки.

З іншого боку, складно уявити, наскільки збільшиться обсяг роботи судової гілки влади в цьому аспекті, як це вплине на якість призначення судових експертиз та швидкість досудового розслідування загалом. Майже на початку кожного кримінального провадження слідчий призначав дві або три судових експертизи, протягом розслідування з отриманням подальших відомостей про подію злочину призначаються додаткові, повторні однойменні експертизи. Під час розслідування тяжкого або особливо тяжкого злочину кількість експертиз відповідає складності та багатоепізодності злочину. Іноді матеріали судових експертиз складаються в окремі томи кримінального провадження.

Згідно зі змінами КПК України, клопотання слідчого або прокурора про призначення певного виду експертизи мають розглядатися слідчим суддею місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого здійснюється досудове розслідування, не пізніше п'яти днів із дня надходження клопотання до суду. Тому виникають доречні питання. По-перше, чи мають надаватися разом із клопотанням матеріали провадження на підтвердження необхідності призначення певної судової експертизи, які, до речі, можуть бути паралельно потрібні для продовження розслідування. По-друге, чи вистачить слідчому судді п'ять днів для ознайомлення з такими матеріалами, розгляду самого клопотання, визначення експерта та експертної установи, яким необхідно доручити проведення експертизи. По-третє, чи в змозі слідчий суддя здійснити аналіз визначених у клопотанні слідчого питань, що ставляться на вирішення експерту, окремі з них за необхідності визначити такими, що не мають значення для судового розгляду, обґрунтувавши таке рішення в ухвалі, та, відповідно, їх виключити з переліку, як це прописується у змінах до КПК України. Тож, зважаючи на збільшення обсягу роботи слідчих суддів, можна лише прогнозувати кадрову потребу в місцевих судах.

Ефективність призначення на стадії досудового слідства слідчим судової експертизи у кримінальному провадженні перевірена багаторічною практикою розслідування злочинів. Важко пояснити відмову законодавця від наявного механізму призначення та проведення судової експертизи, теоретичною базою якого є наукові положення кримінального процесу та криміналістичної науки щодо вчення про використання спеціальних знань слідчим, організаційних засад та тактики взаємодії слідчого з судовим експертом. Усі такі надбання юридичних наук ставляться під сумнів.

По-четверте, зміни ст. 303 КПК України в частині оскарження до слідчого судді повідомлення слідчого, прокурора про підозру дають змогу прогнозувати, що статус підозрюваної особи стане, без сумніву, найчастіше оскаржуваним на практиці. Це впливатиме на сам процес розслідування злочину, створюватиме додаткові можливості протидіяти розслідуванню. Про цю проблему відкрито заявляють у засобах масової інформації провідні спеціалісти [5–6].

Хоча в цьому контексті варто помітити позитивну частину переможних змін, зокрема п. 10 ч. 1 ст. 303 КПК України містить умову оскарження – після спливу одного місяця з дня повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку або двох місяців – про підозру у вчиненні злочину, не пізніше закриття провадження прокурором або звернення до суду з обвинувальним актом. Вважаємо, що під час розслідування злочинів загально кримінальної спрямованості такі зміни дисциплінують слідчого, який буде намагатися встигнути закінчити досудове розслідування до можливого моменту втрати підозрюваним свого статусу. Втім, як наголошується детективами НАБУ, при розслідуванні схем, пов'язаних із виведенням коштів за кордон, тільки на розкриття банківської таємниці згідно зі ст. 164 КПК України детективу знадобиться щонайменше 7–10 місяців, не говорячи про подальше проведення експертних досліджень [4]. Тому можливість оскарження повідомлення особі про підозру у вчиненні корупційного злочину буде негативно впливати на процес доказування під час кримінальних проваджень, за якими досить часто строки досудового розслідування продовжують.

За ст. 92 КПК України, саме на слідчого та прокурора покладається обов'язок доказування у кримінальному провадженні. Втім, зміст окреслених вище змін КПК України свідчить про те, що процес досудового розслідування стає, по суті, повністю контрольований через судову систему. Навіть повідомлення слідчого, прокурора про підозру може бути скасованим слідчим суддею. Слідчий та прокурор обмежуються в можливостях виконати свій прямий обов'язок на стадії досудового розслідування.

Висновки. Таким чином, можна робити висновок, що, незважаючи на необхідність удосконалення нормативного регулювання судочинства України, нещодавні зміни в межах судової реформи процесу досудового розслідування призведуть фактично до формалізації останнього. Процес доказування на стадії досудового розслідування, по суті, перетворюється на самостійний судовий процес, що потребує відповідного переосмислення в контексті організаційних засад діяльності слідчого та прокурора.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 3 жовтня 2017 р. за № 2147-VIII. Голос України. 2017. № 221-222 (6726-6727). URL: http://www.golos.com.ua/article/296463.

2. Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки: Указ Президента України 20 травня 2015 р. за № 276/2015. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/276/2015.

3. Офіційний сайт НАБУ України: розгляд справ у судах: інфографіка у кращій якості. URL: https://www.flickr.com/photos/nab_ukr/38536235451/.

4. Офіційні повідомлення: НАБУ закликає Президента України ветувати зміни до КПК, які паралізують роботу органів досудового розслідування. URL: https://nabu.gov.ua/novyny/nabu-zaklykaye-prezydenta-ukrayiny-vetuvaty-zminy-do-kpk-yaki-paralizuyut-robotu-organiv.

5. Судова реформа в Україні: менше інстанцій, але не менше лазівок. URL: http://www.dw.com/uk/.

6. Суд по-новому. Як працюватиме судова система після чергової реформи. URL: http://www.dw.com/uk/a-41556161?maca=ukr-rss-ukrnet-ukr-all-3816-xml.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

MIKELE SHCHURBA,
Applicant PhD at the Department
of International Law and Comparative Law
(Interregional Academy of Personnel Management)

УДК 341.01

THE END OF PRIVACY FOR EU CITIZENS: A CLOSER LOOK AT THE FOUR THE ANTI-MONEY LAUNDERING DIRECTIVE

The current Anti-Money Laundering regime jeopardises the essential achievements of the state under the rule of law. The increasing centralisation and cooperation of the competent authorities in the exchange of personal data creates a security architecture that leads to a considerable risk of freedom restriction. In particular, the extension of the authorities' power of intervention granting them access to citizens' personal data without the need for initial suspicion underlines that a substantial part of the constitutional state is at risk today. The fact that employees of financial institutions and other professionals involuntary execute the role of auxiliary policemen is the symbol for AML regime amendments in the European Union and Financial Action Task Force countries ignoring fundamental constitutional principles. The Brexit further complicates the compliance with AML requirements for UK companies, posing an additional challenge for the future development of the EU AML regime.

Key words: *Anti-Money Laundering, Human Rights, Brexit, 4th Money Laundering Directive, Counter-Terrorism Financing, Data Protection, Suspicious Activity Reports.*

Чинний режим боротьби з відмиванням грошей ставить під загрозу основні досягнення держави з верховенством закону. Зростаюча централізація і співробітництво компетентних органів в обміні персональними даними створює структуру безпеки, яка веде до значного обмеження свободи. Зокрема, розширення повноважень влади, які надають їм доступ до персональних даних громадян без необхідності первинної підозри, підкреслює, що значна частина конституційної держави нині знаходиться під загрозою. Той факт, що співробітники фінансових установ та інші фахівці мимоволі виконують роль допоміжних поліцейських, є символом поправок режиму Боротьби з відмиванням грошей у країнах-учасницях Європейського Союзу і Групою розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей, які ігнорують основні конституційні принципи. Brexit ще більш ускладнює відповідність вимогам боротьби з відмиванням коштів для британських компаній, що створює додаткову проблему для майбутнього розвитку режиму боротьби з відмиванням коштів в ЄС.

Ключові слова: *боротьба з відмиванням грошей, права людини, Brexit, Четверта Директива відмивання грошей, антитерористичне фінансування, захист даних, звіти про підозрілі дії.*

Действующий режим борьбы с отмыванием денег ставит под угрозу основные достижения государства с верховенством закона. Растущая централизация

и сотрудничество компетентных органов в обмене персональными данными создает структуру безопасности, которая ведет к значительному ограничению свободы. В частности, расширение полномочий властей, предоставляющих им доступ к персональным данным граждан без необходимости первоначального подозрения, подчеркивает, что значительная часть конституционного государства сегодня находится под угрозой. Тот факт, что сотрудники финансовых учреждений и другие специалисты невольно выполняют роль вспомогательных полицейских, является символом поправок режима Борьбы с отмыванием денег в странах-участницах Европейского Союза и Группой разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (ФАТФ), игнорирующих основополагающие конституционные принципы. Brexit еще более усложняет соответствие требованиям борьбы с отмыванием средств для британских компаний, что создает дополнительную проблему для будущего развития режима борьбы с отмыванием средств в ЕС.

Ключевые слова: *борьба с отмыванием денег, права человека, Brexit, 4-я Директива о борьбе с отмыванием денег, контртеррористическое финансирование, защита данных, отчеты о подозрительных действиях.*

1. Introduction

The concept of civil rights in the *Magna Carta*, including the presumption of innocence and the rule that there must be grounds for initial suspicion before bringing charges against someone, evolved into the core elements of a modern constitutional state [1, p. 115]. As the European Union (EU) and the international community has recognised the problem of transnational organised crime related to money laundering (ML) activities through illegal business, there has been an increasingly closer cooperation of states at the legislative, executive and judicial levels, resulting in the creation of one of the most extensive legal frameworks not only in the EU but worldwide [2, p. 23]. The most important international body to combat money laundering and terrorist financing (TF) is the Financial Action Task Force (FATF), which was founded at the G7 Summit in Paris in 1989, involves 35 countries and two regional organisations, and is affiliated with the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) in Paris [3]. The FATF has been given the task of developing recommendations and international standards concerning AML/CTF for the financial sector. The recommendations the FATF adopted on 16 February 2012 [4], in which the previous 40 [5] + 9 [6] recommendations were unified, provided a central component in combating financing of weapons of mass destruction. The EU today has largely adopted the FATF's 2012 recommendations in its fourth Anti-Money Laundering Directive 849/2015 (4th AMLD) [7], after previously adopting in 2014 Directive 2014/42/EU [8] on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime [9, p. 104]. These two directives form the core of the current EU AML/CFT regime. The 4th AMLD broadens the range of money laundering predicate offences by including crimes in connection with direct and indirect taxes [10, p. 270]. In addition, it significantly extends the obligation to store and distribute data of the member states in comparison to the third Anti-Money Laundering Directive (3rd AMLD) [11]. The 4th AMLD also extends the obligation of credit and financial institutions to carry out customer due diligence and to report suspicious transactions by professionals like lawyers, trustees, company service providers, real estate agents or gambling companies [9, p. 104]. It thereby creates conflicts of interest not only in the trust relationships of bank customers and their bankers but also with tax advisors, lawyers, etc. Employees of financial institutions and these new professional groups are drafted into the role of auxiliary policemen suggesting the AML regime in the EU and the FATF states has abandoned common sense and fundamental principles of the rule of law. Although the 4th AMLD is primarily intended to prevent money laundering, terrorist financing or tax evasion by creating a transparent system of data in each member state, which is publicly available and can identify final beneficial owners, its design is highly suitable to spy upon normal citizens without warrant or grounds

of suspicion. While the 4th AMLD gives Financial Intelligence Units (FIUs) significantly more autonomy in evaluating and accessing data related to ML, TF and tax offences [10, p. 270], the European Commission believes there are gaps which need to be closed involving high-risk third countries, virtual currency exchange platforms, prepaid instruments and further improvement of central data registers with regard to electronic payments and even greater access to information for and exchange between FIUs. The Commission has taken these issues into account in its proposal COM(2016) 450 final [12], without however addressing their highly heterogeneous nature due to the lack of harmonisation of criminal law among the member states, especially the issue of tax offences as a ML predicate offense [13].

Purpose: This paper promotes the improvement of the compatibility of AML/CTF legislation, provisions as well as recommendations with fundamental human and civil rights by presenting areas of massive intrusions into civil liberties, and strengthens the legal academic discourse of adherence to these fundamental rights under the principle of the rule of law in the fight against money laundering and terrorist financing.

2. The EU AML regime under the 4th AMLD

The 4th AMLD, on the basis of Article 288 TFEU [14], creates a series of new obligations for the member states, but leaves it to them how to precisely implement the Directive at the national level. In contrast to the 3rd AMLD, in Chapter III of the 4th AMLD member states are obliged to ensure that information on companies and other legal entities located in the respective member state is available in a central register and up to date in terms of their beneficial ownership and beneficial interests pursuant to Article 30(3) and (4) 4th AMLD [9, p. 105]. In addition, the member states must ensure that the competent authorities and FIUs performing customer due diligence have unrestricted access to this register at all times [10, p. 279]. The 4th AMLD extends these disclosure obligations once more under Article 31 by obliging trustees of any legally possible type of trust in the respective member state to comply with this transparency requirement. A further change compared to the 3rd AMLD is that a risk-based approach and documentation is required from all persons and companies covered by the Directive. In addition, a risk assessment of politically exposed persons (PEPs) is required while, at the same time, the group to be considered as PEPs has been significantly expanded [15, p. 77]. In practice, an inadequate definition of PEPs under the 4th AMLD and the simultaneous far-reaching extension of its scope to family members and other related parties means that many banks, for fear of possible risks, collectively have rejected opening bank accounts for these customers, resulting in unjustifiable discrimination. Even though the 4th AMLD expressly states that the PEP status must not lead to discrimination, the opposite is actually true. It remains unclear what reasons are advanced for expanding scrutiny to family members and relatives in the PEP context [16]. As it is *de facto* left to each bank to decide how far-reaching this inspection goes and how it is performed, the 4th AMLD creates even more uncertainty for the banks and their customers. The 4th AMLD requires individual financial institutions and professional figures such as lawyers, trustees, real estate agents or casino operators to carry out customer due diligence when establishing a relationship or a transaction and, in particular, to report to the competent authorities, if the risk of TF or ML offences including tax offences occurs [16, p. 104]. This creates the basis for a transnational data exchange system within the European financial system that *de facto* lies beyond any democratic checks and balances by the individual member states. The improvement of the exchange of information across Europe based on Article 53(1) 4th AMLD, in conjunction with Articles 53(2) and (3), has granted the FIUs immense power, as they are allowed to exchange or analyse any available information in the context of ML or TF independently or upon request. Although Article 30(9) 4th AMLD to a limited extent permits that the member states can refuse or restrict access to data on a case-by-case basis, Recital 56 of the 4th AMLD underscores that the request for information exchange, as a rule, has to be granted. Overall, the 4th AMLD raises a number of doubts about its democratic procedures, the guarantees of the rule of law and on its adoption. Indeed, the EU's decision not to adopt the 4th AMLD based on Article 83(2) TFEU but based on Article 114 TFEU was aimed at obstructing interference by member states in the area of criminal law, as Article 83(2) TFEU would have provided the option

for member states to prevent the introduction of the Directive in order to first examine whether it is in line with their own respective constitutions [17, p. 613]. Article 83 TFEU would not have circumvented national sovereignty in order to avoid the inconsistencies between EU criminal law and national laws. These inconsistencies are especially evident today in the area of serious cross-border crime such as terrorism, money laundering and tax evasion. The 4th AMLD not only prohibits ML, but links ML offences to the obligation of member states to impose sanctions or penalties on private companies that fail to carry out their due diligence, record-keeping and reporting duties under Article 58(1) 4th AMLD in conjunction with Articles 59 and 61. As a result, everyone who falls within the 4th AMLD's scope *de facto* becomes an extension of the investigative authorities and suspicious activity reports (SARs) can be filed without initial suspicion to avoid institutional and personal liability [10, p. 271]. This law enforcement practice is partly hindered by the European Court of Justice (ECJ), as demonstrated by the judgments of *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others* (2014) [18] and *Schrems v Data Protection Commissioner* (2015) [19]. Despite the US law allows US intelligence to access personal data from EU citizens, the ECJ has declared this practice to be inadmissible in the EU, as no adequate protection of privacy is ensured, resulting in a clear breach of EU law [20]. Accordingly, the infringement of Articles 7, 8 and 11 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (the Charter) [21] led the ECJ not only to classify the transfer of personal data to US authorities as inadmissible, but also to annul all of the Data Protection Directive 95/46 [22]. The reason for the annulment was that Article 25 of Directive 95/46 in relation to the Commission Adequacy Decision 2000/520 [23] had allowed a too far-reaching extraterritorial effect of the US law and the related competence of the US authorities in monitoring the EU citizens' data. Ultimately, the ECJ confirmed this legislation to be in breach with the Charter in respect to data protection and privacy [20]. Overall, the 4th AMLD aims to reveal violations of ML, TF and tax evasion to the fullest extent by maximising the information exchange at European level, which is softening personal data protection and the principles of the rule of law in criminal law [10, p. 271]. Therefore, the 4th AMLD raises significant questions about its efficiency and the preservation of the principles of the law.

3. The AML/CTF legislation's inability to prevent terrorist attacks

In the UK, the linking of AML policies to counter-terrorism strategies is one of the current stated goals of the Home Office and the UK Security Service. In 2015, the Joint Money Laundering Intelligence Task Force was consisting of government and law enforcement representatives and led by the National Crime Agency (NCA) [9, p. 418]. Its mission was to implement faster and more efficient intervention and law enforcement mechanisms in the private and public sectors to combat ML and TF. Thereby, a central element was a fast and far-reaching information gathering of customer-related data by financial institutions, without the possibility of protection under section 7 of the Crime and Courts Act 2013 [24, p. 22]. For banks, this means that they may disclose any information about clients without violating their obligation of confidence. Accordingly, the UK government created a way to override the banker's duty of customer confidentiality that is more extensive than the SAR process and justifies this development primarily on the grounds that it is necessary to effectively combat terrorism, without however providing reliable empirical data to support this assumption. In the UK, Part 8 of the Proceeds of Crime Act 2002 (POCA 2002) [25, p. 29] has unified ML offences similar to the 4th AMLD through the extension of confiscation, civil recovery and money laundering investigations. This resulted in a merging of civil and criminal jurisdictions, which aims at covering three investigation areas [9, p. 387]. Together with the Serious Crime Act 2007 [26, p. 27] and the amendments of sections 327-329 POCA 2002 by the Serious Organised Crime and Police Act 2005 [27, p. 15], the POCA 2002 is now one of the key legislations within the AML and CTF framework in the UK [28, p. 285]. Currently, the AML legislations in most jurisdictions worldwide, for example the Indian Prevention of Money Laundering Act 2002 [29] and the Australian Anti-Money Laundering and Counter-Terrorism Financing Act 2006 [30], have a similar structure to the POCA 2002, as they include CTF provisions [31]. These laws, which the UK and many other FATF countries established more than a decade ago to effectively combat ML and TF, in fact form the basis for the increasing prosecution risks for finan-

cial institutions and financial professionals. Moreover, institutions are subject to the risk of considerable sanctions if they do not apply a sufficient compliance structure in line with AML/CTF legislation. One may question the efficiency of this AML/CTF legislation, as the recovery of proceeds of crime through 15 enforcement agencies in the UK was only GBP 155 million in 2014, while estimated administrative costs amounted to GBP 100 million [32, p. 2]. Also, the British bankers' association assumes that most of the largest international banks are spending around GBP 700 million to one billion annually on financial crime compliance [33]. These figures show that the AML/CTF legislations create immense bureaucratic burdens without actually providing any proportionate results. This also applies to the AML/CTF legislation's efficiency as a tool to prevent terrorist attacks. In its 2016 recommendations on terrorist financing [34], the FATF states that similar to ML, the monitoring of financial flows, including cash transactions, helps the investigators to identify terrorists and prevent terrorist attacks. However, when taking a closer look at the cost of current terrorist attacks, the conclusion must rather be that the FATF recommendations may only help to uncover small tax evaders, but are completely unsuitable for preventing terrorist attacks [35, p. 9]. The low costs of terrorism attacks highlight that *de facto* only minimum financial resources are needed to carry them out. According to the estimates of the Center for the Analysis of Terrorism (CAT), the Nice attack of 14 July 2016, in which ISIS fanatic Mohamed Lahouaiej-Bouhlel killed 86 people and injured more than 450 people with a truck, cost no more than GBP 2200 [36]. This latest *low tech* strategy for terrorist attacks is based on the use of everyday objects and vehicles as deadly weapons. The Westminster attack on 22 March 2017 at the Westminster Bridge in London, in which three people were killed with a truck and 20 were injured, and the Berlin Christmas Market attack on 19 December 2016, where 12 people were killed with a truck and around 50 were injured, were based on the use of improvised weapons, including vehicles and knives [37, p. 67]. Overall, the catch-all approach of the AML/CTF regulations is touted as means of preventing terrorism, but is in fact unsuitable to prevent low tech terrorist attacks, which are relatively simple and inexpensive to realise. Most terrorist attacks in recent years have not required major financial transactions or large sums of money. Yet, the policy makers and investigative authorities still use the prevention of terrorist attacks and the prevention of the financing of terrorism as the main argument for the increasingly excessive expansion of the AML/CTF legislation worldwide.

4. *Brexit* and other future challenges of the EU AML regime

The AML/CTF regime in the UK places disproportionate burdens on companies and financial institutions. *Brexit* could further complicate this situation for companies, if they are no longer part of the EU and, thus, of the EU single market. Particularly in view of the fact that the 4th AMLD includes combating tax evasion in its regulatory system, the *Brexit* implies that the joint efforts of the EU network of information exchange and administrative cooperation will be significantly weakened by the withdrawal of the UK economy. Accordingly, the network's joint aim of the promotion of European harmonisation will be weakened as well. This may lead to substantial problems regarding the administrative cooperation related to cross-border tax issues within the EU, as EU directives will no longer apply for the UK after *Brexit*. In 2016, Directive 2016/1164 [38] was adopted, which includes provisions to combat tax avoidance practices that have direct negative effect on the functioning of the internal market. Through the *Brexit*, this Directive will become ineffective in the UK as does Directive 2014/107 [39] with regard to mandatory automatic exchange of information in the field of taxation, which ensures the existence of a cross-border administrative cooperation among the financial authorities of the member states and allows the member states to obtain full information on taxable persons or companies from member states concerned [40, p. 180]. Particularly with regard to corporate groups or multinational corporations, Directive 2014/107 gives financial authorities the opportunity of jointly carrying out audits by tax authorities of several member states [40, p. 183]. After the *Brexit*, there will no longer be a legal basis to which the UK can refer to for this precise tax administrative cooperation, which will probably have a wide range of negative consequences for companies registered in the UK, as their tax treatment within the EU will be reduced in accordance with the status of a third country. The 4th AMLD poses further challenges for the EU AML regime in the EU beyond the *Brexit* issue. Thereby, the lack of harmonisation of criminal law regarding tax evasion is

paramount. The 4th AMLD raises fundamental doubts as to what extent it is in conflict with existing civil and human rights. Against the background of the planned amendment to the 4th AMLD or the possible adaptation of the 5th AMLD, the question of the compatibility of the legislation with constitutional principles becomes increasingly important. A core element of the 4th AMLD is directed at tax avoidance and evasion. In addition, the 4th AMLD focuses on national risk assessments. In this connection, the important standard setter, the Basel Committee on Banking Supervision, has adopted the FATF recommendations of 2012 in its January 2014 guidelines *Sound Management of Risks Assessment on Money Laundering and Financing of Terrorism* [41] similar to the 4th AMLD [20]. The guidelines describe risk assessments as a central responsibility of credit and financial institutions, in which three lines of defence against money laundering are specified: The first line of defence is the front-office staff, which is in direct contact with the customer and responsible for identifying the customer, for accessing and monitoring the business risk, and for implementing respective AML/CTF policies and procedures. The second defensive line is the senior management, which is responsible for the on-going monitoring and implementation of AML/CFT requirements, and is also the point of contact for AML/CTF related queries from internal and external authorities and FIUs. The third line of defence against ML is the internal auditing, which provides an independent assessment of the effectiveness of the implementation of risk management and controlling in compliance with AML/CTF policies and procedures [15, p. 55]. At the same time, the interlinking of the recommendations of the Basel Committee, the 4th AMLD and other regulatory technical standards set by the European Supervisory Authorities creates an ever-finer network of financial institution control [20]. This network is increasingly far-reaching, as Europol is getting more closely involved in the fight against financial crimes and is becoming a central hub of information, in which data is exchanged and evaluated at unprecedented levels. Furthermore, Europol actively contributed to proposals contained in the agreement between the EU and US on the Terrorist Finance Tracking Program (TFTP) [42]. The fight against financial crimes is now being expanded with proposals about the future of the 4th AMLD involving its amendment or the 5th AMLD. Thereby, it is particularly noticeable that the proposals intend a tightening of due diligence requirements regarding the transparency of beneficial ownership [43, p. 3]. The so-called "Panama Papers affair" has contributed to the greater focus on the prevention of tax evasion and on controls on the movement of anonymous funds. Against this background, the EU Council Proposal COM/2016/0450 final [12], which is supposed to close gaps in the ML and TF area, is highly problematic due to the fact that the objective of closing gaps is being mixed with the aim to create more transparency in financial transactions in relation to offshore jurisdictions in order to prevent tax avoidance or evasion [13]. Ultimately, the integration of CTF and the inclusion of tax evasion prevention into the EU AML framework means to lump completely different phenomena together at the same level, which makes the whole system inefficient and legally questionable.

Conclusion

The progressive development of the European AML/CTF legislation combined with the clear target to eliminate tax evasion has resulted in the over-burdensome administrative monitoring of every EU citizen and the increasing undermining of fundamental civic rights. Accordingly, the 4th AMLD raises questions about its efficiency and the preservation of the principles of the law. In this context, a very critical point is that the 4th AMLD includes the conformity of ML, TF and tax evasion which questions the admissibility of the Directive in principle due to the lack of harmonisation of criminal law and of the definition of tax crimes relating to direct and indirect taxes. In particular, as there is no reciprocity among the member states in the field of tax evasion in many areas in terms of what is punishable and what is not, the 4th AMLD raises fundamental questions on data protection and an European law enforcement that, by lack of harmonisation, allows the conduct of European investigations without the existence of a criminal offense in the respective member state. At the same time, the high-risk third country and non-cooperative jurisdictions policy in the EU led to the criminalisation of countries that are primarily considered as tax havens, but which pose no actual criminal threat to the security through terrorist financing or money laundering of funds generated from illegal sources. The "Panama Papers" have raised questions about and criticism of existing policies regarding offshore structures. The legislative

reaction has been one of blind activism. The fight against terrorism and the prevention of tax evasion are being used as arguments, both politically and in the media, to create increasingly far-reaching legislation that allegedly create fair taxation and prevent terrorist attacks. The integration of these highly divergent objectives into the EU AML framework has led to an explosion of compliance costs in the EU and worldwide, with no empirical data to suggest the actual effectiveness of this legislation in preventing terrorist attacks. Neither an intensified customer due diligence nor a comprehensive monitoring and control of millions of financial transactions of ordinary citizens can prevent the new low-tech method of terrorist attacks, since these attacks require only minimal financial resources. Primarily, the 4th AMLD is apt to spy on ordinary citizens without any initial suspicion to an unprecedented degree. Today, the EU promotes an on-going unbridled and unrestricted transfer of personal data to third-party countries by virtue of the AML framework, placing every citizen under a general criminal suspicion and carrying out investigations under this policy without grounds for reasonable suspicion, which is incompatible with the rights described in the ECHR and the Charter of Fundamental Rights. Therefore, the proposals for the amendment of the 4th AMLD that suggest to extend the powers of the FIUs must include a detailed review of the rights to privacy and data protection that citizens enjoy by virtue of the ECHR and the Charter. The extension of the powers to investigate tax evasion ultimately requires the prior harmonisation of the bases for offences punishable under criminal law within the EU.

References:

1. Baldus M. Freiheitssicherung durch den Rechtsstaat des Grundgesetzes. Huster S., Rudolph K. (eds) Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat. 1st edn, Suhrkamp, 2008. S. 115.

2. Quedenfeld R. Grundlagen der Geldwäschebekämpfung. Quedenfeld R. Handbuch. Bekämpfung der Geldwäsche und Wirtschaftskriminalität. 4th edn, Berlin: ESV, 2017. S. 23.

3. FATF Members and Observers. URL: http://www.fatf-gafi.org/about/membersandobservers/ (accessed 29 November 2017).

4. International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation: The FATF Recommendations (2012, February). URL: http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf.

5. FATF 40 Recommendations (2003, 20 June). URL: www.fatf-gafi.org.

6. FATF IX Special Recommendations (2004, 22 October). URL: https://www.fiu.go.tz/FATF9Special%20Recommendations.pdf.

7. Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council on the Prevention of the Use of the Financial System for the Purposes of Money Laundering or Terrorist Financing, Amending Regulation (EU) № 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and Repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC (4th AMLD). OJ. 2015. L 141/73.

8. Directive 2014/42/EU of the European Parliament and of the Council on the Freezing and Confiscation of Instrumentalities and Proceeds of Crime in the European Union. OJ. 2014. L 127/39.

9. Blair W., Brent R., Grant T. Banks and Financial Crimes. The International Law of Tainted Money. 2nd ed. Oxford: OUP, 2017. 571 p.

10. Mitsilegas V., Vavoula N. The Evolving EU Anti-Money Laundering Regime. Challenges for Fundamental Rights and the Rule of Law. Maastricht Journal of European and Comparative Law. 2016. № 23(2). P. 270–280.

11. Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council on the Prevention of the Use of the Financial System for the Purpose of Money Laundering and Terrorist Financing. OJ. 2005. L 309/15.

12. Proposal COM/2016/0450 final – 2016/0208 (COD) for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2015/849 on the Prevention of the Use of the Financial System for the Purposes of Money laundering or Terrorist Financing and Amending

Directive 2009/101/EC (5 July 2016). URL: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-593.836+01+DOC+PDF+V0//EN&language=EN.

13. Communication COM/2016/050 final from the Commission to the European Parliament and the Council on an Action Plan for Strengthening the Fight against Terrorist Financing (2 February 2016) and Annex 1 COM(2016)50 final – Action Plan for Strengthening the Fight against Terrorist Financing to the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council (2016, 2 February). URL: https://europa.eu/european-union/documents-publications_en.

14. Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU): Consolidated Version. OJ. 2016. C202. Art. 288.

15. Cox D. Handbook of Anti Money Laundering. 1st ed. Wiley, 2014. 752 p.

16. Sheen S. Politically Exposed Persons ("PEPs") regime in the UK: Anticipatory Response to the 4AMLD. ACAMS. 2017. 4 October. P. 103–105.

17. Oppermann T., Classen C.D., Nettesheim M. Europarecht. 7th ed. Verlag: CH BECK, 2016. 698 s.

18. Case C-293/12 "Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others". Digital Reports (Court Reports – General). 2014. ECLI:EU:C:2014:238.

19. Case C-362/14 "Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner". Digital Reports (Court Reports – General). 2015. ECLI:EU:C:2015:650.

20. Herlin-Karnell T., Ryder N. The Robustness of EU Financial Crimes Legislation: A Critical Review of the EU and UK Anti-Fraud and Money Laundering Scheme. European Business Law Review. 2017. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2816980 (accessed 29 November 2017).

21. Charter of Fundamental Rights of the European Union (the Charter). OJ. 2012. C326/391. Art. 7–11.

22. Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data. OJ. 1995. L 281/31. Art. 25.

23. 2000/520/EC: Commission Decision Pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Adequacy of the Protection Provided by the Safe Harbour Privacy Principles and Related Frequently Asked Questions Issued by the US Department of Commerce. OJ. 2000. L 215/7.

24. Crime and Courts Act 2013.

25. Proceeds of Crime Act 2002 (POCA 2002).

26. Serious Crime Act 2007.

27. Serious Organised Crime and Police Act 2005 (SOCPA 2005).

28. Harvey J., Ashton S. Anti-money Laundering Policy: A Response to the Activity of Criminals or of Agencies? Van Duyne P.C., Maljević A. et al. The Relativity of Wrongdoing: Corruption, Organised Crime, Fraud and Money Laundering in Perspective. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2015. P. 280–290.

29. The Prevention of Money-Laundering Act 2002 (Act № 15 of 2003).

30. Anti-Money Laundering and Counter-Terrorism Financing Act 2006.

31. Nobanee H., Nejla E. Voluntary Disclosures of Anti-Money Laundering and Anti-Terrorist Financing. SSRN Electronic Journal. 2017. № 7. URL: https://ssrn.com/abstract=2971473 (accessed 6 December 2017).

32. Gentle S., Spinks C., Harris T. Legislative Comment. Proceeds of Crime Act 2002: Update. COB. 2016. № 139. P. 2.

33. LexisNexis Risk Solutions for the British Bankers' Association "Future Financial Crime Risks. Considering the Financial Crime Challenges Faced by UK Banks" (November 2015).

34. Terrorist Financing / FATF. URL: http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/terroristfinancing.html (accessed 6 December 2017).

35. Mai H. Cash, Freedom and Crime. Deutsche Bank Research. 2016. 23 November. P. 9.

36. McGuinness R. The Price of a Life – How European ISIS Terror Attacks Cost just £2,000.

URL: https://www.express.co.uk/news/world/722642/European-ISIS-terror-attacks-cost-study (accessed 6 December 2017).

37. Hoffman B. Low-Tech Terrorism. National Interest. 2014. № 130. P. 67.

38. Council Directive (EU) 2016/1164 Laying down Rules against Tax Avoidance Practices that Directly Affect the Functioning of the Internal Market. OJ. 2016. L 193/1.

39. Council Directive 2014/107/EU Amending Directive 2011/16/EU as Regards Mandatory Automatic Exchange of Information in the Field of Taxation. OJ. 2014. L 359/1.

40. Reimer E. Nach dem Brexit: Die Zukunft der europäischen Steuerrechtsordnung. Kramme M., Baldus C. et al. Brexit und die juristischen Folgen. Baden-Baden: Nomos, 2017. S. 180–200.

41. Basel Committee on Banking Supervision. Guidelines. Sound Management of Risks Related to Money Laundering and Financing of Terrorism (June 2017).

42. Agreement between the European Union and the United States of America on the Processing and Transfer of Financial Messaging Data from the European Union to the United States for the Purposes of the Terrorist Finance Tracking Program. OJ. 2010. L 195/5.

43. Srivastava A., Simpson M. et al. Financial Crime Update. Compliance Officer Bulletin. 2017. № 147. P. 3.

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

ГРОМОВЕНКО К. В.,
кандидат юридичних наук, ректор
(Міжнародний гуманітарний університет)

УДК 341.231.145

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ УСТАНОВ ВИЩОЇ ОСВІТИ МІЖНАРОДНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ СИСТЕМИ ООН

У статті висвітлено специфіку міжнародно-правового забезпечення освітніх відносин в вищих навчальних установах, утворених під егідою міжнародних організацій системи ООН. Особлива увага приділена стандартам здійснення вищої освіти в таких закладах, відображених у міжнародних договорах та резолюціях міжнародних організацій, у статутних та регламентних актах цих університетів та інститутів.

Ключові слова: *вища освіта, ІКАО, ММО, Світовий морський університет, ФАО.*

В статье освещена специфика международно-правового обеспечения образовательных отношений в высших учебных учреждениях, созданных под эгидой международных организаций системы ООН. Особое внимание уделено стандартам осуществления высшего образования в таковых заведениях, отраженных в международных договорах и резолюциях международных организаций, а также в уставных и регламентных актах данных университетов и институтов.

Ключевые слова: *высшее образование, ИКАО, ММО, Всемирный морской университет, ФАО.*

This article is highlighting the international legal provision of the regulation of educational relations in higher educational institutions, created under aegis of the international organisations of the UN system. Particular attention is paid to the standards of the higher education realisation in those institutions, reflected in the international treaties and resolutions of the international organisations, also as in the statutes and regalements of relevant universities and institutions.

Key words: *Higher Education, FAO, ICAO, IMO, World Maritime University.*

Аналіз специфіки міжнародних стандартів формування та організації вищої освіти, реалізації права на таку освіту наразі має надзвичайну важливість, зокрема для вітчизняної та глобальної правової доктрини. При цьому істотною складовою відповідного наукового аналізу стає специфіка організації діяльності установ вищої освіти, заснованих міжнародними організаціями. Можна стверджувати, що ООН та певною мірою ЮНЕСКО продемонстрували прагнення до утворення установ вищої освіти, таких як Університет миру та Університет Об'єднаних Націй. Водночас важливо дослідити позицію інших спеціалізованих установ ООН до цього питання.

Таким чином метою цієї статті є визначення особливостей аспектів регламентації діяльності таких установ вищої освіти, що діють під егідою спеціалізованих міжнародних

організацій системи ООН у сучасному міжнародному праві. За таких умов завданнями цієї статті стають комплексний аналіз відповідних угод та резолюцій міжнародних організацій системи ООН, статутних та регламентних актів відповідних навчальних установ, визначення процедур та практичних результатів їх діяльності. Серед вітчизняних дослідників питанням аналізу міжнародного права у сфері вищої освіти приділяли увагу такі вітчизняні автори як Б.В. Бабін, М.В. Буроменській, В.Г. Буткевич, О.О. Гріненко, А.І. Дмітрієв, В.В. Мицик [1] тощо, водночас питання діяльності навчальних установ міжнародних організацій практично не підіймалися.

Досвід діяльності у сфері вищої освіти Міжнародної морської організацій (далі – ММО) свідчить, що ця спеціалізована установа також стала обійматися утворенням окремої академічної установи під своєю егідою. Такою структурою став Світовий морський університет (англ. World Maritime University, WMU, далі – СМУ). СМУ був заснованим ММО на початку 80-х років XX ст. в умовах нестачі якісно підготовлених освічених експертів морської галузі особливо у країнах, що розвиваються. З 1983 р. діяльність СМУ стала можливою завдяки фінансовій підтримки уряду Швеції та міста Мальме, які разом з іншими донорами надавали установі підтримку [18].

Метою СМУ, як незалежної академічної установи, було визначене надання якісної підготовки фахівців у сфері морського адміністрування, освіти та менеджменту, зокрема підтримка програм технічної співпраці ММО з акцентом на сприяння країнам, що розвиваються, підвищувати їх здатність відповідати міжнародним нормам морської безпеки та попередженню забрудненню, та наданням пріоритету для програм концентрованих на розвитку людських ресурсів та підвищення інституційної спроможності [18].

Діяльність СМУ ґрунтується на таких десяти цінностях: лідерство, що полягає у першому місці в післядипломній освіті, дослідження, забезпечення інституційної спроможності для глобального морського господарства; цілісність, яка відображена у повній справедливості, неупередженості та справедливості дій; повага, що втілюється у професіоналізмі та прагненні отримати гідну оцінку від інших; підзвітність, розкрита у транспарентності та прозорості заходів; співпраця, що полягає у розвиту та підтримці ефективної робочої взаємодії та партнерства; інноваційність, розвинута у винахідливому вирішенні проблем; транспарентність, що зумовлює відкритість комунікацій; ефективність, втілена у своєчасних, економних та точних результатах; відповідність, забезпечена виконанням політики; сталість, визначена підтримкою моделей сталого розвитку для морського та океанічного сектору [18].

Цікаво, що діяльність СМУ у Мальме здійснюється на підставі угоди, укладеній 1 лютого 1960 р. між Міжурядовою морською консультативною організацією та Швецією про застосування до організації відповідних привілеї та імунітетів. Основними документами для діяльності СМУ слід вважати його Хартію, Інтерпретаційний статут, Загальний управлінський статут, Тимчасовий статут Фінансового фонду СМУ, Порядки акредитації ступенів магістра та доктора філософії, Статут програм та нагород СМУ тощо. Додамо, що академічні ступені СМУ легалізуються через застосування до них стандартів Швеції (наявна спеціальна заява національного міністерства освіти) та Німеччини (акредитація Центру оцінювання Землі Ганноверу) [18].

При цьому Канцлером СМУ традиційно обирається Генеральний секретар ММО. Хартію (Статут) СМУ було затверджене резолюцією ММО A.1130(30). За ч. «b» ст. 2 Хартії до завдань СМУ віднесено діяльність у сфері опрацювання найвищих практичних стандартів у сферах морської безпеки, ефективності судноплавства, попередження та протидії морському забрудненню, включаючи забруднення повітря. Згідно ст. 3 Хартії СМУ гарантується академічна свобода, свобода фінансової діяльності, свобода залучення персоналу та інституцій для досягнення завдань, свобода формування студентського корпусу (англ. «student body»). СМУ та його персонал мав, за Хартією, керуватися Конвенцією ММО та Статутом ООН [7].

Важливою слід визнати ст. 4 Хартії, яка формує мандат СМУ та відносить до нього надання державам потужностей післядипломної освіти, досліджень та професійного розвитку, виступ в якості форуму міжнародне визнаних експертів з усіх морських питань, забезпечення уніфікації морської освіти та підготовки, співробітництва щодо виконання стандартів ММО, реалізації інших міжнародних угод у сфері судноплавства [7].

Значну цікавість становить й ст. 5 Хартії, якою ретельно визначено практичні напрями роботи СМУ, до яких віднесене встановлення вимог до вступу в заклад та проходження навчання, затвердження та викладання програм та курсів, вибір методик поширення знань, надання академічних дипломів та сертифікатів, дисциплінарні покарання студентів, співпраця з іншими університетами та закладами з реалізації навчальних програм, надання відзнак та почесних ступенів, заснування кафедр, призначення та звільнення персоналу й визначення умов його праці, публікація матеріалів рекомендованих (англ. «under the imprimatur») університетом та щорічних звітів, надання дослідницьких та експертних послуг, вирішення питань проживання студентів, користування власністю та коштами зокрема грантами та внесками, заснування фондів та центрів, вирішення питання оплати за навчання, вжиття інших заході для досягнення «цілей Університету як місця освіти, навчання, дослідження та поширення знань» [7].

Водночас низку ключових питань роботи СМУ містить й Інтерпретаційний статут закладу 1991 р., редакція якого у 2017 р. була затверджена Радою керуючих СМУ та передбачає основні ланки управління установою, такі як Президент СМУ, Рада керуючих (англ. «Board of Governors»), Академічна рада (англ. «Academic Council») та Виконавча рада (англ. «Executive Board») й Секретаріат СМУ. Саме цей акт визначає, що академічна програма СМУ має затверджуватися саме Академічною радою установи [14].

Наразі до стратегічних напрямів дій СМУ належать чотири загальні мети. Це виховання та зрощення морських та океанічних лідерів; удосконалення морських та океанських досліджень; посилення стратегічної співпраці та партнерства; зміцнення фінансової та інституційної сталості. Зазначені напрями розвивають План стратегічного бачення СМУ на 2016-2019 роки, який фокусувався на реструктуризації академічних пропозицій закладу, зміцненні його науково-дослідних можливостей, подвоєнні щорічного прийому студентів, удосконаленні програми магістерської освіти, підтримці глобального розвитку морського потенціалу. План також передбачав розробку, впровадження й доопрацювання бізнес-моделі, що буде функціонувати в якості оперативної платформи на стійкому рівні в довгостроковій перспективі. Документом було визначено стратегічні пріоритети, сформульовано бачення, визначено місію та визначено набір основних цінностей [18].

Варто додати, що План стратегічного бачення СМУ на 2016-2019 роки у травні 2015 р. був погоджений на рівні СМУ в травні 2015 та був взятим до уваги Радою ММО та Асамблеєю ММО у грудні 2015 р., з урахуванням Дослідження фінансової сталості СМУ. Серед іншого План передбачав утворення спеціального Фінансового фонду СМУ та розширення мандату СМУ стосовно океанічних досліджень. План включав у себе засади діяльності закладу, його місію та вісім стратегічних напрямів роботи, коротко- та середньострокові плани, координацію із цілями ООН, графік реалізації та засоби підтримки, включаючи посилення внутрішнього менеджменту [17].

План спирався на попередній п'ятирічний досвід роботи СМУ та визначався як відповідь на ринкові, фінансові та операційні виклики університету, шляхом реструктуризації та відновлення академічних програм та досліджень. План було схвалене для підтримання високих академічних стандартів програм, курсів, наукових досліджень та інших продуктів СМУ, та навіть для визнання СМУ «вершиною передового досвіду в забезпеченні післядипломної морської та океанічної освіти, досліджень та розбудови потенціалу» [17].

План стратегічного бачення СМУ узагальнив окремі плани закладу, такі як Міжнародний просвітницький план, План досліджень, консультацій та докторських робіт, План курсів професійної підготовки та Бібліотечний план. Цікаво, що попередній план СМУ, на 2014-2018 роки був заміненим на новий достроково, зокрема, через схвалення ООН 25 вересня 2015 р. нового програмного акту «Трансформуємо наш світ: Порядок денний сталого розвитку 2030», завдання якого 7, 14, 17 та інші прямо стосувалися мандату СМУ. Також схваленню нового Плану сприяло затвердження ООН 12 грудня 2015 р. Паризької угоди щодо змін клімату та отримання СМУ гранту в 100 млн. доларів на дослідження океанічних проблем [17].

Слід додати, що крім СМУ під егідою ММО діє й Міжнародний інститут морського права (International Maritime Law Institute, далі – МІМП), розташований на Мальті. МІМП визначено як міжнародний центр підготовки фахівців з морського права, що має забезпечувати поширення знань та експертної оцінки у сфері морського права, з особливою увагою до безпеки судноплавства та попередженню забруднення моря. Навчання вимогам конвенцій в МІМП супроводжується підготовкою слухачів до процесів їх національної реалізації у законодавстві відповідних країн. Керівництво МІМП здійснює Керівна Рада (англ. «Governing Board»), Комітет з фінансових та людських ресурсів та Академічний комітет. Головою Керівної Ради є Генеральний секретар ММО, а її почесними членами – колишні Генсеки ММО [12].

Наразі до складу Ради входять Директор інституту, а також представник Мальти в ММО, правовий консультант Bureau Veritas (Франція), директор департаменту технічної співпраці ММО, колишній голова Агентства морського судноплавства Швеції, колишній президент Міжнародного морського комітету, колишній директор Lloyd's Register (Великобританія), професори Університету Софія (Японія) та Університету Любляни (Словенія), керівники морських адміністрацій Кенії та Гани тощо [12]. Отже, для такого залучення характерним стало поєднання академічної та експертної спільноти. Члени Керівної Ради водночас є членами одного з двох комітетів МІМП. Згідно Угоди між ММО та Мальтою про функціонування МІМП витрати на функціонування інституту несе Уряд Мальти та донорські фонди, жодного фінансування за кошт ММО інституту не надається. МІМП маж власний академічний персонал, адміністративний та допоміжний штат та водночас залучає до участі в освітньому процесі професорів інших навчальних закладів [12].

Іншим навчальним закладом під егідою ММО слід вважати Міжнародну академію морської безпеки, рятування та довкілля (International Maritime Safety, Security and Environment Academy, далі – МАМБРД). Ця Академія була заснована згідно з двосторонньою Угодою між Урядом Італії та ММО про співпрацю у секторі совіти та підготовки від 10 березня 1988 р. з особливою увагою до навчання громадян держав, що розвиваються. Тривалий час функцію закладу за цією угодою під егідою ММО виконувала Міжнародна морська академія в Трієсті, але цей заклад припинив освітню діяльність у 2005 р. і з того часу Уряд Італії визначив саме МАМБРД як заклад, призначений для реалізації вимог Угоди [4].

Специфікою МАМБРД стала підготовка у сфері морського публічного сектору, зокрема щодо виконання функцій держави порту, прапору та прибережної держави та здійснення навчання переважно у форматі стислих курсів. За власним статусом МАМБРД є неприбутковою організацією, яка перебуває у володінні публічних установ, таких як Провінція Генуя та Регіон Лігурія, національних асоціацій судновласників та морських профспілок Італії; Керівна Рада академії включає посадових осіб італійських міністерств транспорту, освіти та морської охорони [4].

Варто вказати, що не усі спеціалізовані установи ООН приділяють таку увагу організації процесів вищої освіти, як ММО. Прикладом подібна до ММО спеціалізована установа ООН, Міжнародна організація цивільної авіації (далі – ІКАО) не утворила під власною егідою жодного навчального закладу та не уклала з цих питань договори з державами ООН. Замість цього ІКАО має практику укладання угод з окремими авторитетними авіакосмічними університетами світу.

Прикладом такої взаємодії є угоди ІКАО з приватним Аеронавігаційним університетом Ембрі-Ріддл (Embry–Riddle Aeronautical University), розташованим в США (Дейтон-Біч, Флорида та Прескотт, Арізона). Університет Ембрі-Ріддл сьогодні є найбільшою в світі університетською мережею з авіакосмічною спеціалізацією, що охоплює більше двадцяти тисяч студентів, 130 університетських містечок та сорок академічних програм освіти [8]; [9]. Зокрема в рамках співпраці цей американський університет розробляє модельні курси, які потім рекомендує ІКАО для підготовки кадрів [11].

Втім, ІКАО звертає увагу й на вітчизняні заклади, такі як Національний авіаційний університет. Представники цього закладу у 2017 р. підписали з ІКАО Угоду про управлінські послуги, за цією домовленістю передбачає залучення ІКАО для придбання сучасного

авіаційного обладнання (авіатренажерів-симуляторів) та модернізації навчальних програм вітчизняного закладу [3]. Втім, ще у 1996 р. в рамках Національного авіаційного університету було відкрите Європейський регіональний навчальний центр ІКАО з авіаційної безпеки, а у 2002 р. – Європейський регіональний навчальний центр ІКАО з підготовки державних інспекторів з безпеки польотів та льотної придатності повітряних суден. Це призвело до того, що наразі в рамках цього університету діє, на правах факультету, Інститут ІКАО [2].

Інший підхід до вищої освіти демонструє Продовольча та сільськогосподарська організація ООН (далі – ФАО), що запровадила сталі інституційні механізми співпраці водночас з багатьма академічними та дослідницькими установами.

Для організації відповідної двосторонньої співпраці ФАО, згідно із затвердженими організацією Керівними принципами, відкрита для установ, які є визнаними та акредитованими, мають належний професорсько-викладацький та студентський склад та користуються академічними свободами й інституційною автономією, відповідають критеріям ведення бізнесу, встановленими ООН, є транспарентними в управлінні та фінансуванні. Така співпраця реалізується ФАО в рамках стратегічних цілей організації та з урахуванням програми співпраці з країною місцезнаходження університету [5].

Ключовою формою такої співпраці ФАО слід вважати Програму партнерства «Освіта для селян» (англ. «Education for Rural People», ERP). В рамках цієї програми ФАО діє за підтримки коштів, наданих Італійським агентством співпраці для розвитку, Урядом Сан-Марино, Міністерством закордонних та європейських справ Франції, Світовою продовольчою програмою ООН. Додаткова підтримка цій програмі ФАО здійснюється з боку ЮНЕСКО, зокрема регіональних офісів ЮНЕСКО у Бангкоку й Сантьяго, офісу ЮНЕСКО в Пекіні. Зазначена програма спрямована на поглиблені дослідження взаємозв'язку між освітою, сільським господарством, агрокультурою, продовольчою безпекою та сільським розвитком [16].

При цьому в рамках такої програми внесок конкретного університету може мати характер підготовки курсів та навчальних посібників, здійснення досліджень та публікацій або у вимірі польових проектів. Такий внесок має охоплювати основні напрями роботи ФАО, такі як сільське господарство, економічне та соціальне життя, рибальство та аквакультуру, природні ресурси й технічну співпрацю. Цікаво, що хоча на ресурсах ФАО є спроба узагальнення усіх наявних сільськогосподарських університетів світу [6], конкретну участь у програмі «Освіта для селян» взяло декілька університетів, насамперед італійських (Університет Болоньї, Неаполітанський університет, Римський університет Ла Сап'єнца, Римський університет Тор Вергата, Третій римський університет та Університет Пенджабу) [15].

Водночас, як й ІКАО, ФАО може укладати угоди з окремими авторитетними навчальними закладами. Прикладом такої взаємодії слід вважати Меморандум про співпрацю між ФАО та Університетом Кіото, укладений у 2016 р. Ця угода розрахована на довготривале співробітництво, сфокусоване на обміні знанням та досвідом зокрема з питань харчових відходів та міської продовольчої політики, розвитку засобів моделювання агрокультури,та виявлення зв'язків між змінами клімату та розвитком агрокультури. В рамках реалізації цього меморандуму ФАО провело в Кіото низку міжнародних симпозіумів [10].

Отже варто прийти до таких висновків. Особливий характер носить безпосередня організація вищої освіти у роботі спеціалізованих установ, яка знайшла своє втілення у існуванні університетів з особливим міжнародно-правовим статусом. Це насамперед стосується утворених резолюціями ММО, Світового морського університету та Міжнародного інституту морського права, координованій ММО Міжнародної академії морської безпеки, рятування та довкілля. Інші спеціалізовані установи ООН, такі як ІКАО, або обмежуються укладанням угод із потужними профільними національними університетами, або, такі як ФАО, супроводжують укладання угод формуванням загальних керівних принципів та програм взаємодії з профільними університетами.

Усі форми координації вищої освіти або взаємодії з її закладами установами системи ООН ґрунтуються на безумовній повазі до академічної свободи із дотриманням принципів фінансової звітності та кореляції науково-викладацької діяльності із завданнями

міжнародних організацій. Визначення ролі вищих навчальних закладів міжнародних організацій у наступному формуванні сучасних міжнародно-правових інститутів у сфері вищої освіти має стати предметом додаткових наукових досліджень.

Список використаних джерел:

1. Бабін Б. В. Питання розвитку та реалізації міжнародних стандартів прав корінних народів : монографія / Б. В. Бабін, О. О. Гріненко, А. В. Приходько. – Одеса : Фенікс, 2018. – 238 с.

2. Інститут ІКАО. Національний авіаційний університет. URL: https://nau.edu.ua/ua/menu/navchalni-pidrozdili/institutes/ikao.html

3. Український Національний авіаційний університет підписав Угоду про управлінські послуги з Міжнародною організацією цивільної авіації: Посольство України в Канаді. URL: https://canada.mfa.gov.ua/news/59069-ukrajinsykij-nacionalynij-aviacijnij-universitet-pidpisav-ugodu-pro-upravlinsyki-poslugi-z-mizhnarodnoju-organizacijeju-civilynoji-aviaciji-ikao (Last accessed: 13.05.2018).

4. About IMSSEA. International Maritime Safety, Security and Environment Academy. URL: https://imssea.org/the-academy/about-us/ (Last accessed: 13.01.2018).

5. Academia and Research Institutions. FAO. URL: http://www.fao.org/partnerships/academia/our-approach/en/ (Last accessed: 13.01.2018).

6. Agricultural Universities. FAO. URL: http://www.fao.org/ag/aga/AGAP/FRG/Feedsafety/univer/agriuniver.htm (Last accessed: 13.01.2018).

7. Charter of the World Maritime University (as of 1 January 2018) as adopted by IMO Assembly Resolution A.1130(30). WMU. URL: https://wmu.se/sites/default/files/documents/files/WMU%20Charter%20-%201%20January%202018_0.pdf (Last accessed: 13.01.2018).

8. Embry–Riddle Aeronautical University. ERAU. URL: https://erau.edu/ (Last accessed: 13.01.2018).

9. Embry–Riddle Aeronautical University. Wikipedia. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Embry%E2%80%93Riddle_Aeronautical_University (Last accessed: 13.01.2018).

10. FAO and Japan hold high-level discussions to bolster a strong partnership. FAO. URL: http://www.fao.org/asiapacific/news/detail-events/en/c/467883/ (Last accessed: 13.01.2018).

11. ICAO and Embry Riddle formalize new TRAINAIR PLUS agreement. ICAO. URL: https://www.icao.int/Newsroom/Pages/ICAO-and-Embry-Riddle-formalize-new-TRAINAIR-PLUS-agreement.aspx (Last accessed: 13.01.2018).

12. IMO International Maritime Law Institute. IMLI. URL: https://www.imli.org/about-us/imo-international-maritime-law-institute (Last accessed: 13.01.2018).

13. International Institute of Agriculture Convention signed at Rome June 7, 1905. Library of Congress. URL: https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000001-0436.pdf (Last accessed: 13.01.2018).

14. Interpretation Statute. 01 July 2017. WMU. URL: https://wmu.se/sites/default/files/documents/files/Interpretation_Statute_amended1July2017.pdf (Last accessed: 13.01.2018).

15. Knowledge Sharing between the Universities members of the ERP partnership, and supporting capacity development for food security. FAO. URL: http://www.fao.org/erp/universities/knowledge-sharing-and-capacity-development-for-food-security-universities-contribution/en/ (Last accessed: 13.01.2018).

16. The ERP Partnership. FAO. URL: http://www.fao.org/3/i0760e/i0760e04.pdf (Last accessed: 13.01.2018).

17. WMU Strategic Vision Plan 2016-2019. WMU. URL: https://wmu.se/docs/strategic-plan-2016-2019 (Last accessed: 13.01.2018).

18. World Maritime University. WMU. URL: https://wmu.se/about/imo-wmu (Last accessed: 13.01.2018).

ЗМІСТ

РОЗБУДОВА ДЕРЖАВИ І ПРАВА: ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА КОНСТИТУЦІЙНОЇ ПРАКТИКИ

БІЛЕЦЬКА А. М. ЗАПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ СУДОВОЇ СПЕЦІАЛІЗАЦІЇ З ПИТАНЬ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ 3

ГРИНДЕЙ Л. М. ФОРМУВАННЯ СВІТОГЛЯДУ ЯК ЗАПОРУКА ПРАВОВОГО МИСЛЕННЯ СУДДІВ 9

ІВЧЕНКО Ю. В. ГІРКИЙ ДОСВІД ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ, ЯКИЙ НЕ ПОВИНЕН ПОВТОРИТИСЯ (СУЧАСНИЙ НАДНАЦІОНАЛЬНИЙ ПАТРІОТИЗМ НІМЕЧЧИНИ) 16

ЛЯШЕНКО Р. Д., МАМЧУР С. М. АДВОКАТСЬКА МОНОПОЛІЯ В УКРАЇНІ: ПЛЮСИ ТА МІНУСИ РЕФОРМУВАННЯ 21

МИХАЙЛОВ М. Б. МОНІТОРИНГОВА ДЕМОКРАТІЯ: ПОНЯТТЯ, ЗМІСТ ТА МІСЦЕ В СИСТЕМІ ФОРМ БЕЗПОСЕРЕДНЬОЇ ДЕМОКРАТІЇ 26

РЯБОВОЛ Л. Т. ІНСТИТУТ ЛОБІЮВАННЯ ЯК ПРЕДМЕТ НАУКОВОГО ДОСЛІДЖЕННЯ 32

ШАПОВАЛ Н. В. ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНІ ТА ІСТОРИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ ФУНКЦІОНУВАННЯ СИСТЕМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ 38

ШВЕЦЬ Ю. Ю. МЕХАНІЗМ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ОСОБИ НА ОХОРОНУ ЗДОРОВ'Я: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ 44

ЦИВІЛІСТИКА

БОБКО В. Г., ЖОЛОНДІЄВСЬКИЙ Л. О. ОСОБЛИВОСТІ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ ПРО ВИЗНАННЯ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ БЕЗВІСНО ВІДСУТНЬОЮ АБО ОГОЛОШЕННЯ ЇЇ ПОМЕРЛОЮ 49

КИРИЧЕНКО Т. С. ЗАПОБІГАННЯ НАСИЛЬСТВУ ЗАВДЯКИ НОРМАМ МОРАЛІ ТА РЕЛІГІЇ В СІМ'Ї 55

МАЗУР В. В. СИСТЕМА СЕРВІТУТНИХ ПРАВОВІДНОСИН 62

ОЛДАК Т. В. СУТНІСТЬ ГРУПОВОГО ПОЗОВУ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ 69

ОЧЕРЕТЯН К. О., КАРПЕНКО Р. В. ФОРМА ТА ЗМІСТ ПОЗОВНОЇ ЗАЯВИ 75

ПОМАЗАНОВ А. В. МАЛОЗНАЧНІСТЬ СПРАВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ 80

STARCHUK O. V. CURRENT APPROACHES TO CLASSIFICATION OF PLAGIARISM AS A FORM OF RIGHT INFRINGEMENT 87

ТАРАН О. С. ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СПАДКОВОГО ПРАВА ЩОДО ОБОВ'ЯЗКОВОЇ ЧАСТКИ У СПАДЩИНІ 93

ЧЕРЕДНИК Н. В. СИСТЕМА СУБ'ЄКТІВ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У ДОСЛІДНИЦЬКОМУ УНІВЕРСИТЕТІ.....98

ЯКИМЧУК А. В., ЦЮРА В. В. ВІДПЛАТНІСТЬ ФІНАНСУВАННЯ ЯК ВИЗНАЧАЛЬНА ОЗНАКА ДОГОВОРУ ФАКТОРИНГУ.....105

ЯРОЦЬКА М. В. АНАЛІЗ СТРУКТУРНИХ ЗВ'ЯЗКІВ МІЖ ЕЛЕМЕНТАМИ ЮРИДИЧНОГО СКЛАДУ ЯК ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ МАЙНОВИХ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН.....111

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС

КИРИЧЕНКО І. О. ВИЗНАЧЕННЯ ПІДСТАВ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПРАВОПОРУШЕННЯ ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ ІНЖИНІРИНГОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В БУДІВНИЦТВІ.....117

ТРУДОВЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

БОЄВА О. С. ВИОКРЕМЛЕННЯ ІНСТИТУТУ СУДОВОГО ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ: РЕАЛЬНІСТЬ СЬОГОДЕННЯ.....123

КОРНІЛОВА О. В. ПРАВО ЛЮДИНИ НА ОХОРОНУ ЗДОРОВ'Я: МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ Й ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ.....130

МОСКАЛЕНКО В. В., КИСЕЛЬОВА О. І. МІЖНАРОДНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАЦІ УКРАЇНЦІВ, ЩО ПРАЦЮЮТЬ ЗА КОРДОНОМ.....135

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

ЮРОВСЬКА В. В. АНАЛІЗ МЕТОДУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВОВІДНОСИН, ПОВ'ЯЗАНИХ З ОХОРОНОЮ АТМОСФЕРНОГО ПОВІТРЯ.....140

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОЦЕС, ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

ВИПРИЦЬКИЙ А. О. ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ КОНФЛІКТУ ІНТЕРЕСІВ У ДІЯЛЬНОСТІ ПОСАДОВИХ ОСІБ ДЕРЖАВНИХ ВИЩИХ НАВЧАЛЬНИХ ЗАКЛАДІВ.....146

КОРЕНЕВА М. М. АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ Й ІНШІ ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ВІДКРИТТЯ, ПЕРЕРЕЄСТРАЦІЇ ТА ЛІКВІДАЦІЇ БІЗНЕСУ В УКРАЇНІ Й МЕТОДИ ЇХ ПОДОЛАННЯ.....152

МАНДЗЮК О. А. НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ АНАЛІТИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ.....158

ПИСАРЕНКО Г. М. ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В ІНФОРМАЦІЙНІЙ СФЕРІ.....165

СТОЛБОВИЙ В. М. ДИСЦИПЛІНАРНО-ДЕЛІКТНІ ПРАВОВІДНОСИНИ В СИСТЕМІ СЛУЖБИ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ.....170

ТОПЧІЙ О. В. ЮРИДИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА НОВІТНІХ ТЕНДЕНЦІЙ У СФЕРІ ПОРУШЕННЯ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ НЕПОВНОЛІТНІХ.....175

CHERVIENKOVA M. H. STATE AND RELIGIOUS ORGANIZATIONS AS MEMBERS OF THE LEGAL RELATIONSHIP AND THEIR LEGAL NATURE.....182

ШАТРАВА С. О. АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ВІДНОСИНИ ЯК СКЛАДОВІ ЕЛЕМЕНТИ МЕХАНІЗМУ ЗАПОБІГАННЯ КОРУПЦІЇ В ОРГАНАХ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ.....188

ФІНАНСОВЕ ПРАВО

ГРЕБЕНЮК М. В., ЛУК'ЯНЧУК Р. В. ОСОБЛИВОСТІ ЛАТИНОАМЕРИКАНСЬКОЇ МОДЕЛІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОБІГУ КРИПТОВАЛЮТ.....194

ЖМУДІНСЬКИЙ В. П. ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ, ПОВ'ЯЗАНІ З ПОДАННЯМ ПОДАТКОВОЇ ЗВІТНОСТІ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКИМИ ПІДПРИЄМСТВАМИ.....199

КУШНІР І. М. ПРАВОВИЙ СТАТУС ЗАБУДОВНИКА ЯК СУБ'ЄКТА ПОДАТКОВИХ ПРАВОВІДНОСИН.....204

СЕЙДХАЛІЛОВА С. Д., КАРПЕНКО Р. В. СИСТЕМА УПРАВЛІННЯ ТА КОНТРОЛЬ РИЗИКІВ БАНКУ: ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ.....211

ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА, КРИМІНОЛОГІЇ ТА КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОГО ПРАВА

ВЕЧЕРОВА Є. М. НОРМАТИВНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА: ПОНЯТТЯ ТА ГАЛУЗЕВА СПЕЦИФІКА.....217

ПИВОВАРОВ В. В., ГУЛАТКАН Т. В. ДО ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ «БІЛОКОМІРЦЕВОЇ» ТА КОРПОРАТИВНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ.....223

ФІЛІППОВ С. О. КОНЦЕПТУАЛІЗАЦІЯ ПРОТИДІЇ ТРАНСКОРДОННІЙ ЗЛОЧИННОСТІ ЯК НАДНАЦІОНАЛЬНА ПРОБЛЕМА.....229

ЮЩИК О. І. ДОСУДОВА ДОПОВІДЬ: СУТНІСТЬ, ЗМІСТ ТА ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ.....235

КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНАЛІСТИКА

ГАЛАГУРЯ Є. Л. ОСОБЛИВОСТІ РОЗСЛІДУВАННЯ УМИСНИХ ВБИВСТВ З МОТИВІВ РАСОВОЇ, НАЦІОНАЛЬНОЇ ЧИ РЕЛІГІЙНОЇ НЕТЕРПИМОСТІ.....241

НУДЖЕЙДАТ ВЕАМ СЛІДЧІ СИТУАЦІЇ ПОЧАТКОВОГО ЕТАПУ РОЗСЛІДУВАННЯ ЗҐВАЛТУВАНЬ І ТАКТИЧНІ ОПЕРАЦІЇ.....246

ПОНОМАРЕНКО О. В. СЕНЧЕНКО Н. М. СУЧАСНИЙ СТАН ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ МІЖНАРОДНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА ПІД ЧАС КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ.....251

ЧЛЕНОВ М. В. ЩОДО ПИТАННЯ ПРОДОВЖЕННЯ СЛІДЧИМ СУДДЕЮ СТРОКІВ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ.....257

ЩЕРБАК І. А. ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ДОСУДОВОГО ПРОВАДЖЕННЯ В КОНТЕКСТІ ЗМІН КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНУ ТА СУДОВОЇ РЕФОРМИ 2017 РОКУ.....264

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

MIKELE SHCHURBA. THE END OF PRIVACY
FOR EU CITIZENS: A CLOSER LOOK
AT THE FOUR THE ANTI-MONEY LAUNDERING DIRECTIVE..... 269

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

ГРОМОВЕНКО К. В. ПРАВОВИЙ РЕЖИМ УСТАНОВ ВИЩОЇ ОСВІТИ
МІЖНАРОДНИХ ОРГАНІЗАЦІЙ СИСТЕМИ ООН..... 278

ПРАВО І СУСПІЛЬСТВО **1 ч. 2 • 2018** Науковий журнал

Науковий журнал Виходить шість разів на рік

Українською, російською та англійською мовами

Підписано до друку 15.01.2018 р. Формат 70x100/16. Папір офсетний.
Обл.-вид. арк. 25,15. Ум. друк. арк. 32.78. Наклад 300 прим. Ціна договірна.

ВНПЗ «Дніпропетровський гуманітарний університет»
49046, м. Дніпро, вул. Орловська, 1-Б, т. (056) 371-51-42