

**„JURNALUL JURIDIC NAȚIONAL:  
TEORIE ȘI PRACTICĂ” S.R.L.**

**Publicație științifico-practică de drept  
„НАЦИОНАЛЬНЫЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ:**

**ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА” O.O.O.  
Научно-практическое правовое издание**

**„NATIONAL LAW JOURNAL:  
THEORY AND PRACTICE” L.L.C.**

**Scientific and practical Publication in law**

**Certificat de înregistrare nr.1013600031111 din 30.09.2013  
eliberat de Camera Înregistrării de Stat**

**ISSN 2345-1130**

Revistă inclusă în Registrul Național al revistelor științifice de profil prin hotărîrea comună nr. 270 din 31.10.2013 a Consiliului Suprem pentru Știință și Dezvoltare Tehnologică și a Consiliului Suprem pentru Acreditare și Atestare al AȘM

Журнал включен в Национальный реестр профильных научных журналов совместным решением № 270 от 31.10.2013 Высшего совета по науке и технологическому развитию и Высшего Совета по аккредитации и аттестации Академии наук Молдовы

The magazine included in the national register of scientific magazines profile of joint decision nr. 270 of 31.10.2013 of the Supreme Council for science and technological development and the Supreme Council for accreditation and attestation of Academy of Sciences of Moldova

**Fondatori:**

**Instituția Privată de Învățămînt  
Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată  
Întreprinderea cu capital străin «Demsta» S.R.L.**

**Se editează din martie 2013**

**Nr. 6(10) 2014**

**Redactor-șef L. Arsene**

**Redactor științific O. Bejan, doctor în drept**

**Colegiul de redacție:**

*G. Alecu*, doctor în drept, prof. univ., (Constanța, România); *P. Biriucov*, doctor în științe juridice, profesor (Voronej, Federația Rusă); *V. Bujor*, doctor în drept, prof. univ.; *G. Costachi*, doctor habilitat în drept, prof. univ.; *N. Egorova*, doctor în științe juridice, profesor (Volgograd, Federația Rusă); *N. Karpov*, doctor în științe juridice, profesor (Kiev, Ucraina); *M. Gheorghiuță*, doctor habilitat în drept, prof. univ.; *I. Guceac*, doctor habilitat în drept, prof. univ., membru corespondent al AȘ RM; *V. Guțuleac*, doctor în drept, prof. univ.; *E. Haritonov*, doctor în științe juridice, profesor, membru corespondent al AȘ din Ucraina (Odesa, Ucraina); *V. Șepitko*, doctor în științe juridice, profesor, membru corespondent al AȘ din Ucraina (Harkov, Ucraina).

Adresa redacției: Casa Presei et. 5, of. 512,  
str. Pușkin 22, mun. Chișinău, MD-2012, Republica Moldova  
Tel.: 022-233790

E-mail: jurnaljuridic@mail.ru

Pagina Web: jurnaljuridic.md

**СОДЕРЖАНИЕ**

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА,  
ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

Олег БАРАБАШ. Динамізм змістовності  
й символізація розвитку суспільних та  
інституціонально-правових процесів сучасності .....6

Наталія БОНДАР. Становлення сучасної  
національної правової системи Польщі:  
історико-правові аспекти.....11

Оксана БУНЧУК. Питання звичаєвого права  
в науковій спадщині Івана Франка .....15

Ольга ГАНЧУК. Контекстуалізація  
ціннісного виміру права .....20

Ганна ДЕНИСЕНКО. Правовий статус  
лінгвіста як перекладача у межах  
правозастосовного процесу .....24

Сергій ІВАНИЦЬКИЙ. Міжнародні громадські  
об'єднання адвокатів: правовий статус,  
види, тенденції розвитку .....30

Альона РОМАНОВА. Особливості професійної  
самореалізації правника у природно-правовому  
просторі (сенсильний вимір) .....34

Вікторія САВІЩЕНКО. Правовий розвиток науки  
в Україні в системі інтеграційних процесів.....38

КОНСТИТУЦИОННОЕ  
И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

Lyudmyla DESHKO, Albina BERKO.  
The concept of the human right to legal protection .....42

Юлия ГОНЧАРОВА. Становление и развитие  
института защиты прав женщин в системе  
обеспечения прав человека.....45

Юрій КИРИЧЕНКО. Право людини  
на соціальне забезпечення в конституційних нормах  
України та зарубіжних держав:  
порівняльно-правовий аналіз.....51

Александр КУШНИРЕНКО. Принцип унитаризма  
как форма государственного единства и базовая  
ценность конституционного строя Украины.....56

Євген РЕНЬОВ. Щодо питання основних  
цінностей конституційного ладу України .....61

Ірина ШЕВЧУК. Поняття та юридична природа  
правових позицій Конституційного Суду України ....65

## АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

- Світлана БЄЛЯВСЬКА. Правові засади впровадження інформаційних та управлінських інновацій у судове управління.....69
- Наталія БОНДАРЕНКО. Характеристика стадій провадження у справах про притягнення до адміністративної відповідальності за жорстоке поводження з тваринами .....74
- Ірина ДАНИЛОВА. Зарубіжний досвід державного регулювання наукової сфери: теоретико-методологічні рекомендації для України.....79
- Наталія КОРОТКА. Нормативне забезпечення публічного адміністрування післядипломної освіти: узагальнений аналіз проблем перспективної нормотворчості.....86
- Сергій КУШНІР. Самоконтроль у сфері освіти як різновид державного контролю .....89
- Петро МАКУШЕВ. Окремі напрями вдосконалення організації діяльності виконавчої служби в Україні .....92
- Олександр МИХАЙЛОВ. Надання на прохання позивача службовцем апарату адміністративного суду допомоги в оформленні позовної заяви.....97
- Микола СИЧ. Вищі органи державної влади як суб'єкти протидії корупційним правопорушенням .....100
- Микола ЧЕРНОВ. Загальна характеристика юридичних складів правопорушень у сфері банківської діяльності.....104
- ## ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС
- Дмитро АБРИКОСОВ. Загальна характеристика механізму захисту прав та інтересів пасажера за договором перевезення повітряним транспортом .....108
- Владимир БОБРИК. Международные приоритеты оптимизации гражданского судопроизводства в Украине .....114
- Ілля БУТ. Місце третейського розгляду серед альтернативних способів вирішення цивільно-правових спорів.....117
- Ольга ЗЕМСКОВА. Правовий режим вантажу в договорі перевезення небезпечних вантажів .....122
- Іван КАЛАУР. Правова природа договору позички як підстави для виникнення права на безоплатне користування річчю .....127

- Дарина КУШЕРЕЦЬ. Характеристика окремих способів захисту майнових прав сторін у договірних зобов'язаннях .....132
- Андрій ЛОЗОВИЙ. Правовий режим спільної власності на нерухоме майно.....138
- Вікторія РАШКІВСЬКА. Рішення суду як підстава для звернення стягнення на заставлене нерухоме майно.....144
- Євген ТРУБАКОВ. Генеза вчення про неукладений договір.....149
- Андрій УСТІНСЬКИЙ. Поняття договору про надання готельних послуг .....153

## ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

- Валентина АНДРИЕНКО. Опыт применения договора форфейтинга .....158
- Елена ГОЛИНА. Теоретические основы проведения систематизации договоров об оказании услуг в хозяйственном праве .....162
- Євген ШКОЛЬНИЙ. Правовий статус держави як суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності .....166

## ТРУДОВОЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

- Олексій СЕЛЕЦЬКИЙ. Спеціальна трудова правосуб'єктність дипломатичних працівників .....169
- Ігор СТЕПАНОВ. Роль юридичної служби регіональних закладів та органів охорони здоров'я в умовах впровадження реформ.....175
- Софія ШАБАНОВА. Правове регулювання умов праці працівників нафтогазової промисловості в зарубіжних країнах: окремі питання .....179
- Наталія ШВЕЦЬ. Право на страйк: від теорії до практики реалізації.....182

## ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО

- Сергій ШЕРШУН. Удосконалення механізму законодавчого регулювання екологічного аудиту .....187

## УГОЛОВНОЕ ПРАВО, УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

- Світлана ВЛАДИМИРЕНКО. Об'єкт шахрайства в системі страхування.....191

Михайло ДІМІТРОВ. Поняття об'єкта злочину, передбаченого статтею 229 Кримінального кодексу України .....194

Наталія ДОВГАНЬ-БОЧКОВА. Примушування як спосіб учинення злочину .....199

Татьяна КОЛЕСНИКОВА. Теоретические аспекты соотношения последствий преступления и общественной опасности преступного деяния в уголовном праве Украины .....203

Олександр МЕДВЕДЕНКО. Підстави для криміналізації незаконних дій з платіжними інструментами .....206

Григорій УСАТІЙ. Структура об'єкта уголовно-правового конфлікту .....210

Андрей ШУЛЬГА. Теоретико-правовая характеристика общего состава земельных преступлений .....215

#### КРИМИНОЛОГИЯ

Анна БАРБАРА. Психологічні аспекти в молодіжній кримінальній субкультурі .....221

Глона МИХАЙЛОВА. Пробація щодо неповнолітніх як механізм запобігання злочинам неповнолітніх .....224

#### УГОЛОВНИЙ ПРОЦЕСС, КРИМИНАЛИСТИКА

Садіг АСКЕРОВ. Особливий порядок кримінального провадження щодо адвоката .....230

Олеся ВАЩУК. Невербальна інформація у кримінальному судочинстві: допит .....234

Іванна ГОЛУБ. Право на дитинство: кримінальний процесуальний вимір .....238

Сергей КОВАЛЬЧУК. Критерии классификации доказательств в теории уголовного процесса и обоснованность их использования для типологии вещественных доказательств .....242

Богдан КУСПИСЬ. Загальні ознаки тимчасового доступу до речей і документів як заходу забезпечення кримінального провадження .....248

Артур ПАНАСЮК. Мережа Інтернет у діяльності слідчого .....253

Олександр ПАНАСЮК. Застосування належної правової процедури судом першої інстанції при вирішенні питання допустимості доказів .....256

Владислав ПАШКОВСЬКИЙ. Проблеми виокремлення процесуального керівництва досудового розслідування від прокурорського нагляду, передбаченого Конституцією України .....262

Оксана ПЧЕЛІНА. Криміналістична класифікація злочинів у сфері службової діяльності .....267

Галина САЄНКО. Ретроспектива угоди в кримінальному процесі України .....272

Володимир ТРОФИМЕНКО. Соціально-правова цінність кримінальної процесуальної форми .....278

Мирослава ЧОРНОУСЬКО. Особливості здійснення прокурорського нагляду у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням: сутнісно-компаративістський аналіз .....282

#### МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

Євген БЛОУСОВ. Економічна безпека регіонів у контексті зміни парадигми регіонального управління (постановка проблеми) .....288

Александр ЗАДОРЖНИЙ. Последствия аннексии крымского полуострова Российской Федерацией для международного правопорядка .....292

Антон УШАКОВ. Свобода рибальства як фактор, що впливає на формування міжнародно-правового статусу вод відкритого моря як об'єкта загальної спадщини людства .....297

#### ПРАВО ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

Людмила ДЕШКО, Катерина ЯРЛУШКИНА. Национальные учреждения, занимающиеся поощрением и защитой прав человека в системе средств правовой защиты (по материалам практики Европейского суда по правам человека) .....299

Ольга ПОЖАР. Судовий захист права особистої недоторканності Конституційним Судом України та Європейським судом з прав людини .....303

## ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА, ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

УДК 340.12

### ДИНАМІЗМ ЗМІСТОВНОСТІ Й СИМВОЛІЗАЦІЯ РОЗВИТКУ СУСПІЛЬНИХ ТА ІНСТИТУЦІОНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ПРОЦЕСІВ СУЧАСНОСТІ

Олег БАРАБАШ,

доцент кафедри логіки

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

#### SUMMARY

The paper sets up communication dynamism issues of social development, its semantic orientation to the future with emphasis on the role of symbolization, of its nature, “technology” representation in the public consciousness. Outlines the problem of dynamism of the law itself in the context of these processes, highlighting aspects of a possible pairing character and rules presented his results in shaping the prospects of the future, the design of strategic legal and institutional solutions. In fission note alignment project liberalism US, may only Western world, in the context of symbolic a number of historical and philosophical experience Christian character, highlighting it special role of freedom as decisive factor for development (with emphasis on the idea liberty in the Protestant understanding) and the reference to the symbolic transparency and efficiency of law it instrumentalism in the framework of natural law understanding.

**Key words:** dynamic meaningfulness, “Critical crosslinking”, the idea of freedom, dynamism rights, legal and institutional processes, symbol, symbolism, and idea development, liberalism, Protestantism, phenomenology symbol, the judicial system, conceptualism natural law, and Anglo-American legal family, law in the history of the United States.

#### АНОТАЦІЯ

У роботі поставлена проблема зв'язку динамізму суспільного розвитку, його смислової спрямованості в майбутнє з виділенням ролі символізації, її природи, «технології» представленості в суспільній свідомості. Окреслюється проблема динамізму самого права в контексті цих процесів, з виділенням аспектів можливого поєднання символу і права, представленості його результатів у вибудовуванні перспектив майбутнього, оформленні стратегічних інституційно-правових рішень. Приділяється увага вибудовування проекту лібералізму США, усього Західного світу в контексті символічного ряду й світоглядно-історичного досвіду християнського характеру, з виділенням у ньому особливої ролі свободи як вирішального чинника розвитку (з акцентом на ідеї свободи в протестантському розумінні) і зверненням до символічної відкритості права та ефективності його інструменталізму в межах природно-правового розуміння.

**Ключові слова:** динамізм змістовності, «критичні зшивки», ідея свободи, динамізм права, інституційно-правові процеси, символ, символізм і ідея розвитку, лібералізм, протестантизм, феноменологія символу, правова система, концептуалізм природного права, англо-американська правова сім'я, право в історії США.

**Постановка проблеми.** Останнього часу спектр наукових досліджень є зосередженим, у тому числі на колі питань, пов'язаних зі змістовними та інституціональними перспективами розвитку як усього людства, так і окремих його складових – національних держав, міждержавних союзів, об'єднань різного гатунку на рівні громадянського суспільства або по лінії держава-громадськість тощо. Вона стосується аналізу тенденцій розвитку ситуації, виявлення механізмів ствердження й поширення інституцій або навіть «ультраструктур» успішності, становлення її сутнісних параметрів. У ситуації змістовних взаємовпливів сучасності, маргіналізації та віртуалізації соціального простору простежуються лінії, що відтворюють біполярність орієнтирів: курс на ствердження якісної одноманітності системних параметрів у межах проекту глобалізації та водночас спрямованість на пошук змістовних, інституціональних резервів національного контексту й історично усталених підвалин традиціоналізму – ці завдання набувають нових дослідницьких контурів із залученням досвіду міждисциплінарних підходів.

З усієї сукупності наукової літератури, що присвячена цій широкій тематиці, на наш погляд, можна виділити

знакову роботу Дерона Єйсмоглу та Джеймса Робінсона «Чому нації стають невдахами» (Why Nations Fail: The origins of Power, Prosperity and Poverty/ Daraon Asemoglu, James A. Robinson/ First Edition, 2012.), який у західному світі вже віщують статус культової. Чотири основні її поняття – екстрактивні (політичні і/або економічні) інститути, інклюзивні інститути, інституціональні траєкторії (поряд з інституціональним дрейфом), та креативне руйнування – розбудовують і скріплюють концепцію авторів і, зрештою, привертають нашу увагу до динамізму розвитку сучасності, його сутнісних рис, значущості інституціонально-правової площини, її конструйованої варіативності щодо вирішення поточних суспільних завдань і досягнення певних параметрів, пов'язаних із розумінням успіху (західне розуміння). У своїх попередніх роботах Дерон Єйсмоглу, професор Массачусеттського технологічного інституту, уже підкреслював доведеність статистичного зв'язку між ступінню захищеності прав власності й середнім рівнем доходів, а також виходив із важливості ролі інституціональних параметрів. В останній книзі саме вибір інклюзивних інститутів визнається ключовим фактором майбутнього процвітання країни, бо вони, за

Єйсмоглу, укорінюють і поширюють свободи та ринковий обмін ресурсами, зумовлюють зростання ВВП і загальну заможність. Власне, якщо брати до уваги політичну складову, то за ствердження інклюзивних інститутів виникають демократія і громадянське суспільство. Шлях установи й консервації інститутів, чий дії спрямовані на пригноблення жителів і тією чи іншою мірою примушують їх до праці неринковими методами (екстрактивний напрям), зрештою призводить до занепаду, невдач і державного аутсайдерства. Хоча робота й зосереджена насамперед на підсумковому вирішенні завдань макроекономічного характеру, за дослідницькою націленістю вона вписується в ширший контекст розробки проблем інституціонального потенціалу майбутнього, у яких суцільне місце посідають завдання взаємодії й поєднання усвідомленого суспільного інтересу на різних рівнях і виходу, зрештою, на питання розвитку всього корпусу сучасних інститутів права, його модернізації й перспектив. Саме під цим аналітичним кутом, на наш погляд, заслуговують на увагу методи й характер визначення авторами «критичних зшивок» інституцій, що на тривалий час визначають структури й шлях перспективи. «Критичні зшивки» – це ті, як правило, нетривалі моменти в розвитку окремих суспільств, що з'являються внаслідок викликаних нагальними суспільними потребами потрясінь, у яких конфліктність і криза відкривають найбільшчі соціальні проблеми й водночас варіативність шляхів їх подолання, де надалі концентрується соціальна діяльність перетворюючого характеру, спрямована передусім в інституціональну площину. Складність моменту полягає у вирішенні сукупності питань щодо можливості поєднання решток старої інституціональної системи з елементами нової якості або визнання необхідності кардинальності оновлення стосовно як його якості, так і всіх параметрів системності вираження. У підсумку, «критичні зшивки» мають завершуватись ствердженням інституціонально-правових механізмів певної якості, що на тривалий час закладають імпульс змістовності розвитку, загально спрямованість майбутнього. А всі подальші інституціональні траєкторії (інституціональний дрейф) та перетворення соціальної структури суспільства внаслідок відповідного креативного руйнування попередньої системності, зрештою, виходять зі змістовно вузлових інституціональних рішень, що за своєю сутністю виступають як «точки біфуркації подій», за якими задається весь алгоритм подальших змін системного характеру. На нашу думку, слід підкреслити, що й у роботі Дєрона Єйсмоглу та Джеймса Робінсона ми зустрічаємось зі змістовними підходами ліберального характеру й певною мірою традиційним ліберальним дискурсом, можливо, лише з намаганням перевизначити термінологію в межах веління часу. Отже, проєкт лібералізму в сучасному світі, відкритість його інтенцій змістовного характеру та їх подальший розвиток, форми набуття інституціонального вираження й ствердження у праві – ця площина залишається відкритою для всебічного наукового аналізу.

**Мета статті:** визначення проблематики зв'язку динамізму суспільного розвитку, його змістовної спрямованості у майбутнє з виділенням ролі символізації, її природи, загальної спрямованості й «технології» представлення в суспільній свідомості, динамізму самого права в контексті цих процесів, із з'ясуванням аспектів можливого поєднання символу та права й подальшого розгортання його наслідків у розбудові перспективи майбутнього, оформленні стратегічно визначальних інституціонально-правових рішень. Особливої уваги, на наш погляд, заслуговує завдання

окреслення принципів підвалин і змістовного зв'язку розбудови проєкту лібералізму Західного гатунку в контексті символічного ряду та світоглядно-історичного досвіду християнського гатунку, виділення в ньому особливої ролі свободи як вирішального чинника розвитку (з акцентом на розвитку ідеї свободи у протестантському розумінні), звернення до символічної відкритості права й ефективності його інструменталізму в межах природно-правового розуміння. Аналіз сукупності заявлених питань, на нашу думку, дасть змогу вийти на сприйняття сучасної критичності подій в Україні під кутом визначення загальних орієнтирів перспективи розвитку, обрання потрібних змістовних сценаріїв майбутнього та вивірення науковим досвідом і суспільними сподіваннями тих інституціонально-правових трансформацій, що зараз набувають в Україні саме характеру «критичних зшивок».

Під цим дослідницьким кутом виявляється й актуальність нашої роботи: розгляд питань сутності й механізмів змістовного розвитку суспільств сучасності у варіативності їх інституціоналізації, з'ясування особливостей соціальних трансформацій сьогодення на різних рівнях і вихід на моделі поєднання досвіду в контурах процесів глобалізації з урахуванням традиціоналізму права, національного характеру, удосконалення методів міжгалузевого аналізу соціальної дійсності задля змістовності й ефективності розвитку суспільно-державницького способу життя України, її правової системи.

Наукова новизна роботи визначається підходом, який спрямовано на залучення досвіду різних дисциплін і поєднання в дослідницький блок питань щодо формування змістовності розвитку та її динамізму, виділення ролі й окреслення характеру розвитку і впливу символізму в загальних культурних контекстах й розвитку права, ролі символу в інституціонально-правових процесах сучасності, постановка проблеми динамізму та символізму права, розгляд питань щодо варіативності розвитку у зв'язку з бінарністю сьогодення: лібералізм і глобалізація – традиціоналізм і національний контекст.

**Виклад основного матеріалу.** На фоні всіх сучасних дискусій щодо інституціоналізації майбутнього, одними з вирішальних факторів, що розбудують його якість у конкретних країнах визнаються права система та ступінь її функціональної спроможності. Відповідно, комплекс питань щодо онтології права, розкриття його змісту і представлення в нормах, методах правотворчості й розвитку права на міжнародному та національному рівнях залишається предметом особливої наукової уваги. Методологічне спрямування щодо різноманіття підходів праворозуміння, їх актуальності й значущості в сьогоденні України віднайшло своє твердження в рішеннях Конституційного Суду України (далі – КСУ). Так, рішення КСУ від 02.11.2004 р. фіксує визначення права з урахуванням сучасного інтегративного підходу з поєднанням різних точок зору, що, зрештою, знову залишає відкритим для науково-практичних досліджень коло питань відносно розвитку права в Україні: «Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозахисну діяльність, зокрема, у закони які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема, норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем су-

спільства. Усі ці елементи об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України. Таке розуміння права не дає підстав для його отождолення із законом, який іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та гідність особи. Справедливість – одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права» [11]. На цій основі Н. Оніщенко стверджує, що «природно-правова засада є складовою інтерпретації Конституційним Судом України верховенства права» [5, с. 128], а в оцінному плані вважає, що «... держава починає будувати свою діяльність у сфері правотворчості, саме виходячи з принципів природного права, які справляють могутній позитивний вплив на увесь законодавчий масив» [5, с. 127].

Оновлення методологічного арсеналу дослідження права, у тому числі звернення й до осучасненого аналізу тривалий час табуованих концепцій, серед яких і концепції природного права, це певною мірою і шлях повновимірного входження у плюралістичну площину праворозуміння в сучасному світі, і водночас залучення всього науково-практичного дослідницького потенціалу національного рівня. На цьому різноакцентовано наголошують В. Тацій, О. Петришин, П. Рабинович, М. Козюбра, інші провідні спеціалісти України. Досліджуючи питання плюралізму методологій, І. Гетьман робить висновок, що «поява нових методологій праворозуміння, їх плюралізм означає впевнене зміщення акцентів у взаєминах «держава – право», інструментарне переозброєння соціально-правової доктрини в напрямі актуальної відповідності суспільній і правовій реальності» [3, с. 102].

На цьому загальному теоретично-методологічному фоні звернення, у тому числі й до концепцій природного права підіймає цілі дослідницькі пласти матеріалу, що потребує ретельного аналізу на якісно новому рівні. Виходячи з багатоаспектності такої наукової роботи, ми вважаємо за доцільне підкреслити дві принципи, на наш погляд, позиції, що набувають все більшого значення на шляху плюралізму підходів, підключення потенціалу міждисциплінарного характеру. По-перше, у контексті загального динамізму сучасності, її нестримного інституціонального розвитку все більшого значення набувають питання динамізму права, бо, зрештою, за ними відповіді щодо характеру змін, їх розвитку й змісту, спрямованості та інституціональних траєкторій тощо. Так, Д. Керимов підкреслює, що дослідники, які звертають свої погляди на право, не повинні обмежуватись лише його нормативним аспектом, бо в такому разі вони опиняться в полоні уявлень про нього як утворення, що існує статично. «Щоб запобігти цій небезпеці, украй важливо виходити з динамізму права. Тоді в полі зору дослідницької думки опиняться процес правотворення і правотворчості, характер самих правових ненормативних правових приписів, їх сприйняття, з'ясування й оцінювання людьми, етапи правореалізації й ефективність правової дії, результати та соціальні наслідки правового регулювання суспільних відносин» [7, с. 341]. По-друге, весь комплекс згаданих питань може розкритися більш повновимірно, якщо, можливо, розглядати їх у взаємозв'язку з комплексом питань щодо загальної теорії символізму з виходом у площину символізму права. У такому контексті праворозуміння, з акцентом на питання динамізму права й значення символізму запропонував лідер американського структурного функціоналізму Т. Парсонс,

виходячи у своїх теоретичних побудовах з поняття соціальної дії як головної ланки, специфіка якої виявляється в її символічному характері, нормативності й волонтаризмі. У його концепції культура задає ціннісну орієнтацію, регулює соціальну дію людини залежно від зовнішніх символів, що існують об'єктивно, – цінностей або норм.

Загалом же серед авторів, що займалися розробкою теорії символів, дослідженням символізму, існують різноакцентовані підходи, і серед них один із найбільш авторитетних, теоретичне підґрунтя якого визначено представником Марбурської школи неокантіанців Е. Кассіером. Аналізу символу присвячено роботи А. Бергсона, П. Сорокіна, А. Белого. Серед сучасних авторів особливу увагу проблемі символізму приділено К. Свасьяном, а фундаментальне дослідження «Символічна реальність і право» В. Речицького надає повноти методологічному арсеналу наближення до тематики символізму й права.

Російський автор Г. Гаджиев, спрямовуючи наукову увагу в згадану площину, виділяє насамперед підхід Е. Кассієра, що базується на отождоленні культури й символічних форм, і стверджує, що «вплив ідей Кассієра можна віднайти у філософії права Г. Радбруха, М. М. Алексєєва, у роботах сучасних авторів, наприклад П. Шлага. Це ідея про образи в праві, про естетику права тощо» [1, с. 243]. Зрештою, сам Г. Гаджиев, звертаючись до механізмів розбудов юридичного концепту дійсності, окремо виділяє концептуалізм конституційного права, в основі якого знаходиться ідея: «... в тексті конституції використовуються слова, словосполучення, що виконують роль певних символів...» [1, с. 237]; і як наслідок – «Зовсім несподівано проблема тлумачення конституції перетворюється в точку перетину різних концептуальних просторів – мистецтва, теології, моралі, права» [1, с. 241]. Тобто, символізм пов'язується з варіативністю змістовності як наслідку відкритості різних джерел актуалізації смислів, їх динамічного поєднання й, можливо, технологічно мінливого взаємозв'язку. Зрештою, саме такий принциповий підхід щодо тлумачення верховенства права ми й засвідчили в рішеннях Конституційного Суду України. Якщо Г. Гаджиев у своїй роботі «Онтологія права» аналізує передусім особливий символізм конституційного права і стверджує, що воно, власне, й оснований на використанні символів (згадується, що ідея ця не нова, а голова Верховного Суду США Дьюї виразив її в одному з рішень: «За приписами конституції приховуються постулати, що обмежують і скеровують»), то, на нашу думку, символізм права в широких контекстах – окрема площина, що може бути об'єктом додаткової наукової уваги. Її самостійний вектор – символізм і системне смислоутворення в символізмі права.

У дослідженнях К. Свасьяна, присвячених аналізу природи символу, підкреслюється, що він виступає як метаморфема, онтологічний статус якої не вичерпується феноменологією вияву та репрезентуючих її форм. «Символ і є вид ідеї, що дана образом... символ є ейдос ідеї в ейдолоні» [9, с. 111]. Він як метаморфема виявляється (завжди не до кінця, «мерцяя») залишаючи простір прихованості змісту, що формується на метарівні й частково розкривається через свої морфемі – знаки, образи тощо. «За сутністю, символ як діалектика форми та змісту є логічний ракурс проблеми, феноменологічний ракурс якої – символ і реальність» [9, с. 135]. Водночас відзначаються породжувальні модальності перспективи символу та його участь у формуванні смислового горизонту майбутнього. Сходження до його метарівня може розбудовуватись у різний спосіб, але серед них виділяються найбільш широкі: 1) шляхом раціоналіза-

ції форм, 2) через ірраціональність і логічний апофатизм, 3) зі зверненням до змішаних засобів. Щодо динамізму представлення суспільних змістів та набуття їх інституціонально-правового вираження у зв'язку з процесами символізації зазначимо ще один важливий аспект: «...проблема символу є проблема не форми як апіорно покладеного догмату, а форми в русі» [9, с. 145]. Отже, маємо підкреслити дві суттєві риси: 1) символ формується або перебуває (це питання не є предметом нашої спеціальної уваги) у поєднанні з трансцендентним і виявляється в певній традиції визначення Смислу (і тоді маємо засвідчити грецьку традицію раціоналізації методи його пошуку, а також ту, що породжена в межах релігійної спрямованості на некритичну у своєму ірраціоналізмі віру); 2) символ, як складне утворення, у різний спосіб є представленим у культурі через нашарування пластів свідомих або несвідомих технологій розуміння, метод соціальної розшифровки й адаптування до загальних вимог часу, окремо потреб політичної або іншої діяльності. На цьому фоні знову маємо виділити, що символізм права – окрема дослідницька площина. Г. Гаджів відзначає: «Оскільки символи в праві майже завжди є результатом свідомої творчості (що лежить в основі всілякої культури, у тому числі юридичної), у юриспруденції поняття «розшифровка смислу, задуму» було замінене на приватний випадок розшифровки – на поняття розтлумачення юридичних норм, хоча в сутності все це загальний рід феноменів» [1, с. 243]. Коли ж виділяється символічний тип передання інформації у сфері культури як один із трьох можливих, увага зосереджується, перш за все, на конституційному праві, «оскільки неоднозначна, неполісемантична форма (норма), що перебуває в культурному контексті й особливо у правовому просторі, який завжди означає появу фактору часу, перетворюється у символ з практично безкінечною перспективою інтерпретації» [1, с. 244].

На нашу думку, питання формування символізму права вписується в канву розвитку природного права, у концепції якого процес сходження до онтологічної надприродної сутності права чи виключно раціоналізований, чи відкритий для інтуїтивно-іраціонального пошуку, залишає певний простір розкриття символу, вияву його змісту. Відповідно, на феноменологічному рівні символи будуть виявлятися і стверджуватися морфемами у зв'язку з ідеями нормованості й нормативності, що відіграють значну роль у розбудові суспільних інститутів, загальних процесах інституціоналізації способу життя.

Дж. Дьюї підкреслював: «Ще одним великим віднаходженням став розвиток політичних форм, що сприяли використанню символів замість здійснення влади на основі сваволі. Данню могутності символів стали і утвердження в дев'ятнадцятому столітті парламентських інститутів, прийняття писаних конституцій і введення голосування як засобів політичного управління. Але символи є значимими тільки в поєднанні з дійсністю, що стоїть за ними» [4, с. 33]. Широки контексти розбудови системних суспільних стосунків у зв'язку зі згаданим вище розумінням символу і його різнобічного впливу на формування правових інститутів дасть нам змогу встановити однорідну дослідницьку площину, у якій, на нашу думку, ми вийдемо на з'ясування підвалин базових світоглядних зосереджень змісту, їх онтологічний статус і феноменологію інституціоналізації.

Згадане на початку нашої роботи дослідження Дерона Сйсмолгу та Джеймса Робінсона, ми переконані, привертає увагу до символізму, який формувався й виявлявся у зв'язку з ідеями лібералізму і, зрештою, його вираження

набуває актуальності в новій термінології, засобах постановки питань і шляхах проектування інституціонального характеру майбутнього. І. Шапіро, звертаючись до аналізу ключових ліберальних прихильностей, виходить з того, що «...лібералізм – це перш за все ідеологія Просвітництва. Цей факт відображається в тому, що прихильники лібералізму розділяють дві обов'язкові основоположні установи. Перша з них полягає у визнанні свободи особистості найбільш значимою моральною та політичною цінністю... Друга установка – непохитна віра лібералів у спроможність науки поступово вирішувати соціальні проблеми» [10, с. 7–8]. Центральним завданням ліберального проекту визнається «...здійсненість суспільного порядку, співіснування загалом, якщо в їх основу покладена індивідуальна свобода, що розуміється як право (тобто, здатність і можливість) людини діяти на свій розсуд... Це – методичне визнання свободи приватної особи як відправного пункту побудови соціально-політичної теорії утворює лінію, що відмежовує родину лібералізму...» [6, с. 14].

На нашу думку, коли мова йде про західний лібералізм, його історію становлення та розвитку, науково акцентоване зосередження стосується лінії раціоналізму, який формувався у площині науки, спрямованої на вирішення соціальних завдань, що, зрештою, призвело до оформлення уявлення про вільного індивіда як «раціонального оптимізатора корисності». Але в системних параметрах особистості західного типу, що воліє за власним розсудом, значну роль відіграли елементи, які розвивались у контекстах релігійного характеру й насамперед християнсько-протестантського спрямування, в якому також обґрунтовувалась ідея волі й розроблялись уявлення про механізми її соціальної представленості в суспільних інституціях. А це поєднує різномірність дослідницького інструментарію, породженого чи в науці, чи на підґрунті релігійного підходу (особливо якщо він є представленим раціоналізмом протестантського гатунку) в розбудові магістрального шляху розвитку Заходу, це звернення до символів, тісно пов'язаних із християнським світобаченням, сходження до їх метарівня й соціальне проектування на матеріалі феноменології символу. Можливо, питання технології наповнення символу соціальними значеннями, зрештою, дасть змогу вийти на сукупність питань, пов'язаних з особливостями розвитку природного права, його увагою до всього комплексу взаємозв'язків моралі й права, акцентованістю проблеми справедливості та їх інституціональними рішеннями в англо-американській правовій сім'ї, де ідеї ліберального гатунку тривалий час формують сутнісні риси й ціннісні орієнтації. Більше того, можливо, на цьому дослідницькому шляху відкриються аспекти взаємодії правових норм і міри їх соціальної ефективності, що є актуальними у межах сучасного проекту правової інтеграції. А. Гетьман визначає його як «загальносвітовий процес, який на внутрішньодержавному рівні знаходить своє відбиття в інтернаціоналізації вітчизняного права. Загальна глобалізація істотно впливає на трансформацію й модернізацію державно-правових інститутів, норм і стосунків на всесвітньому, регіональному й національному рівнях, стимулює і прискорює процеси правової інтернаціоналізації» [2, с. 3].

Вивчаючи й використовуючи правовий досвід США, виходячи з потреб правової інтернаціоналізації, на нашу думку, потрібно мати на увазі той символізм, що розгортався у зв'язку з протестантизмом. Цей символізм виявляється на різних рівнях і, вочевидь, пов'язується, у тому числі, з несвідомими напластуваннями, що ввійшли у джерела цін-

нісно-орієнтаційних підвалин державницького життя Америки. Ричард А. Позер підкреслює: «Дотримання норм – це лише одна з багатьох чеснот, і їй не можна надавати значної ваги, не розглянувши спочатку зміст норм та інших суспільних і моральних цінностей, які дотичні до ситуації» [8, с. 142].

**Висновки.** Від самого початку заселення Америки за основу побудови соціальної дійсності покладалась модель, яка в пуританській представленості та змістовному зв'язку з кальвіністським світобаченням відштовхувалась від актуалізації сотеріологічної складової земного світопорядку. Державний устрій і відповідна правова система мали створити умови для забезпечення спасіння саме в протестантському розумінні на основі базової ідеї про свободу людини в соціальному житті. Ключові символи, що через різні напластування морфем стверджувались у соціальній площині: Америка – «Град на пагорбі» – місце на землі, на яке самим Богом покладено завдання (місію) реалізації й захисту свободи людини, американці – «обраний народ», «договір» – форма співіснування всіх елементів суспільства тощо. Християнська ідея універсалізації спасіння набувала парадоксального наповнення: «обраний народ» утворюється всіма національностями й етнічними групами через визнання домінантності ідеї свободи, пов'язується з вимогами морального характеру та локалізується у зв'язку з громадянсько-територіальними параметрами. І на сьогодні у США особливе місце посідає знакове свято – День подяки – свято, відзначати яке почали ще пуритани в Массачусетсі на знак подяки за благословення свободи та процвітання на новій Землі. Навіть президент США в цьому символічному вимірі обов'язково має відповідати, за висловом політолога Д. Ліса, символу морального кумира нації, а у виступах й промовах президентів знайдемо посилення на Бога й алюзії біблійних текстів.

Надалі символізм, що стверджувався у зв'язку зі світобаченням протестантизму, ставав одним із центральних елементів у всьому домініоні північноамериканської культури, але феноменологічне його представлення розбудовувалось і у зв'язку з науковим раціоналізмом: на цій основі у США почала формуватися, за виразом Роберта Беллі, «громадянська релігія», елементи якої «працюють» і до сьогодні. Власне, сполучення «громадянська релігія» ввів у науковий обіг Ж-Ж. Руссо (так називається останній розділ у його роботі «Про суспільний договір»), але заговорили про неї наприкінці 60-х рр. 20 ст. В основі цієї «громадянської», або «політичної релігії» США визнання головної цінності – свобода й моральність, вихована релігійністю (у множині варіантів, але, як підкреслює Мануель Саркісянц, у спрямування англо-американського типу, що виходить з потреб практичної корисності).

Ми починали роботу зі згадки книги Д. Єйсмоглу та Дж. Робінсона і, на нашу думку, у ній також змістовну тональність усього пошуку інституціональних змін, траєкторій і зшивок задає один із ключових символів західного світу, феноменологічна природа якого розкривається в по-

нятті «успішність». Історію його наповнення й інституціональної реалізації в контексті розвитку права, можливо, також слід шукати у світоглядному підґрунті християнського протестантизму.

Стосовно розвитку сучасної ситуації в Україні, можна констатувати, на нашу думку, такі риси: визрівання конфліктності й подальша «революція гідності», викликані невідповідністю суспільних сподівань більшості, які пов'язані з традиціями християнського світобачення, насамперед морального гатунку, та уявленнями про свободу, гідність і механізми їх забезпечення, наявністю сучасності з сутнісними параметрами спрямованості в майбутнє. Природу процесів символізації в українському соціумі слід шукати, отже, у контексті розвитку християнської символіки, а площину дослідження – у ракурсі символізму та права, динамізм права з виходом на розбудову інституційно-правових параметрів акцентує нашу увагу на різноманітті концептуальності підходів щодо права й подальшому розвитку розуміння природного права в умовах як спокійних і послідовно еволюційних змін, так і за часів пошуку потрібних за якістю «критичних зшивок», що надовго визначають шлях перспективи.

#### Список використаної літератури

1. Гаджиев Г.А. Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности) : [монография] / Г.А. Гаджиев. – М. : Норма: ИНФРА-М, 2013.
2. Гетьман А.П. Юридична наука України в умовах глобалізації / А.П. Гетьман // Особистість. Суспільство. Право : збірник наукових статей і тез наукових повідомлень за матеріалами міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 10-річчю Полт. юрид. ін.-ту : у 2 ч. – Полтава, 2012. – Ч. 1.
3. Гетьман І.В. Трансформації у правовій доктрині: плюралізм методологій, концепція правового спілкування, правова герменевтика / І.В. Гетьман // Особистість. Суспільство. Право : збірник наукових статей і тез наукових повідомлень за матеріалами міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 10-річчю Полт. юрид. ін.-ту : у 2 ч. – Полтава, 2012. – Ч. 1.
4. Дьюи Дж. Возрождающийся либерализм / Дж. Дьюи // Полис. – 1994. – № 3.
5. Дія права: інтегративний аспект : [монографія] / кол. авторів ; відп. ред. Н.М. Оніщенко. – К. : Юридична думка, 2010.
6. Капустин Б.Г. Три рассуждения о либерализме и либерализмах / Б.Г. Капустин // Полис. – 1994. – № 3.
7. Керимов Д.А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права / Д.А. Керимов. – М. : СГУ, 2009.
8. Ричард А. Познер. Проблемы юриспруденции / Ричард А. Познер. – К. : Акта, 2004.
9. Свасьян К.А. Проблема символа в современной философии / К.А. Свасьян. – Ереван : Изд-во АН Арм. ССР, 1980.
10. Шапиро И. Введение в типологию либерализма / И. Шапиро // Полис. – 1994. – № 3.
11. Рішення Конституційного Суду України від 02.11.2004 р. № 15-рп/2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : URL: <http://zakon1.rada.gov.ua>.



УДК 340.116

## СТАНОВЛЕННЯ СУЧАСНОЇ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ ПОЛЬЩІ: ІСТОРИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Наталія БОНДАР,

старший викладач кафедри державно-правових дисциплін та українознавства  
Сумського національного аграрного університету

### SUMMARY

The article explores the development of modern national legal system of Poland. It is noted that in the context of increasing interaction of national legal systems of different States, it is reasonable analysis, study and use the experience of Poland for the formation of the national legal system of Ukraine. The author draws attention to the peculiarities of the formation of the national legal system of Poland in different historical periods, highlights the main stages of its formation.

**Key words:** national legal system, structure of legal system, European integration.

### АНОТАЦІЯ

У статті досліджується становлення сучасної національної правової системи Польщі. Наголошено, що в умовах зростаючої взаємодії національних правових систем різних держав, доцільним є аналіз, дослідження та використання досвіду Польщі для процесу формування національної правової системи України. Автор звертає увагу на особливості формування національної правової системи Польщі в різні історичні періоди, виділяє основні етапи її формування.

**Ключові слова:** національна правова система, структура правової системи, європейська інтеграція.

**Постановка проблеми.** Політична й економічна ситуація в Україні зумовила активізацію зміни державних і правотворчих процесів, які направлені на побудову демократичного громадянського суспільства та визнання України як рівноправного партнера міжнародного співтовариства. Однією з найважливіших умов є побудова національної правової системи загалом як комплексного явища. Під час теоретичного аналізу структури правової системи доцільно виділити такі елементи:

1) суб'єкти права, до яких ми зараховуємо фізичних і юридичних осіб, державу та її структурні одиниці, соціальні спільноти, котрі є носіями прав і обов'язків, мають визначені правові статуси;

2) система права, яка характеризує внутрішню структуру права, її ознаки й побудову, яка виражається в єдності норм права, логічно розподілених по галузях, підгалузях та інститутах;

3) система законодавства, що становить сукупність усіх нормативно-правових актів держави, що відбивають зміст системи права;

4) юридична практика як нормативно закріплена практична діяльність юристів;

5) правова діяльність, яка поділяється на правотворчу, правозастосовну, правотлумачну та правореалізаційну;

6) система юридичної освіти та правової науки;

7) зв'язки, які охоплюють і поєднують усі елементи правової системи як результат їхньої взаємодії – це законність і правопорядок, правове виховання, правова культура, правова свідомість у різних формах.

**Мета статті:** в умовах зростаючої взаємодії національних правових систем різних держав доцільним є аналіз, дослідження й використання досвіду та досягнень, нагромаджених світовою спільнотою, що сприятиме побудові оптимальної моделі національної правової системи України. Важливим є звернення до досвіду формування сучасної правової системи Республіки Польщі в різні історичні періоди. Й Україна, і Польща прагнуть гуманізувати національ-

ні правові системи з нормами міжнародного права та права Європейського Союзу. У зв'язку з цим заслуговує на увагу процес формування сучасної правової системи Республіки Польщі. Однак використання цього досвіду ускладнюється тим, що він недостатньо вивчений українськими науковцями і має фрагментарний характер, а саме висвітлює окремі правові проблеми. Досліджень у сфері розвитку, формування і становлення національної правової системи Польщі взагалі немає. У цій публікації здійснено спробу комплексно проаналізувати етапи формування правової системи Польщі, починаючи із зародження державно-правових інститутів і їх сучасної характеристики, а також дослідити вплив розвитку системи законодавства Польщі на формування правової системи загалом.

**Виклад основного матеріалу.** Під час дослідження було опрацьовані наявні історико-правові праці С. Кутшеби, Б. Тищика, В. Кульчицького та інших. На фоні відсутності у вітчизняній юридичній науці комплексного дослідження щодо виникнення, формування й розвитку національної правової системи Польщі окремі питання відображено, зокрема, у роботах Є. Ковальські, О. Паславської, В. Осятинського, Є. Летовской та інших учених.

Право й держава Польщі мають складну та неоднозначну історію. На нашу думку, в історії розвитку сучасної правової системи Польщі можна виділити кілька основних етапів її формування. До першого слід зарахувати період від виникнення польської держави до 90-х років ХХ століття; другий етап починається з виходом Польщі з-під впливу Радянського Союзу і створення незалежної держави до прийняття Конституції 1997 р.; третій, так званий сучасний етап характеризується вступом до Європейського Союзу, імплементацією норм міжнародного права й побудови сучасної європейської держави.

Досліджуючи перший етап, потрібно окреслити, що правова система Польщі в різні історичні періоди зазнала впливу римського, німецького, російського та австрійського законодавства, що безперечно визначає її входження до

романо-германської правової системи. Як зазначає Єжи Ковальські, особливістю польської держави є, з одного боку, безперервність її ідейного обґрунтування, а з іншого – дискретність її практичної реалізації. Однак первісний і наступні етапи польської державності впродовж більше ніж двохсотлітнього розвитку дають підставу стверджувати, що польська державність має всі ознаки цілісності й наступності в процесі її розвитку [1, с. 7].

Сучасна Республіка Польща має давні державно-правові традиції. Датою заснування Польщі вважаються 60-ті роки X століття за правління князя Мешка I, який керував країною до 992 р. З початку XI століття, відповідно до латиномовних джерел, почали вживати назву Польща, а населення, яке проживало на цих землях, називали поляками (полянами). У 966 р. відбулося хрещення Польщі. Історично склалося так, що польське законодавство цього періоду ґрунтувалося на неписаному звичаєвому праві, німецькому та канонічному праві. У XII-XIII столітті розпочався період феодальної роздробленості. На думку Б. Тищика, інтеграційні процеси цього періоду сприяли зміцненню мовного й культурного зв'язків, уніфікації суспільних відносин, створенню єдиної системи управління державою. У межах ранньофеодальної держави зміцнювалась польська державність, виникла польська народність, які настільки зміцнили в той період, що не розпались і в часи роздробленості [6, с. 24].

У 1569 р. була укладена Люблінська унія, яка скріпила угоду між Королівством Польським і Великим Князівством Литовським щодо створення нової держави – Речі Посполитої, що проіснувала аж до 1795 р. Процес формування правової системи у другій половині XVIII століття був пов'язаний з боротьбою держави за європейський простір. У цьому періоді відбулося три поділи Речі Посполитої між трьома державами – Росією, Австрією та Пруссією в 1772, 1793, 1795 рр., які остаточно ліквідували польську державність аж до 1918 р.

3 травня 1791 р. була прийнята Конституція Речі Посполитої, яку зараховують до перших європейських конституцій поряд з Конституцією США 1787 р. та Конституцією Франції від 3 вересня 1791 р., яка залишила вагомий слід в історії польської держави. Б. Тищик вважає, що дата прийняття цієї Конституції в польській державно-політичній думці є важливою. Не зважаючи на певну обмеженість Конституції (збереження прав і привілеїв шляхти, особистої залежності селян тощо), вона істотно вплинула на розвиток польського суспільства, надихала патріотичні кола на боротьбу за незалежність, закарбувалася в його пам'яті, виявом чого є щорічне відзначення 3 травня як національного свята, назви вулиць майже в усіх містах країни тощо [7, с. 115]. Як зазначає польський дослідник С. Кутшеба, Конституція 3 травня не знищує всіх зв'язків з минулим, а навпаки, намагається їх підтримувати за допомогою внутрішніх форм, насправді, вона вводить корінну реформу, змінює середньовічний устрій Польщі на сучасний. Це є характерною рисою цієї конституції так само, як і її велике значення в історії правового устрою Польщі, хоча не всі її норми підлягали процесу реалізації [2, с. 235]. Незважаючи на обмежений характер Конституції, беззаперечним досягненням були кілька факторів: по-перше, відновлення єдиних державних органів влади й управління; по-друге, установлення принципу розподілу гілок влади; по-третє, проголошувались громадянські свободи. Проте вже в 1795 р. польська держава втратила свою незалежність і була поділена між Австрією, Пруссією та Росією, у результаті

чого правовий розвиток кожної з трьох частин відбувся ізольовано один від одного й зазнав впливу зазначених правових систем. Одразу ж на цих землях було запроваджено нові адміністративні органи, законодавство, мову, податки, що зумовило знищення власної національної правової системи.

У 1807 р. створено нову державу – Королівство Варшавське, повністю залежне від Франції. Поляки сподівалися на відновлення незалежності та чинності Конституції від 3 травня 1791 року, однак Наполеон у 1807 р. підписав новий акт «Конституційний закон Князівства Варшавського». У його основу покладено загальні тенденції наполеонівського законодавства. Відповідно до зазначеного нормативно-правового акта, основним джерелом цивільного права став так званий кодекс Наполеона 1804 р., він набув чинності з 1 травня 1808 р., а також були введені в дію французькі Торговий та Цивільно-процесуальний кодекс, основні французькі джерела Кримінального та Кримінально-процесуального права. Цивільний кодекс Наполеона був одним серед багатьох кодексів, які діяли на території Польщі. Спочатку він сприймався з недовірою, але досить швидко став частиною національного законодавства та діяв аж до 1946 р. В історико-правовій літературі введення Кодексу Наполеона на території Польщі оцінюють як позитивне явище розвитку приватного права. Отже, рецепція французького законодавства визначила розвиток польського приватного права не лише в XIX ст., а й у XX ст.

Вирішальні події сталися під час Віденського конгресу (1 жовтня 1814 – 13 липня 1815 рр.), рішення останнього не влаштували багатьох польських політичних діячів, адже не відбулося відновлення Польської держави, а її землі знову були поділені, фактично, це був четвертий поділ польських земель. 20 червня 1815 р. у Варшаві було проголошено утворення Королівства Польського, його царем став російський цар Олександр I, який 13 травня цього року оголосив імператорський маніфест про дарування Конституції, права на самоврядування, власної армії, свободи друку тощо. 15 листопада 1815 р. цар схвалив і підписав Конституцію, яка була видана у Варшаві польською та французькими мовами, а у грудні вона набула юридичної сили – це був окруйований нормативно-правовий акт. У правовій системі продовжували діяти французькі кодекси, але в 1825 р. Сейм ухвалив, а король ввів у дію новий Цивільний кодекс, одним із основних положень якого було відновлення церковного шлюбу.

Одним із головних наслідків поділів Польщі став розрив інтеграційних процесів розвитку польського суспільства, які простежувалися в XVIII на поч. XIX ст. ст. Водночас крах її державності пришвидшили процеси формування нації нового формату, інтегруючими чинниками якої стали історія, мова, віра, спільні території, звичаї та традиції.

У листопаді 1918 р. починається національне відродження Польщі, і вона стає незалежною державою. У 1919 р. політичні партії, уряд, Конституційна комісія, Сейм подають проекти основного закону, усього їх було 11. Шляхом досягнення компромісу 17 березня 1921 р. була прийнята Конституція, яка поклала початок новому конституційному розвитку II Речі Посполитої та сучасному конституціоналізму.

У своєму дослідженні О. Паславська виділяла такі принципи беззвеної Конституції: суверенітет або верховенство народу; поділ влади; двопалатна система парламенту; парламентський уряд; незалежність суду; визнання прав і свобод людини та громадянина. Польща проголошувалася Республікою. Стаття 2 проголошувала, що верховна

влада в Речі Посполитій належить народу. Це означало, що всі суспільні верстви населення можуть впливати на вирішення будь-яких державних проблем [5, с. 9].

Унаслідок травневого перевороту 1926 р. в Польщі був запроваджений тоталітарний режим, який зводив нанівець основні принципи, що лежали в основі Березневої конституції 1921р. 23 квітня 1935 р. була прийнята нова Конституція, яка отримала назву квітневої. Остання встановлювала керівну роль держави в суспільстві, главою держави був Президент, якому підпорядковувалися всі державні органи. Отже, ця Конституція відводила другорядну роль законодавчому органу в системі центральних органів влади.

Знову незалежність Польщі тривала недовго – до 1 вересня 1939 р., коли почалася Друга світова війна. Протягом трьох тижнів гітлерівська Німеччина розгромила збройні сили Польщі. На допомогу прийшли радянські війська, які зберегли польську націю від повного біологічного знищення. Владою у країні заволоділи комуністи.

22 липня 1952 р. Сейм прийняв нову Конституцію польської держави. Саме в цьому документі вперше була закріплена назва – Польська Народна Республіка. Для створення проекту цієї Конституції було створено дві конституційні комісії, які взяли за основу принципи «сталінської» Конституції 1936 р. Конституція 1952 р. скасувала інститут Президента, замінивши його на Державну раду. І лише в 1989 р. цей інститут був відновлений. Ліквідувався поділ влади, верховним органом і виразником волі трудящих міст і сел оголошувався Сейм. Декларувалися основні права, свободи й обов'язки громадян, насамперед економічні, соціальні й культурні. У конституції не говорилося про приватну власність, але гарантувалася охорона особистої власності громадян та індивідуальної власності селян, ремісників.

Отже, початковий етап формування правової системи Польщі мав багатоглибну та складну історію, яка характеризувалася впливом законодавства інших країн, складним конституційним процесом, але зі збереженням національного менталітету, мови, культури і власної самобутності.

Другий етап формування національної правової системи починається з появою на міжнародній арені нової держави – Польщі. Вагомий внесок у розвиток демократичних процесів свого часу зробили польські конституції 1791, 1921, 1935, 1952 рр. Однак, коли зникла з політичної карти світу така держава, як Радянський Союз, з'явилася гостра необхідність нової конституції, яка відповідала б усім юридичним властивостям сучасної конституції. У кінці 80-х рр. у Польщі вже починають відбуватися зміни не лише суспільні, а й політичні, які характеризувалися появою нових державних інститутів, притаманних демократичній державі, наприклад, інститут омбудсмена. У 1980 р. був створений Вищий адміністративний суд, у 1981 р. – Державний трибунал, а в 1985 р. – Конституційний трибунал.

Почався процес прийняття Конституції, який завжди є складним процесом, особливо при побудові демократичного суспільства. В. Осятинський, один із радників Конституційної комісії польського Сенату, підкреслював, що конституція, яка визначає кордони, а не зміст політики, має прийматися парламентом, але навряд чи її повинні писати ті, хто задіяний у повсякденній політиці [4, с. 52].

Найбільш сприятливим моментом для прийняття нової Конституції був період відразу ж після 1989 р., але Польща не мала готового проекту Конституції. Створюються дві окремі комісії в Сеймі й Сенаті, які починають працювати над проектами Конституції, але їх діяльність не була взаємопов'язана, тому виникають конфлікти, які затяглися аж

до прийняття так званої «Малої конституції». Порядок підготовки та прийняття Конституції був визначений у спеціальному конституційному законі «Про порядок розробки та схвалення Конституції Республіки Польща» від 23 квітня 1992 р. Додатково до цього документа приймається Хартія про права і свободи, закони про судову систему й Конституційний трибунал. Отже, у Польщі спочатку складався конституційний порядок, схожий на британський.

Парламент сформував Конституційну комісію в складі 46 послів Сейму і 10 сенаторів. Її поділили на кілька підкомісій, які мали право залучати до роботи експертів, фахівців-практиків, науковців та ін. До секретаріату Конституційної комісії було подано 7 проектів основного закону, але їх так і не обговорювали, бо у травні 1993 р. Президент розпустив парламент [6, с. 435].

«Правова система починається з Конституції, саме в ній вона набирає свою силу, з нею співвідноситься як у теоретичному, так і практичному аспекті», – це слова першого омбудсмена Польщі Еви Летовської [3, с. 62]. 2 квітня 1997 р. Конституція Республіки Польща була схвалена Народними Зборами, а вже 25 травня відбувся референдум, відповідно до якого за нову Конституцію проголосувало 53,45% населення [3, с. 52]. Конституція Республіки Польща набрала чинності 17 жовтня 1997 р. та діє дотепер без змін і доповнень.

Останній, третій, етап формування правової системи характеризується вагомою подією для всіх поляків як самосвідомої нації – це членство в Європейському Союзі. Інтеграція Польщі, так само як і України, до Європейського Союзу – надзвичайно складний і достатньо тривалий процес. Бажання Польщі приєднатися до ЄС було зумовлено кількома факторами: по-перше, парламентські вибори в червні 1989 р. поставили крапку на існуванні Польської об'єднаної робочої партії – це був крок відмови від соціалістичного табору; другий важливий фактор, який вплинув на європейський вектор, – це соціально-економічні зміни, а саме в 1989 р. була опублікована економічна програма, що визначила пріоритетним напрямом перехід від соціалістичної до ринкової системи господарювання.

Досліджуючи правові відносини між РП та ЄС, можна виділити кілька важливих етапів. Першим кроком інтеграції Польщі в ЄС стало підписання торгової угоди у вересні 1988 р.

Період активної роботи Польщі з Європейським Союзом розпочався в 1991 р. з прийняттям Угоди про асоційоване членство і тривав до 2004 р. Зазначена Угода була підписана 16 грудня 1991 р., визначала напрями роботи на наступні десять років і набрала чинності лише з 1 лютого 1994 р. За цей період польськими державними органами було розроблено так звану «Програму дій», яка започаткувала напружену роботу з виконання п'яти основних етапів з визначенням обсягів у кожній сфері. Період з 1991 по 1994 рр. характеризувався проведенням активних політичних та економічних реформ, зміною авторитарного режиму на демократичний, забезпеченням принципу політичного плюралізму. Потрібно зазначити, що на початкових етапах підготовки до вступу в ЄС виявлялись і негативні тенденції (зупинялось виробництво, зростало безробіття, знижувався прожитковий рівень тощо), але виважена зовнішня та внутрішня політика Польщі не викликала сумнівів у європейських держав. Так, першою Польщу підтримала Німеччина, уклавши низку угод про добросусідство, фінансову допомогу і співпрацю. Наступними стали Данія та Франція, які уклали угоду про технічну й фінансову підтримку.

У травні 1995 р. Євросоюз прийняв документ під назвою «Підготовка асоційованих країн Центральної та Східної Європи до інтеграції у внутрішній ринок Союзу», був визначений список законодавчих актів, які країни-кандидати мали прийняти для інтеграції в єдиний ринок ЄС, а також містилися рекомендації щодо прийняття й реалізації цих нормативно-правових актів.

У 1999 р. сталась ще одна важлива подія – це членство в НАТО, яке гарантувало безпеку економіки й таким чином підвищило довіру інших країн.

Програма підготовки Польщі до інтеграції в ЄС включала в себе стратегію на перспективу та стосувалася всіх сторін життєдіяльності.

У 2003 р. відбувся референдум, де 87,45% поляків висловили бажання вступу до Європейського Союзу [3, с. 53].

Сучасне законодавство характеризується великою кількістю нормативно-правових актів різних за принципом ієрархії, але основними формами права є кодекси. Частина з них потребує оновлення, адже діють вони з 60–70 років минулого століття – цивільний і цивільно-процесуальний, сімейний та опікунський, адміністративний кодекси. Реформування й удосконалення всіх елементів правової системи є актуальним питанням для Польської Республіки, що визначає схожість її з правовою системою України. На нашу думку, сучасним україно-польським відносинам притаманний взаємний інтерес: по-перше, активний розвиток політичного, економічного та інформаційного співробітництва; по-друге, розширення науково-дослідних, освітніх, культурно-мистецьких зв'язків тощо; по-третє, взаємної міждержавної політико-економічної підтримки на міжнародній арені.

**Висновки.** Отже, становлення польської правової системи було основане на різних джерелах: це і власний кон-

ституційний досвід, рецепція римського права, вплив правових норм держав-окупантів, міжнародних організацій та універсальної європейської правової культури. Польща була зацікавлена в інтеграції в європейський простір після розвалу соціалістичного табору та досягла своєї мети шляхом проведення політичних і соціально-економічних трансформацій держави. І хоча польська правова система пройшла складний процес реформування, на сьогодні відбуваються важливі зміни, які, у свою чергу, дають потенціал для більш глибоких реформ у всіх галузях господарства.

#### Список використаної літератури

1. Ковальски Ежи С.Ч. Общая теория становления и эволюции механизма конституционной государственности в Польше : автореф. дисс. ... док. юрид. наук. : спец. 12.00.01 / С.Ч. Ежи Ковальски ; НОУ ВПО «Юридический институт». – СПб., 2011. – 57 с.
2. Кутшеба С. Очерк истории государственного и общественного строя Польши / С. Кутшеба. – СПб., 1907. – 288 с.
3. Летовска Е. Конституция возможностей / Е. Летовска // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. – 1997. – № 3–4. – с. 52–62.
4. Осятынський В. Краткая история Конституции / В. Осятынський // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. – 1997. – № 3–4. – с. 62–67.
5. Паславська О.Я. Становлення та конституційний розвиток Польської Республіки (1918–1939 рр.) : автореф. дис... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / О.Я. Заславська ; Львівський національний ун-т ім. Івана Франка. – Л., 2006. – 20 с.
6. Тищик Б.Й. Польща: історія державності і права (X – початок XXI ст.) / Б.Й. Тищик. – Львів : Світ, 2012. – 512 с.
7. Тищик Б. До питання про розробку, прийняття та суть першої конституції Польщі від 3 травня 1791 р. / Б. Тищик // Вісник Львівського університету. – 2006. – № 42. – С. 103–115.

УДК 34.09

## ПИТАННЯ ЗВИЧАЄВОГО ПРАВА В НАУКОВІЙ СПАДЩИНІ ІВАНА ФРАНКА

**Оксана БУНЧУК,**

кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри теорії та історії держави і права  
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

### SUMMARY

The article offers the data that Ivan Franko was interested in customary law issues, the latter being prompted by M. Draho-manov. The scholar admitted the necessity to introduce the customary law elements into the legislature in effect as more often than not common people's ideas of norms were in conflict with the laws in effect. Franko put forward an idea that customs vividly reflected the genuine beliefs of common people; according to I. Franko there was an unmistakable connection between customary-law norms and generally accepted moral and ethical principles. I. Franko was far from idealizing customary law.

**Key words:** Ivan Franko, law, law sources, customary law, act.

### АНОТАЦІЯ

У статті аргументовано дані про зацікавлення І. Франком проблемами звичаєвого права. Установлено, що до вивчення цього питання письменника спонукав М. Драгоманов. Учений визнавав необхідність уведення в чинне законодавство елементів звичаєвого права, оскільки дуже часто народні уявлення про право входять у конфлікт з чинними законами. І. Франко висловлював думку про те, що у звичаях виражені істинні народні прагнення, указував на тісний зв'язок між нормами звичаєвого права й морально-етичними нормами. У мислителя відсутня ідеалізація звичаєвого права.

**Ключові слова:** І. Франко, право, джерела права, правовий звичай, закон.

**Постановка проблеми.** Важливою ознакою сучасної української історико-правової науки є помітне зростання інтересу дослідників до переосмислення творчих здобутків минулих поколінь. Такі дослідження допомагають забезпечити створення неупередженої об'єктивної картини історичного розвитку правового світогляду вітчизняних мислителів. У цьому аспекті аналіз наукового доробку видатного вченого і громадського діяча Івана Яковича Франка (1856–1916) видається корисним і актуальним.

І. Франко належить до низки найвизначніших представників української правової думки другої половини XIX – початку XX століття. На жаль, масове сприйняття І. Франка ґрунтується на усвідомленні його виключно як письменника. Менше знають І. Франка – літературного критика, публіциста. У колективному уявленні про І. Франка майже не знаходиться місця для усвідомлення його як ученого, що виявив глибокі й оригінальні міркування в різних сферах науки: філософії, економіки, політології, історії та, зокрема, праві.

І. Франко не був фаховим юристом (мав учений ступінь доктора філософії), проте його енциклопедичні знання сприяли формуванню власних поглядів на правові явища і процеси сучасної йому дійсності. У висловлених ним більше ніж сто років тому прогресивних ідеях відображені інтелектуальні правові здобутки плеяди українських письменників і публічних діячів, які є актуальними завдяки їх гуманістично-демократичній спрямованості. Тому не випадково дослідження І. Франка застосовуються в історико-правових працях сучасних науковців.

**Актуальність теми дослідження.** Важливим чинником актуалізації теми цього дослідження є те, що окремі концептуальні оцінки, міцно закорінені у франкознавстві, потребують перегляду. Це, зокрема, стосується Франкового трактування звичаєвого права. Нова історична доба зумовлює зміну інтерпретацій постаті І. Франка як ученого, актуалізує його правосвітоглядні орієнтири, висвітлює нюанси його правових ідей, збільшує можливості пізнання його праць.

Дослідження поглядів І. Франка на звичаєве право необхідне для систематизації, уточнення, конкретизації, комплексного представлення міркувань І. Франка про право, визначення їх ідейно-практичної значущості для українського суспільства в умовах розбудови правової держави. Вивчення специфіки поглядів І. Франка на питання звичаєвого права видається важливим принаймні з трьох причин: по-перше, з'ясовується вагомий аспект наукової діяльності письменника; по-друге, узагальнюються досягнення певного напряму вітчизняного франкознавства, присвяченого вивченню цього аспекту світогляду вченого; по-третє, простежується гуманістичний зв'язок між правовими ідеями сучасного й минулого, наступність у збереженні й розвитку демократичних традицій в Україні.

**Ступінь наукової розробки теми.** Вивчення правових аспектів творчості І. Франка є складовою франкознавства. Франкознавство, як окрема галузь гуманітарної науки в Україні, має більшу ніж столітню історію. Загальний корпус франкознавства становлять тисячі наукових досліджень. Для того щоб досягнути весь творчий спадок мислителя, потрібні зусилля представників різних наук. Вивчення Франкових поглядів на право розпочалося порівняно пізно. Спеціальним працям передували, а потім з'являлися, паралельно до них матеріали, які містили принагідні міркування про правові погляди І. Франка. Окремі аспекти правових ідей І. Франка відображені у працях про суспільно-політичні, філософські, соціологічні, історичні й економічні погляди мислителя. Погляди І. Франка на звичаєве право були частково розглянуті в історико-правових дослідженнях О. Копиленка [6], О. Скакун [7], В. Сокурєнка [8; 9] тощо. На творчий доробок І. Франка в галузі звичаєвого права звертала увагу М. Гримич, досліджуючи звичаєве право українців XIX – початку XX століття [5].

**Мета дослідження** полягає в комплексному історико-теоретичному аналізі наукової спадщини І. Франка, виокремленні поглядів письменника на звичаєве право як важливого

зрізу його багатостороннього світогляду, що зберігає науково-практичну значущість у наші дні. Важливо також з'ясувати теоретичне підґрунтя поглядів І. Франка на питання звичаєвого права, визначити причини вияву наукового інтересу мислителя до проблем звичаєвого права.

**Виклад основного матеріалу.** У ранніх наукових розвідках І. Франка відображені погляди мислителя на походження та сутність права. Описуючи зародження права, учений констатував, що людське суспільство, як і будь-яка складна система, може нормально функціонувати й розвиватися лише опираючись на певні правила. Такими правилами в первісному суспільстві, як наголошував І. Франко, були звичаї, традиції, ритуали, обряди і міфи. У міркуваннях ученого про виникнення права відчутний вплив ідей Ч. Дарвіна, Г. Спенсера, О. Конта, І. Канта, Дж. Мілля та ін., органічної, теологічної, патріархальної, договірної, історико-матеріалістичної теорій і теорії насильства.

Багатоджерельність світогляду збагатила ерудицію письменника, надала їй енциклопедичного характеру, сприяла формуванню власних поглядів на взаємодію людини й суспільства, походження права. З його точки зору право є соціальним витвором, що складається під впливом моралі, традицій, звичаїв, відображає потреби та інтереси людини й тому є первинним щодо закону держави, позитивного права.

У другій половині XIX ст., завдяки зростанню етнографічних досліджень, особливо привабливими для дослідників стали початкові періоди соціальної історії. Аналізуючи закономірності суспільного розвитку, І. Франко розглядав процес виникнення ранньої державності, моральних і правових інститутів, звичаїв. Він вважав, що впродовж тривалого часу люди жили, не маючи уявлення про державу і право. Це була епоха первісного суспільства. Право й держава з'явилися на певному етапі історичного розвитку людства.

Першою причиною виникнення права І. Франко вважав авторитет звичаїв і дотримання окремих символічних дій. Письменник зауважував: «Товариські, економічні і межиплемінні відносини людей в тій добі стояли під ненастанним впливом тих церемоній; ніхто не смів виломитися з-під їх власті. Совість, моральність, релігія тонули і щезали ще зовсім у мраці церемоній, і аж звільна почали з неї виділюватись, різниціватись. Церемонії зразу були всім, становили все; повнячи їх, чоловік був і моральний, і релігійний, вони були первісною релігією...» [10, т. 45, с. 109].

У праці «Мислі о еволюції в історії людськості» І. Франко описав процес зародження права у формі звичаїв. Людське суспільство, як і будь-яка складна система, може нормально функціонувати й розвиватися лише опираючись на певні правила. Для регулювання стосунків між людьми та їхніми об'єднаннями в додержавному суспільстві сформувалися певні правила поведінки. Ці правила забезпечували порядок і стабільність у суспільстві, орієнтували людей на досягнення їхньої мети. Формами вираження правил поведінки, які діяли в первісному суспільстві, були звичаї, традиції, ритуали, обряди й міфи. Учений підкреслював: «... В тій первісній добі суспільного життя всяка діяльність чоловіка була обрядом, що ціле його життя, як і життя нинішніх вище розвинених «дикарів», зв'язане і облутане було обрядами та церемоніями» [10, т. 45, с. 108]. Вони регулювали різні способи отримання їжі, а також сімейно-шлюбні відносини.

Збільшуючись, унаслідок тіснішого згурпування людей, обряди і звичаї починали охоплювати всі сторони індивідуального та суспільного життя. З випадкових формальностей вони ставали «обов'язковими путями для кожного». Гарантом їх дотримання здебільшого був не примус, а страх перед

надприродними силами й богами. Для первісних людей звичай пов'язувався з міфічною побудовою світу. Додержання звичаїв означало повагу до пращурів, дух яких постійно спостерігає за життям на землі. Усяке порушення звичаїв могло призвести до негативної реакції духів землі та накликати небезпеку на людей. Так звичай з права людини на конкретний вид поведінки стає ще й обов'язком. Перші звичаї, які І. Франко називає звичайними формами людського зрушення, «в дальших поколіннях набирали безмірно більшої сили, яко установи давні, предківські, ба, дані людям самими богами, т. є. святі і для кожного обов'язкові. І як зразу захоування або незахоування тих звичаїв було ділом чиста случайності або потреби єдиних, – тепер сталося обов'язком кожного, обов'язком, котрий треба було повнити, не думаючи о тім, чи він потрібний і розумний, чи ні» [10, т. 45, с. 109]. Саме «велику силу звичаїв і додержання церемоній» письменник визнавав першою причиною виникнення релігії, моралі, права й політичної влади.

І. Франко зауважував, що звичай, як джерело права, передував закону. У праці «Найновіші напрямки в народознавстві» (1895) він підкреслив, що систематично опрацьоване й коментоване римське чи німецьке право, яке викладається тисячами способів в університетах, бере свій початок у звичаях, правових поглядах і народних інституціях римлян або німців.

Для вивчення життя й побуту українського народу в 1883 р. за активною участю І. Франка був заснований Етнографічно-статистичний кружок. У листах до І. Франка М. Драгоманов привертав увагу всіх членів Етнографічно-статистичного гуртка до проблем звичаєвого права. З цієї кореспонденції І. Франкові стало відомо про інтенсивне вивчення цього питання в Росії другої половини XIX ст. М. Драгоманов підкреслював, що велику роль у цьому відіграли саме українські дослідники, серед яких виділяв П. Чубинського, О. Кістяківського, П. Єфименка, О. Єфименка. Надалі І. Франко не раз використовував дослідження вказаних авторів у своїх працях.

М. Драгоманов висловлював своє незадоволення з приводу просвітньої діяльності українців у Галичині. Він наголошував на відсутності провідної ідеї, теми праць у роботі Етнографічно-статистичного кружка. Зупиняючись детальніше на цьому питанні, учений писав: «Як собі хочете, а я настоюю на тому, щоб кружок проштудировав Мена й Ф. Мауєра та концентрував на вислідах гром. життя й права в Галичині» [2, с. 71]. М. Драгоманов закликав І. Франка, як і всіх членів Етнографічно-статистичного гуртка, досліджувати звичаєве право в Галичині, радив студіювати праці Богошича («Apercu des travaux sur le droit coutumier en Kussie» (Paris, Larose, 1879), О. Кістяківського («Программа для собиранія юридических обычаев и народных воззрений по уголовному праву» (1878). Він підкреслював, що саме ці роботи надають можливість показати, «наскільки наука про звичаєве право в Росії єсть українська наука, бо й в Архангельську губернію її заніс Єфименко» [2, с. 61–62].

М. Драгоманов також радив ознайомитися з дослідженнями Оршанського («Исследования по русскому праву обычному и брачному» (Петербург, 1879) та Зарудного («Законы и жизнь. Итоги исследования крестьянских судов» (Петербург, 1874), оскільки вони показують «...на скільки писане право не сходиться з звичайним і в чім остатнє часто розумніше. Стаття Оршанського «Нар. судъ и Нар. Право» капітальна штука, навіть для Європи...» [2, с. 61–62]. Серед книг, які М. Драгоманов прислав до Львова, були праці відомого юриста та етнографа Є. Якушкіна «Обычное право» (до

речі, класичний бібліографічний показчик С. Якушкіна за період 1876–1889 рр. містить більше ніж 3500 книг і статей, присвячених звичаєвому праву) [10, т. 49, с. 68]. М. Драгоманов заохочував членів Етнографічно-статистичного кружка до збирання відомостей щодо звичаєвого права. Саме у звичаєвому праві він убачав відображення безпосередньої народної правосвідомості. Він підкреслював наявність у звичаєвому праві таких аспектів, які становлять неоцінний внесок у розвиток ідеї нової правосвідомості народу. Багато положень звичаєвого права, на його думку, є важливими для розвитку нових ідей справедливості [2, с. 72–73].

У відповідях на листи М. Драгоманова І. Франко погоджувався з важливістю вивчення українського звичаєвого права, давав високу оцінку рекомендованим джерелам. Він писав: «Щодо права звичаєвого, то я звернув на нього увагу ще 1882 року в статейці «Громадський суд у Добровлянах», напечатаній в останньому, не вийшовшій у світ [оме]рі «Світу», де я після книги засідань ради громадської зладив статистику її засудів за кілька рік. Надіюсь, що скоро ми будемо мати під руками книги о тім праві, то підуть і реферати, і збирання матеріалів про Галичину» [10, т. 48, с. 437].

Під впливом порад М. Драгоманова І. Франко звернув увагу на теоретичні аспекти звичаєвого права, конкретні випадки його застосування в минулому та в сучасних цивільно-правових, сімейних і земельних відносинах. Письменник розглядав звичаєве право в тісному зв'язку з нормами місцевого самоврядування, досліджував архівні документи, етнографічний матеріал правового характеру, практику роботи судів, органів самоврядування. У його наукових розвідках порушена проблема впливу звичаєвого права на перші писані пам'ятки українського права.

Для розуміння Франкового ставлення до проблеми звичаєвого права важливим є такий уривок з листа до М. Драгоманова (14 травня 1884 р.): «До нашого звичаєвого права почав я два малесенькі причинки в «Світі»: «Лісові шкоди і кари в Нагуєвичях» і 2Громадський суд в селі Добровлянах». Про суди громадські у нас дуже мало мож буде зібрати матеріалу, так як в тім згляді громаді наші мають дуже маленьку автономію, та й тут кожний поступок згори приписаний. Цікавіші речі я надіюсь з часом зібрати по наслідственому праву (у мене вже тепер набереться невелика колекція мужицьких тестаментів і шлюбних інтерциз – треба тільки де в чім доповнити і обробити). Впрочім, мені здається, що звичаєве право у нас чим дальше все більше відтискається від життя, так що і тепер уже головні його контури відтворити можна хіба по бесідам, приказкам та лиш деяким нечисленим правовим звичаям. Задля того я думаю, що студіум того права...?» [10, т. 48, с. 441–442].

Саме за порадою М. Драгоманова І. Франко звернув увагу на праці О. Єфименко – однієї з найвідоміших українських учених кінця XIX – XX ст., у роботах якої знайшли відображення найрізноманітніші історичні, економічні, етнографічні та юридичні проблеми. Її праці – «Народні юридичні погляди на шлюб» (1874), «Народні юридичні звичаї лопарів і самоїдів» (1877), «Суб'єктивізм у російському звичаєвому праві» (1884) тощо – присвячені правовим звичаям народів Півночі, народним поглядам на шлюб і сім'ю. Вона була першою жінкою-професором історії не тільки в Україні, а й у всій Російській імперії. У листі до І. Франка від 5 травня 1884 р. М. Драгоманов, закликаючи студіювати російські праці про звичаєве право, радив вивчати статті О. Єфименко, «щоб показати, на скільки в звичаєвому праві єсть точок, котрі получують нову ціну для опори нових ідей справедливості» [2, с. 72]. 14 травня 1884 р. в листі-відпові-

ді І. Франко підтвердив цінність статті О. Єфименко «Трудове начало в русском народном праве». Він також наголошував на необхідності її перекладу та перероблення таким способом, «щоб приміри великоруські відсунути на дальший план (не викидаючи зовсім, а трактуючи тільки *par exemple* і так, як і прочі слов'янські), а зате построїти всі виводи на фактах чисто українських, а главное, підобрати чим більше галицьких» [10, т. 48, с. 441]. Розвідка О. Єфименко «Трудове начало в народном обычном праве» була надрукована в серії науково-популярних книжок загальноосвітнього характеру – «Наукова бібліотека», яка видавалася у Львові в 1887–1888 рр. за редакцією І. Франка [10, т. 49, с. 112].

Франкові імпонували міркування О. Єфименко про важливість вивчення народних юридичних звичаїв і ставлення селянства до землі. Вона відстоювала створення національного руського права, що ґрунтувалося б на народній правовій свідомості, в основі якого лежали б санкціоновані звичаї, а не нормативні акти держави, що закріплювали інтереси панівних верств. Незважаючи на те, що волю законодавця О. Єфименко називала «штучним шляхом» розвитку права, що суперечить природному – звичаєвому – шляху, законодавча діяльність держави визнавалася нею як «органічна необхідність». Вчена не раз звертала увагу на необхідність введення в чинне законодавство елементів народного права. У багатьох наукових розвідках І. Франка зустрічаються аналогічні пропозиції. Він закликав досліджувати звичаєве право українського народу й використовувати ці знання в процесі законотворення. «Численні факти, де уявлення народу про право увійшли в конфлікт з австрійськими законами, призводячи до дуже прикрих і фатальних наслідків для цього народу, стали, як здавалося, досить сильним поштовхом до вивчення цих народних уявлень про право в усій їхній повноті», – зауважував І. Франко [10, т. 44, кн. 1, с. 487].

Розгляд І. Франком питань звичаєвого права був пов'язаний з його зацікавленням етнографією і фольклористикою [10, т. 29, с. 81]. У студії „Przyczynek do etnografii ludu kuskiego na Wolyniu” (1888) І. Франко зауважував, що існують місцевості, які з погляду етнографії значно цікавіші й менше досліджені від інших. До таких земель у Галичині він, насамперед, зараховував Лемківщину, «... тобто той гірський куток (повіти Ясельський, Сандецький, Санацький), де українське населення межує безпосередньо з масою польського населення, це з одного боку, а словацького – з другого іде, крім напрочуд цікавої мови, можна було б найкраще простежити процес переходу етнографічних матеріалів від одного народу до другого, процес міжнародного обміну понять, поглядів і витворів духовного життя народу» [10, т. 27, с. 211].

Питання звичаїв загалом, а також конкретно звичаєвого права та правових звичаїв І. Франко розглядав у праці «Найновіші напрямки в народознавстві» 1895 р. Учений стверджував, що для пізнання народу необхідно пізнати людей, які мешкають на конкретній території, пізнати їхнє сучасне й минуле становище, фізичні та розумові особливості, економічне становище, політичні й суспільні інститути, торговельні та духовні зв'язки з іншими народами. «Говорячи про народ, ми розуміємо тут не всю масу, що мешкає в певному краї, але тільки ті нижчі верстви, які найменше зазнали цивілізаційних змін, найбільше зберегли слідів давніших епох розвитку» [10, т. 45, с. 254–255].

Як підкреслює І. Усенко, дослідження звичаєвого права мають давню традицію: «Питання про походження, еволюцію, зміст, функцію, структуру, типологію звичаю та звичаєвого права, детермінанти їх чинників уже кілька століть

займають почесне місце у наукових пошуках вітчизняних і зарубіжних учених у рамках правознавства, етнографії, соціології, політології, етнології, психології, історії, культурології, соціальної та юридичної антропології» [3, с. 35].

У працях учених-етнографів наявна вимога вийти за межі суто юридичних уявлень про звичаєве право. Вони відстоюють розуміння звичаєвого права як форми народної самосвідомості, продукту етнотворчості, елемента фольклорної культури. Так, сучасна дослідниця О. Івановська виступає проти «небезпечної наукової відокремленості правових галузей від загального осягнення творчості людського духу, що завжди первинно відбувалося у вербальних формах, міфологічних символах, художніх образах, ритуальних типах поведінки» [1, с. 7–8]. На її думку, для звичаєвого права властиві всі ознаки фольклорного продукту: усна форма передачі, анонімність і колективні авторства, варіативність. Ми вважаємо, що така позиція найбільше співзвучна до Франкового розуміння звичаєвого права.

І. Франко писав: «... Від віків йшла і ненастанно йде інфільтрація думок, вірувань, звичаїв від вищих верств до нижчих; не одне йшло й противно, знизу вгору. Збираючи і розслідуючи зостанки його вікового процесу наука народодовідання (фольклору) є частиною ширшої науки – історії цивілізації людської. Що об'єкт чисто історичного інтересу ся наука може і мусить мати високе значення моральне, що може і повинна впливати на письменство, поезію, штуку, законовідання і правознавство, – се легко зрозуміти, та се прикмета, властива всякій історичній науці. Адже недаром сказано: *historia vitae magistra*<sup>1</sup>» [10, т. 31, с. 122].

Правознавство, на думку І. Франка, дотичне до такої галузі знань, як народознавство. «Певна річ, що те право римське або німецьке, яке вчать по наших університетах, систематично опрацьоване, коментоване і викладуване тисячами способів, до сфери нашого народознавства не належить, – писав він. – Але, якщо, з одного боку, запитаємо про його початок, то невдовзі відшукаємо його в звичаях, правових поглядах і народних інституціях римлян або німців – але ж джерела його лежать в галузі народознавства. А з другого боку, серед нашого народу знайдено аналогічні погляди і правові звичаї, відмінні від тих, які тепер у нас панують, проте живі, сильні і тривалі і так само належать до галузі народознавства» [10, т. 45, с. 255].

І. Франко підкреслював, що, незважаючи на недостатне вивчення звичаєвого права як однієї зі сторін світогляду й побуту народу, численні українські етнографи та історики прийшли до висновку про риси індивідуалізму в «природі» українського народу, на противагу великоруському племені, яке живе колективними одиницями. Серед досліджень у галузі історичного життя українських селян учений називав праці українського історика права, фахівця з історії права слов'янських країн, професора Київського університету М. Іванишева [10, т. 44, кн. 1, с. 488]. Саме діяльність М. Іванишева – видатного археографа та юриста – сприяла створенню унікального серійного видання – «Актів Юго-Западної Росії», більша частина томів якого стосувалася юридичного побуту населення західноруських територій.

Учений висловлював думку про те, що у звичаях виражені істинні народні прагнення, закони, які приймаються в державі, тільки тоді будуть об'єктивними й ефективними для більшості людей, коли враховуватимуть ці звичаї [10, т. 46, кн. 1, с. 302]. У праці «Жіноча неволя в руських піснях народних» письменник підкреслив, що «муза народна глядить глибше і судить гуманніше, ніж учена справедлива» [10, т. 26, с. 127].

На його думку, кожна дитина в селі живе й виростає серед атмосфери старих звичаїв і саморідної моральності. Саме це вберігає людину в подальшому від вчинення неправильних дій [10, т. 26, с. 252].

У листуванні І. Франка з чеським вченим І. Пастрною велася мова про питання звичаєвого права. Так, у листі від 11 грудня 1901 р. письменник вказував на розгляд звичаєвого права середніх віків у книгах А. Рамбо (Rimbaud “*Historie de la civilisation française*”) та Ейкена (Eicken “*Geschichte der mittelalterlichen Weltanschauung*”). Радив також звернути увагу на працю “Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer* і деякі новіші праці про звичаєве право середніх віків” [10, т. 50, с. 195].

З дослідженням звичаєвого права пов'язане спілкування І. Франка з українським правознавцем В. Охримовичем. Після закінчення юридичного факультету Львівського університету в 1894 р. В. Охримович з 1897 р. викладав у ньому право. Пізніше він працював адвокатом у Заліщиках та інших містах Галичини, був одним із засновників Української націонал-демократичної партії (1899), редактором газет «Свобода» (1900) і «Діло» (1902, 1906–1907, 1924–1925), депутатом австрійського парламенту, дійсним членом НТШ у Львові. Він був також членом радикальної партії. І. Франкові була відома праця В. Охримовича «Звідки взялася назва бойки?». Про дослідження В. Охримовича «Знадоба до пізнання народних звичаїв і поглядів правних» І. Франко писав у листі до автора: «Я прочитав поки що вступ і думаю, що він дуже добрий, власне, для наших юристів» [10, т. 49, с. 530].

І. Франка з В. Охримовичем об'єднувала не лише громадсько-політична діяльність, тим більше, що в цій сфері між їхніми поглядами спостерігалися розбіжності. Учених пов'язувала наукова та публіцистична праця, центральним питанням якої було звичаєве право. У 1895 р. за задумом І. Франка в журналі «Житє і слово» було опубліковано низку заміток і студій В. Охримовича про звичаєве право. До досліджень на цю тему письменник додав власні зібрані виписки й оповідання про наявні пережитки українських звичаїв, описані ним у статті «Сліди снохачтва в наших горах» (у четвертій книзі журналу «Житє і слово») [10, т. 50, с. 14]. І. Франко не тільки публікував розвідки В. Охримовича про звичаєве право, письменник також радився з ним щодо різних ситуацій як із фаховим юристом [10, т. 50, с. 45, 220].

І. Франко розглядав правовий звичай не як фіксовану норму, а як модель поведінки, яка відображає усвідомлення народу про праве й неправе. У своїх дослідженнях він чітко виділяв історичне співвідношення між правовим звичаєм і законом. Початково право виражалось практично виключно у формі правових звичаїв. Але поступово державна влада, забезпечуючи свій захист одним правовим звичаєм і відмовляючи в ньому всім іншим, здійснює власний відбір між звичаями. Період спільної дії звичаю та закону характеризується тим, що відповідні органи держави видають у вигляді законів колишні звичаї. Проте в подальшому настає етап повного панування закону, у якому виражена воля влади й утиск силою авторитету звичаєвого права. Учений не заперечував, що закон здатний слугувати засобом свідомого влаштування життя на основі розумного і справедливого. Водночас І. Франко підкреслював, що не завжди закон виконує це призначення, подекуди його дія призводить до абсолютно протилежного результату.

У питаннях звичаєвого права відображаються різноманітні аспекти культурного, соціально-економічного та полі-

<sup>1</sup> Історія – вчителька життя.



тичного розвитку суспільства. Відзеркалення звичаєвого права як регулятора поведінки людей спостерігається в повсякденному житті. І. Франко, крім дослідження звичаєвого права в контексті визначення безпосереднього джерела права, особливу увагу звертає на вплив вітчизняного звичаєвого права на процес становлення національної правової системи. Він вважав, що норми звичаєвого права глибоко вкорінені в історію українського народу. Навіть у періоди бездержавності саме звичаєве право було власне українським, воно не тільки регулювало поведінку людей, а й слугувало формою збереження національних ідеалів, характерних рис ментальності українського суспільства. І. Франко аналізував відображення звичаєвих норм у законодавчих збірниках, а також його дію в різних галузях права. Звичаєве право письменник розглядав у широкому розумінні, як явище духовної спадщини поколінь їхніх культурних традицій.

Аналізуючи австрійське право, яке діяло на українських землях в кінці XIX – на початку XX століття, І. Франко звертає увагу на такі його джерела, як австрійський закон і місце звичаєве право. Варто наголосити, що Франкова повага до закону не перешкоджала вченому критично ставитися до чинних нормативно-правових актів австрійської, а відтак, Австро-Угорської держави. У розвідці «Етнографічна експедиція на Бойківщину» І. Франко підкреслював, що звичаї, які склалися в житті людей, сильніші за будь-які привнесені приписи органів влади [10, т. 36, с. 85–86]. Письменник зауважував, що серед народу укорінилася низка звичаїв, які діяли від діда-прадіда, і навіть зміна їхніх принципів приписами закону не скасувала їхнього сприйняття й поширення між людьми.

І. Франко наголошував на тому, що етнографічні дослідження українського народу як у Галичині, так і на Буковині обмежуються практично тільки записами пісень, прислів'їв, загадок, оповідань; спостереженнями за звичаями, обрядами та забобонами, описами одягу. Інші форми побуту мало привертала до себе уваги. «Майже зовсім не звернено їй досі на побутове право і форми землеволодіння; а це йде в парі із зовсім майже непорушеною ділянкою історії економічного розвитку українського (і польського) народу в Галичині», – зауважував письменник. Він підкреслював, що «численні факти, де уявлення народу про право увійшли в конфлікт з австрійськими законами, призводячи до дуже прикрих і фатальних наслідків для цього народу, стали, як здавалося, досить сильним поштовхом для вивчення цих народних уявлень про право в усій їхній повноті» [10, т. 44, кн. 1, с. 487]. Аналізуючи порядки й побут родинної общини («задруги») І. Франко вказував на існування в ній справедливого «народного почуття права».

**Висновки.** Процес виникнення права І. Франко простежував з'ясовуючи історичний розвиток людства. Безумовно, особлива увага вченого була спрямована на визначення процесу появи та еволюції права. Він детально розглянув зародження права у формі звичаїв додержавного періоду і їхню поступову трансформацію після виникнення держави. Особливе місце в системі правових поглядів І. Франка посідають міркування про джерела права. Учений детально охарактеризував особливості звичаїв і нормативно-правових актів.

Увагу мислителя до вивчення українського звичаєвого права привернув М. Драгоманов. І. Франко виходив за межі суто юридичних уявлень про звичаєве право, він розглядав його не тільки як джерело правової культури народу, а й також як продукт народної самосвідомості. В останньому випадку норми звичаєвого права, як підкреслював учений,

стають цікавими для дослідників із різних галузей знань: істориків, етнографів, літературознавців і юристів. Правовий звичай у розумінні І. Франка – це швидше модель поведінки, яка відображає усвідомлення народу про правильне й неправильне. Він також досліджував вплив вітчизняного звичаєвого права на становлення національної правової системи.

У питанні співвідношення правового звичаю та закону І. Франко вказував, що правовий звичай набагато давніший від закону, який установлюється державною владою. Звичай, як генетичне джерело права, бере свій початок ще з додержавного періоду існування людей. Але найбільший парадокс правової еволюції виявляється в тому, що й на найвищих її стадіях співіснування правового звичаю і встановлених людською владою законів не припиняється, а набуває тільки нових різновидів і характеристик. Зрівняння всіх учасників правових відносин у користуванні правами (природними) за допомогою законів держави стане найвищим ступенем еволюції та розвитку права, від правового звичаю до правового закону. Саме тоді право буде справедливим і відповідатиме своєму істинному призначенню.

І. Франка визнавав необхідність уведення в чинне законодавство елементів звичаєвого права, оскільки дуже часто народні уявлення про право входять у конфлікт з чинними законами. І. Франко висловлював думку про те, що у звичаях виражені істинні народні прагнення, указував на тісний зв'язок між нормами звичаєвого права й морально-етичними нормами. Водночас у мислителя відсутня ідеалізація звичаєвого права. Він наголошував на перетворенні звичаїв у допоміжне джерело права, до якого звертаються в разі відсутності потрібних норм письмових джерел права.

#### Список використаної літератури

1. Івановська О.П. Звичаєве право в Україні : етнотворчий аспект : [навчальний посібник] / О.П. Івановська. – К. : УВПК ЕксОб, 2002. – 264 с.
2. Матеріали для культурної й громадської історії Західної України / упоряд. М. Возняк. – К. : Друк. Всеукр. АН, 1928. – Т. 1 : Листування І. Франка і М. Драгоманова. – 1928. – 508 с.
3. Усенко І.Б. Правовий звичай як джерело українського права і об'єкт дослідження вітчизняних правознавців / І.Б. Усенко // Право в системі соціальних норм : історико-юридичні аспекти : матеріали XIII іст.-прав. конф. (Чернівці, 20–22 травня 2005 р.). – Чернівці : Рута, 2005. – С. 35–43.
4. Вертій О. Народність джерела творчості Івана Франка / О. Вертій. – Тернопіль : Підручники і посібники, 1998. – 255 с.
5. Гримич М. Звичаєве право українців у дослідженнях Івана Франка / М. Гримич // Етнічна історія народів Європи. – 2001. – № 12. – С. 4–8.
6. Копиленко О.Л. Політико-правові ідеї Т. Шевченка та І. Франка в сучасній ідеологічній боротьбі / О.Л. Копиленко. – К. : Наук. думка, 1990. – 116 с.
7. Скакун О.Ф. Иван Франко (из истории политической и правовой мысли) / О.Ф. Скакун. – М., 1987. – 128 с.
8. Сокуренок В.Г. Политические и правовые взгляды Ивана Франка (К 130-летию со дня рождения) / В.Г. Сокуренок // Сов. гос-во и право. – 1986. – № 10. – С. 116–121.
9. Сокуренок В. Державно-правові погляди Івана Франка / В. Сокуренок // Радянське право. – 1966. – № 5. – С. 8–12.
10. Франко І. Зібрання творів : у 50 т. / І. Франко ; редкол. : Є.П. Кирилук (голова) та ін. – К. : Наук. думка, 1976–1986. – Поклики на це видання в тексті в квадратних дужках : перша цифра означає том; друга – сторінку.

## КОНТЕКСТУАЛІЗАЦІЯ ЦІННІСНОГО ВИМІРУ ПРАВА

Ольга ГАНЧУК,

асистент кафедри філософії і права  
економіко-правничого факультету

Буковинського державного фінансово-економічного університету

### SUMMARY

The article updated epistemological orientation, which has its basis “axiologically-anthropic principle” the concept of building rights. Defined as a natural fact that if a person is at the center of all the major phenomena and events (including legal), then reform, improvement of law must be made to meet the requirements of axiomatic rules, according to which “man is the highest social value”, and human values are integrative core for the development of society and for the functioning of the state. Instead, any methodological position, excluding weekends principle study of human rights as immanent and valuable source of lawmaking and pravorealizatsii, substituting it any external epiphenomenon devoid of relevance today.

**Key words:** human, denomination, rating, valuable relationship, axiology of law.

### АНОТАЦІЯ

У статті актуалізується гносеологічна настанова, що має своєю основою «аксіологічно-антропний принцип» побудови концепції права. Визначається як закономірний факт, що якщо людина перебуває в центрі всіх найважливіших явищ і подій (у тому числі й правових), то й реформування, удосконалення права мають здійснюватись з урахуванням вимог аксіоматичної норми, згідно з якою «людина є найвищою соціальною цінністю», а людські цінності є інтегративним стрижнем як для розвитку суспільства, так і для функціонування держави. Натомість жодна методологічна позиція, що включає вихідним принципом дослідження права людини як іманентне та ціннісне джерело правотворчості й правореалізації, підмінюючи його будь-якими зовнішніми епіфеноменами, на сьогодні позбавлена актуальності.

**Ключові слова:** людина, цінність, оцінка, ціннісне відношення, аксіологія права.

**Постановка проблеми.** У сучасних умовах глибокі якісні переміни відбуваються як в об'єктивних суспільних відносинах, що є предметом правового регулювання, так і в ціннісних сферах суспільної правосвідомості. Ці складні, часто суперечливі перетворення вимагають формування нової правової дійсності, звільненої від міфів і догм, повернутої на благо людини, її природних прав та законних інтересів, які проголошені найвищою цінністю, найголовнішою метою держави. Забезпечити їх може уже не старе право, що було засобом досягнення формальної рівності, а тільки нове право як засіб забезпечення свободи людини і громадянина, право як засіб забезпечення справедливості щодо неї, право як засіб забезпечення ефективного захисту прав у разі їх порушення. Водночас переоцінка поглядів на право багатьма провідними правознавцями сучасності сприяє істотним змінам, які відбуваються й у світовій юриспруденції. Якщо раніше всіма силами захищалась «чистота» позитивного права, то тепер такі виступи стали рідкістю. У юриспруденції все більшого поширення набуває висновок про те, що сучасне право дедалі більше має наближатися до людини, стати невід'ємним елементом її індивідуального буття, набирати ознак персоналістичності. Концептуально визнавши людину найвищою соціальною цінністю і проголосивши, що її права та свободи визначають зміст і спрямованість діяльності держави, була вирішена проблема первісних засновків права. Саме людина, а не держава повинна становити сутність його глибинного виміру. Хоча це положення й потребує подальшого філософсько-правового обґрунтування й за необхідності може сприяти оновленню всієї правової системи, С. Бігун справедливо наголошує, що якщо людина посідає центральне місце серед інших соціальних цінностей, то й оновленням права має бути його олюднення як теоретичне, так і практичне в напрямі формування його як гуманістичного, тобто людиномірного явища [1, с 21].

Зміна офіційної ідеології публічної влади, проголошення як найвищої цінності – людини, її прав і свобод, а основним завданням держави – їх визнання, дотримання та захист зумовлює необхідність наукового пошуку шляхів досягнення указаних цілей. При цьому однією із найважливіших граней проблеми є пошук відповіді на питання: чи може традиційне позитивістське розуміння права, яке визнає як єдине джерело права нормативно-правовий акт, бути теоретичним фундаментом діяльності держави й усього суспільства із забезпечення невід'ємних прав і свобод людини, пріоритету її інтересів? У позитивістському вченні образ людини редукований до такого, що людина – це істота, яка здатна лише розуміти адресовані їй накази. Розум, а точніше, мислення такої людини сприймає формалізацію, яка повністю знищує всі її суб'єктивні особливості. Людина нібито розчиняється у формально-раціоналізованій реальності, а її буття у праві виражене лише логіко-розумовою стороною людської природи. Натомість право має стати інструментом для вирішення її індивідуальних проблем, як і сама людина повинна бути тільки метою для здійснення всіх видозмін реформування сучасної правової системи.

**Мета статті:** визначити контекстуальні основи ціннісного виміру права крізь призму трансцендентальної природи людини.

**Виклад основного матеріалу.** З давніх-давен філософи прагнуть розкрити сутність людини, її світ, зміст, її життя. Ще філософ Сократ заклав основи філософії людини. Загально визнано, що людина – продукт біологічної еволюції, виділення людини з тваринного світу – настільки грандіозний стрибок, як і виникнення живого з неживого. Адже мова йде про створення такого роду живих істот, усередині якого з певного моменту припиняється процес видоутворення й починається творча еволюція людства зовсім іншого типу. Але передісторія людства й досі залишається та-

кою самою загадковою і таємничою, як і виникнення життя. І рід тут не просто в нестачі фактів. Справа ще в нових відкриттях, іноді зовсім бентежних, парадоксальних, що розхитують основи теорій, які ще недавно здавалися чіткими і зрозумілими, переконливими. Не дивно, що сучасні наукові уявлення про становлення людини вибудовуються переважно на гіпотезах. Більш-менш достовірними можна вважати лише загальні контури й тенденції процесу становлення людини.

Сутність людини в тому, що людина – істота розумна, людина – істота, яка має самосвідомість, людина – істота моральна й вільна тощо. Поняття людини, насамперед, охоплює загальнородові риси, що відрізняють людину від інших живих істот.

Унікальне творіння природи, суспільства й самої себе – ось що таке людина – найдивніше з дивних див – з її неповторністю, з багатоманітними біологічними рисами [2, с. 480].

В умовах сучасної правової реальності антропо-аксіологічний підхід з його інтенцією до пошуків абсолютних основ, формуванням ідеалів, постійним зверненням до людської природи з її цілком предметними для філософсько-правового знання сутностями – свободою волі, автономністю особистості, ідеєю обов'язку, відповідальністю, справедливостю – є виправданий та очевидний. Право в істинному значенні слова формується й виникає не там, де хтось виконує чужу волю, а там, де людина діє відповідно до своєї розумної волі, як особистість «сама в собі закон», але жодною мірою не як соціальний індивід – ретранслятор системи зовнішніх стосовно її свідомості й розуму правових норм. І тому право існує насамперед не «поза» людиною, а «всередині» неї, як корелят імперативного характеру, зорієнтований у напрямі ідеалів «належного буття», а лише потім система інтерсуб'єктивного порядку, описувана в поняттях «закон», «правопорядок», «право виконання» тощо.

Філософський принцип антропоцентризму, згідно з яким людина – центр Всесвіту, мета світобудови, основа всіх подій і явищ, що відбуваються в зовнішньому світі, був відзначений ще в часи античності. Так, у відомому вислові «людина є мірою всіх речей» Протагор намагався підкреслити, що діяльність усього людства має орієнтуватись на людину, адже всі політичні, правові, економічні, культурні явища стаються тільки заради неї. Відстоюючи позицію «пізнай самого себе», інший мислитель античності – Сократ – наголошував, що основна мета такого пізнання – це не задоволення особистих потреб, а досягнення блага для всього полісу.

Сучасна концепція праворозуміння настільки ж потребує пошуків, обґрунтування й розуміння своїх вихідних основ, виявлення своєї природи, джерел і сутності, наскільки й вивчення наявних законів, способів їхнього функціонування, принципів і правил їхнього осягнення, їхньої систематизації та класифікації. І якщо людина як соціальний суб'єкт культуротворчості, де право постає як одна із соціальних сфер буття, розуміється як абсолютне джерело, то відповіді на більшість питань правової теорії варто шукати в комплексі тих проблем, які традиційно є предметом такого розділу знання, як права антропологія та права аксіологія. Використання вище окресленої традиції дає змогу стверджувати: право не може виражатися через правотворчу діяльність держави й задовольнятися суто службовою функцією. Воно потребує глибшого підґрунтя, щоб за зовнішнім, юридичним виглядом жило те, що називається справедливим, тобто те, що відповідає людським інтер-

есам. Іншими словами, право має перетворитися з права держави на право людини.

Апеляція до природи і властивостей людської особистості, з притаманними ідеями, ідеалами, цінностями, інстинктами, дає змогу обґрунтувати ідею антропологічної правотворчості, що формується не лише внаслідок цілеспрямованих зусиль законодавця, а й через трансцендентальну природу людини. Живі стосунки між людьми робить право можливим, а в актах визнання відбувається конституювання людини як правотворчого суб'єкта. Лише людина як приватний законодавець має формувати найбільш прийнятні норми захисту своїх прав, свобод та інтересів.

Початкове ставлення людини до реальності зумовлене її природною здатністю ціннісно ставитись до світу, субординувати й ієрархізувати його за «законом цінності» в певну соціокультурну систему. Стосовно права це судження набуває такого вигляду: право як явище соціального буття стає результатом телеономної, ціле- й ціннісно-раціональної діяльності індивіда і його спільностей. Як ціннісне за своєю суттю утворення, право своєю вихідною основою мусить мати такі моральні феномени аксіологічної природи, як справедливість, обов'язок, відповідальність, свобода й автономія особистості, тобто саме ті екзистенціали людського існування, які, у свою чергу, створюють, власне, структуру особистості людини – її ціннісне «Я» – та систему її аксіологічних функцій як ядро характеру. Такий безпосередній взаємозв'язок між сутністю права й екзистенціальною природою людського буття дає змогу припускати, що вихідною об'єктивною основою розуміння права має бути людина як соціальний суб'єкт, джерело і носій юридичної діяльності.

Поняття особи в Миколи Бердяєва має концептуальний зміст: усі його роздуми починаються й закінчуються поняттям людина, вважається, що кожна людина є особистістю, що основа її духовного буття і призначення полягає саме в можливості відкриття в собі особистості шляхом безкінечного самоутвердження. Сутність людини полягає не в загальному й родовому, а в індивідуальному. Особа має свій неповторний образ. Індивідуальне буття людини, вважає філософ, є первісним, визначальним. Особа розуміється ним не як мала частина соціального цілого (держави, роду, соціальної групи), а як усесвіт – універсум, мікрокосм. Важливо, що особа – не просто маленька копія величезного понадчуттєвого світу, а й абсолютна цінність світу.

Поняття людини в такому визначенні стосується не якоїсь конкретної людини, а людини як представника роду людського. Основними ознаками людини є якісні характеристики, які виділяють її з тваринного світу, її біологічна структура, а також загальні вияви соціальної сутності: свідомість, мова, здібність до праці і творчості. Антропологі й філософі підходять до питання походження людини з різних і зовнішньо навіть протилежних одна одній позицій.

Характеризуючи відмінність людини від інших живих істот, К. Маркс зауважив: «Тварина будує тільки відповідно до мірки і потреб того виду, до якого вона належить, тоді як людина вміє виробляти за мірками будь-якого виду й повсюди вона вміє застосовувати до предмета притаманну мірку; унаслідок цього людина будує також і за законами краси». Тому філософія містить у своїй структурі окремі розділи про ціннісне (оцінювальне) ставлення до світу, застосовуючи при цьому естетичні й етичні критерії – краса, добро, потворне, справедливе, свобода, гідність, шляхетність, порядність, щастя, сенс життя тощо.

Як слушно зазначає Н. Неновські, «... цінності – це речі, звернені до людини. У цьому розумінні цінність не є пред-

метом, цінність – це предмет у його зв'язку з людиною, з точки зору його значимості для людини. Цінності виражають значення речей і їх якостей для людини» [3, с. 25].

Категорія «цінність», як і всі філософські поняття, є цариною людського розуму. Тільки людині притаманна здатність оцінювати, надавати значення, свідомо діяти стосовно навколишнього світу.

За Віндельбандом, цінностями визнаються Істина, Добро, Краса, а наука, правопорядок, мистецтво й особливо релігія розглядаються як цінності – блага культури, без яких людство не може існувати. У ХХ ст. аксіологічну проблематику активно розробляли представники феноменології, герменевтики, екзистенціалізму, теорії соціальної дії. Лінія розмежування філософських шкіл проходить через проблему раціональної, чи моральної (ціннісної), визначеності світу. Як визначальне поняття «цінності» пропонуємо таке: цінність – це те, що почуття й розум диктують визнати особливо значущим із усього, що є, в ім'я чого проживається життя, а не заради чогось іншого. Спрямованість установки суб'єкта і його дій на певну цінність називається ціннісною орієнтацією, процедура вибору на основі цінності – оцінкою. Між цінностями, оцінками та нормами існують зв'язки. Тому в науках, що мають предметом мораль, право, мистецтво, необхідні їхнє взаємопов'язане вивчення й пояснення, а водночас і розмежування.

Правотворчість і реалізація права являють собою сфери людської діяльності яскраво вираженого оцінного характеру. Унаслідок цього філософія права включає у свій предмет вивчення й дослідження правових цінностей, оцінки у сфері права тощо. Так, у філософії права (зокрема, у загальній теорії права) утворився певний теоретичний напрям – правова аксіологія. У свою чергу, вона спирається на поняття загальної аксіології, теоретичні положення про цінності взагалі [4, с. 750].

Право, на думку деяких дослідників, у своєму аксіологічному вимірі є чітко визначеною формою правових цінностей, специфічною формою правової повинності, відмінної від усіх інших (моральних, релігійних тощо) форм повинності та ціннісних форм. Розглянемо ці цінності і з'ясуємо, як вони пов'язані між собою, а також у чому полягає цінність права.

У найбільш загальному вигляді під правовими цінностями розуміються властивості (ознаки) права, істотно значущі для людей. До них належать передусім невід'ємні атрибути права – свобода, рівність, справедливість. У своєму конкретному вираженні правові цінності з'являються як юридичні нормативні акти, правосвідомість соціального суб'єкта, його вчинки, значущі і для самого суб'єкта, і для інших.

В основі правових цінностей лежать правові ціннісні відносини між соціальними суб'єктами. У перебігу (і в результаті) правовідносин між людьми виникають правові вимоги, формуються соціально значущі норми й ідеали. Дія, що відповідає правовим вимогам, нормам та ідеалам, є законною і виступає як цінність і для суб'єкта діяльності, і для суспільства. У процесі відносин, що породжують явища, які мають індивідуальну й соціальну значущість, формуються ціннісна правова оцінка, ціннісна правова орієнтація та ціннісна правова установка [5].

Німецький філософ Пауль-Фердінанд Лінке (1876–1955) вважав, що цінність є предметом інтерпретації (вигляду). Пояснюючи цінність як інтерпретацію, він доводить, що саме засобами інтерпретації людина надає перевагу певній речі або способу дії. Проблема інтерпре-

тації цінностей, вибору «найкращих» з них, перетворення ціннісних уявлень на власні переконання є складною і внутрішньо суперечливою інтелектуально-вольовою процедурою. Адже, як зазначають аксіологи, цінності не піддаються логіці раціонального пізнання й виявляються переважно в особистісних почуттях добра і зла, симпатії і презирства, любові й ненависті, дружелюбності або ворожнечі. Створюючи світ цінностей (аксіобуття), людина мимоволі потрапляє в залежність від нього. Аксіологія наголошує, що такі цінності, як істина, добро і краса, до яких людина прагне заради них самих, виявляються в цінностях-благах культури (наука, право, мистецтво, релігія), що «нормують», «оформлюють» ціннісний зміст і повертаються до самої людини як суб'єкта ціннісних узагальнень в якості вимог належної потреби.

Потреби в гідності та власності зумовлюють потребу у свободі. Гідність – це можливість самовизначення, вона виражається у свободі, а право власності передбачає вільне розпорядження своїм майном. У словнику російської мови С. Ожегова гідність визначається як сукупність високих моральних якостей, а також повага до цих якостей у самому собі [6, с. 917]. У великій радянській енциклопедії поняття людської гідності трактується як усвідомлення людиною свого суспільного значення, почуття особистості, протилежне соціальній пригніченості людини. Визнання або невизнання гідності (як і саме розуміння гідності) залежить від наявного економічного ладу, від класової структури суспільства [7, с. 1250]. В українській радянській енциклопедії зазначається, що гідність – це поняття моральної свідомості, у якому виражається уявлення про самоцінність людської особистості, її моральну рівність з усіма іншими [8, с. 936].

На думку П. Рабіновича, гідність людини – це її достоїнство, тобто цінність людини як такої, самої по собі (самоцінність) – незалежно від будь-яких її біологічних чи соціальних властивостей. З цього випливає і засада рівності всіх людей з огляду на їхню гідність. Гідність – це моральна риса, яка відображає унікальну природу людини. З моменту народження кожної людини її гідність є однаковою – рівною – з гідністю всіх інших людей. Усвідомлення цього кожною людиною зумовлює формування в неї почуття власної гідності [9, с. 64].

Утративши можливість самовизначення, людина перестає бути людиною. Свобода як вибір передбачає відповідальність. Це продуманість, виваженість, обґрунтованість рішень, урахування всіх обставин і можливих наслідків; це також готовність відповідати за власні вчинки. Якщо дії людини не детерміновані обставинами однозначно, якщо можливі різні рішення, то вона несе відповідальність за свій вибір. Потреба у свободі зумовлює потребу в рівності. У суспільстві для його виживання необхідна певна рівність, урівноваженість домагань на свободу.

Однією із найвищих людських (суспільних) цінностей є свобода – особливий стан зумовленості духовної реальності; універсалія культури суб'єктивного ряду, що фіксує можливість діяльності й поведінки за відсутності зовнішнього примусу. Філософія народжувалася як свободомислення. Якщо філософія є квінтесенцією (найголовнішим, найсуттєвішим) культури, то свобода – душею філософії.

Свобода є позитивною, творчою потужністю, що нічим не зумовлюється й не обґрунтовується, це потужність духу творити не з природного світу, а із самого себе. Свобода, вважає Микола Бердяєв, є самоочевидною та не потребує зайвих філософських обґрунтувань і доказів.

Потреба в свободі глибоко закладена в людині, вона іманентна будь-якому виду її діяльності, пов'язана з самою сутністю її природи як істоти, яка вільно зважає різні альтернативи. Поняття свободи характеризує спектр можливостей, сукупність різних варіантів вибору мети, засобів, шляхів реалізації інтересів і намірів особи, часу й обставин здійснення вчинку, який складається в кожній ланці генезису її поведінки. Право на свободу є невід'ємним правом людини. Свобода притаманна тільки людині; її можна розуміти як головну з тих власних підвалин суспільства, на яких воно здійснює свою самоорганізацію. Загалом людина не є вільною від умов. Але вона вільна зайняти щодо них певну позицію. Умови не детермінують її повністю. Можна сказати, що власне людське буття починається лише там, де закінчується будь-яка однозначна й остаточна визначеність і виявляється (додаючись до природної заданості людини) особистісна настанова. Від неї (звісно, у певних межах) залежить, чи поступиться вона умовам. Свідомо чи несвідомо вона вирішує: протистояти чи здатися. Людина здатна піднестися над умовами і таким чином увійти до людського виміру. Її поведінка значною мірою визначається її саморозумінням. У тому, як людина поводить, виявляється її особистість. Особистісне буття людини й означає свободу – свободу стати особистістю. Це свобода від своєї фактичності, свобода стати іншою. У філософії досить широко відома ідея свободи як «пізнаної необхідності». Її фундаторами були Б. Спіноза і Г. Гегель. Ця ідея активно розвивалась у марксизмі. Тут проблема свободи тривалий час аналізувалася переважно в її узагальненому соціально-історичному ракурсі – як співвідношення свободи й необхідності в житті великих мас людей упродовж тривалого історичного періоду. З аналізу випадала проблема вільного діяння окремої особи, яка щодня постає перед необхідністю зробити той або інший вибір. Проте первинним носієм свободи є особистість. Формула «свободи як пізнаної необхідності» не здатна пояснити вибір нею того або іншого способу дій. Втративши можливість самовизначення, людина перестає бути людиною. [10].

Варто зазначити, що свобода є цінністю, сформованою у межах суспільства й тісно пов'язана з рівністю. Адже право людини на особисту свободу обмежується таким самим правом інших, громадяни повинні бути в цьому стосунку рівноправними. Тут вступає в дію принцип «бути в самому собі іншим – первинний сенс ставлення до іншого». Слід погодитися з таким твердженням С. Франка: «Свобода особистості є ... не її природженим і первинним правом, а її громадським обов'язком; вона має не самостійну, а функціональну цінність; ... вона є ... формою буття, зумовленою і виправданою началом служіння. Не інтерес і право особистості, а інтереси служіння правді вимагають ... розчленування суспільства на окремі, захищені правом центри вільної активності й забезпечення кожному з них належної сфери свободи» [11, с. 512].

Цікавим, зокрема, є бачення цієї взаємозалежності Б. Чичеріним: «Особиста свобода полягає в праві людини порядкувати собою і своїми діями; свобода в союзі з іншими, або свобода суспільна, виражається в праві разом з іншими брати участь у рішенні спільних справ» [12, с. 330].

Свобода тягне за собою відповідальність, але для гідної людини відповідальність є позитивною рисою, стимулом для розвитку. Водночас, будучи соціальною істотою, вона вимагає відповідальності й з боку інших людей. Свобода та

відповідальність тісно пов'язані одне з одним і у сфері права. Правові норми надають людині свободу, але вони також накладають на неї юридичну відповідальність, права зумовлюють обов'язки. Зокрема, можливість вільного володіння, користування, розпорядження майном поєднується з «тягарем» пов'язаних з цим витрат і ризику. Власність має бути весь час діяльною, використовуваною й за допомогою цього знову і знову одержуваною й утворюваною, вона є невпинною працею, що нескінченно втілюється в зайнятості та результатах [13, с. 300].

**Висновки.** Проаналізувавши все вищезазначене, можна зробити такі висновки: використання природно-правового підходу до розуміння права дає змогу стверджувати, що право не може задовольнятися суто службовою функцією; його першопричину слід шукати не у сфері досвіду, а в природі людини, її мисленні, моральних принципах, ідеї справедливості. Апеляція до природи і властивостей людської особистості з притаманними ідеями, цінностями дає змогу обґрунтувати ідею доконечності та довершеності права, розуміти визначальні ціннісні аксіоматичні начала його формування.

#### Список використаної літератури

- Бігун В. Людина в праві: аксіологічний підхід: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.12 «Філософія права» / В. Бігун. – К., 2004. – С. 21.
- Бердяев Н.А. Філософія вільного духа / Н.А. Бердяев. – М.: Республика, 1994. – С. 480.
- Неновски Н. Право и ценности / Н. Неновски ; пер. с болг. В.М. Сафронова ; под ред. В.Д. Зорькина. – М.: Прогресс, 1987. – С. 248.
- Філософія права: [підручник] / заг. ред. О.Г. Данильяна. – Х.: Право, – 2009. – С. 750.
- Філософська теорія цінностей [Електронний ресурс] – Режим доступу: [http://pidruchniki.com/1087070452085/filosofiya/filosofska\\_teoriya\\_tsinnostey\\_aksiologiya](http://pidruchniki.com/1087070452085/filosofiya/filosofska_teoriya_tsinnostey_aksiologiya).
- Ожегов С.И. Словарь русского языка / С.И. Ожегов ; под ред. Н.Ю. Шведовой. – М.: Рус. яз., 1991. – С. 917.
- Большая советская энциклопедия. – М.: Сов. энцикл., 1952. – Т. 15. – С. 1250.
- Українська радянська енциклопедія. – 2-е вид. – К.: УАЕ, 1979. – Т. 3. – С. 936.
- Рабінович П.М. Право людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень) / П.М. Рабінович. – Х.: Право, 1997. – С. 64.
- Бандура О.О. Системні взаємозв'язки правових цінностей (загальний нарис) / О.О. Бандура // Форум права. – 2011. – № 2. – С. 26–33.
- Франк С.Л. Духовные основы общества / С.Л. Франк. – М.: Республика, 1992. – С. 512.
- Чичерин Б.Н. Свобода в государстве / Б.Н. Чичерин // Власть и право. – Л., 1990. – С. 330.
- Циппеліус Р. Філософія права: [підручник] / Р. Циппеліус. – К.: Тандем, 2000. – С. 300.
- Гудима Д.А. Філософсько-антропологічний підхід – методологічний фундамент сучасної юридичної науки / Д.А. Гудима // Проблеми філософії права. – Київ; Чернівці: Рута, 2003. – Т. I. – С. 122–125.
- Кравченко А. Антропологічний принцип права як механізм трансформації ідей гуманізму / А. Кравченко // Філософські обрії. – 2011. – № 26. – С. 69–79.
- Шафіров В. Людиноцентристський підхід як методологічна основа наукових досліджень у правознавстві / В. Шафіров // Право України. – 2014. – № 1. – С. 148–155.

УДК 342.7

## ПРАВОВИЙ СТАТУС ЛІНГВІСТА ЯК ПЕРЕКЛАДАЧА У МЕЖАХ ПРАВОЗАСТОСОВНОГО ПРОЦЕСУ

Ганна ДЕНИСЕНКО,  
викладач кафедри перекладу та іноземних мов  
Полтавського інституту економіки і права

### SUMMARY

The author investigates the legal status of the translator, as procedural shapes, which has sometimes extremely important value in legal proceedings. The author analyzes the legal status of the translator, which includes the system of rights, freedoms, duties and responsibilities, which are embodied in regulations and state-guaranteed. The legal regulation of the translator's powers in procedural and substantive law is considered and on the basis of this, the author offers changes and additions to the legislation, the introduction of which will promote the unification of standards, which partly blurry contain the rights, duties and responsibilities, which indirectly or even selectively form the legal status of the translator in the law-enforcement process.

**Key words:** translator, legal status, law-enforcement process, standards of procedural law, standards of substantive law.

### АНОТАЦІЯ

У статті досліджується правовий статус перекладача як процесуальної фігури, яка має іноді надзвичайно важливе значення в судочинстві. Авторка аналізує правовий статус перекладача, що включає систему закріплених у нормативно-правових актах і гарантованих державою прав, свобод, обов'язків і відповідальності. У статті розглядається правове врегулювання повноважень перекладача в нормах процесуального й матеріального права, на ґрунті цього пропонуються зміни та доповнення до законодавства, унесення яких сприятиме уніфікації норм, що частково розмиті вміщують права, обов'язки та відповідальність, які опосередковано чи навіть вибірково формують правовий статус перекладача в правозастосовному процесі.

**Ключові слова:** перекладач, правовий статус, правозастосовний процес, норми процесуального права, норми матеріального права.

**Постановка проблеми.** Одним із суб'єктів правозастосовного процесу, які покликані сприяти перебігу означеного процесу, є перекладач. Не маючи в справі власного інтересу, він зобов'язаний гарантувати шляхом надання автентичного перекладу реалізацію прав учасників процесу на судовий захист і справедливий судовий розгляд. Наразі відсутність чіткого нормативного визначення правового статусу перекладача як учасника правозастосовного процесу може стати серйозною перешкодою у провадженні (розгляді) судових справ.

**Актуальність теми дослідження.** Окремі питання врегулювання правового статусу перекладача, його прав та обов'язків, відповідальності в межах правозастосовного процесу досліджували такі вчені, як І. Бережна, І. Бунова, І. Іванюк, В. Маляренко, С. Фурса, Т. Кузик, Т. Степанова та ін. Утім, не можна говорити про ґрунтовне дослідження правового статусу перекладача як лінгвіста в правозастосовному процесі. Варто зазначити, що більшість вищезазначених досліджень мають контекстуальний характер і розкривають лише окремі аспекти цієї теми. Також слід зауважити, що зміни в законодавстві України, котрі регламентують діяльність перекладача, потребують нових наукових розробок.

**Метою статті** є дослідження окремих аспектів врегулювання правового статусу лінгвіста як перекладача й вироблення єдиного підходу до розуміння означеного правового інституту в теорії та практиці юридичної науки. У цьому контексті вироблені та вдосконалені позиції щодо розуміння правового статусу перекладача в науковій літературі та сформульовані пропозиції прикладного характеру до змін і доповнень у чинні норми матеріального та процесуального права.

**Виклад основного матеріалу.** У юридичній науці не існує єдиної узгодженої позиції стосовно визначення змісту

поняття «правовий статус», оскільки одні вчені [1, с. 44] визначають його як сукупність прав та обов'язків фізичних чи юридичних осіб, інші [2, с. 409] – як систему закріплених у нормативно-правових актах і гарантованих державою прав, свобод, обов'язків та відповідальності індивіда, деякі з авторів – лише вбачають у ньому нормативно закріплене становище суб'єкта в суспільстві [3, с. 274].

Варто зупинитися на розкритті змісту правового статусу. Наприклад, професор П. Рабінович вкладає в нього «комплекс прав і юридичних обов'язків особи» [4, с. 74]. У свою чергу, науковці О. Белкін та Л. Гумерова зазначали, що «поняття статусу прямо стосується поняття суб'єкта права й показує структуру правових відносин, у які вступають різноманітні суб'єкти, розкриває витoki наділення їх суб'єктивними правами й обов'язками, а також іншими правовими формами, необхідними для ефективного функціонування механізму державного управління» [5, с. 13].

На думку В. Авер'янова, феномен правового статусу особистості визначає «співвідношення особистості та права, за допомогою якого держава окреслює для суб'єкта межі можливої діяльності, його становище по відношенню до інших суб'єктів, і в залежності від індивідуальних або типових ознак, які властиві суб'єктові, у праві відбиваються повнота правового становища особистості, його певна уніфікація або обмеження» [6, с. 82].

Оскільки поняття «правовий статус» у своїй структурі складається з певних елементів, то їх варто виокремити. Так, О. Петришин до елементів правового статусу зараховує такі: а) юридичні державно владні повноваження, б) юридичну відповідальність [7, с. 41]. Правовий статус особи окремо виділяється у сфері праці, який включає в себе, як зазначає О. Кондратьєв, «...правосуб'єктність, ос-

новні (статутні) трудові права та обов'язки, гарантії цих прав і відповідальність за невиконання обов'язків» [8, с. 3].

Відтепер зупинимось на аналізі правового статусу перекладача в процесуальному законодавстві, виокремлюючи в ньому права, обов'язки та відповідальність. Процесуальні дії перекладача слугують засобом закріплення доказів і способом спілкування між суб'єктами процесуальної діяльності [9, с. 90–91]. Участь перекладача має епізодичний характер: перекладач викликається для участі у провадженні різних дій і після виконання своїх обов'язків вибуває із процесу [10, с. 111]. Як зазначає Т. Степанова, перекладач здійснює певні обов'язки і користується певними правами, згідно з якими здійснює процесуальні дії, однак не виконує процесуальних функцій й не бере сталої участі у справі [11, с. 51]. Насамперед, варто зазначити, що такий учасник правозастосовного процесу як «перекладач» не згадується в Господарському кодексі України, Сімейному кодексі України, Лісовому кодексі України, Водному кодексі України, Бюджетному кодексі України, Повітряному кодексі України, Земельному кодексі України та Кодексі законів України про працю. Утім, тішить, що в окремих процесуальних нормах інших процесуальних і матеріальних законів такий суб'єкт є процесуальною фігурою та наділений певними повноваженнями, на яких власне ми й зупинимось надалі.

Так, у Господарському процесуальному кодексі України (ділі – ГПК України) не виділено окремої статті про повноваження перекладача, натомість, у нормах ст. 44 (назва – «Склад судових витрат»), ст. 48 (назва – «Визначення розміру сум, що підлягають сплаті за проведення судової експертизи та послуги перекладача»), ст. 49 (назва – «Розподіл господарських витрат») вписані положення щодо оплати послуг перекладача та проведення судової експертизи, у нашому випадку, лінгвістичної [12].

Варто зазначити, що в п. 5 ч. 2 ст. 811 ГПК України (назва – «Протоколи») законодавець акцентує увагу на відповідальності перекладача за завідомо неправильний переклад, судового експерта (у нашому випадку – лінгвіста) – за дачу завідомо неправильного висновку або відмові від дачі висновку. Отже, перекладач відповідає за здійснений ним переклад, експерт-лінгвіст – за дачу висновку та його правильність, але ж не зазначено, яку саме відповідальність фахівці нести за невиконання зазначених обов'язків. На нашу думку, законодавцю варто було б уточнити, що перекладач та експерт-лінгвіст несуть саме кримінальну відповідальність, чи радше зробити посилання на ст. 385 Кримінального кодексу (далі – КК) України (назва – «Відмова свідка від давання показань або відмова експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків») [13]. До речі, завідомо неправильний висновок експерта-лінгвіста чи завідомо неправильний переклад фахівця, згідно з п. 2 ч. 2 ст. 112 ГПК України (назва – «Підстави перекладу судових рішень за нововиявленими обставинами»), є підставою перегляду судового рішення за нововиявленими обставинами [12].

Констатуємо, що у ГПК України перекладач має право, по-перше, на оплату за виконаний переклад (ч. 1 ст. 48), по-друге, сплату за проведення судової експертизи (у нашому випадку – лінгвістичної) (ч. 1 ст. 48), по-третє, на відшкодування витрат, пов'язаних з явкою до господарського суду (ч. 2 ст. 48), по-четверте, заявляти відвід (п. 5 ч. 2 ст. 811), а щодо обов'язків перекладача, то серед них можна виокремити такі: фахівець зобов'язаний виконувати правильний переклад (п. 2 ч. 2 ст. 112, п. 5 ч. 2 ст. 811), давати правильний висновок (п. 5 ч. 2 ст. 811), не відмов-

лятися від дачі висновку (п. 5 ч. 2 ст. 811). Перекладач несе відповідальність за завідомо неправильний переклад, експерт-лінгвіст – за дачу завідомо неправильного висновку або відмови від дачі висновку. Попри це, чітко в ГПК України не окреслено прав, обов'язків, відповідальності перекладача та експерта-лінгвіста як учасників господарського суду, що є не прийнятно, адже фахівець, який бере участь у процесі, повинен володіти певним обсягом повноважень для здійснення передбачених дій. Цієї самої позиції дотримується Т. Степанова, яка розкритикувала ГПК України в частині відсутності норм, що регламентують правовий статус перекладача в процесі, обмежуючись лише посиланням на його появу як учасника судового розгляду [11, с. 51].

Відтак, вважаємо, що законотворцю доцільно вписати окрему норму за назвою «Перекладач», де окреслити його права, обов'язки та відповідальність. Зважаючи на вищевикладене, пропонуємо доповнити ГПК України ст. 1261 (назва – «Перекладач») і вписати в такій редакції:

«1. У разі необхідності перекладач пояснює, свідчень або документів у господарських справах суддя чи суд залучають відповідного перекладача (сурдоперекладача).

2. Перекладач має право на таке: 1) ставити запитання з метою уточнень для правильного перекладу; 2) знайомитися з протоколами процесуальних дій, у яких він брав участь, і подавати до них зауваження; 3) одержати винагороду за виконаний переклад та відшкодування витрат, пов'язаних із його залученням до судового розгляду; 4) заявляти клопотання про забезпечення безпеки у випадках, передбачених законом; 5) брати участь у справі як експерт (у нашому випадку – лінгвіст), спеціаліст (у нашому випадку – лінгвіст), консультант (у нашому випадку – лінгвіст).

3. Перекладач зобов'язаний таке: 1) прибути за викликом до прокурора, судді чи суду; 2) заявити самовідвід за наявності певних обставин; 3) здійснювати повний і правильний переклад, посвідчувати правильність перекладу своїм підписом; 4) не розголошувати без дозволу прокурора, суду відомості, які безпосередньо стосуються суті судової справи та процесуальних дій, що здійснюються (здійснювалися) під час нього, і які стали відомі перекладачу у зв'язку з виконанням його обов'язків».

Варто зазначити, що перед початком процесуальної дії сторона судового розгляду, яка залучила перекладача, чи суддя або суд мають пересвідчитися в особі й компетентності перекладача, з'ясувати його стосунки зі сторонами процесу й роз'яснити його права, обов'язки та відповідальність. Так, за завідомо неправильний переклад або за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків перекладач несе кримінальну відповідальність.

У Кодексі адміністративного судочинства України (КАС України) [14], згідно ч. 4 ст. 12 (назва – «Гласність і відкритість адміністративного процесу»), законодавцем окреслено, що під час розгляду справи в закритому судовому засіданні можуть бути присутні перекладачі, експерти (у нашому випадку – лінгвісти), спеціалісти (у нашому випадку – лінгвісти). У ч. 1 ст. 30 КАС України (назва – «Заява про відвід (самовідвід)») зазначено, що перекладач зобов'язаний заявити самовідвід за наявності підстав, зазначених у ст. ст. 27–29 означеного кодексу. Вважаємо, що було б доцільно вмістити всі підстави про відвід і самовідвід до ст. 30 КАС України задля уніфікації таких обставин.

Слід, нагадати, згідно зі ст. 68 (назва – «Перекладач») КАС України, законодавцем окреслені повноваження перекладача:

1. Перекладачем є особа, котра вільно володіє мовою, якою здійснюється адміністративне судочинство, та іншою мовою, знання якої необхідне для усного або письмового перекладу з однієї мови на іншу, а також особа, котра володіє технікою спілкування з глухими, німими чи глухоніми.

2. Перекладач допускається ухвалою суду за клопотанням особи, яка бере участь у справі, або призначається з ініціативи суду. Суд забезпечує особі перекладача, якщо дійде висновку, що особа внаслідок неспроможності оплатити послуги перекладача буде позбавлена судового захисту.

3. Перекладач має право відмовитися від участі в адміністративному судочинстві, якщо він не володіє мовою в обсязі, необхідному для перекладу, право ставити питання з метою уточнення перекладу, а також право на оплату виконаної роботи та компенсацію витрат, пов'язаних з викликом до суду.

4. Перекладач зобов'язаний з'являтися за викликом до суду, здійснювати повний і правильний переклад, своїм підписом посвідчувати правильність перекладу в процесуальних документах, що вручаються особам, які беруть участь у справі, в перекладі мовою, якою вони володіють.

5. За завідомо неправильний переклад або за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків перекладач несе кримінальну відповідальність.

Згідно з ч. 2 ст. 92 КАС України (назва – «Витрати, пов'язані із залученням свідків, спеціалістів, перекладачів та проведенням судових експертиз»), перекладач має право на оплату за проїзд, добова в разі переїзду до іншого населеного пункту, а також на винагороду за виконану роботу. Законодавець окреслює в ч. 2 ст. 98 означеного кодексу (назва – «Рішення щодо судових витрат»), що перекладачі можуть оскаржити судові рішення щодо судових витрат, якщо це стосується їхніх інтересів.

Варто зазначити, що в зазначеній статті не вказано, що може бути інтересами фахівців для оскарження. У ч. 3 ст. 125 КАС України (назва – «Роз'яснення перекладачеві його прав та обов'язків, присяга перекладача») ідеться про те, що перекладач зобов'язаний усно проголосити текст присяги та підписати його. У ч. 1 цієї статті зазначено, що перекладач несе кримінальну відповідальність за завідомо неправильний переклад і відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків. У цьому положенні не окреслено, які причини є поважними щодо відмови від виконання обов'язків.

Варто зауважити, що законодавцю доцільно виписати всі права та обов'язки й відповідальність в одній нормі КАС України з метою уніфікації та, відповідно, зручного доступу й розуміння правового статусу перекладача, експерта-лінгвіста і спеціаліста-лінгвіста. Зважаючи на вищезазначене, пропонуємо доповнити чинну редакцію норми ст. 68 КАС України (назва – «Перекладач») таким змістом:

«– перекладач має право на таке: ознайомитися з протоколом і подати свої зауваження до нього (ч. 3 ст. 45); оскаржити судові рішення щодо судових витрат, якщо це стосується його інтересів (ч. 2 ст. 98);

– перекладач зобов'язаний заявити самовідвід за наявності підстав, зазначених у ст. ст. 27–29 КАС України (ч. 1 ст. 30); заздалегідь повідомити суд, якщо він не може з поважних причин прийти до суду (ч. 2 ст. 40); усно проголосити текст присяги та підписати його (ч. 3 ст. 125);

– перекладач несе кримінальну відповідальність під розписку за завідомо неправильний переклад і відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків (ч. 2 ст. 125)».

Зупинимося на аналізі окремих норм Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України, в котрих почасти обґрунтований правовий статус перекладача [15]. У п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК України (назва – «Визначення основних термінів Кодексу») зазначено, що учасниками кримінального провадження є перекладач, експерт (у нашому разі й надалі – лінгвіст), спеціаліст (у нашому разі й надалі – лінгвіст). Як ми знаємо, перекладач залучається до правозастосовного процесу як учасник кримінального провадження в тому разі, якщо особи, які беруть участь у справі, не володіють мовою судочинства (ст. 29 КПК України). На думку І. Бунової, для призначення перекладача важливою є позиція особи, яка здійснює кримінальне судочинство, оскільки участь перекладача обов'язкова також у випадках, коли учасник кримінального судочинства недостатньо володіє мовою, котрою ведеться судочинство по кримінальній справі, хоча й не заявляє клопотання про запрошення перекладача [16, с. 15]. Варто погодитися з пропозицією авторки, оскільки її думка є цілком слушною, адже якщо в слідчого, дізнавача, судді є сумніви з приводу того, що певна особа достатньо мірою володіє мовою судочинства, їй потрібно пояснити право мати перекладача, а при відмові особи від забезпечення фахівця, вона повинна власноручно написати розписку про таку відмову та вказати причину.

У ст. 68 КПК України (назва – «Перекладач») законодавцем почасти окреслені права, обов'язки та відповідальність перекладача, зокрема, право на таке:

1) ставити запитання з метою уточнень для правильного перекладу;

2) знайомитися з протоколами процесуальних дій, у яких він брав участь, і подавати до них зауваження;

3) одержати винагороду за виконаний переклад та відшкодування витрат, пов'язаних із його залученням до кримінального провадження;

4) заявляти клопотання про забезпечення безпеки у випадках, передбачених законом.

Обов'язок:

1) прийти за викликом до слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду;

2) заявити самовідвід за наявності обставин, передбачених цим Кодексом;

3) здійснювати повний і правильний переклад, посвідчувати правильність перекладу своїм підписом;

4) не розголошувати без дозволу слідчого, прокурора, суду відомості, які безпосередньо стосуються суті кримінального провадження та процесуальних дій, що здійснюються (здійснювалися) під час нього, і які стали відомі перекладачеві у зв'язку з виконанням його обов'язків.

Відповідальність: нести встановлену законом відповідальність за завідомо неправильний переклад, а також нести встановлену законом відповідальність за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків перекладача.

Варто зауважити, що в цій статті немає визначення, хто ж у кримінальному процесі може бути перекладачем і не зазначено, яким саме вимогам він повинен відповідати. На думку Ю. Стецовського, перекладач може брати участь у справі, якщо він вільно володіє мовами, необхідними для перекладу, знає предмет дослідження й уміє точно передавати інформацію [17, с. 22]. На думку вченої І. Іванюк, потрібно визначити, які обставини підлягають перевірці при встановленні особи перекладача, зокрема, чи слід з'ясувати питання наявності в перекладача судимості, обсягу дієздатності [18, с. 341]. Справді, відсутність окресленого



нормативного визначення вимог до перекладача як учасника правозастосовного процесу може бути перешкодою у кримінальних провадженнях.

На нашу думку, до частини 2 ст. 68 КПК України (назва – «Перекладач») варто додати п. 5 в такій редакції: «брати участь у справі як спеціаліст (лінгвіст) у порядку ст. 71 КПК України (назва – «Спеціаліст»)» і п. 6 в такій редакції: «брати участь у справі як експерт (лінгвіст) у порядку ст. 69 КПК України (назва – «Експерт»)». Адже, як відомо, фахівець з юридичного перекладу (юридичний перекладач), попри свою роль експерта-посередника в міжкультурному правовому дискурсі, може виступати й учасником юридичних процедур, тобто нести юридичну відповідальність за свідоме нехтування та/або недотримання своїх професійних і процедурних обов'язків.

Варто додати, що перекладач, з міркувань сумніву в автентичності власного перекладу усної чи письмової мови, наслідком чого може бути кримінальна відповідальність, має право відмовитись узагалі від участі в кримінальному провадженні як «перекладач» у порядку ст. 68 КПК України (назва – «Перекладач»). Тому, як, власне, висловились у проведеному нами анкетуванні лінгвісти, їм (53,2%) ліпше було б здійснювати переклад у статусі спеціаліста (ст. 71 КПК України), оскільки останній убезпечений від кримінальної відповідальності за завідомо неправильний переклад чи виконання інших обов'язків у статусі перекладача. Тому такою гарантією, на нашу думку, що повністю узгоджується з позицією респондентів-лінгвістів, буде включення до ч. 2 ст. 68 КПК України пункту п'ятого за вищепропонованою нами редакцією.

Відтепер розглянемо Цивільний процесуальний кодекс України (далі – ЦПК України), у якому теж почасти виписані окремі положення щодо правового статусу перекладача [19]. У ч. 5 ст. 6 (назва – «Гласність та відкритість судового розгляду») і ч. 1 ст. 47 (назва – «Особи, які є іншими учасниками цивільного процесу») цього кодексу зазначається, що при розгляді справ у закритому судовому засіданні мають право бути присутні перекладачі, експерти, спеціалісти. Згідно ч. 1 ст. 23 ЦПК України (назва – «Заяви про самовідводи та відводи»), перекладач зобов'язаний заявити самовідвід за наявності підстав, зазначених у ст. 20, 21 і 22 цього кодексу. У ст. 55 ЦПК України (назва – «Перекладач») виписані права, обов'язки та відповідальність перекладача, серед яких варто виокремити такі:

- право перекладача: ставити питання з метою уточнення перекладу; відмовитися від участі в цивільному процесі, якщо він не володіє достатніми знаннями мови, необхідними для перекладу; на оплату виконаної роботи; на компенсацію витрат, пов'язаних з викликом до суду;

- обов'язки перекладача: вільно володіти мовою, якою здійснюється цивільне судочинство, та іншою мовою, знання якої необхідне для усного чи письмового перекладу з однієї мови на іншу; з'являтися за викликом суду; здійснювати повний і правильний переклад; посвідчувати правильність перекладу своїм підписом у процесуальних документах, що вручаються сторонам у перекладі їх рідною мовою або мовою, якою вони володіють;

- відповідальність перекладача: за завідомо неправильний переклад або відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків перекладач несе кримінальну відповідальність, а за невиконання інших обов'язків – відповідальність, установлену законом.

У ст. 86 ЦПК України (назва – «Витрати, пов'язані із залученням свідків, спеціалістів, перекладачів та проведен-

ням судових експертиз») законодавець детально виокремлює перелік витрат, пов'язаних із залученням перекладача та проведення судової експертизи (у нашому випадку – лінгвістичної). Наприклад, у ч. 1 ст. 86 зазначено, що перекладач має право на компенсацію витрат, пов'язаних із переїздом до іншого населеного пункту, винайомом ними житла, а також проведенням судових експертиз (у нашому випадку – лінгвістичних). Ці витрати відшкодовує сторона, яка заявила клопотання про залучення перекладача.

Згідно з ч. 1 ст. 164 цього кодексу (назва – «Роз'яснення перекладачеві його прав та обов'язків. Присяга перекладача»), перекладач зобов'язаний здійснювати правильний переклад і не відмовлятися від виконання покладених на нього обов'язків без поважних причин, а задля уникнення таких обставин – попереджається головою (суддею) про кримінальну відповідальність, що оголошується останньому, під розписку. Варто додати, що завідомо неправильний переклад і завідомо неправильний висновок експерта (лінгвіста, уточнено – Г. Д.) є, згідно з п. 2 ч. 2 ст. 361 ЦПК України (назва – «Підстави перегляду»), підставою для перегляду рішення, ухвали суду чи судового наказу у зв'язку з нововиявленими обставинами.

Зважаючи на вищевикладене, вважаємо за доцільне доповнити ст. 55 ЦПК України (назва – «Перекладач»), згрупувавши права, обов'язки та відповідальність, що зазначені в різних положеннях указанного кодексу. Розпочнемо з права перекладача, а саме: на заперечення щодо дій головуючого (ч. 3 ст. 160). Щодо обов'язків, то перекладач повинен таке: заявити самовідвід (ч. 1 ст. 23), звертатися до суду словами «Ваша честь» (ч. 1 ст. 161), давати пояснення, показання, висновки, консультації тощо стоячи (ч. 1 ст. 162), зачитати текст присяги: «Я, (прізвище, ім'я по батькові), присягаю сумлінно виконувати обов'язки перекладача, використовуючи всі свої професійні можливості» (ч. 2 ст. 164), підписати текст присяги (ч. 3 ст. 164). Нарешті, стосовно відповідальності: перекладач несе кримінальну відповідальність за завідомо неправильний переклад та відмову від виконання покладених на нього обов'язків без поважних причин, що оголошується фахівцю під розписку (ч. 1 ст. 164).

Також варто розглянути норми матеріально-процесуального права щодо правового врегулювання повноважень перекладача, наприклад, у Митному кодексі України (далі – МК України) [20]. Згідно з п. 8 ч. 1 ст. 497 МК України (назва – «Особи, які беруть участь у провадженні у справах про порушення митних правил»), у провадженні у справах про порушення митних правил бере участь перекладач. У ст. 503 (назва – «Перекладач») законодавцем зазначені лише обов'язки перекладача, а саме: перекладач зобов'язаний володіти мовою, знання якої необхідне для здійснення перекладу під час провадження у справі про порушення митних правил; перекладач зобов'язаний точно і в повному обсязі здійснювати доручений йому переклад, а в разі необхідності брати участь у проведенні процесуальних дій у справі про порушення митних правил.

Варто зазначити, що в цій статті виокремлено дивне положення, а саме: перекладачем може виступати посадова особа органу доходів і зборів. На нашу думку, це є абсурдним, оскільки така посадова особа може бути зацікавлена в рішенні суду і здійснити переклад на свою користь, а відтак, права підслідного чи підозрюваного – обмежені. У ч. 3 ст. 519 МК України (назва – «Витрати у справі про порушення митних правил») зазначено, що перекладач має право на збереження середнього місячного заробітку за місцем основної роботи. Якщо він не є робітником чи

службовцем, то отримує у зв'язку з викликом грошову компенсацію, яку виплачує орган доходів і зборів.

На нашу думку, зазначене право перекладача в ч. 3 ст. 519 МК України варто додати до ст. 503 МК України (назва – «Перекладач»), де виокремлені обов'язки такого фахівця. Зважаючи на вищезазначене, пропонуємо виписати редакцію названої статті за такими структурними елементами, як право перекладача на збереження середнього місячного заробітку за місцем основної роботи (ч. 3 ст. 519) та обов'язок: володіти мовою, знання якої необхідне для здійснення перекладу під час провадження у справі про порушення митних правил; точно й у повному обсязі здійснювати доручений йому переклад; у разі необхідності брати участь у проведенні процесуальних дій у справі про порушення митних правил.

Варто зауважити, що ні у ст. 503 (назва – «Перекладач»), ні в інших нормах МК України не зазначено про кримінальну відповідальність перекладача за завідомо неправильний переклад та невиконання обов'язків, що врегульовують правовий статус перекладача. Вважаємо за доцільне законодавцю додати до ст. 503 (назва – «Перекладач») пунктом 4 таке: «за завідомо неправильний переклад та відмову від виконання обов'язків без поважних причин перекладач несе кримінальну відповідальність». Також законодавцю варто окреслити у вищезгаданій нормі, які причини можуть бути поважними для того, щоб перекладач відмовився від виконання покладених на нього обов'язків. На нашу думку, зазначені зміни послуговують повнішому врегулюванню правового статусу перекладача в МК України.

Зупинімося на аналізі правової регламентації повноважень перекладача у Кодексі України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) [21]. У ч. 2 ст. 1853 КУпАП (назва – «Прояв неповаги до суду») передбачена відповідальність за прояв неповаги до суду, що карається накладенням штрафу від двадцяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Водночас у ст. 1854 КУпАП (назва – «Злісне ухилення свідка, потерпілого, експерта, перекладача від явки до органів досудового розслідування чи прокурора») злісне ухилення перекладача, експерта від явки до органів досудового розслідування чи прокурора карається накладенням штрафу від трьох до восьми неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

У ст. 274 цього кодексу (назва – «Перекладач») законодавець окреслив таке: перекладач призначається органом (посадовою особою), у провадженні якого перебуває справа про адміністративне правопорушення; перекладач зобов'язаний з'явитися на виклик органу (посадової особи) і зробити повно й точно доручений йому переклад. Утім, законодавець не виокремив прав, які має перекладач, а лише зазначив певні обов'язки. У свою чергу, у ч. 1 ст. 275 КУпАП (назва – «Відшкодування витрат потерпілим, свідкам, експертам і перекладачам») зазначено, що перекладачі мають право на відшкодування в установленому порядку витрат, яких вони зазнали у зв'язку з явкою в орган (до посадової особи), у провадженні якого перебуває справа про адміністративне правопорушення. У ч. 2 цієї статті виокремлено, що перекладачі мають право на збереження в установленому порядку середнього заробітку за місцем роботи за час їх відсутності у зв'язку з явкою в орган (до посадової особи). Погоджуючись з думкою І. Бережної, переконані, що, незважаючи на законодавчо закріплену можливість участі перекладача в адміністративно-деліктному провадженні, підстави його участі, засади такої участі визнати детально врегульованими не можна, їх слід вважати фрагментарними [22, с. 199].

На думку вченої, відповідний недолік можна усунути шляхом закріплення нової правової норми, де необхідно запропонувати особам, які беруть участь в адміністративно-деліктному провадженні, у разі не володіння мовою, якою ведеться провадження, забезпечити право спілкуватися, виступати й давати пояснення, заявляти клопотання й відводи, подавати скарги рідною мовою, а також користуватися послугами перекладача. Таку норму І. Бережна пропонує закріпити в майбутньому адміністративно-деліктному кодифікованому акті й узгодити її положення із положеннями чинного мовного законодавства [22, с. 199]. Ми повністю погоджуємося з пропозицією вченої й вважаємо за доцільне виокремити законодавцем права у ст. 275 (назва – «Відшкодування витрат потерпілим, свідкам, експертам і перекладачам») додати до ст. 275 (назва – «Перекладач») з метою уніфікації, відповідно, зручного доступу та розуміння правового статусу перекладача.

Варто згадати й Податковий кодекс України (далі – ПК України)[23], у якому наявний лише 1 пункт, де згадується про залучення перекладача. Зокрема, у п. 20.1.17 ст. 20 цього кодексу (назва – «Права контролюючих органів») зазначено, що в разі потреби залучають перекладачів, фахівців (у нашому випадку – лінгвістів) та експертів (у нашому випадку – лінгвістів). Вважаємо, що законодавцю доцільно виписати окремою нормою ПК України порядок залучення, повноваження та відповідальність означених вище учасників. Наступним кодифікованим законом, у якому згадується функція перекладача є Кримінально-виконавчий кодекс України [24], зокрема, у ч. 1 ст. 8 (назва – «Основні права засуджених») виокремлено, що засуджені мають право дати відповідь на звернення рідною мовою, а відповідно, виникає потреба в залученні перекладача органом або установою виконання покарань. Варто зауважити, що подібно ПК України, у Кримінально-виконавчому кодексі України не зазначено функції перекладача й не визначений його правовий статус. На нашу думку, у Кримінально-виконавчому кодексі України варто виділити окрему норму, де окреслити права, обов'язки та відповідальність особи, яка здійснює переклад (перекладач), що буде регламентувати його правовий статус.

**Висновки.** Отже, з проведеного моніторингу процесуального й матеріального права, зокрема низки означених нами в роботі кодифікованих законів, впливає, що законодавець не уніфікував норми, що почасті вміщують права, обов'язки та відповідальність перекладача, експерта (лінгвіста), спеціаліста (лінгвіста) й консультанта (лінгвіста) в єдину правову норму, котра повною мірою визначила б і структурно регламентувала б правовий статус означених нами суб'єктів, діяльність яких пов'язана з перекладом.

#### Список використаної літератури

1. Шемшученко Ю.С. Правовий статус / Ю.С. Шемшученко, Н.М. Пархоменко // Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю.С. Шемшученко (голов. ред.) та ін. ; НАН України. Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. – К., 2003. – Т. 5 : П. – 2003. – 470 с.
2. Шишкін В.І. Суд присяжних / В.І. Шишкін // Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю.С. Шемшученко (голов. ред.) та ін. – К., 2003. – Т. 5 : П–С. – 2003. – С. 689–690.
3. Комаров С.А. Теория государства и права : [учеб.-метод. пособие] / С.А. Комаров, А.В. Малько. – М. : Норма-Инфра-М, 1999. – 448 с.
4. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права і держави : [навч. посіб.] / П.М. Рабінович. – 3-тє вид., змін. і допов. – К. : ІСДО, 1995. – 172 с.

5. Белкин А.А. Понятие и особенности правового статуса органа Советского государственного управления / А.А. Белкин, Л.Ш. Гумерова // Государственное управление и право : история и современность. – Л., 1984. – С. 6–12.
6. Державна служба в Україні : організаційно-правові основи і шляхи розвитку / за заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К. : Ін-Юре, 1999. – 272 с.
7. Петришин О.В. Статус службової особи : природа, структура, спеціалізація / О.В. Петришин. – К. : УНКВО, 1990. – 76 с.
8. Кондратьев А.А. Гарантии охраны трудовых прав рабочих и служащих : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудовое право ; право социального обеспечения» / А.А. Кондратьев. – М., 1985. – 25 с.
9. Юридична енциклопедія. – К. : Вид-во «Українська енциклопедія» ім. М.П. Бажана, 2002. – Т. 4. – 2002. – 348 с.
10. Советский уголовный процесс: Вопросы Общей части / под ред. проф. В.Я. Чеканова. – Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1986. – 192 с.
11. Степанова Т. Правовой статус переводчика в хозяйственном процессе Украины / Т. Степанова // Правова держава. – 2009. – № 11. – С. 50–53.
12. Господарський процесуальний кодекс України. – Суми : Соколик Б.В., 2009. – 68 с.
13. Кримінальний кодекс України від 5 квітня. – К., 2001. – 239 с. – (Кодекси України № 1 / 2001).
14. Кодекс адміністративного судочинства України. – Суми : Соколик Б.В., 2009. – 108 с.
15. Кримінальний процесуальний кодекс України. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України» : чинне законодавство від 19 листопада 2012 р. – К., 2012. – 382 с. – (Кодекси України).
16. Бунова И.И. Критерии, определяющее степень владения участником процесса языком судопроизводства / И.И. Бунова // Российский судья. – 2010. – № 7. – С. 14–17.
17. Стецовский Ю. Принцип национального языка судопроизводства и право обвиняемого на защиту / Ю.И. Стецовский // Советская юстиция. – 1977. – № 14. – С. 21–22.
18. Іванюк І. Проблеми вдосконалення статусу перекладача в контексті протидії зловживання правом у кримінальному процесі України / І. Іванюк // Університетські наукові записки. – 2011. – № 3 (39). – С. 337–346.
19. Цивільний процесуальний кодекс України. – Суми : Соколик Б.В., 2010. – 136 с.
20. Митний кодекс України від 13.03.2012 р. №4495-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.
21. Кодекс України про адміністративні правопорушення : прийнятий 7 грудня 1984 р. : станом на 10 квітня 2002 р. – К., 2002. – 279 с. – (Кодекси України № 4 / 2002).
22. Бережна І. Правова природа та зміст участі перекладача в адміністративно-деліктному провадженні / І. Бережна // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 3. – С. 196–200.
23. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>.
24. Кримінально-виконавчий кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 3–4. – Ст. 21.

УДК 347.965

## МІЖНАРОДНІ ГРОМАДСЬКІ ОБ'ЄДНАННЯ АДВОКАТІВ: ПРАВОВИЙ СТАТУС, ВИДИ, ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ

Сергій ІВАНИЦЬКИЙ,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального процесу  
Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка

### SUMMARY

The article is devoted to the study of organizational and legal aspects of international public bar associations. Analyzed the legal status of leading international and European public bar associations, disclosed the historical features of their occurrence. Carried out scientific classification of international public bar associations, formulated specific recommendations regarding the application in the Ukrainian legislation the positive experience of foreign public institutions. As a result of the research, the author came to the conclusion that the current state of development of international public bar associations characterize divergent trends universalization and differentiation, the most powerful, advanced and effective are integrative associations on the basis of the involvement of lawyers specialized in different fields who can offer a more comprehensive and robust platform for the exchange of ideas and experience, meet a variety of professional needs.

**Key words:** attorney, lawyer, bar, public association, social organization, international public bar association, the law society, the professional association.

### АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена дослідженню організаційних і правових аспектів діяльності міжнародних громадських об'єднань адвокатів. Проаналізовано правовий статус провідних міжнародних і європейських громадських об'єднань адвокатів, розкрито історичні особливості їх виникнення. Здійснена наукова класифікація міжнародних громадських об'єднань адвокатів, сформульовані окремі рекомендації щодо застосування в українському законодавстві позитивного досвіду роботи зарубіжних громадських інститутів. У результаті дослідження автор дійшов висновку про те, що сучасний стан розвитку міжнародних громадських об'єднань адвокатів характеризують різноспрямовані тенденції універсалізації та диференціації, при цьому найбільш потужними, розвиненими й ефективними виявляються інтегративні об'єднання на основі широкого залучення юристів різних спеціалізацій, які можуть запропонувати більш всебічну та міцну платформу для обміну ідеями й досвідом, задоволення різноманітних професійних потреб.

**Ключові слова:** адвокат, юрист, адвокатура, громадське об'єднання, громадська організація, міжнародне громадське об'єднання адвокатів, правове суспільство, професійна асоціація.

**Постановка проблеми.** У складних суспільно-політичних умовах Україна неухильно крокує до імплементації європейських і світових стандартів цивілізаційного розвитку. На цьому шляху важливим є врахування позитивної практики діяльності такого невід'ємного інституту громадянського суспільства, як громадські об'єднання адвокатів. Репрезентуючи інтереси професійної юридичної спільноти, зазначеними організаціями на національному та міжнародному рівнях накопичено цінний досвід вирішення нагальних проблем адвокатської професії, який, безумовно, має бути використаний у процесі реформування української адвокатури. Водночас розробка заходів щодо вдосконалення законодавства про адвокатуру та практики його застосування нерідко відбувається «у відриві» від апробованих тривалим застосуванням прогресивних напрацювань закордонної юридичної громадськості.

**Стан дослідження.** Окремі питання організації та діяльності міжнародних громадських об'єднань адвокатів були предметом наукового аналізу у працях Т.В. Варфоломеевої, І.Ю. Гловацького, С.О. Деханова, О.Л. Жуковської, В.О. Попелюшка, О.В. Синьоокого, М.В. Руденка, О.Д. Святоцького, С.Я. Фурси, О.Г. Яновської та інших учених, проте слід зазначити, що їх переважна частина досліджувалася у зв'язку з вирішенням більш широких проблем або під кутом зору окремих аспектів. Спеціальні монографічні роботи з указаної теми відсутні.

**Метою статті** є науковий аналіз правового статусу й тенденцій розвитку міжнародних громадських об'єднань адвокатів, здійснення їх наукової класифікації.

**Виклад основного матеріалу.** У сучасному світі функціонує досить велика кількість міжнародних громадських об'єднань адвокатів, зокрема й маловідомих, наприклад, Європейська асоціація корпоративних юристів (The European Company Lawyers Association), Міжнародна федерація жінок-юристів (International Federation of Women Lawyers), Інтер-Тихоокеанська асоціація юристів (Inter-Pacific Bar Association) тощо, при цьому ми вбачаємо за доцільне дослідити діяльність тих із них, що є провідними на міжнародному та європейському рівнях.

Міжнародний союз юристів (Union Internationale des Avocats – UIA) був заснований 8 липня 1927 року й на сьогодні налічує більше ніж 2 тис. індивідуальних членів та 200 професійних організацій адвокатів юристів з більше ніж 110 країн світу. Центральний офіс Союзу розташований у м. Парижі (France, Paris, 25 rue du Jour, tel : +33 1 44 88 55 66, <http://www.uianet.org>).

Статтею 5 Статуту UIA визначено п'ять категорій членства – індивідуальне, колективне, почесне, а також асоційоване індивідуальне або колективне членство [1]. На правах асоційованих індивідуальних членів до складу організації можуть входити викладачі права, судді, студенти-юристи та ін.

Вищим представницьким органом Союзу є Генеральна Асамблея. Керівні й виконавчі функції реалізують Рада керуючих та Виконавчий комітет. Цікавим є п. 19.3 Статуту, де, посилаючись на необхідність забезпечення універсального характеру діяльності організації, зазначається про до-

цільність обрання минулого, чинного та майбутнього президентів США з різних країн.

Міжнародна асоціація юристів (International Bar Association – IBA) утворена 17 лютого 1947 року й на сьогодні посідає лідируючі позиції у світі, налічуючи у своїх лавах більше ніж 55 000 індивідуальних членів і 206 професійних асоціацій адвокатів та правових товариств з усіх континентів. Штаб-квартира асоціації розташована в м. Лондоні (United Kingdom, London, 10 St Bride Street, 4th Floor, tel: +44 (0)20 7842 0090, <http://www.ibanet.org>).

IBA позиціонує себе як «глобальний голос правової професії», визначаючи серед основних завдань установлення й підтримання зв'язків між професійними організаціями адвокатів і правовими товариствами та їх членами в усьому світі; надання допомоги цим асоціаціям й товариствам, а також представникам юридичної професії в усьому світі щодо розвитку та удосконалення професійної організації і статусу; здійснення допомоги представникам юридичної професії з усього світу в галузі юридичної освіти, а також на шляху розвитку й удосконалення правових послуг, що надаються ними населенню; просування юридичної науки на всіх етапах тощо.

Статут асоціації надає можливість брати участь у її роботі через індивідуальне членство (individual member), як організації з повноправним членством (full member organisation) або організації з підтримуючим членством (sustaining member organisation) [2, с. 3].

Вищим керівним органом IBA є Рада асоціації, до складу якої входять представники від організацій-членів, Правління (президент, віце-президент, секретар, скарбник, голова й віце-голова LPD, голова й секретар-скарбник SPPi та ін.), почесний президент тощо. Поточне керівництво діяльністю асоціації здійснює Правління. Діяльність індивідуальних членів організовується і спрямовується через два підрозділи – відділення публічних та професійних інтересів (Public and Professional Interest Division – PPID) і відділення юридичної практики (Legal Practice Division – LPD).

При Міжнародній асоціації юристів діють Інститут з прав людини (Human Rights Institute), Міжнародний консорціум правової допомоги (International Legal Assistance Consortium), Південноафриканський правовий центр здоров'я (Southern Africa Law Center for Health) та інші.

Рациональним є підхід асоціації щодо делегування юристами-керівниками частини функцій з адміністрування професійним управлінням (виконавчий директор), а також залучення інвестиційних менеджерів для зваженого та прибуткового інвестування коштів асоціації в ті чи інші активи (п. п. 4.2.12, 5.3.4 Статуту).

Американська асоціація юристів (American Bar Association – ABA) була заснована у м. Саратога-Спрингс 21 серпня 1878 року «сімдесятьма п'ятьма джентльменами» з двадцяти штатів та округу Колумбія. Основний офіс асоціації розташований у м. Чикаго (USA, Chicago, 321 North Clark Street, tel. 312-988-5000, <http://www.americanbar.org>).

ABA є однією з найбільш великих і потужних громадських правових організацій у світі, до складу якої входять 400 000 членів та більше ніж 3 500 організацій. Поряд з адвокатами індивідуальними членами асоціації можуть бути юристи, які обіймають штатні посади в державних установах, викладачі права, судді, студенти-юристи та ін. Афілійованими членами ABA є Американська асоціація імміграційних адвокатів (American Immigration Lawyers Association), Національна асоціація генеральних прокурорів (National Association of Attorneys General), Американ-

ське товариство судоустрою (American Judicature Society), Американська асоціація правових шкіл (Association of American Law Schools), Національна асоціація жінок-юристів (National Association of Women Lawyers), Національна асоціація ЛГБТ-юристів (National LGBT Bar Association) та ін. Для кожної з цих категорій, у тому числі іноземних членів асоціації, встановлена гнучка диференційована система оплати членських внесків.

Метою ABA є відстоювання й захист Конституції США; просунення юридичної науки; сприяння належному здійсненню правосуддя, забезпеченню одноманітності законодавства та судових рішень; підтримання професійної честі юриста; застосування професійних знань і досвіду для досягнення суспільного блага; стимулювання гарних людських взаємин між членами ABA; узгодження й підтримка діяльності правових організацій у країні згідно з указаними цілями та в інтересах професії і громадськості [3, с. 1]. З метою досягнення поставленої мети Асоціація здійснює широку різнопланову діяльність у сфері громадського і правового життя країни, наприклад, розробляє законопроекти, відіграє провідну роль в акредитації американських правових шкіл тощо.

Найвищим представницьким органом Асоціації, що вирішує ключові питання її діяльності, є Палата делегатів (House of Delegates). Керівні функції реалізує Правління (Board of Governors), до складу якого екс-офісіо входять президенти минулого, поточного та наступного років, голова Палати делегатів, секретар і скарбник (ще кілька десятків осіб включаються до цього органу за результатами виборів). Основний обсяг роботи здійснюється в секціях, відділеннях, комітетах і комісіях Асоціації. Так, наприклад, активною функціонує двадцять одна секція (сімейного права, кримінального судочинства, міжнародного права, медичного права тощо).

При ABA функціонують Фонд юстиції та освіти (Fund for Justice and Education), Американський благодійний правовий фонд (American Bar Endowment), Американська правова фундація (American Bar Foundation).

Потребує на використання в українських умовах позитивний досвід організаційної побудови асоціації, Статут якої передбачає функціонування постійного комітету із захисту прав клієнта (ст. 31.7), котрий, серед іншого, покликаний сприяти розширенню застосування медіації при вирішенні спорів між клієнтом і адвокатом, розвитку й удосконаленню програм клієнтського захисту, зокрема, механізмів компенсації фінансових утрат від привласнення адвокатом коштів клієнта тощо.

Міжнародна асоціація молодих юристів (Association Internationale des Jeunes Avocats – AIJA) була утворена 1 липня 1962 року. Офіс асоціації розташований у м. Брюсселі (Belgium, Brussels, Avenue Louis Lepoutre 59/20, tel: + 32 2 347 33 34, <http://www.aija.org>). Ст. 7 Статуту AIJA до категорії молодих юристів зараховано осіб у віці до 45 років.

Асоціація складається з індивідуальних, колективних і додаткових членів. Органами AIJA є Бюро, Виконавчий комітет, Генеральна Асамблея.

Подібно до деяких інших організацій такого профілю, Статут Міжнародної асоціації молодих юристів містить вимогу належності президента й першого віце-президента до різних національностей (ст. 13), а також заборону брати участь в голосуванні для осіб, які не сплатили членських внесків (ст. 12).

Міжнародний Союз (Співдружність) адвокатів (International Union (Commonwealth) of advocates) був утво-

рений 21 травня 1992 року в результаті реорганізації Спілки адвокатів СРСР за участі адвокатів держав – колишніх союзних республік. МС(С)А розміщується в м. Москві (Росія, м. Москва, вул. Покровка, б. 1/13/6, буд. 2, тел. (495)628-34-26, <http://www.mcca.su>).

До основних цілей Союзу належать сприяння зміцненню співпраці, солідарності й взаємодопомоги адвокатів і адвокатських громадських організацій країн СНД та інших держав; розширення їх міжнародних, професійних і культурних зв'язків; пропаганда визнаних світовим співтовариством принципів і стандартів адвокатської майстерності, моральних засад адвокатської діяльності й гарантій незалежності адвокатів; сприяння підвищенню правової культури населення; захист прав і свобод, честі та гідності членів організації [ 4].

Членами Союзу можуть бути адвокати будь-якої держави, а також спілки, асоціації й інші громадські об'єднання адвокатів, які є юридичними особами та добровільно виявили бажання вступити до організації. Окрім адвокатів, до Союзу можуть бути прийняті вчені, юристи, громадські діячі та юридичні особи – громадські об'єднання, які активно сприяють реалізації його цілей і завдань.

Діяльність МС(С)А здійснюється переважно на території РФ, Республіки Білорусь, Республіки Грузія, Республіки Казахстан та України.

Вищим керівним органом Союзу є Асамблея, яка збирається раз на чотири роки, здійснюючи обрання Президії, Правління та Ревізійної комісії, а також реалізуючи інші повноваження.

Правління МС(С)А є її виконавчим органом, що заслуховує звіти Президента про роботу Президії, затверджує кошторис доходів і витрат, визначає структуру, штати, розмір і систему оплати праці працівників організації, затверджує керівників постійно діючих комітетів, комісій та інших органів

Президія є постійно діючим керівним органом МС(С)А, який здійснює права юридичної особи від імені організації та в період між засіданнями Асамблеї її повноваження, що не належать до виключної компетенції Асамблеї.

Досить своєрідним є підхід МС(С)А до визначення кількісного складу вищого керівництва, адже Союз має 1 президента, 4 перших віце-президентів, 32 віце-президенти (без урахування почесних віце-президентів), 30 членів Правління.

Рада адвокатів і правових товариств Європи (Council of Bars and Law Societies of Europe – ССВЕ) була заснована у 1960 році. Ідея створення Ради вперше була оприлюднена й підтримана пасажирями, що перебували на борту човна, який прямував до Базеля (Швейцарія) під час конгресу іншої міжнародної організації – Union Internationale des Avocats (UIA). На той час чимало європейських юристів побоювалися за власну незалежність і потребували якісно нового представництва власних інтересів перед створеним на підставі Римського договору (1957 р.) Європейським Економічним Співтовариством.

На сьогодні ССВЕ репрезентує адвокатури і правові товариства 32 країн-членів (full members), 3 держав асоційованих членів (associate members) та 10 країн членів-спостерігачів (observer members), виражаючи через них інтереси більше ніж 1 мільйон європейських юристів. Штаб-квартира організації розташована у м. Брюсселі (Belgium, Brussels, Rue Joseph II, 40/8, tel. +32 (0)22346510, <http://www.ccbe.eu>). Спілка адвокатів України є членом-спостерігачем ССВЕ.

Завданнями ССВЕ є представництво адвокатур і правових товариств, незалежно від того, чи є вони дійсними, асоційованими або членами-спостерігачами, з усіх питань, які становлять взаємний інтерес та стосуються здійснення професії юриста, розвитку права і практики, впливаючи на законність, відправлення правосуддя та істотні зміни до самого закону як на європейському, так і на міжнародному рівнях; здійснення функцій консультативного та посередницького органу між членами організації, а також між членами й інституціями Європейського Союзу і Європейської Економічної Зони з усіх транскордонних питань, що становлять взаємну зацікавленість; активний моніторинг стану захисту правопорядку, основних прав і свобод людини, у тому числі права на доступ до правосуддя та захист клієнта, а також захист демократичних цінностей, що нерозривно пов'язані з цими правами.

Основними органами ССВЕ є Генеральна асамблея (General assembly), Постійний Комітет (Standing Committee), Президія (Presidency), Комітети (Committee) та робочі групи (working groups).

Генеральна асамблея, що також відома під назвою «Пленарне засідання» (Plenary Session) складається з дійсних членів, які присутні на засіданні й згруповані як національні делегації. До виключних повноважень цього органу належать затвердження бюджету і звітності, унесення змін до Статуту, щорічне обрання президента й віце-президентів, установлення розміру членських внесків (підписки), прийом (виключення) дійсних і асоційованих членів, а також членів-спостерігачів, обрання голови і членів фінансового комітету тощо [5, с. 4].

Статут ССВЕ допускає можливість призупинення реалізації права голосування у випадку несплати членських внесків (розділ VIII).

Європейська федерація адвокатур (Fédération des Barreaux d'Europe – FBE) була заснована 23 травня 1992 року в м. Барселоні, виступивши правонаступником Конференції провідних адвокатур Європи (Conférence des Grands Barreaux d'Europe). Штаб-квартира федерації розташована у м. Страсбурзі (France, Strasbourg, 3 Quai Jacques Sturm, tel: +33388371266, <http://www.fbe.org>). Незважаючи на використання в назві організації терміна «адвокатура», членство в FBE відкрите для всіх національних та регіональних адвокатур і правових товариств, що зареєстровані в державах-членах Ради Європи. На сьогодні FBE має 250 членів, котрі репрезентують близько 800 000 юристів. Якщо потенційний учасник походить з держави, що не є членом Ради Європи, залучення його до роботи організації можливе в статусі спостерігача за умови визнання принципів діяльності Європейської федерації адвокатур.

Двічі на рік в одному з європейських міст FBE проводяться правові конгреси з метою обговорення та вирішення нагальних юридичних проблем і обміну досвідом.

Органами FBE є Генеральна асамблея й Президія, експертно-аналітичну допомогу надає Консультативна рада.

У розділі VII Статуту окремо зроблено акцент на тому, що Президія (складається з Президента та кількох віце-президентів, генерального секретаря, скарбника) і склад комісій FBE мають формуватися не тільки на підставі індивідуальних знань осіб, а й урахуванням справедливого культурного і географічного балансу (розподілу).

Аналізуючи термінологічні підходи зарубіжного правового співтовариства до застосування дефініцій «адвокат», «адвокатура» (bar) і похідних від них у назвах відповідних громадських об'єднань, слід констатувати, що в постра-

дяньському, європейському та світовому просторі існування міжнародних громадських об'єднань із членством у них виключно адвокатів є рідким явищем; більшість об'єднань, що динамічно розвиваються, залучають до своєї роботи широкий перелік юристів інших категорій.

**Висновки.** Отже, узагальнення правової основи і практики діяльності міжнародних громадських об'єднань адвокатів дає змогу здійснити їх наукову класифікацію відповідно до таких найбільш значущих критеріїв:

– за суб'єктами, які залучаються до членства в організації, – суто адвокатські (членами можуть бути виключно адвокати) та правові об'єднання, що залучають до своєї роботи широкий спектр юридичних професій (поряд із адвокатами членами можуть бути юрисконсультанти, судді, викладачі права тощо);

– за предметно-функціональною спрямованістю діяльності – універсальні та спеціалізовані;

– за ступенем активності виконання статутних завдань – громадські об'єднання з високою, середньою та низькою активністю, а також ті, що діяльності не ведуть, існуючи тільки «на папері»;

– за обсягом території, на яку поширюється діяльність, – глобальні й регіональні (європейські, африканські тощо).

Отже, стан розвитку міжнародних громадських об'єд-

нань адвокатів характеризують різноспрямовані тенденції універсалізації та диференціації, при цьому найбільш потужними, розвинутими й ефективними виявляються інтегративні об'єднання на основі широкого залучення юристів різних спеціалізацій, які можуть запропонувати більш всебічну й міцну платформу для обміну ідей та досвідом, задоволення різнопланових професійних потреб.

#### Список використаної літератури

1. Statutes of the de l'Union Internationale des Avocats [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.uianet.org/en/content/statuts-et-règlementation-en>.

2. Constitution of the International Bar Association. – London : International Bar Association, 2013. – 30 p.

3. Constitution and Bylaws, Rules of procedure of the House of delegates. – Chicago : American Bar Association, 2013. – 76 p.

4. Устав Международного Союза (Содружества) адвокатов : принят постановлением I Ассамблеи Международного Союза (Содружества) адвокатов 21 мая 1992 года [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://mcca.su/key-documents/international-union-lawyers-charter/>.

5. Statutes of the Council of Bars and Law Societies of Europe: adopted at the CCE Plenary Session in Brussels on 29-30 November 2013. – Brussels : CCBE, 2013. – 11 p.

УДК 347.684

## ОСОБЛИВОСТІ ПРОФЕСІЙНОЇ САМОРЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВНИКА У ПРИРОДНО-ПРАВОВОМУ ПРОСТОРИ (СЕНСИБЕЛЬНИЙ ВИМІР)

Альона РОМАНОВА,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теорії та філософії права  
Інституту права та психології Національного університету «Львівська політехніка»

### SUMMARY

The article deals with the professional self-realization of a lawyer in the natural and legal space through the sensible dimension. The lawyer's sensual ability to the realization of the valuable harmonization of the professional activity, as well as the categories: «legal orientation», «valuable and transforming activity», «professional skill» as the determinative factors of the formation of the professional and self-sufficient personality are studied. It is concluded that the professional activity of a lawyer is not only limited to the stereotype and registered content, as it is based on the laws of goodness, justice, understanding the inner essence of a man in the natural and legal space.

**Key words:** self-realization, sensible dimension, lawyer, natural and legal space, positive law, legal values.

### АНОТАЦІЯ

У статті проаналізовано професійну самореалізацію правника в природно-правовому просторі через сенсильний вимір. Досліджується чуттєва здатність правника до усвідомлення ціннісної гармонізації професійної діяльності, а також категорії «правова орієнтація», «ціннісно-перетворювальна діяльність», «професійна майстерність» як визначальні чинники формування професійно-самодостатньої особистості. Зроблено висновок, що професійна діяльність правника не обмежується тільки шаблононо-приписним змістом, оскільки вона ґрунтується на законах добра, справедливості, розуміння внутрішньої сутності людини в природно-правовому просторі.

**Ключові слова:** самореалізація, сенсильний, правник, природно-правовий простір, позитивне право, правові цінності.

**Постановка проблеми.** З огляду на те, що представники юридичної професії в Україні є активними учасниками тих прогресивних перетворень, які відбуваються в державі, питання ціннісно-професійних аспектів їх реалізації в природно-правовому просторі є сьогодні актуальними. Очевидним є факт, що в Україні відчутний дефіцит висококваліфікованого та висококультурного юридичного персоналу, що призводить до руйнації фундаменту результативного та ефективного функціонування юридичної професії, уповільнення впровадження не лише прогресивних реформ, а й ускладнює механізм захисту прав та свобод людини, нівелює довіру населення правникам.

Тому філософсько-правове дослідження чуттєвої здатності до усвідомлення ціннісної гармонізації професійної діяльності правника в природно-правовому просторі є надзвичайно важливим для забезпечення і збереження ідеального виміру людського існування.

**Актуальність теми дослідження** зумовлена необхідністю вдосконалення підходів до особливостей сенсильного виміру самореалізації правника в природно-правовому просторі, що має вагомe значення для його професійного становлення.

Сенсильний вимір реалізації людини в природно-правовому просторі досліджувався такими відомими науковцями, як О. Балинська, О. Гришук, О. Данильян, А. Козловський, С. Максимов, Г. Нестеренко.

Особливості професійної самореалізації і співвідношення ціннісно-перетворювальної та професійної діяльності відображені в працях Т. Гарасиміва, В. Лозового, С. Сливки.

Психологічний підхід до задекларованої проблеми яскраво означений у працях І. Канта, де вказується на психологічну, внутрішню потребу людини до творчого ставлення до праці, що є творчим процесом.

Попри публікації цих і багатьох інших науковців, проблема професійної самореалізації правника в природно-правовому просторі через сенсильний вимір надалі є актуальною. Недостатньо з'ясованими залишаються такі питання, як чуттєва здатність правника до усвідомлення ціннісної гармонізації професійної діяльності.

**Мета статті** – удосконалити розуміння професійної самореалізації правника в природно-правовому просторі через сенсильний вимір, що існує в сучасній українській і закордонній юридичній науці, а також розкрити можливості поповнення філософсько-правових знань через уявлення про ціннісну гармонізацію професійної діяльності.

**Вклад основного матеріалу.** Особливості професійної самореалізації правника в природно-правовому просторі доцільно розглядати через призму сенсильного підходу, що полягає в його чуттєвій здатності до усвідомлення ціннісної гармонізації професійної діяльності.

Щодо самореалізації, то вона проявляється як процеси, у ході яких створюється, підтримується, відтворюється чи вдосконалюється структура особистості і які спрямовані на збереження цілісності останньої. Самореалізація особистості – це породжений фундаментальною потребою особистості процес об'єктивації її сутнісних сил, який відбувається завдяки її власній діяльності і спричинює включення особистості до ієрархічно вищих систем [1].

Важливим є те, щоб процес професійної самореалізації не відбувався з порушенням прав і свобод оточуючих людей, адже дуже часто, через професійну деформацію правники самореалізуються «за рахунок» приниження іншої людини, особливо підлеглих. Такі дії є неприпустимі за нормами позитивного і природного права.

Особливо яскраво це проявляється в ціннісному ставленні правника до своєї праці. Взаємозв'язок ціннісних особливостей особистості і процесу праці, зокрема професійної, ба-



гато в чому зумовлений тим, що сфера праці є визначальною у вихованні почуття прекрасного, формування моральних поглядів та ідеалів. Роль праці (професійної в тому числі) у виробленні в індивіда ціннісних орієнтацій значно підвищується, якщо ця праця одухотворена високими, істинно гуманістичними цінностями. У зв'язку з цим виникає проблема аналізу ціннісних властивостей праці та складного взаємозв'язку між моральним та професійним, який виникає в процесі діяльності. Аксиологічне почуття, покликане сприяти виконанню правником свого професійного обов'язку: робити необхідне для суспільства, що в цілому є одним із шляхів гармонізації праці, яка забезпечує творчу активність людини.

Про працю, зокрема професійну, можна говорити з точки зору особистості, атрибутивних властивостей, якими є професійна майстерність, поклик до тієї чи іншої сфери діяльності, оскільки саме в професійній досконалості міститься джерело прояву ціннісних переживань особистості. Таке відношення яскраво проявляється у свідомому дотриманні основних принципів професійної діяльності правників, які є безсумнівною позитивною цінністю і мають морально-духовний потенціал [2, с. 42].

Гуманізм правничої професії і людинолюбство в професійній діяльності формуються на основі дотримання таких принципів, як служіння народу України, верховенство права, незалежність і підпорядкування нормам закону і природного права, демократизм і гуманізм, пріоритет прав і основних свобод людини і громадянина, професіоналізм, компетентність і відданість справі, чесність, порядність, тактовність, додержання присяги тощо.

Варто зазначити, що в професійній самореалізації важливу роль відіграє тактовність щодо власного оточення, адже, це визначальний принцип високого морального рівня виконання професійних обов'язків. Тактовність означає нездатність на молекулярному рівні до безчесного, низького вчинку. Вона, зазвичай, проявляється в способах та прийомах, які правник використовує під час своєї діяльності. Для досягнення своєї професійної мети правник повинен користуватися способами та прийомами які не суперечать нормам моралі та відповідають усім прийнятним правилам поведінки. На жаль, ці аспекти неможливо закріпити на законодавчому рівні.

Спробуємо виділити основні параметри «гармонізації» юридичної діяльності через конкретного її носія: 1) особливим ціннісним наповненням характеризується ставлення особи до своєї професії – професіоналізмом (любов до професії, поклик, майстерність); 2) захопленість професією і моральне задоволення нею; 3) престиж юридичної професії.

Професіоналізм в юридичній сфері є особливим особистісно-індивідуальним рівнем оволодіння професією, він проявляється в тому, що професія стає способом життя людини, її життєвою потребою. Правник-професіонал – це людина, яка глибоко себе поважає, цінує свою сферу самореалізації і поєднаний із нею спосіб життя (побут, громадські справи, стиль та уклад життя). Професійна майстерність або професіоналізм як особлива кваліфікаційна характеристика працівника поєднує високий професійний рівень, професійну майстерність, гармонійно-збалансоване виконання службових обов'язків через сукупність використаних прийомів і навиків. Професіоналізм як досконале оволодіння професією завжди викликає захват та асоціюється з довершеністю і красою, перекликається із майстерністю, яка трактується креативним показником оволодіння професією. Майстерність кожного правника унікальна і неповторна, як сама особистість правника [3, с. 422]. Але ми повинні враховувати той

факт, що праця професіонала не зводиться лише до того, що помітно сторонньому спостерігачеві; професіонала слід розглядати як складну систему, що має не лише зовнішні функції «віддачі», але і дуже складні внутрішні функції (побудова образу майбутнього результату діяльності, «виношування» шляхів і способів досягнення цього результату діяльності, емоційне перенаштування на роботу, загальне відчуття захищеності тощо). Професіоналізм, майстерність правника є свідченням наявності в нього творчого начала, що має такі ознаки, як неповторність, оригінальність, суспільно-історична унікальність. Важливим аспектом прояву творчості в професійній юридичній діяльності є розвиток морального світу правника, сформованість у нього почуття відповідальності, професійної гордості, обов'язку тощо.

Вкрай необхідно розрізняти поняття «творчість» і «ремесло». Творчість завжди містить опанування ремеслом, яке є своєрідним трампліном для творчості і сприяє накопиченню творчого досвіду. А ремесло є культурою трудових професійних навиків і технічних прийомів та не передбачає «прориву» у творчу сферу.

Зупинимося на точці зору І. Канта, у концепції якого мистецтво рівнозначне творчості. І. Кант вважав, що мистецтвом потрібно назвати творіння лише через свободу. Класик, порівнюючи людську діяльність із мистецтвом, чітко розмежував практичну і теоретичну діяльність, уміння і знання. Людина, яка добре працює за шаблонами і зразками, не здатна створювати витончені мистецькі витвори. І. Кант вважав, що мистецтво відрізняється від ремесла саме тим, що мистецтво (творчість) позбавлене доцільності і приємне саме по собі, тоді як ремесло – це справа, зазвичай, яка приваблює результатом – заробітком [4, с. 238].

Творче ставлення до праці кожного правника і його індивідуальні знахідки створюють особливий стиль у роботі, свій почерк, який важко повторити. Майстерно виконана робота справляє враження, яке захоплює, наповнює радістю серця не тільки виконавців цієї роботи, але і оточуючих, які спостерігають за цією роботою. Така робота захоплює умінням, швидкістю, вправністю: здається, що все робиться саме собою тільки тому, що хтось це уміє робити. Але, так само, як витвір мистецтва шліфується, доопрацьовується, багаторазово вивіряється, так і шлях до майстерності в професійній сфері лежить через роки досвіду, роздумів, пошуків. Майстерність – це різновид творчого виконання професійних обов'язків і, разом з тим, естетична форма предметно-функціональної сторони його (виконання) змісту. Умовами такої праці є узгодженість, досягнення вищої функціональної єдності її предмета, засобів і цілей.

Творчість є потребою в самореалізації людських здібностей і можливостей. Головною ознакою творчого поклику правника є наголошення на ідеї руйнування шаблону, закріплення, схематизму. Справжня творчість завжди проявляється там, «де перейдена межа стандарту, механічності, де розірвані пута звичного, де виникає нестримність людського прагнення до довершеності» [5, с. 73].

Мова йде про гармонію і цінність юридичної діяльності, адже людина за своєю природою є творцем. Проблема творчості має такий суттєвий аспект, як зумовленість творчості тією сферою культури, в якій вона реалізується: наука, мистецтво, техніка, політика, право тощо. А це вимагає прояву своєрідності психології творчості в кожній із них, а також характеру відношень між ними, що сьогодні залишається не дослідженим.

Творчий підхід до своєї професії у правника проявляється через формування та наявності у нього особливих особистіс-

них якостей, які забезпечують йому досягнення в результатах його діяльності довершеності, гармонії. Із особистісних якостей правника, які сприяють розгортанню ціннісно-творчого начала, велику роль відіграють такі, як інтуїція, уява, фантазія тощо. Але особливої уваги потребує така якість як імпрровізація. На думку Б. Руніна, імпрровізація проявляється безпосередньо, нібито «повністю анулює часовий проміжок між задумом та здійсненням» [6, с. 47]. Ця здатність стає можливою лише тоді, як особистість оволодіє всіма таємницями своєї професії, якщо в неї розвинута творча уява, коли вона володіє багатством накопичених вражень, знань і досвіду. З філософської точки зору імпрровізацію можна розглядати як реалізацію інтуїції, яка виникає за сприятливих умов і за наявності в особистості певних здібностей і рис, що формуються на основі досвіду цілеспрямованої діяльності.

Творчий поклик в юридичній професії постає триединою основою аспектів: орієнтаційним, евристично-перетворювальним, належності.

Орієнтаційний аспект виражається в тому, що вибір професії і є можливістю розкрити свої здібності, стати творцем, самореалізуватися. Тому вибір професії правника, зазвичай, пов'язаний із творчим покликом до цієї професії, зумовленим особливим психологічним складом особистості, традиціями і вихованням. Це те, що називається професійним спрямуванням особи, яка розуміється як система прагнень правника щодо застосування всіх своїх сил і здібностей в вибраній юридичній професії. Професійне спрямування характеризується позитивним ставленням до професії правника; оцінкою її як найважливішої і як такої, що відповідає особистим прагненням і бажанням; схваленням її цілей і завдань; потребою присвятити себе їх досягненню і вирішенню, участі у створенні правової держави; установками на використання законних і цивілізованих способів вирішення завдань.

Евристично-перетворювальний аспект юридичної професії полягає в тому, що кожний правник за своїм призначенням і сутністю є творець, який творчо ставиться до світу, а творчість – це «діяльність, яка здатна породжувати щось яксно нове, те, чого раніше не було» [7, с. 642].

Належність – це внутрішня потреба реалізації особистісного потенціалу в юридичній діяльності, міра розкриття творчого поклику правника, що визначається ступенем реальної гуманності суспільства.

Розглянемо ще один момент, який характеризує особливості професійної самореалізації правника в природно-правовому просторі – престижність. Престижність як цінність юридичної професії нерозривно пов'язана з моральним способом її прояву, який репрезентується двояко: у соціально-економічному та ідеологічному контекстах. Престижність юридичної професії проявляється в почуттях першочерговості, гордості за свою працю та успіхи, досягнуті в ній. Доволі значну роль тут відіграють цінності юридичної професії та її соціальна значущість, яка походить із основних соціальних завдань, що стоять перед правниками. Всією своєю поведінкою правники мають стверджувати повагу до правничої професії, сприяти зростанню її престижу та ролі в державотворенні і громадському житті. Такого підходу необхідно дотримуватися у всіх сферах діяльності правників: професійній, науковій, громадській, публіцистичній та інших. Постійне самовдосконалення, підвищення освітнього рівня і кваліфікації є моральним обов'язком кожного правника.

Однією із важливих змістовних передумов професійної самореалізації є «зрощення» людини зі своєю професійною здатністю, яка супроводжується творчим настроєм. В особистому житті правники своєю поведінкою стверджують

загальнолюдські моральні цінності, принципи християнської моралі, узвичаєні етичні настанови інших релігійних конфесій.

Є всі підстави стверджувати, що правник, який відзначається високим рівнем ціннісного прояву самореалізації, є справжнім фахівцем, людиною духовно багатою, а саме такі правники сьогодні і потрібні, адже в нашій державі відбувається важливий процес побудови цивілізованого суспільства. Необхідно зазначити, що однією з найскладніших і дискусійних проблем є проблема співвідношення ціннісно-перетворювальної і професійної діяльності. Погляди на неї, дослідників можна умовно згрупувати. Прихильники першої точки зору стверджують, що ціннісно-перетворювальна та професійна діяльність у праві повністю співпадають [8, с. 100]. Хоча з цим можна не погодитися. Адже не кожен результат ціннісно-перетворювальної діяльності містить професійну інформацію, але обов'язково містить природну концепцію світобудови, що закріплюється в першооснові побудови правової системи, підкреслюючи зв'язок, але не абсолютну ідентичність.

Прихильники другої точки зору вважають, що ціннісно-перетворювальний момент правотворчої діяльності і безпосередньо професійна діяльність – це різні аспекти, які не можуть ні співпадати, ні об'єднуватися, а лише існують паралельно [8, с. 101]. Звичайно, у деяких моментах ця теорія може претендувати на правильність, але і в історичній, і в повсякденній практиці ціннісно-перетворювальна діяльність втілюється в професійну, утворюючи тим самим найдосконаліші форми і результати правотворчої діяльності, що несуть у своїй сутності закони гармонії, природного права, вдосконалюючи систему позитивного права.

Існує і третя точка зору, сутність якої полягає в тому, що ціннісно-перетворювальна діяльність значно ширша за професійно-правову, тому що її результатом стають не лише певні норми, догми, правові приписи, але й неписані закони суспільного ладу, норми моралі, які накладаються на професійну діяльність і практику [8, с. 101].

Однак, на нашу думку, професійна діяльність не обмежується тільки шаблоно-приписним змістом, оскільки вона ґрунтується на законах добра, справедливості, розуміння внутрішньої сутності людини, на пошуку позитивних якостей, навіть у негативних проявах людської поведінки, на розумінні найзапекліших злочинців і пошуку в їхніх душах моменту людяності, на вираженні так званого професійного імунітету, який би не давав власній внутрішній культурі, переконанням правника зменшитися, притупитися внаслідок спілкування з певним контингентом правопорушників.

Складовою частиною професійної самореалізації правника в природно-правовому просторі є культура спілкування, яка органічно поєднує моральні та ціннісні начала, добро і красу. Прийнято розрізняти пряме спілкування, яке здійснюється шляхом безпосередніх контактів, і спілкування опосередковане, відділене від особистості просторово-часовою дистанцією [9, с. 64]. Опосередковане спілкування переважно має односторонній характер, виходить за межі безпосереднього оточення індивіда і включає спеціальні засоби комунікації.

Набагато сильнішим у ціннісно-перетворювальному зрізі є пряме спілкування, що має сильний вплив на особистість, формування її потреб, її емоційний світ. Ціннісні аспекти прямого спілкування засвоюються впродовж всього життя. Зупинимося детальніше на питаннях ціннісних аспектів спілкування в юридичній діяльності. Гармонійне спілкування правника неможливе без високого рівня куль-

тури мислення, що проявляється у вмінні пізнавати суттєві зв'язки і відношення об'єктивного світу, мислити творчо в процесі постановки і вирішення практичних і теоретичних проблем.

У процесі спілкування в змістовному аспекті мови правника виражається його внутрішній світ. Більше того, сам внутрішній світ особистості формується, складається саме в процесі спілкування і завдяки йому. У тій чи іншій формі внутрішній світ особистості включений у будь-який вид спілкування [10, с. 242]. В особистісному спілкуванні правника, яке зазвичай є умовою виконання професійної діяльності, передача інформації не є першочерговим чинником, таким провідним об'єктом є зовнішній щодо людини світ і події цього світу. Вони включені в особистісне спілкування настільки, наскільки у зв'язку з ними, їх оцінкою, осмисленням, переживанням реально проявляється особистість тих, хто спілкується, тобто настільки, наскільки зовнішні події стають змістом внутрішнього світу партнерів і можуть бути презентовані як такі в спілкуванні [10, с. 245].

Якщо говорити про ціннісно-перетворювальний характер процесу спілкування правників, то слід мати на увазі, що спілкування, засноване на використанні зовнішніх ознак, що не спираються на духовну спільність, не вимагають у процесі спілкування розкриття внутрішнього світу, виключає глибокі почуття, індивідуально-особистісне спілкування [10, с. 95].

Одна з головних функцій спілкування – ціннісно-орієнтує. Необхідно підкреслити, що на сьогодні людство у межах численних культур та субкультур відпрацювало множинність систем ціннісних орієнтацій. Зрозуміло, що не кожна з них може претендувати на визнання її загальнолюдською. На шляху знайомства з цими системами людина перш за все отримує інформацію щодо інших культур, інших цінностей. Спілкування, базуючись на обміні інформацією, виконує інформативну функцію.

Цей процес ми також можемо назвати нескінченним і багатоспрямованим. У контексті цього процесу людина не тільки набуває знань, практичних умінь, а й формує свій власний духовний світ, свої власні ціннісні орієнтації. Осягнення власного кола цінностей, формування власної ціннісної свідомості стає однією з основ особистісного світовідчуття та світогляду. Разом із тим, безумовну значущість у формуванні ціннісних властивостей світогляду особистості має виховний вплив конкретного соціуму, конкретної історично-культурної доби, який реалізується саме через спілкування [11, с. 23]. Виховна функція спілкування спрямована на формування людини не тільки як представника певної спільноти, а й як унікальної особистості, яка в царині спілкування максимально повно реалізує себе

Спілкування, яке пов'язане зі справою, виконанням професійних обов'язків, вирішенням трудових, службових завдань, називається діловим спілкуванням. Звичайно, особливості ділового спілкування людина пізнає в процесі професійної реалізації, але рівень такого спілкування залежить від загального рівня культури спілкування людини, що виробляється завдяки впливу сім'ї, школи, суспільного оточення.

Більшу частину свого життя люди працюють, задовольняючи тим самим перш за все свої матеріальні і фізіологічні потреби. При цьому професійна діяльність є сферою самореалізації і самовдосконалення людини. Постає питання, що ж тоді є «саморозвиток»? За твердженням В. Лозового, це низка пов'язаних одна з одною подій, зумовлених внутрішньо притаманною недетермінованою нескінченністю здатністю так змінювати свій стан на інший, що кожен наступний стан

відповідає більш повному, досконалому, багатшому буттю [11, с. 97]. Тоді «саморозвиток особистості» – це низка пов'язаних одна з одною подій, зумовлених спрямуванням внутрішньо притаманної особистості свободи, яка об'єктивно забезпечує таку зміну станів особистості, що кожен наступний стан відповідає більш повному, багатшому, досконалішому буттю [11, с. 99].

Виконання юристом робочих справ завжди пов'язане з необхідністю взаємодії з іншими людьми, тобто з установленням і розвитком контактів, побудовою стосунків, обміном інформацією тощо. Іншими словами, трудова діяльність обов'язково передбачає спілкування, рівень і якість якого значно впливає на вирішення (а часто і вирішує справи), а також приносить задоволення своєю працею.

Під час цього інформативного «збагачення» особистість кожного разу складає оцінку інших ціннісних орієнтацій, долучає інформацію й уявлення про інші цінності до свого духовного світу або відкидає. Саме в цьому процесі залучення – відторгнення цінностей і відбувається становлення особистості. Тому спілкування виконує й людинотворчу функцію [9, с. 86].

**Висновки.** Виконання правником професійних справ завжди пов'язане з необхідністю взаємодії з іншими людьми, тобто з установленням і розвитком контактів, побудовою стосунків, обміном інформацією тощо. Іншими словами, трудова діяльність обов'язково передбачає спілкування, рівень і якість якого значно впливає на вирішення, а часто і вирішує справи, а також приносить задоволення своєю працею. Під час цього інформативного «збагачення» особистість кожного разу складає оцінку інших ціннісних орієнтацій, долучає інформацію й уявлення про інші цінності до свого духовного світу або відкидає. Саме в цьому процесі залучення – відторгнення цінностей – і відбувається становлення особистості.

#### Список використаної літератури

1. Нестеренко Г.О. Особистість у нелінійному суспільстві : [монографія] / Г.О. Нестеренко. – Запоріжжя : Просвіта, 2004. – 140 с.
2. Гребеньков Г., Фіолевський Д. Юридична етика / Г. Гребеньков, Д. Фіолевський. – К. : Алерта, 2004. – 209 с.
3. Климов Е. Психология профессионального самоопределения / Е. Климов – Ростов-на-Дону : Феникс, 1996. – 512 с.
4. Кант И. Основы метафизики нравственности. Критика практического разума. Метафизика нравов / И. Кант. – СПб. : «Наука», 1995. – 528 с.
5. Кудін В. Естетика і творчість / В. Кудін. – К. : Мистецтво, 1973. – 154 с.
6. Рунин Б. О психологии импровизации // Психология процессов художественного творчества. – Л. : Сфера, 1980. – С. 45–57.
7. Творчество // Философский энциклопедический словарь. – М. : Вестник, 1979. – 845 с.
8. Колесніков М. Естетика / [М. Колесніков, О. Колеснікова, В. Лозовой та ін.] ; за ред. В.Лозового. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – 208 с.
9. Балинська О.М. Правова комунікація: вербально-біхевіористський підхід : [монографія] / О.М. Балинська. – Львів : ПАІС, 2008. – 211 с.
10. Профессиональная этика сотрудников правоохранительных органов / под ред. А. Опалева, Г. Дубова. – М. : ЮРИЗДАТ, 1997. – 327 с.
11. Лозовой В., Уманець О., Ценко М. Культура особистості та етикет у діловому спілкуванні : [навч. посібник] / В. Лозовой, О. Уманець, М. Ценко. – Х. : Регіон-інформ, 2006. – 140 с.

УДК 342.95

## ПРАВОВИЙ РОЗВИТОК НАУКИ В УКРАЇНІ В СИСТЕМІ ІНТЕГРАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ

**Вікторія САВЩЕНКО,**

кандидат педагогічних наук, доцент, декан юридичного факультету  
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

### SUMMARY

The article deals with the research of the legal development of science in Ukraine in the system of integration process. Including the existing problems in the field of science the author has suggested main ways to solve them, and examined perspectives of the development of science of Ukraine in the system integration process. She has determined the basis of the model of legal development of science in Ukraine, and established the relationship between its structural elements.

**Key words:** legal development, integration processes, science.

### АНОТАЦІЯ

Статтю присвячено дослідженню правового розвитку науки в Україні в системі інтеграційних процесів. З огляду на наявні проблеми у сфері науки запропоновані головні способи їх вирішення, розглянуто перспективи розвитку науки України в системі інтеграційних процесів. Визначено основу моделі правового розвитку науки в Україні, встановлено зв'язки між її структурними елементами.

**Ключові слова:** правовий розвиток, інтеграційні процеси, наука.

**Постановка проблеми.** На цьому етапі розвитку Української нації невід'ємною її рисою є інтеграційні тенденції, що фактично охопили кожну сферу життя. Сучасні умови обумовлюють спрямованість української політики на світовий ринок і потребу формування науки з урахуванням інтеграційних процесів, щоб наблизити Україну до європейських вимог та стандартів.

Проблема правового розвитку науки в Україні була й залишається однією з найактуальніших проблем теорії і практики державного управління, юриспруденції та педагогіки. При цьому головне протиріччя розвитку науки в Україні полягає в:

– наявності великого потенціалу людського капіталу, достатньої кількості талановитих і обдарованих дітей, молоді та відсутності освітніх, професійних, соціально-економічних умов їх реалізації в Україні;

– невідповідності проголошених законів, концепцій, програм, спрямованих на розвиток науки, їх реальному виконанню;

– затребуваності України в молодих учених та відсутності системного підходу до їх підготовки.

Питання правового розвитку науки в Україні в системі інтеграційних процесів досліджували у своїх працях такі вчені, як В. Вихрущ, В. Локтев, Л. Охріменко, В. Радченко, Д. Серьогіна, Л. Сущенко, Н. Федорова та інші. Критичний аналіз існуючого стану науки в Україні показує, що теоретичні уявлення про її розвиток в умовах євроінтеграції є здебільшого частковими, концептуально не скоординованими, нерідко суперечливими. Втім, удосконалення нормативно-правового поля може стати універсальним фактором, який сприятиме розвитку науки в Україні в системі інтеграційних процесів. Отже, враховуючи реалії сьогодення, існує потреба в більш глибокому дослідженні правового розвитку науки в Україні в системі інтеграційних процесів.

**Мета статті** – висвітлити проблеми існуючого стану науки в Україні, визначити основу моделі правового розвитку науки в Україні, встановити зв'язки між її структурними елементами.

**Виклад основного матеріалу.** Термін «інтеграція» означає процес упорядкування, узгодження та об'єднання частин у ціле, а під словом «інтеграційний» розуміється об'єднувальний [1, с. 508]. Євроінтеграційний вектор розвитку України, обраний українським народом, передбачає обмін корисних здобутків націй та пріоритетне орієнтування науки на європейські стандарти.

Аналіз нормативно-правових актів, історико-педагогічної та юридичної літератури, досліджень вчених дозволяють стверджувати, що сформувалися різні погляди на розвиток науки в Україні в системі інтеграційних процесів. Наприклад, В. Марущак вважає, що в сучасних умовах перед державними інститутами України постало завдання формування ефективної антикризової стратегії, здатної пом'якшити руйнівні впливи глобальної економічної депресії на національну економіку та закласти основи для відновлення економічного зростання. І саме визначальну роль при реалізації цих завдань, на думку вченого, відводиться науці [2, с. 198]. Якщо говорити про стратегію розвитку української науки, то можна побачити, що цьому питанню присвячено чимало досліджень та концепцій. Так, у Проекті Концепції гуманітарного розвитку України на період до 2020 року передбачено такі очікувані результати в напрямі формування суспільства знань: ефективно упроваджувати нові результати наукових досліджень і розробок для інноваційного розвитку всіх галузей економік; забезпечити комплексну реалізацію освітнього й наукового потенціалу провідних національних університетів; забезпечити конкурентоспроможність освіти, науки і технологій [3, с. 29].

В основних завданнях Національної стратегії розвитку освіти в Україні на 2012–2021 роки зазначено, що модернізація і розвиток освіти та науки повинні набути випереджального неперервного характеру, гнучко реагувати на всі процеси, що відбуваються у світі й Україні. Підвищення їх якісного рівня має бути спрямоване на забезпечення економічного зростання країни і вирішення соціальних проблем суспільства, необхідних для подальшого навчання і розвитку особистості [4, с. 10]. Науковець Б. Чумаченко наголошує

на тому, що важливим інструментом реалізації прискореного інноваційного та науково-технічного прогресу та переходу економіки до ефективної інноваційної політики (стратегії) є сучасна інноваційна система. Заради її побудови наука і освіта, а також фінансові і не фінансові корпорації повинні об'єднатися в стратегічний союз нового типу. А враховуючи реалії домінування в Україні політичних інструментів досягнення стратегічних переваг над економічними, на першому етапі системним ядром цього стратегічного союзу, ініціатором має стати саме держава з подальшим делегуванням зазначеної функції науці нового типу [5, с. 92]. Тобто перспективою подальшого розвитку держави є наука, яка і визначатиме пріоритети економічно-соціального та політичного простору.

С. Щерба дотримується позиції, що розвиток науки в значній мірі обумовлений рівнем розвитку економічних факторів та соціально-політичним ладом країни, які визначають її цілі та напрями. У кінцевому рахунку, від них залежить використання наукових досягнень, матеріалізація теоретичних здобутків тощо [6, с. 391]. Також можна виходити з парламентських слухань, на яких розглядалося одне із головних державних питань – «Стратегія інноваційного розвитку України на 2010–2020 рр. в умовах глобалізаційних викликів», де було зазначено, що економічний розвиток пов'язують із здобутками науки та активними інноваційними процесами [7]. Звичайно, економіка та наука впливають один на одного, взаємно визначають один одного і не можуть існувати ізольовано. Наука не потрібна без економіки, а остання, у свою чергу, не може існувати без науки, яка визначає її стратегію, напрями та пріоритети.

У стратегії економічного і соціального розвитку України збереження і розвиток наукового потенціалу було проголошено провідним фактором економічної політики держави. Вирішення цього завдання визначається перш за все фінансуванням наукових досліджень і розробок. Загальний рівень фінансування науки вважається однією з ключових характеристик інноваційності країни, її готовності до побудови суспільства, що базується на знаннях. Саме тому, поставивши перед собою мету побудувати в Європі конкурентоспроможну економіку і суспільство, що базується на знаннях у прийнятій на Лісабонському Саміті у 2000 році стратегії, Європейське Співтовариство визнало необхідним довести витрати та наукові дослідження й розробки до 3% ВВП [8, с. 216]. Аналіз норм законодавства, а саме ст. 34 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність», підкреслює, що держава забезпечує бюджетне фінансування наукової та науково-технічної діяльності (крім видатків на оборону) у розмірі не менше 1,7 відсотка валового внутрішнього продукту України. Отже, необхідно внести зміни в національне законодавство і забезпечити бюджетне фінансування наукової та науково-технічної діяльності в розмірі не менше 2,7 відсотка валового внутрішнього продукту України, підвищити його на 1 відсоток.

Сучасні суспільно-політичні умови, в яких відбувається формування української науки, є досить складними. Україна переживає культурну, політичну та економічну кризи, що зумовлює втрату наукового потенціалу, міграцію висококваліфікованих спеціалістів, відрив науки від виробництва. Оплата праці українських учених замала і не відповідає соціальній значущості професії. Матеріально-технічні умови проведення науково-дослідної роботи також потребують удосконалення. Українська наука потребує негайного й суттєвого втручання держави. Підтримка та урегулювання науково-технічного розвитку покладена на

державну науково-технічну політику, яка, на жаль, є досить недосконалою.

Проблема державного фінансування не є єдиною. Ми погоджуємося з Л. Швайкою, що приклад потрібно брати з розвинутих країн, де діє ринкова модель господарського механізму наукової сфери, яка поєднує в собі інноваційний механізм ринку і регулювання зі сторони корпорацій та держави. Слід зважати на те, що ринковий механізм розвитку наукової діяльності зумовлюють потребу в політичній активізації приватного бізнесу, створення однакових правових умов захисту інтелектуальної власності, господарювання й конкуренції [9, с. 5].

А. Переверзєва зазначає, що основоположну роль у процесі глибокого перерозподілу економічних суб'єктів за видами діяльності, галузями господарства, зміни технологічного способу виробництва, глибокої структурної перебудови, появи принципово нових ринків продуктів і послуг в умовах становлення нової економіки відіграє наука. Роль науки у відтворенні людського капіталу полягає, на думку науковця, у тому, що на основі використання принципів нових наукових принципів, ідей, відкриттів відбувається зміна науково-технічної парадигми розвитку і перехід до нового технологічного укладу. Тим не менш, як вважає вчена, проблемою в сучасному стані в системі євроінтеграції України є те, що немає зв'язків між державою, наукою і бізнесом. А одним із шляхів вирішення бачить у податкових преференціях чи пільгах для бізнесу, який здійснює інвестиції в науку, що могло б врятувати становище і дати поштовх для фінансування досліджень в Україні [10, с. 29]. Доцільно буде навести і думку В. Гриньової, котра вважає, що світовий досвід свідчить про те, що вирішальний внесок у прискорення науково-технічного прогресу роблять невеликі фірми, а їх діяльність спирається на сучасну матеріально-технічну базу, висококваліфіковані наукові та технічні кадри. Невеликі підприємства сприяють розвитку конкуренції у науково-технічній сфері, що скорочує тривалість досліджень і розробок та ціну науково-технічної продукції [11, с. 188]. Цього, на превеликий жаль, не вистачає в сучасних умовах у нашій країні. Недоліком є те, що простежується недооцінка розумових можливостей наших фахівців, нехтування підтримкою наукових кадрів, які б могли давати чудові рекомендації, зокрема для розбудови бізнесу, котрий би приносив користь суспільству.

В. Локтев пропонує звернути увагу на те, що в більшості науково-технічних напрямів, особливо коли йдеться про наукові експерименти фундаментального спрямування або розроблення принципово нових технологій, Україна відстає від розвинутих країн. І щоб вирішити цю проблему, вчений дає пропозицію – звернутися до політики максимальної відкритості у сфері громадянської науки. За приклад приводить Росію, яка запровадила систему так званих мегагрантів (до 5 млн. доларів США). За умовами конкурсу зарубіжні фахівці, здобувачі гранту, погоджуються щороку певний час працювати в Росії і розвивати в її університетах та академічних установах нові напрями, засновувати лабораторії, готувати необхідних фахівців. Також вчений вбачає покращення науки в Україні в системі євроінтеграційних процесів шляхом наступних заходів: 1) збільшення державних витрат на фундаментальну науку; 2) структурні реформи в управлінні науковою сферою; 3) створення умов для залучення в науку приватного капіталу [12, с. 10]. В. Радченко та Д. Серьогіна також наголошують на тому, що фінансування наукових проектів повинно відбуватися через грантову систему. Ідея ефективності грантової підтримки науки заснована на тому,

що отримання гранту – конкурентний процес, а ефективний конкурентний механізм – гарантія успішної еволюції. І, взагалі, автори пропонують, перш за все, змінити відношення до фінансування розвитку науки. Окрім держави, у нових технологіях і фундаментальних дослідженнях зацікавлені виробники, і в цих умовах першорядним завданням для органів місцевого самоврядування є створення можливостей для залучення інвестицій в науку. Вчені також вважають доцільним створити правові можливості для венчурного інвестування в прикладні дослідження і технологічні розробки. Основною проблемою української науки сьогодні, на думку науковців, є те, що її досягнення не переносяться в національну економіку, отже і фінансова ефективність досягнень і відкриттів залишається невисокою, утім це і основна проблема економіки. Ми погоджуємося, зокрема, із зазначеними вченими стосовно того, що не слід забувати і про те, що майбутнє науки сьогодні залежить від рівня освіти, адже будь-який вчений проходить навчання в школі і вищому науковому закладі. Одночасно з цим і повноцінна освіта без розвитку національної науки неможлива. Участь в освітньому процесі вчених, зайнятих фундаментальними дослідженнями, створює умови для виховання дійсно висококласних фахівців. Тому ми підтримуємо авторів щодо того, що важливо розвивати нині в системі інтеграційних процесів науку й освіту у вигляді єдиної системи [13, с. 93].

Сучасний рівень розвитку суспільства і науки обумовив виникнення нової галузі – економіки знань. Вона визнана пріоритетною в багатьох державах світу. Тому в розвинутих країнах обсяги фінансування наукових досліджень і розробок постійно збільшуються. Отже, у сучасну епоху переважає інтенсивний розвиток прикладного знання, який ґрунтується на його технологічному застосуванні.

Звертаючи увагу на зв'язок науки в інтеграційних процесах з технологічним розвитком, слід зазначити, що в Концепції науково-технологічного та інноваційного розвитку України наголошено, що головними цілями у сфері науково-технологічного та інноваційного розвитку України є: 1) підвищення ролі наукових та технологічних факторів у подоланні кризових явищ у соціально-економічному розвитку України та забезпеченні її економічного зростання, утвердженні духовності в суспільстві, вдосконаленні державотворення; 2) створення ефективних механізмів збереження, ефективного використання та розвитку національного науково-технологічного потенціалу; 3) технологічне переобладнання і структурна перебудова виробництва з метою нарощування випуску товарів, конкурентоспроможних на світовому і внутрішньому ринках; 4) збільшення експортного потенціалу за рахунок наукоємких галузей виробництва, зменшення залежності економіки України від імпорту; 5) органічне включення інноваційних факторів до процесу соціально-економічного розвитку держави, збереження довкілля та ефективного використання природних ресурсів, сприяння створенню в економіці достатньої кількості робочих місць, у тому числі для випускників навчальних закладів, фахівців, які внаслідок економічної кризи втратили свої робочі місця у виробництві, науці, освіті тощо, а також для спеціалістів, які звільняються із Збройних Сил; 6) відродження творчої діяльності винахідників і раціоналізаторів виробництва; 7) розвиток людини як особистості, збереження і захист її здоров'я та середовища проживання, створення умов для високопродуктивної, творчої та безпечної праці і сучасного побуту [14].

Розвиток науки в Україні потребує системного підходу, який ґрунтується на концептуальних змінах багатьох сфер

суспільного буття. Перш за все, це сфера освіти, яка продукує майбутніх науковців. Учений формується не за 3–4 роки навчання в аспірантурі, його виховання і розвиток починається з дошкільного віку, у період, коли найбільш активно розвиваються пізнавальні процеси, закладаються основні риси характеру. Вітчизняна система дошкільної освіти потребує термінового вдосконалення, яке повинно торкатися не тільки покращення матеріально-побутових умов, а й забезпечення організації сучасного навчально-виховного процесу. Аналіз кадрового забезпечення дошкільних закладів засвідчує невідповідність вихователів їх фаховій підготовці, більшість з них не мають педагогічної дошкільної освіти. Підготовка дітей від 2 до 7 років має свої особливості і потребує використання відповідних методик, які суттєво відрізняються від роботи з дітьми молодшого шкільного віку. Тому навіть вчитель молодших класів не завжди може опанувати методики роботи з дошкільнятами. Сьогодні педагогічний супровід талановитих і обдарованих дітей у загальноосвітніх навчальних закладах здійснюється хаотично. Як правило, відмінники в навчанні залучаються до олімпіад з різних предметів без урахування індивідуальних інтересів. Таланти і здібності дітей у селах майже ніхто не розкриває і не розвиває. Шкільні вчителі, які займаються науковою роботою з дітьми, здійснюють це на основі професійного ентузіазму та покликання. Сфера позашкільної освіти також перебуває в стані руйнації. А це саме та сфера, де розкриваються таланти і здібності дітей з напрямів, які не охоплює система шкільної освіти. Існуюча система вищої освіти також має недоліки. На законодавчому рівні передбачена організація науково-дослідної роботи зі студентами. Практика засвідчує, що з кожним роком рівень підготовки випускників шкіл знижується. Вища школа отримує першокурсників, які успішно пройшли зовнішнє незалежне оцінювання, але не мають відповідного рівня знань і здібностей для проведення наукової роботи. Тому в аспірантурах починається штучний процес «виросування» за кілька років науковців. Така практика не виправдала себе. Отже, всі рівні системи освіти (дошкільна, загальноосвітня, позашкільна, вища) повинні на законодавчому рівні орієнтовані на створення умов для всебічного розвитку особистості, розкриття здібностей і талантів, виховання моральних і духовно збагачених інтелектуалів – майбутніх учених. Для цього необхідно забезпечити дошкільні заклади фахівцями з відповідною освітою, реанімувати сферу позашкільної освіти, забезпечити системний педагогічний супровід талановитих і обдарованих дітей під час навчання в дошкільних, загальноосвітніх та вищих навчальних закладах, використовуючи сучасні досягнення педагогічної науки.

Оновлення сфери освіти, розвиток економіки знань неможливе без збільшення фінансування. Навчально-виховний процес, орієнтований на виховання інтелектуальної еліти, потребує відкриття спеціалізованих профільних загальноосвітніх закладів, створення в них науково-дослідних лабораторій, забезпечення сучасним приладдям, технікою. Педагогічна праця повинна забезпечувати достойний рівень життєдіяльності вихователів, вчителів, науково-педагогічних працівників. Необхідно на державному рівні закріпити заходи заохочення розвитку науки та стимулювання дослідницької діяльності. Варто прийняти Закон України «Про заохочення до наукової діяльності та винагородження наукових діячів», де би були закріплені щойно згадані положення. Таким чином, держава повинна підняти престиж наукової діяльності, що створило би можливості для талановитої і перспективної молоді. Потрібно вести пропаганду наукової

діяльності, здорового способу розвитку мислення, стимулювати націю до розумової діяльності. Це повинно бути прерогативою в суспільному житті.

Фінансова підтримка науки і освіти з точки зору економіки та педагогіки обґрунтовані, адже результатом роботи учених є наукові відкриття, які забезпечують новий, більш досконалий рівень буття людської цивілізації. Необхідно зазначити, що наукові відкриття є рушійною силою розвитку суспільства, коли вони впроваджені в життя. Тому наступною умовою розвитку науки є її зв'язок з виробництвом, практичним використанням результатів науково-дослідної роботи.

**Висновки.** Реалізація цих пропозицій передусім залежить від політичної волі державних службовців, від їх патріотизму і бажання зробити Україну сильною, інтелектуально розвинутою державою.

Отже, незважаючи на досягнення вітчизняних науковців за минулі роки, перед українською наукою у зв'язку з конкуренцією серед світових держав постає ще більше складних завдань. Нині (в умовах інтеграційних процесів) на національну науку покладається багато надій, адже саме завдяки науково-дослідним роботам і дослідженням вчених можна підвищити економічний та соціально-культурний рівень життя кожного члена суспільства. Україна знаходиться лише на початку шляху до цивілізованої інтеграції у світовий та європейський науково-технологічний простір. Основою моделі правового розвитку науки в Україні можна визначити взаємообумовлені зв'язки між її структурними елементами: державної політики (мета – формування соціально-правової демократичної держави), освіти (мета – підготовка майбутніх учених), науки (мета – науковий прогрес), економіки (мета – економічний прогрес).

Безумовно, наведеним аналізом не може обмежуватися дослідження проблеми розвитку науки в Україні в системі інтеграційних процесів. Наше дослідження має розглядатися як подальший розвиток ідеї розробки моделі правового розвитку науки в Україні на основі поєднання світового та найкращого вітчизняного досвіду підготовки майбутніх науковців, удосконалення законодавства з питань освіти, науки, економіки, політики та державного управління.

#### Список використаної літератури

1. Великий глумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / за ред. В.Т. Бусела. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.

2. Марущак В. Особливості новітніх тенденцій науково-технологічного розвитку в системі антикризових заходів України / В. Марущак // Дослідження міжнародної економіки : збірник наукових праць. – № 1(66). – 2011. – С. 197–209.

3. Проект Концепції гуманітарного розвитку України на період до 2020 року // Стратегічні пріоритети. – 2009. – № 3(12). – С. 11–30.

4. Національна стратегія розвитку освіти в Україні на 2012–2021 роки: Міністерство освіти і науки, молоді та спорту України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.mon.gov.ua/images/files/news/12/05/4455.pdf>.

5. Чумаченко Б. Стратегическое управление научно-технологическим развитием: опыт США / Б. Чумаченко, К. Лавров // Управление инновационной и инвестиционной деятельностью. – 2000. – № 2. – С. 89–93.

6. Щерба С.П. Філософія : підручник / С.П. Щерба, О.А. Заглада, І.П. Хобта. – Київ : Кондор, 2007. – 448 с.

7. Стан наукової сфери. Стратегія інноваційного розвитку України на 2010–2020 роки в умовах глобалізаційних викликів. – Матеріали Парламентських слухань у Верховній Раді України 17 червня 2009 року. – С. 155–162.

8. Даниленко С.М. Аналіз сучасного стану та ефективності фінансового забезпечення наукових досліджень та інновацій в Україні / С.М. Даниленко // Наукові праці КНТУ. Економічні науки. – Вип. 17. – 2010. – С. 215–224.

9. Швайка Л.А. Державне регулювання економіки : підручник / Л.А. Швайка. – К. : Знання, 2008. – 429 с.

10. Переверзева А.В. Науковий потенціал як передумова розвитку людського капіталу / А.В. Переверзева // Економіка та управління національним господарством. – № 4. – 2012. – С. 27–32.

11. Гриньова В.М. Державне регулювання економіки: навч. посібник / В.М. Гриньова. – Х. : Видавничий Дім «ІНЖЕК», 2004. – 471 с.

12. Локтев В.М. Збереження та відновлення науки – запорука розвитку України як передової держави / В.М. Локтев // Вісник НАН України. – № 1. – 2012. – С. 9–19.

13. Радченко В.Б. Трансформація розвитку науки і технологій найбільших міст України: організаційні та еволюційні аспекти / В.Б. Радченко, Д.О. Серьогіна // Вісник Національного технічного університету «Харківський політехнічний інститут». – Харків : НТУ «ХПІ». – 2011. – № 14. – С. 86–94.

14. Про Концепцію науково-технологічного та інноваційного розвитку : Постанова Верховної Ради України від 13.07.1999 № 916–XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 37. – Ст. 336.

## КОНСТИТУЦИОННОЕ И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

УДК 342.7

### THE CONCEPT OF THE HUMAN RIGHT TO LEGAL PROTECTION

**Lyudmyla DESHKO,**

Ph.D, Assistant Professor, Associate Professor of the Constitutional and International Law Department,  
Chief executive of the International and European Law Center Donetsk National University

**Albina BERKO,**

court clerk of the District administrative court of Kyiv

#### SUMMARY

The characteristics of “Legal protection” and its definition are brought out in the article. The definition of the subjective legal right of everyone to legal protection has been formulated. The concept of legal protection of human rights is specified – a jurisdictional law enforcement activities of state agencies, local governments, non-governmental organizations authorized by the state, aimed at the use of such types of state coercion as a remedy, legal liability, prevention or termination of right violations. At the article is clarified the term “Right of everyone to legal protection as a subjective legal right”: it is enshrined by law and guaranteed by state the possibility of use in the process of national law applying jurisdictional activity of state agencies, local governments, non-governmental organizations authorized by state action to apply these types of state coercion as a restoration of the right, legal liability, prevention or termination of law violations.

**Key words:** legal protection, subjective legal right of everyone to legal protection.

#### АННОТАЦИЯ

В статье рассматриваются дискуссионные в юридической литературе вопросы признаков правовой защиты, соотношения понятий «правовая защита» и «правовая охрана». Методологической основой проведенного научного исследования стали общие методы научного познания, а так же методы, применяемые в юридической науке: анализа и синтеза, формально-логический, сравнительно-правовой, статистический и другие. В статье уточняются существующие в юридической науке признаки и определение понятия «правовая защита», выявлены структурные элементы субъективного юридического права каждого на правовую защиту, формулируется понятие этого субъективного юридического права.

**Ключевые слова:** правовая защита, субъективное юридическое право каждого на правовую защиту.

**Formulation of the problem.** Today in post-Soviet countries at the forefront the public human rights protection movement came out [1, p. 3]. This movement marked by the emergence of an active human rights NGOs, the value of which is undoubtedly significant. For example, in March 2014 the department of civil society development strategies of the National Institute for Strategic Studies under the President of Ukraine said: “The function of human rights protection in Ukraine is performed, in addition to government bodies, by the institutions of civil society (NGOs and movements, the media, etc.), making it “instead of” or even “against” the actions of public authorities, including – of law enforcement ones. Impact of NGOs on human rights sphere and the degree of “permeability” of their control, of course, are much lower than that of government, but the effect obviously tends to increase. Non-governmental human rights organizations, first, provide the assistance that can not be fully provided by public, social institutions, governmental human rights organizations, Parliament Commissioner for Human Rights, the justice authorities. Second, the non-governmental human rights organizations exercise public control and influence on the implementation of state policy in the sphere of human rights protection. It is noticeable that there is request for such activities at Ukrainian society. Thus, according to a survey conducted in May 2013 by the Fund “Democratic Initiatives” and the Razumkov Center, 57.4% believe that public organizations should first deal with the protection of vulnerable groups, 49.7% – to provide people legal and other assistance in defending their rights, 45.5% – to control the activity of powers, etc” [2].

Thus, now the concept of “legal protection” of human rights and fundamental freedoms, human rights activity is associated with the activity of non-state actors. It is called into a question even the “legitimate use of force in rights protection”. Moreover, if earlier, scientists have stressed that, unlike law enforcement, the rights protection “excludes any compulsion” [3, p. 26–27], today it is a fact: it involves compulsion. At the same time, there is no doubt that the entire public (non-governmental) human rights activity mainly focuses on providing exactly state-legal protection. Consequently, the state-law can not be withdrawn from the concept of human rights or rights protection activity [4, p. 24].

**The purpose of this article** is to clarify the terms «legal protection», to formulate a definition of «the human right to legal protection».

**Basic material.** Article 13 of the Convention guarantees everyone the right to an effective remedy: “Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity”.

The European Court of Human Rights does not take its understanding of remedies exclusively to situations where the violation of subjective legal right has occurred. An example of this is the case “Jabari v. Turkey” of July 20, 2000 № 40035/98 [5]. In November 1997 the applicant escaped from Iran to Turkey because of fear of being condemned for adultery, a crime under the law of Iran, and be punished by stoning or flogging. The applicant was arrested at the Istanbul airport on the grounds that she had entered Turkey using a forged passport. She has not been charged in con-



nection with forged passport, but an order on her deportation was issued. Later the applicant lodged an asylum application, which was rejected by the authorities on the ground that the applicant did not submit it within five days of her arrival in Turkey. On 16 February 1998 the applicant was granted refugee status by the UNHCR. On 8 March 1998 the applicant lodged an application with the Ankara Administrative Court against her deportation. On 16 April 1998 the Ankara Administrative Court dismissed the applicant's petitions on the ground that there was no need to suspend her deportation since it was tainted with any obvious illegality and its implementation would cause irreparable harm to the applicant.

The applicant maintained that her removal to Iran would expose her to treatment prohibited by Article 3 of the Convention, which provides: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment".

She urged the Court that she did not have an effective remedy under Turkish law to challenge the deportation, hence violation Article 13 of the Convention took place. The Court noted that in view of the fact that Article 3 enshrines one of the fundamental values of a democratic society and contains an absolute prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment, the application of a person who claims that his or her deportation to a third country may threaten his or her with behaviour prohibited by Article 3 should definitely be checked carefully. The Court was not convinced that the authorities of the respondent State conducted any full assessment of the applicant's statements, including their controversial nature. It appears that non-compliance with the registration requirements within five days according to the Regulation on Asylum of 1994 deprived her of checking the actual causes of her fear of being returned to Iran. According to the Court, the automatic and mechanical application of such a short time limit for filing an asylum application should be regarded as contradicting the protection of the fundamental rights enshrined in Article 3 of the Convention.

The Court noted that in respect of the categories of cases which addresses the issue of the right not to be tortured, public authorities must implement an independent and in-depth analysis of individual applications about a possible violation of the law, and therefore the Court held that judicial validation mechanism Mrs. Jabari's application of not meets the requirements Article 13 of the Convention.

Therefore, the Court includes in the concept of legal protection preventive measures. In the Court's decision in the case of "Merit v. Ukraine" dated March 30, 2004 [6] the Court included terminating (stopping) remedies in the concept of "legal protection". According to circumstances of the case the applicant was under investigation for a long time, during which the applicant was held as a defendant, which significantly limited his legal status. In accordance with Article 6 paragraph 1 of the Convention the applicant complained on the unreasonable duration of the criminal proceedings against him. He also complained about the lack of effective remedies in respect of his complaint as required by Article 13.

The Court reiterates that Article 13 guarantees an effective remedy before a national authority in the case of violation of the provisions of Article 6, paragraph 1, with respect to the proceedings within a reasonable time (decision in the case "Kudla v. Poland", № 30210/96 [7]). The Court reiterated that the remedy is "effective" if it can be used either to accelerate the Court's decision in the case, or to provide appropriate compensation to the applicant for the delay, which was made.

Thus, the Court concluded that there was a violation of Article 13 of the Convention in this case because of the lack of ef-

fective and available remedies in domestic legislation in respect to the applicant's complaint about the duration of the criminal proceedings.

Hence the legal position of the Court is that a legal remedy considered to be effective if it is aimed at:

- a) the acceleration of the trial or
- b) to receive compensation for already committed delay in the proceedings.

Consequently, the requirement for interdict legal remedies in national law enforcement is a priority. In some of his other decisions the Court noted that preventive protection is a necessary component of legal protection emphasizing that this preventive protection applies when a violation has actually not happened, but there is real threat that it will be held [4, p. 78–80].

Article 55 of the Constitution of Ukraine guarantees everyone the right to challenge in court the decisions, actions or omissions of public authorities, local governments, officials and officers. Everyone has the right, after the exhaustion of domestic remedies to seek protection of their rights and freedoms in the relevant international judicial institutions or the relevant bodies of international organizations, member or participant of which is Ukraine.

Article 16 of the Civil Code of Ukraine, developing the provisions of the Constitution of Ukraine defines the following methods of protecting civil rights: the recognition of rights; termination in violation of any law; recognition of the illegal decisions, actions or omissions of a public authority, its officials or officers.

Legal literature (O. Nalivajko, P. Rabinovich, T. Pashyk, ect.) emphasizes that these means belong to the group of ways to protect civil rights, the application of which can prevent or stop infringement. Thus, the concept of legal protection includes measures to prevent violations of rights or interests, and terminating measures. However, in the legal literature there is no consensus among scientists about the concept of "legal protection" and its relationship with the concept of "legal protection", as well as the content of these concepts.

T. Pashyk [4] explaining at Dissertation for gaining the scientific degree of candidate of legal sciences "Right for Effective State Protection of Human Rights and Freedoms" that according to S. Alekseev, protection of the right is a public-compulsory activities aimed at implementing the "restoration" of tasks, i.e. restoration of violated right, and enforcement of legal obligations [8, p.280]. Thus, it comes to restoring already violated human rights, and therefore protection is reduced solely to the restoration measures. At the same time, according to the scientist, this activity does not include any measure of legal liability as damages, moral damages. At the same time, in their decisions, the European Court of Human Rights has repeatedly stressed that the non-pecuniary damage is one of the necessary "elements" of legal protection. The scientist does also not take into account that protective measures of law, which is based on the public interest, are responsibility measures. Though they have different object – law order, rather than aimed at the protection of subjective rights, but they are measures of protection of law as it is other object. This point of view was dominant in the Soviet Union, where was a priority of society, which was identified with the state, and only after the public interest was a man with his subjective legal rights. Therefore, to ensure law and order at that time it was reasonable to use the term "protection" as a synonym for "defence" and fill the term "protection" is the legal meaning of the term "defence".

Thus, the appointment of "legal protection" is that to use it as a kind of coercion when a subjective legal human right has been violated.

According to some scholars on the legal protection of subjective legal rights only covers legal liability and excludes the

following types of state coercion as a warning and stopping (termination) [9; 10, p. 13–21]). Accordingly, these scientists narrow the range of measures which relate to legal protection that is not due to the including the prevention and termination to legal measure.

Thus, T. Pashyk [4] explaining that according to E. Gida “... all measures aimed at preventing violation of subjective rights and which correspond to the following types of state coercion as a warning and termination is a legal security but not legal protection”. Hence preventive and terminative measures are not included into the legal protection as they take place before subjective legal violations of human rights and, unlike remedies, not aimed at the restoration of the right already violated”. Thus, says the scientist E. Gida “defence includes measures applied before the human rights violation, and protection – after the violation” [11, p. 759].

Omission of preventive measures to legal defence precludes the “evolution” of the national legal system within the European legal space- L.Luts convinced. [12, p. 3]. This has repeatedly underlined for several years by the Committee of Ministers of the Council of Europe in the following documents annexed to the Recommendation of 12 May 2004, which, inter alia, the Committee of Ministers stated: “... the Court faced the problem of an increasing number of applications. This situation threatens the long-term effectiveness of the system and therefore requires immediate response of the contracting parties” [13], resolution [cm / resdh (2008) 1] to implement the decisions of the European Court of Human Rights in 232 cases against Ukraine concerning the failure or substantial delay in the implementation of the final domestic judicial decisions delivered against the state and its entities, and lack of effective remedy on March 6, 2008 [14], Intermediate decision of the Committee of Ministers of the Council of Europe on 300 cases concerning the failure to perform or delay in the performance of essential public authorities or public undertakings of final judgments of 8 June 2009 [15], etc.

According to the A. Anisimov, Human Rights is a complex of guaranteed by the state and the international community, organizational and legal measures that ensure the human right to a remedy and are designed to eliminate obstacles to the realization of human rights and restoration of violated rights and punishment culprits who are guilty in the violating [16, p. 113–114]. Thus, “elimination of obstacles to the realization of human rights” is possible not only in the order of legal protection, but also through the adoption of a legislative act, in the manner of enforcement, using the right interpretive activities.

**Conclusions.** The above analysis allows us to reach such conclusions:

1. The signs of legal protection are those:

1) types of coercion used: state-legal coercion in the form of recovery already violated law, legal liability, prevention, preclusion;

2) activity, during which it applies – jurisdictional activity;

3) conditions of use: subjective legal right already violated, or it has not yet broken, but there is a threat of infringement;

4) range of the competent authorities which are authorized to use coercion in the process of jurisdictional activity: state agencies, local governments, non-governmental organizations authorized by the state.

2. The concept of legal protection of human rights is specified – a jurisdictional law enforcement activities of state agencies, local governments, non-governmental organizations authorized by the state, aimed at the use of such types of state coercion as a remedy, legal liability, prevention or termination of right violations.

Right of everyone to legal protection as a subjective legal right is enshrined by law and guaranteed by state the possibility

of use in the process of national law applying jurisdictional activity of state agencies, local governments, non-governmental organizations authorized by state action to apply these types of state coercion as a restoration of the right, legal liability, prevention or termination of law violations.

### Literature

1. Deshko L. European Standards of Human Rights: Course book. – Donetsk: Modern Printing (Suchasny Drook), 2013. – 148 с.

2. Палій Г.О. Щодо здійснення правозахисної функції організаціями громадянського суспільства. Аналітична записка / Г.О. Палій [Електронний ресурс]. – Режим доступу : URL: <http://www.niss.gov.ua/articles/1283/>.

3. Левченко К.Б. До визначення понять «правозахисний» та «правоохоронний»: постановка проблеми / К.Б. Левченко // Наше право. – 2004. – №1. – С. 26–27.

4. Пашук Т.І. Право людини на ефективний державний захист її прав та свобод : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень» / Т.І. Пашук. – Львів, 2006. – 175 с.

5. Джабари против Турції : Решение Европейского суда по правам человека от 20 июля 2000 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: [http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis&c=#n13693846752619364551309\\_pointer](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis&c=#n13693846752619364551309_pointer).

6. Мерит против Украины : Решение Европейского суда по правам человека от 30 марта 2004 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980\\_110](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980_110).

7. Кудла против Польши : Решение Европейского суда по правам человека от 26 октября 2000 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: [http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis&c=#n13693846752619364551309\\_pointer](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis&c=#n13693846752619364551309_pointer).

8. Алексеев С.С. Общая теория права. Т.1. – М.: Юридическая литература, 1981. – 359 с.

9. Серегина В.В. Государственное принуждение по советскому праву / В.В. Серегина. – Воронеж, 1991. – 120 с.

10. Бахрах Д.Н. Административная ответственность граждан СССР / Д.Н. Бахрах. – Свердловск : Изд-во Уральского университета, 1989. – 204 с.

11. Гіда Є. Права людини (охорона і захист) / Є. Гіда // Міжнародна поліцейська енциклопедія : у 10 т. – К. : Ін Юре, 2005. – Т. II : Права людини у контексті поліцейської діяльності. – С. 759–760.

12. Луць Л.А. Європейські міждержавні правові системи: загальнотеоретична характеристика : дис. ... канд. юрид. наук / Л.А. Луць. – Київ, 2005. – 448 с.

3. Относительно совершенствования внутренних средств правовой защиты : Рекомендация Комитета министров Совета Европы от 12 мая 2004 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: [http://sutyajnik.ru/rus/echr/recomm/rec2004\\_6\\_rus.htm](http://sutyajnik.ru/rus/echr/recomm/rec2004_6_rus.htm).

14. Промежуточная резолюция Комитета министров Совета Европы относительно не выполнения решений Европейского суда по правам человека в 232 делах против Украины, касающихся неисполнения или существенных задержек в выполнении окончательных решений национальных судов, вынесенных против государства и подчиненных ему субъектов, а так же отсутствия эффективного средства юридической защиты от 6 марта 2008 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: <http://www.minjust.gov.ua/0/38823>.

15. Решение Комитета министров Совета Европы относительно 300 дел, касающихся неисполнения или существенных задержек в выполнении органами государственной власти или государственными предприятиями окончательных судебных решений от 8 июня 2009 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: <http://www.minjust.gov.ua/0/38823>.

16. Анисимов П.В. Права человека и правозащитное регулирование: Проблемы теории и практики / П.В. Анисимов. – Волгоград : ВА МВД России, 2004. – 252 с.

УДК 342.7

## СТАНОВЛЕНИЕ И РАЗВИТИЕ ИНСТИТУТА ЗАЩИТЫ ПРАВ ЖЕНЩИН В СИСТЕМЕ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

Юлия ГОНЧАРОВА,

аспирант кафедры международного права

Украинского государственного университета финансов и международной торговли

### SUMMARY

The aim of the article to coverage and analyze the main stages of the development history, content and the current state of women's rights international legal protection.

**Key words:** globalization, international law, international treaties, domestic law, human rights, discrimination, international legal protection of women's rights, principle of equality.

### АННОТАЦИЯ

Статья посвящена освещению и анализу основных этапов истории развития, содержания и современного состояния комплекса проблем международно-правовой защиты прав женщин.

**Ключевые слова:** глобализация, международное право, международные договоры, национальное право, права человека, дискриминация, международно-правовая защита прав женщин, принцип равноправия.

**Постановка проблемы.** Несмотря на то, что в современном международном праве сформировался и утвердился принцип уважения к правам и свободам человека, женщины остаются одной из наименее социально защищенных групп населения, которая всё еще подвергается в повседневной жизни разного рода дискриминации, тем самым актуализируя не только международное сотрудничество, а и научные исследования в сфере международного права.

В итоговом документе Всемирного саммита – 2005 г. (Резолюция 60/5 Генеральной Ассамблеи ООН) руководители государств мира подтвердили свое намерение достичь полного и эффективного осуществления Резолюции 1325 (2000) Совета Безопасности, в частности, было акцентировано внимание на важности правовой проблемы в области создания равных возможностей для активного участия женщин во всех направлениях поддержки мира и поощрения к миру и безопасности, а также необходимости повышения их роли в принятии решений на всех уровнях.

Равноправие женщин нашло признание, закрепление и усовершенствование в многочисленных универсальных международных документах: Общей декларации прав человека 1948 г., Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах 1966 г., Международном пакте о гражданских и политических правах 1966 г. и практически во всех основных универсальных и региональных конвенциях о правах человека. Наибольшее воплощение гарантия равенства прав мужчин и женщин получила в Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин 1979 г. (CEDAW). Данная Конвенция стала новым этапом в развитии принципа равенства прав женщин и мужчин с учетом гендерного подхода к его реализации, который развил положения международных пактов о правах человека и превратил их в международные стандарты. Последние предусматривают необходимость особых дополнительных мер для обеспечения равноправия и защиты прав женщин, развития социального положения последних, чтобы они были способны реализовать свое равноправие. Это и является учетом социальной конструкции пола, который обуславливает преграды в реализации

женщинами своего равноправия вследствие рождения детей, физиологических отличий их организма, создание стереотипов о роли мужчин и женщин в обществе.

Вопросы международной защиты прав женщин в тех или иных аспектах исследовались в многочисленных работах таких ученых, как Е.Н. Коршунова, А.А. Абрамова, Т.В. Иванкина, Р.А. Мюллерсон, И.К. Городецкая, Л.М. Завадская, Н.В. Захарова, Г.О. Кудрявцева, К.В. Ремизова, Е.А. Шибалева и др. Однако в этих работах больше внимания отводилось исследованию вопросов, связанных с разработкой и принятием международных стандартов в сфере защиты прав женщин, имплементации их в национальное законодательство государств, нежели освещению механизмов, процедур и их эффективности, действующих в рамках международной институциональной системы. Исследование научных работ вышеуказанных авторов позволило выявить определенные пробелы в разработке данной темы, в частности, вопроса эффективности международной защиты прав женщин, проблемы их современной международно-правовой регламентации, уровня имплементации в национальное законодательство и т. п.

**Целью исследования** является правовой анализ основных этапов истории развития, содержания и современного состояния комплекса проблем международно-правовой защиты прав женщин.

**Изложение основного материала.** В разработке и подлинности на уровень международных стандартов концепции прав человека международное и внутригосударственное право взаимно обогатили друг друга. На становление и развитие в международном праве принципов и норм, которые касаются прав человека, повлияло национальное право ряда государств, прежде всего Франции и США, которое сформировалось под влиянием великих революций конца XVIII в. в Старом и Новом свете. Важные изменения в положении женщин произошли во многих странах мира уже в XX в. Хотя ещё долгое время ситуация оставалась во многом неизменной. Как и раньше, в обществе, у представителей власти, а следовательно, в законодательстве и судебной практике господствовали старые патриархальные представления о ролевых функциях каждого пола и, со-

ответственно, обусловленные этим традиционные («естественные») права и обязанности мужчин и женщин.

В свою очередь, международное право оказало бесспорное влияние на закрепление в законодательстве государств основных прав и свобод человека. По мнению И.И. Лукашука, именно международное право было элементом цивилизации и культуры, который дало человечеству XIX столетия [1, с. 50–51].

Борьба за гражданские и политические права женщин имеет более продолжительную историю, чем отстаивание других прав и свобод человека. Осознание женщинами ограниченности своих политических и гражданских прав пришло в конце XVIII – первой половине XIX вв. Так, Олимпия де Гуж, которая усмотрела в Декларации прав человека и гражданина явное преуменьшение прав женщин, опубликовала в 1791 г. свою Декларацию прав женщины и гражданки [2, с. 7]. Аналогичные события происходили и в США. В 1848 г. американские суфражистки опубликовали Декларацию чувств как отзыв на провозглашенную раньше Декларацию независимости. В Декларации чувств поднимались вопросы социальных, гражданских и религиозных прав и свобод женщин. Ее авторы ставили перед собой задачу привести статус женщин, хотя и с опозданием, в соответствие с изменениями, которые были внесены в жизни мужчин поколением отцов-освободителей. Подчеркивалось, что революция в США дала женщинам обещания, которые так и не были реализованы [3, с. 70–71].

Суфражизм (от английского *suffrage* – голосование, избирательное право) стал главным направлением движения женщин за равноправие в начале XX столетия. Задачами суфражисток стало обретение женщинами политических прав, прежде всего, избирательного, как основы равноправия. Международные женские организации, главной целью которых была борьба за предоставление политических прав, делали попытки использования Лиги Наций (первой международной межправительственной организации политического характера) как механизма давления на национальные правительства. Однако комитет по подготовке проекта Устава Лиги Наций отказался включить в этот документ положение, которое закрепляло бы обязанность государств – членов Лиги – предоставление женщинам политических прав. Своего рода исключением стала постоянная статья 7(3) Устава Лиги Наций, согласно которой все должности в Лиге, включая Секретариат, должны быть доступны в равной мере как для мужчин, так и для женщин.

Под влиянием массовых женских движений в первой половине XX в., законодательство отдельных государств начинало уделять внимание защите прав женщин. В этот же время и в международном праве стали появляться нормы, которые определенной мерой можно отнести к таким, что защищали права женщин. Международное сотрудничество государств осуществлялось в трех направлениях: борьба с торговлей рабами; разрешение коллизий внутреннего права государств по вопросам гражданства; международное регулирование труда. Надо заметить, что эти нормы косвенно служили защите тех или иных прав женщин: права на жизнь, свободу, личную неприкосновенность, права на гражданство, на особую охрану труда.

Первое направление – связанное с широким развитием торговли женщинами, которая приобрела в разных странах размеры организованного международного промысла – побудило государства принять меры для общей борьбы с этим видом преступной деятельности. С этой целью правительства ряда стран заключили такие международно-правовые

акты: Договор о борьбе с торговлей белыми рабами 1904 г., Конвенцию о борьбе с торговлей белыми рабами 1910 г., Женевскую конвенцию о запрете торговли женщинами и детьми 1921 г., Конвенцию о рабстве 1926 г. Государства обязывались установить криминальное наказание за торговлю женщинами и девушками даже в том случае, если отдельные действия, которые входят в состав преступления, были содеяны в разных странах. Саму торговлю было отнесено к категории преступлений, за осуществление которых преступник подлежал выдаче государству, которое открывало против него преследование [4, с. 599].

Анализ этих международных договоров показывает, что они не были связаны с защитой именно прав женщин, поскольку торговля людьми (независимо от пола) была довольно распространена в отдельных регионах мира (Великобритания, США, Франция, Япония, Италия, Бельгия, Португалия и др.). Эти международно-правовые документы были направлены против рабства как общечеловеческого явления, без любого различия относительно пола объекта рабства или работорговли. Однако косвенно все эти международно-правовые акты служили также и цели защиты прав женщины: права на жизнь, свободу, личную неприкосновенность, защиты ее человеческого достоинства, права на равноправие с мужчиной.

Другим направлением международного сотрудничества государств относительно прав женщин было разрешение коллизий внутригосударственного права по вопросам гражданства.

Решение проблемы защиты права женщины на гражданство в международном праве имеет довольно длинную историю. В начале XX в. повсюду господствовал принцип «гражданство жены следует гражданству мужчины», согласно которому женщина, которая вышла замуж за иностранца, автоматически, без какого-либо волеизъявления с ее стороны, приобретала гражданство мужа [5, с. 5]. Это правило основывалось на двух бесспорных и традиционных для того времени принципах, а именно: 1) главой семьи является мужчина; 2) семье необходимо иметь единое гражданство, которым является гражданство мужа.

Поскольку коллизии внутреннего права приводили к таким нежелательным явлениям, как двойное гражданство и безгражданство, то государства всегда стремились устранить их или хотя бы уменьшить количество таких случаев. Прежде всего, это касалось такого весьма распространенного явления, как вступление женщины в брак с иностранцем.

До конца Первой мировой войны был заключен целый ряд международных соглашений (многосторонних и двусторонних), которые определенной мерой касались вопроса гражданства замужней женщины. Это были договоры о защите меньшинств; акты, которые регулировали обмен населением при территориальных изменениях и т. п. Все они решали вопросы гражданства таким образом: гражданство жены всегда определялось по гражданству мужа [5, с. 26].

Первой попыткой универсальной кодификации вопросов гражданства, а среди них и вопрос гражданства женщин, стала принятая в 1930 г. на конференции в Гааге Конвенция по некоторым вопросам, которые касались коллизий законов о гражданстве. В ней не ставилась задача обеспечить признание прав женщин и достижения равенства. Ее основная цель состояла в предотвращении безгражданства и двойного гражданства. Согласно этому, статьи 8 и 9 Конвенции устанавливали, что женщина, выходя замуж за

иностранца, лишается своего гражданства лишь в том случае, если она приобретает гражданство мужа. Если же муж меняет свое гражданство в период пребывания в браке, то жена лишается гражданства, если она приобретает новое гражданство мужа [6, с. 23–24]. Таким образом, Конвенция сохраняла господствующее положение мужчины, хотя и была направлена на некоторое улучшение положения женщины.

Еще одним направлением сотрудничества государств, с целью защиты прав женщин было создание в 1919 г. Международной организации труда (МОТ). Основной целью этой организации было содействие улучшению условий работы и жизни трудящихся, необходимых для достижения общего мира «на основе социальной справедливости». В число более конкретных задач включались регламентация рабочего времени, борьба с безработицей, установление заработной платы, которая обеспечивала бы удовлетворительные условия жизни, защита труда женщин, детей и подростков и т. п. Итак, здесь вопрос о равноправии женщины с мужчиной тоже не ставился, а защита особых прав женщины не связывалась с достижением равноправия. Речь шла о защите узкого, отдельного, хотя и весьма важного права – права женщины на особую охрану ее труда, связанную с материнством.

Уже на первой сессии Международной конференции труда в 1919 г. были обсуждены вопросы о труде женщин до и после родов, о ночной работе и о работе на вредных производствах. На этой же сессии было принято две международные конвенции об охране женского труда: Конвенция № 3 о труде женщин до и после родов [7, с. 259–260] и Конвенция № 4 о ночном труде женщин [8, с. 260–261]. В 1935 г. была принята Конвенция № 45 [9, с. 798–799], направленная на урегулирование применения труда женщин на подземных работах. Конвенция устанавливала принцип запрета использования женского труда на любых шахтах или приисках (ст. 2). Национальное законодательство могло исключить запрет относительно женщин, которые занимают руководящие посты и не заняты физическим трудом; женщин, занятых медицинским или социально-бытовым обслуживанием; женщин, которые опускаются в шахты с целью прохождения обучения, а также женщин, которые могут время от времени спускаться в подземную часть шахты или прииска для целей, не связанных с физическим трудом (ст. 3).

Новый, более высокий уровень международного сотрудничества в сфере защиты прав человека сформировался после Второй мировой войны с возникновением принципа общего соблюдения основных прав и свобод личности и появлением гуманитарной идеи о необходимости международного содействия общему уважению прав и основных свобод личности в процессе создания Организации Объединенных Наций в июне 1945 г. Одним из первых шагов ООН стало принятие Устава и закрепление в общей форме п. 3 ст. 1 принципа равенства мужчины и женщины: «Государства обязуются уважать права всех, независимо от пола» [10]. Еще тогда УССР, как одна из государств – учредительниц ООН, в соответствии со ст. 55 Устава ООН, взяла на себя эти обязательства.

С момента первого официального признания равноправия женщин и мужчин в Уставе ООН начала целенаправленно развиваться нормативно-правовая база в области защиты прав женщин и, в конце концов, составила часть современного международного права. До этого ни в одном международном документе не провозглашалось равенство

всех людей независимо от пола и специально не выделялась принадлежность к одному из полов как основание для дискриминации.

Таким образом, до Второй мировой войны международная защита прав женщин только зарождалась и затрагивала лишь отдельные стороны положения женщины в обществе. В это время в международном праве еще не ставился вопрос о равноправии полов как принцип, согласно которому женщины и мужчины имеют равные права во всех сферах общественной жизни. Итак, международной защиты прав женщины как системы международно-правовых норм, которые охватывают основные вопросы правового положения женщины в обществе, не существовало.

Инициатором распространения идей гендерного равенства и справедливости в международном масштабе выступила Организация Объединенных Наций. Гендерный мир будущего, с точки зрения экспертов ООН, – это мир, в котором женщины и мужчины будут иметь равные права и возможности на всех этапах своей жизни, где женщина будет иметь возможность реализовывать все свои мечты и стремления, мир, в котором к женщине будут относиться с уважением, как к равной. Так, женщина сможет иметь столько же прав относительно социальных ценностей: справедливости, равенства, демократии, уважения к человеку, как и мужчина.

Женское сознание, которое постоянно возрастает, и давление, которое постоянно осуществляет международное женское движение, заставили ООН начать активные действия. Уже в основном официальном документе организации – Уставе ООН – в статье 1 идет речь о том, что «цель ООН достичь международного сотрудничества в продвижении и уважении к правам человека и основным свободам для всех, независимо от расы, пола, языка и религии» [10]. А универсальная Декларация о Правах человека, которая была подписана Комиссией во главе с Элеонорой Рузвельт и принята ООН в 1948 г., отмечает, что каждый человек имеет право на права и свободы, указанные в этой Декларации вне зависимости от таких расхождений, как раса, цвет кожи, пол. Все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах [11].

Так, постепенно начала развиваться нормотворческая деятельность относительно защиты прав и свобод женщин. Со временем, в 1952 г. была принята Конвенция о политических правах женщин, а в 1957 г. – Конвенция о гражданстве замужней женщины. Обе эти Конвенции были ратифицированы СССР, хотя положения, которые в них содержатся ранее были закреплены в законодательстве нашей страны.

Новый этап в сфере защиты прав женщин связан с одобрением в 1967 г. ООН Декларации о ликвидации дискриминации относительно женщин. Позднее, в 1979 г., названная Декларация была переработана в одноименную Конвенцию (CEDAW). Она впервые поставила вопросы о правах женщин как о неотъемлемой части прав человека. Данный документ является наиболее важным из документов в сфере прав человека по защите и продвижению прав женщин. Впервые женщины были признаны полноценными людьми в CEDAW. Конвенция содержит положения о гражданских и политических, а также экономических, социальных и культурных правах, объединяя права человека, которые до этого были разделены на две категории.

Одно из важнейших положений Конвенции 1979 г. – это раскрытие понятия «дискриминация относительно женщин». В соответствии со ст. 1 Конвенции, оно означа-

ет «любое расхождение, исключение или ограничение по признакам пола, которое направлено на ослабление или сводит на нет признание, использование или осуществление женщинами, независимо от их семейного положения, на основе равноправия мужчин и женщин, прав человека и основных свобод в политической, экономической, социальной, культурной, общественной и любой другой сфере».

Принципиальное значение для организации деятельности по достижению гендерного равенства со стороны тех государств, которые ратифицировали Конвенцию и добиваются достижения такого равенства в международных и национальных общественных объединениях, в том числе женских, имеет статья 4 Конвенции. Эта статья провозглашает, что принятие государствами-участниками временных специальных мероприятий, направленных на ускорение установления фактического равенства между мужчинами и женщинами, к числу которых относятся, например квоты, не считается дискриминационным.

Конвенция о ликвидации дискриминации относительно женщин также устанавливает определенные требования всем государствам, которые в ней принимают участие, а именно:

- включить принцип равноправия мужчин и женщин в Конституции и другие законодательные акты и добиваться его практической реализации;

- если возникнет потребность, использовать специальные санкции, которые запрещают дискриминацию относительно женщин;

- принимать меры, чтобы изменить действующие законы, обычаи, практику, которые представляются дискриминационными относительно женщин;

- обеспечить равное для мужчин и женщин право пользования всеми экономическими, социальными, культурными, гражданскими и политическими правами [12].

Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации относительно женщин до сих пор остается наиполнейшим международным актом в сфере гендерного равенства. Итак, не случайно её называют «Женской Конвенцией».

Важным универсальным международным документом является также, наряду с Конвенцией 1979 г., Декларация об искоренении насилия относительно женщин, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 20 декабря 1993 г. В соответствии со ст. 5 Декларации, органы и специализированные учреждения системы ООН должны в пределах своей компетенции способствовать признанию и осуществлению прав и принципов, изложенных в настоящей Декларации, способствовать исполнению решений Всемирной конференции по правам человека, которая проходила летом того же года в Вене.

В этой Декларации впервые раскрывалось понятие «насилия по отношению к женщинам». Им является любой акт насилия, осуществленный на основании полового признака, который причиняет или может причинить физический, половой или психологический ущерб или страдание женщинам, включая угрозы осуществления таких актов, принуждение или произвольное лишение свободы в общественной или личной жизни.

Нельзя не вспомнить Конвенцию о равном обращении и равных возможностях для работающих женщин и мужчин: рабочих с семейными обязанностями. Главной целью предусмотренных ею мероприятий является изменение стереотипов общественного сознания и обращения, связанных с распределением семейных обязанностей между мужчинами и женщинами [13].

Стоит отметить также Конвенцию о защите материнства, принятую еще в 1952 г. В связи с течением времени и изменением нужд и положения женщин в современном глобализованном мире, Генеральная конференция МОТ 15 июня 2000 г. приняла следующую Конвенцию, которая называется Конвенцией об охране материнства.

Особое внимание тут отводится здравоохранению матери. Так, в соответствии со статьей 3 Конвенции, каждое государство-член МОТ должно принять надлежащие меры для обеспечения того, чтобы беременные женщины или матери-кормилицы не выполняли работу, которая, по определению компетентных органов власти, является вредной для здоровья матери или ребенка или, по существующим оценкам, представляет риск для здоровья матери или ее ребенка. Вдобавок, регламентирован срок отпуска по беременности и родам. Что не менее важно, в Конвенции отмечается о незаконности увольнения работодателем женщины в период ее беременности (ст. 8) [14].

Актуальным и очень важным вопросом в условиях сегодняшней сложной ситуации в Украине является то, что женщины принимают активное участие в современных войнах наравне с мужчинами. Поэтому, Конвенция ООН «Об обращении с военнопленными» предусмотрела, что в случае попадания в плен женщины должны считаться комбатантами и имеют статус военнопленных.

К тому же этой Конвенцией женщинам-комбатантам, кроме прав, которыми пользуются мужчины, предоставлена и особая защита, которая предоставляется женщинам как части гражданского населения. Это положение Конвенции развито и в Дополнительном Протоколе I, который содержит норму относительно внеочередного освобождения беременных женщин и матерей с малолетними детьми.

Как известно, в последние годы в мировом масштабе приобрела распространение такая форма незаконной деятельности, которая нарушает права человека, как торговля женщинами, их нелегальный вывоз за границу и принуждение к занятию проституцией. На этом особенно акцентировалось внимание на сессиях Генеральной Ассамблеи ООН, Совета Европы и других международных организаций, посвященных пятилетию со дня принятия Четвертой Всемирной конференцией по положению женщин Декларации и Платформы действий (Пекин, 1995 г.). Тем временем эта сфера жизнедеятельности мирового сообщества пока еще не получила адекватной регламентации на уровне ООН. По этому вопросу имеется лишь во многом устаревшая Конвенция по борьбе с торговлей людьми и эксплуатацией проституции, подписанная в Нью-Йорке 21 марта 1950 г.

В Конвенции по борьбе с торговлей людьми и эксплуатацией проституции отмечается, что государства-участники обязуются карать каждого, кто для удовлетворения похоти другого лица сводит, уговаривает или соблазняет с целью проституции другое лицо, даже по согласию этого лица или эксплуатирует проституцию другого лица, даже по согласию этого лица. А также идет речь о наказании тех, «кто содержит дом разврата или управляет им или сознательно финансирует или принимает участие в финансировании дома разврата; сдает в аренду или нанимает здание или другое место, или часть такого, зная, что они будут использованы с целью проституции третьими лицами» [15]. Каждая сторона в этой Конвенции взяла на себя обязательства принимать все необходимые меры для отмены или аннулирования любого действующего закона, постановления или административного распоряжения, на основании ко-

торых лица, занимающиеся или подозреваемые в занятии проституцией, подлежат специальной регистрации или должны иметь специальный документ, подчиняются исключительным требованиям, имеющим своей целью контроль или оповещение.

Следующим международно-правовым актом, который обеспечивает гендерное равенство является Конвенция о политических правах женщин, которая вступила в силу 7 июля 1954 г. В ней закреплено положение о том, что женщины без любой дискриминации имеют право принимать участие в выборах, а также быть избранными во все государственные учреждения, которые нуждаются в публичных выборах.

Также, в соответствии с Конвенцией, женщинам принадлежат в равных с мужчинами условиях без любой дискриминации право занимать должности на общественно-государственной службе и выполнять все общественно-государственные функции, установленные национальным законом.

Конвенция о гражданстве замужней женщины, которая вступила в силу 11 августа 1958 г., утверждает, что каждое государство, которое присоединилось к данному договору, соглашается, что ни вступление в брак, ни его расторжение между кем-либо из ее граждан и иностранцем, ни изменение гражданства мужчиной во время существования брачного союза не будут отображаться автоматически на гражданстве жены (ст. 2). И вдобавок, Конвенция обеспечивает право жены сохранить свое гражданство, если ее муж приобретает гражданство другого государства или добровольно отказывается от своего гражданства.

Генеральная конференция ООН по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО) также приобщила к решению проблем гендерного неравенства, приняв 14 ноября 1960 г. Конвенцию о борьбе с дискриминацией в сфере образования. Данный международно-правовой акт регулирует обеспечение права на образование без любых ограничений и дискриминации.

Само понятие «дискриминация» в Конвенции охватывает «любое отличие, исключение, ограничение или преимущество по признаку расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или других убеждений, национального или социального происхождения, экономического состояния или рождения, которое имеет целью или как следствие уничтожение или нарушение равенства отношения в сфере образования и, в частности, закрытие для какого-либо лица или группы лиц доступа к образованию любой степени или типа; ограничение образования для какого-либо лица или группы лиц низким уровнем образования; положение, несовместимое с достоинством человека, в которое ставится какое-либо лицо или группа лиц» [16]. Таким образом, Конвенция о борьбе с дискриминацией в сфере образования является тем международно-правовым актом, который обеспечивает гендерное равенство в образовательной сфере и контролирует выполнение государствами ее принципов.

Под эгидой ООН было проведено четыре всемирные конференции по правам женщин, в протяжении которых акцентировалось внимание на привлечении женщин к политической жизни, процессу принятия решений, было отмечено, что именно «феминизация» политики будет оказывать содействие прогрессу человечества.

На первой всемирной конференции, которая проходила в Мехико в 1975 г., было торжественно объявлено о начале «Десятилетия женщин» с целью напомнить междуна-

родному сообществу, что дискриминация по отношению к женщинам оставалась нерешенной проблемой во многих государствах. Участниками конференции был принят План действий, которым была предусмотрена программа-минимум до 1980 г., основной задачей которой являлось обеспечение равного доступа женщин к таким сферам, как образование, занятость, политическая деятельность, здравоохранение, обеспечение жильем, планирование семьи.

На Второй всемирной конференции по положению женщин, которую созвали в Копенгагене в 1980 г. для анализа и оценки выполнения Всемирного плана действий 1975 г., представители 145 стран-членов ООН пришли к единой точке зрения относительно достижения значительного прогресса в области гендерной политики. Национальные правительства и международное сообщество достигли успехов на пути к обеспечению целей, которые были намечены пять лет до этого, на Первой всемирной конференции в Мехико.

На Третьей всемирной конференции о положении женщин, которая проходила в Найроби в 1985 г., была разработана новая стратегия по улучшению положения женщин и защиты их прав. В основу Найробийских перспективных стратегий до 2000 г. был разработан целый ряд мероприятий, направленных на достижение гендерного равенства на национальном уровне. Правительства должны были определить собственные приоритеты, основанные на их стратегии развития и ресурсных возможностях.

В ходе работы конференции в Найроби был разработан широкий подход к проблеме улучшения положения женщин. Наконец, все участники встречи согласились, что равенство женщин не является изолированной проблемой, а непосредственно затрагивает все сферы деятельности человека.

В сентябре 1995 г. в Пекине состоялась Четвертая Всемирная конференция по положению женщин. Конференция единогласно приняла Пекинскую декларацию и Платформу действий, что представляли собой комплекс мероприятий и рекомендаций по расширению прав и возможностей женщин на пути в XXI столетие. В данных документах отмечалось, что нерешенность многих проблем в сфере положения женщин во многом объясняется отсутствием национальных и международных механизмов контроля. В связи с этим был разработан ряд предложений, призванных решить данный вопрос как международным сообществом, так и каждым государством [17]. Важнейшей целью конференции был не только анализ и обмен опытом, но и, прежде всего, утверждение единой коллективной воли, с которой все должны считаться. Само объединение сил всех женских организаций на национальном и международном уровнях с опорой на международно-правовые документы и международные организации может оказывать содействие достижению равных прав и возможностей между мужчинами и женщинами.

С целью подведения итогов относительно выполнения задач, поставленных в Пекинской Декларации и Платформе Действий, и продолжения реализации основных задач, направленных на достижение гендерного равенства, ГА ООН провела в 2000, 2005, 2010 годах учредительные сессии, которые соответственно имели названия «Пекин+5», «Пекин+10» и «Пекин+15».

**Выводы.** Таким образом, мы видим поступательную и эффективную деятельность ООН в сфере решения гендерных проблем современности. Равенство женщин и мужчин было провозглашено как одна из целей деятель-

ности ООН в Декларации тысячелетия. «Ни один человек и ни одна страна не должны лишаться возможности пользоваться благами развития. Должно быть гарантировано равенство прав и возможностей мужчин и женщин» (ст. 6 Декларации) [18]. Следует также заметить, что осуществление задач и целей Платформы действий продолжится и в дальнейшем, обеспечивая тем самым выполнение обязательств, которые государства ООН взяли на себя еще в 1995 г. в Пекине.

Ради решения вопроса гендерного паритета и обеспечения прав женщин в структуре ООН была создана целая сеть специализированных органов, таких как Отдел по улучшению положения женщин, Комиссия по положению женщин, Комиссия по ликвидации всех форм дискриминации относительно женщин, Институт международных исследований и образования женщин (INSTRAW), Фонд развития женщин (ЮНИФЕМ), Канцелярия Специального советника по гендерным вопросам и улучшению положения женщин. 2 июля 2010 года ГА ООН единодушно проголосовала за создание новой структуры для ускорения прогресса в решении проблем женщин и девушек во всем мире, которая называется «ООН-Женщины», которая начала действовать в январе 2011 г. Именно она сейчас координирует всю деятельность относительно улучшения положения женщин в структуре ООН. Органы, указанные ранее, продолжают функционировать и представляют доклады о своей деятельности новообразованному учреждению.

Ко всему, в системе ООН создан специальный интернет-ресурс «Women Watch», который является основным порталом доступа к информации и ресурсам по обеспечению гендерного равенства и расширения возможностей женщин в рамках всей системы ООН, включая Секретариат ООН, региональные комиссии, фонды, программы, специализированные учреждения, академические и научно-исследовательские институты.

Таким образом, ООН ставит проблему защиты прав женщин на повестку дня в новом тысячелетии и реализует свои стратегии и принципы относительно равенства женщин и мужчин через политико-правовые и институциональные механизмы.

К сожалению, в современном мире решения, которые влияют на жизнь всех людей, в большинстве своем все еще принимаются мужчинами, а проблемы женщин почти повсеместно решаются во вторую очередь. Женщины продолжают сталкиваться со скрытой или явной дискриминацией и маргинализацией и в значительно меньшей мере, по сравнению с мужчинами, пользуются плодами развития общества, составляя 70% бедного населения мира. Именно поэтому назрела необходимость поиска путей расширения прав и возможностей женщин для того, чтобы они могли выдвинуть собственные приоритеты и ценности как равноправных партнеров мужчин в процессе принятия решений на всех уровнях.

Все это свидетельствует о том, что процесс становления и развития института защиты прав женщин имеет собственную довольно продолжительную историю и составляет незаменимый опыт для регулирования отношений между государствами относительно обеспечения недискриминационного положения и достижения равноправия мужчин и женщин.

### Список использованной литературы

1. Лукашук И.И. Международное право. Часть общая : [учебник] / И.И. Лукашук. – М. : БЕК, 1996. – 412 с.
2. Gerhard U. Atempause: Die actuelle Bedeutung der Frauenbewegung fur eine zivile Gesellschaft/Pottik und Zeitgeschichhe. Bonn 21–22/96. – S. 7.
3. History of Woman Suffrage. Ed E.C. Station. Vol. 1 NY 1981. – P. 70–71.
4. Фердросс А. Международное право / А. Фердросс ; под ред. Г.И. Тункина ; пер. с нем. Ф.А. Кублицкого и Р.Л. Нарышкиной. – М., 1959. – 652 с.
5. Convention on the Nationality of Married Women. Historical Background and Commentary, UN Depart. of Economic and Social Affairs, N.Y., 1962. – P. 5.
6. United Nations, Economic and Social Council, Commission on the Status of Women: Analysis of Conflicted of Laws in the field of the Nationality of Married Women. – Doc. ООН, E / CN. 6/126, 13/1/50, p. 23–24.
7. League of Nations, International Labour Conference, First annual meeting, 29 October – 29 November 1919. Wash., 1920, p. 259–260.
8. 323. League of Nations, International Labour Conference, First annual meeting, 29 October – 29 November 1919. Wash., 1920, p. 260–261.
9. International Labour Conference, nineteenth session. Geneva, 1953, Appendix VII, p. 798–799.
10. Статут ООН [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://people.polynet.lviv.ua/interlaw/frames/main5.html>.
11. Загальна декларація прав людини [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_015](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_015).
12. Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_207&myid=4/UMfPEGznhhEjs.ZiEW1e1PHI4zos80msh81e6](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_207&myid=4/UMfPEGznhhEjs.ZiEW1e1PHI4zos80msh81e6).
13. Конвенція про рівне поводження і рівні можливості для працюючих жінок і чоловіків: робітники із сімейними обов'язками. – К. : Українська правнича фундація, 1995.
14. Конвенція 2000 року про охорону материнства [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.conf.eu.org/assets/files/legaladvice/C%20183.doc>.
15. Конвенція про боротьбу з торгівлею людьми і з експлуатацією проституції третіми особами [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_162&myid=4/UMfPEGznhhEjs.ZiEW1e1PHI4zos80msh81e6](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_162&myid=4/UMfPEGznhhEjs.ZiEW1e1PHI4zos80msh81e6).
16. Конвенція про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://uazakon.com/document/tpart21/isx21790.htm>.
17. Четвёртая Всемирная Конференция по положению Женщин. Пекинская декларация. Платформа действий. Насилие в отношении Женщин // Проблема насилия в семье: правовые та соціальні аспекти / упоряд. О.М. Руднева. – Харків : Право, 1999.
18. Декларация тысячелетия ООН [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_621&zahyst=4/UMfPEGznhhEjs.ZiEW1e1PHI4zos80msh81e6](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_621&zahyst=4/UMfPEGznhhEjs.ZiEW1e1PHI4zos80msh81e6).



УДК 342.7

## ПРАВО ЛЮДИНИ НА СОЦІАЛЬНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В КОНСТИТУЦІЙНИХ НОРМАХ УКРАЇНИ ТА ЗАРУБІЖНИХ ДЕРЖАВ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Юрій КИРИЧЕНКО,

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри політології та права  
Запорізького національного технічного університету

## SUMMARY

This article explores the constitutional practice of regulatory right to social security in Ukraine and the European mainland. Analyzed the legal content of the right enshrined in article 46 of the Constitution of Ukraine and in similar constitutional norms European countries. The necessity of this article supplement part four and presenting it in a new edition.

**Key words:** constitution, social rights, social protection, social security, social risks.

## АНОТАЦІЯ

У статті досліджена конституційна практика нормативного регулювання права на соціальне забезпечення в Україні та державах континентальної Європи. Проаналізовано юридичний зміст права, закріпленого в ст. 46 Конституції України й аналогічних нормах конституцій європейських країн. Обґрунтована необхідність доповнення цієї статті частиною четвертою та її викладення в новій редакції.

**Ключові слова:** конституція, соціальні права, соціальний захист, соціальне забезпечення, соціальні ризики.

**Постановка проблеми.** Актуальність дослідження права на соціальне забезпечення зумовлена глобальними тенденціями соціальної орієнтації державної політики демократичних країн і, зокрема, спрямуванням політики України на побудову соціальної держави.

Соціальне забезпечення тісно пов'язане з рівнем життя громадян держави. Тому в умовах значного соціального розшарування українського суспільства, різкого зниження рівня забезпеченості економічно неактивної частини населення (людей похилого віку, непрацездатних, безробітних тощо), проблеми недостатньої гарантованості й захищеності права кожної людини на соціальне забезпечення зумовлюють нагальну потребу теоретичного переосмислення юридичного змісту ст. 46 Конституції України та внесення пропозицій, які сприяли б ефективнішому забезпеченню цього права.

Неоднаковість застосування термінів «соціальний захист» і «соціальне забезпечення» у міжнародно-правових актах, Основному Законі України та конституціях європейських держав, а також плюралізм поглядів учених щодо цих питань потребують подальшого наукового аналізу цієї проблеми.

**Метою та завданнями статті** є проведення порівняльно-правового аналізу конституційного регулювання права на соціальне забезпечення в Україні й державах континентальної Європи, їх відповідність міжнародно-правовим актам і формулювання пропозицій щодо вдосконалення ст. 46 Конституції України.

Аналіз публікацій, у яких започатковано розв'язання цієї проблеми. Окремі питання правового регулювання основних елементів права на соціальне забезпечення (право на пенсійне забезпечення, право на отримання соціальної допомоги, право на соціальне обслуговування та утримання) досліджували М.І. Боднарук, Н.Б. Бологіна, С.О. Верланов, М.Д. Бойко, О.Є. Мачульська, О.В. Москаленко, А.А. Нечай, О.З. Панкевич, Ж.М. Пустовіт, П.М. Рабінювич, С.М. Синчук (Сивак), І.М. Сирота, Б.І. Сташків,

Н.М. Стаховська, Б.С. Стичинський та інші вчені. Однак чимало аспектів зазначеної проблеми залишаються невисвітленими, зокрема, потребує вивчення практика законодавчого закріплення права на соціальне забезпечення в європейських державах, а також приведення положень Конституції України до міжнародних стандартів.

**Виклад основного матеріалу.** Конституція України в ч. 1 ст. 46 установила право громадян на соціальний захист, що включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та інших випадках, передбачених законом [1]. Це право закріплено в більшості сучасних конституцій держав континентальної Європи, окрім Австрії, Боснії й Герцеговини, Грузії, Ліхтенштейна, Люксембурга, Німеччини, Норвегії та Швеції, де воно регулюється поточним законодавством. Правове регулювання цього права в європейських конституціях здійснюється двома способами: 1) автономним, тобто це право закріплено окремо від інших, у тому числі суміжних прав; 2) інтегративним, тобто це право закріплено разом з іншими, зазвичай, суміжними правами. Наприклад, в основних законах Азербайджану (ст. 38), Албанії (ст. 52), Білорусі (ст. 47), Болгарії (ст. 51), Вірменії (ст. 37), Греції (ст. 21, 22), Данії (ст. 75), Іспанії (ст. ст. 41, 50), Латвії (ст. 109), Литви (ст. 52), Македонії (ст. ст. 34, 35), Молдови (ст. 47), Монако (ст. 26), Нідерландів (ст. 20), Польщі (ст. 67), Португалії (ст. 63), Росії (ст. 39), Сербії (ст. 69), Словаччини (ст. 39), Словенії (ст. 50), Туреччини (ст. ст. 60, 61), Угорщини (§ 70/Е), Чехії (ст. 30 Хартії основних прав і свобод), Франції (п. 9 Преамбули 1946 р.), Швейцарії (ст. 41), так само як і в Україні, розглядуване право виокремлено в самостійну статтю. Водночас у конституціях Андорри, Бельгії, Естонії, Італії, Румунії, Сан-Марино, Фінляндії та Хорватії вказане право закріплено з іншими правами людини. Наприклад, у ст. 30 Конституції Андорри, ч. 1 ст. 28 Конституції Естонії та п. 2 ст. 43 Конституції Румунії право на соціальне забезпечення

закріплено разом з правом на охорону здоров'я [2; 3; 4], у ч. 3 ст. 38 Конституції Італії – з правом на навчання та професійну підготовку [5, с. 429], у ч. 2 ст. 56 Конституції Хорватії – з правами, пов'язаними з пологами, материнством і доглядом за дітьми [6], у ст. 23 Конституції Бельгії та § 19 Основного Закону Фінляндії – з правами на медичну допомогу, житло, безпечне довкілля тощо [5, с. 111; 7].

Особливістю чинної норми ст. 46 Конституції України є те, що вона адресована громадянам і тим самим відрізняється від ст. ст. 22, 25 Загальної декларації прав людини, ст. 9 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права та ст. 13 Європейської соціальної хартії (переглянутої) [8, с. с. 11, 12, 42, 110], де йдеться про «кожну людину», а також від конституційної практики деяких європейських держав (Естонія, Португалія, Росія, Сербія, Туреччина, Фінляндія, Франція, Швейцарія). Крім того, поточне законодавство та деякі нормативно-правові акти України передбачають більш високі гарантії у сфері соціального забезпечення, ніж це передбачено в Конституції України. У зв'язку з цим, пропонуємо в ч. 1 ст. 46 Конституції України термін «громадяни» замінити на термін «кожен», що, на нашу думку, по-перше, буде більше відповідати міжнародно-правовим стандартам, у тому числі вимогам Конвенції № 102 «Про мінімальні норми соціального забезпечення» та Конвенції № 118 «Про рівноправність громадян держави та іноземців і осіб без громадянства в галузі соціального забезпечення», прийнятим Генеральною конференцією МОП, відповідно, 28 червня 1952 р. та 28 червня 1962 р., а також зарубіжному досвідові; по-друге, не буде суперечити положенню ч. 1 ст. 26 Основного Закону України, у якому зазначено, що «іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами ... як і громадяни України» [1]; по-третє, як зазначив П.М. Рабінович, це значно розширить коло носіїв цього права «порівняно з тим, яке визначено у нинішньому тексті (зокрема, у ч. 1 ст. 46)» [9, с. 57]. До речі, ще у проєкті Конституції України в редакції від 1 липня 1992 р. у ст. 43 було передбачено, що суб'єктом права на соціальне забезпечення є «кожен» [10, с. 131].

У ч. 1 ст. 46 Конституції України зафіксовано термін «соціальний захист», який містить у собі й термін «забезпечення», тобто зі змісту цієї норми випливає, що соціальне забезпечення є складовою соціального захисту. Подібне формулювання («соціальний захист», що включає соціальне забезпечення) закріплено і в п. «ж» ст. 72 Конституції Російської Федерації. Але, як вважає Н.М. Стаховська, «з цього формулювання (положення ч. 1 ст. 46 Конституції України – прим. авт.) важко визначити точний зміст і повний обсяг права громадян на соціальний захист. Подібна конструкція речення зумовлює виникнення таких питань: що, крім зазначеного права на соціальне забезпечення (види якого перелічені в нормі), включає право громадян на соціальний захист?; якщо право на соціальний захист включає лише право на різні види соціального забезпечення, то в чому тоді полягає різниця між правом на соціальне забезпечення і правом на соціальний захист» [11, с. 55]. На невідповідність аналізованого формулювання міжнародним стандартам соціальних прав звертають увагу й інші вчені. Так, Н.Б. Болотіна зауважує, що «термін «соціальний захист», який замінює термін «соціальне забезпечення» (за проєктом Конституції) ... не можна вважати таким, що відповідає змісту ст. 46» [12, с. 37–38].

У міжнародній практиці визнанням вважається, що соціальний захист застосовується щодо всіх соціальних прав,

до яких, крім права на соціальне забезпечення, належить право громадян, які потребують соціального захисту, на отримання житла безоплатно або за доступну для них плату (ч. 2 ст. 47 Конституції України), право на достатній життєвий рівень (ст. 48), право на охорону здоров'я (ст. 49), право на безпечне для життя і здоров'я довкілля (ст. 50), право на освіту (ст. 53) [1]. Отже, можна стверджувати, що термін «соціальний захист» охоплює майже всю сферу соціальної діяльності держави, у тому числі й захист порушених соціальних прав, і виходить за межі диспозиції досліджуваної норми.

Право на соціальне забезпечення є правом на певні блага, визнаних суспільством необхідними. Це право гарантує насамперед непрацездатним при наявності відповідних умов на мінімальному рівні мати певні блага, а не здобувати їх. Але це право пов'язане з економічними та іншими можливостями держави й без виділення необхідних коштів не реалізується.

Право на соціальне забезпечення закріплено в основних законах більшості держав континентальної Європи, зокрема, Азербайджану (п. 1 ст. 38), Албанії (п. 1 ст. 52), Вірменії (ст. 37), Італії (ч. 1 ст. 38), Латвії (ст. 109), Молдови (ст. 47), Нідерландів (п. 2 ст. 20), Польщі (ч. 1 ст. 67), Португалії (п. 1 ст. 63), Словаччини (п. 1 ст. 39), Туреччини (ст. 60), Угорщини (п. 1 § 70/Е), Фінляндії (ч. 1 § 19), Хорватії (ч. 1 ст. 53), Чехії (п. 1 ст. 30 Хартії основних прав і свобод), Чорногорії (ч. 1 ст. 67) та Франції (п. 9 Преамбули 1946 р.). Наприклад, у п. 1 ст. 63 Конституції Португалії проголошується, що «всі мають право на соціальне забезпечення» [5, с. 538]. І тільки чотири країни на конституційному рівні (Македонія, Румунія, Сербія, Словенія) закріпили термін «захист».

Слід зазначити, що серед науковців немає єдиної думки щодо змісту поняття «соціальний захист» як правової категорії та його співвідношення з поняттям «соціальне забезпечення». Так, за визначенням Н.Б. Болотіної, «соціальний захист» і «соціальне забезпечення» – різні за змістом і цілями поняття [12, с. 51], а Н.М. Стаховська звертає увагу на те, «що й сам законодавець, застосовуючи його (поняття «соціальний захист» – прим. авт.) у численних нормативно-правових актах, не до кінця визначився в його значенні та конкретному змісті. Ще важче це зробити науковцю, який не був ініціатором запровадження в правовий лексикон категорії «соціальний захист» [11, с. 57]. Крім того, законодавча практика України склалася так, що термін «соціальний захист» застосовується щодо окремих категорій населення – ветеранів війни, інвалідів, громадян, які постраждали від Чорнобильської катастрофи, політичних репресій тощо. Тобто, ідеться про додаткове забезпечення цих осіб понад загальний рівень, у зв'язку з тим, що вони зазнали соціальних ризиків особливого роду, таких, котрих у звичайних умовах людина не зазнає.

З огляду на викладене, ми вважаємо, що закріплення в конституційній нормі терміна «соціальний захист» не є вдалим для позначення правової категорії, оскільки він позбавлений конкретного змісту. Тому пропонуємо словосполучення «соціальний захист, що включає право на забезпечення» виключити з тексту ч. 1 ст. 46 Конституції України, замість якого включити термін «соціальне забезпечення», якого буде достатньо для охоплення всіх його форм і видів і яке, за словами П.М. Рабіновича та О.З. Панкевича, «є більш вдалим, ніж «соціальний захист» ... та більш привабливим» [13, с. 105]. На доцільність застосування саме терміна «соціальне забезпечення» вказує і Н.Б. Болотіна [14, с. 38].

У ч. 1 ст. 46 Основного Закону України також закріплені юридичні підстави, за наявності яких у людини виникає потреба в соціальному забезпеченні, а саме: у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття та старості, які, згідно з міжнародними соціальними стандартами, належать до соціальних ризиків. Але цей перелік не є вичерпним, тобто законодавством можуть бути передбачені й інші обставини як підстава для соціального забезпечення. Із соціальними ризиками може зіштовхнутися кожна людина як член громадянського суспільства, вони зумовлені її біологічною, фізіологічною та соціальною природою, мають загальний характер і зазвичай передбачувані й люди зазнають їх вплив у певний час і за певних обставин. Соціальні ризики настають незалежно від волі людини, не можуть бути нею усунені самостійно та потребують адекватного реагування з боку суспільства й держави. Перелік цих ризиків, котрі на конституційному рівні визнаються державою, у кожній конкретній країні має свої відмінності.

Аналіз положень конституцій європейських держав свідчить про те, що в них, як правило, закріплені такі соціальні ризики, як непрацездатність, хвороба, інвалідність, старість, втрата годувальника й безробіття з незалежних від людини обставин. При цьому варто звернути увагу на застосування в них різних термінів одного спрямування, зокрема: термін «хвороба» вживається в конституції Швейцарії (п. 2 ст. 41); термін «інвалідність» – у конституціях Греції (п. 2, 3 ст. 21), Македонії (ч. 3 ст. 35), Сербії (ч. 4 ст. 69), Туреччини (ч. ч. 1, 2 ст. 61), Хорватії (ч. 2 ст. 57), Чорногорії (ст. 67); разом обидва терміни – у конституціях Вірменії (ст. 37), Італії (ч. 2 ст. 38), Литви (ст. 52), Молдови (п. 2 ст. 47), Монако (ст. 26), Польщі (ч. 1 ст. 67), Росії (п. 1 ст. 39), Угорщини (п. 1 § 70/Е), Фінляндії (ч. 2 § 19). У Конституції Сербії (ч. ч. 3, 4 ст. 69) закріплено термін «тимчасова втрата працездатності»; у конституціях Албанії (п. 1 ст. 52), Естонії (ч. 1 ст. 28), Латвії (ст. 109), Македонії (ч. 2 ст. 35), Словаччини (п. 1 ст. 39), Хорватії (ч. 1 ст. 57) – «втрата працездатності»; України (ч. 1 ст. 46) – «повна, часткова або тимчасова втрата працездатності»; Португалії (п. 3 ст. 63) та Чехії (п. 1 ст. 30 Хартії основних прав і свобод) застосовуються терміни «втрата працездатності» й «хвороба»; Азербайджані (п. 3 ст. 38) та Білорусі (ст. 47) – усі три терміни: «втрата працездатності», «хвороба» й «інвалідність». Але слід зауважити, що поняття «втрата працездатності» охоплює поняття «хвороба» (тимчасова втрата працездатності) та поняття «інвалідність» (повна чи тимчасова втрата працездатності). І тому не логічно закріплювати в одній конституційній нормі кілька понять, одне з яких є складовою іншого поняття. Також не доцільно встановлювати в ч. 1 ст. 46 Конституції України вичерпний перелік видів непрацездатності громадян. Такий висновок напрашується у зв'язку з тим, що ні в міжнародно-правових актах, ні в жодній конституції європейських держав відсутній такий перелік.

Конституцією України закріплено право на соціальне забезпечення також у старості. Такий термін вживається і в конституційних нормах Білорусі, Вірменії, Греції, Естонії, Іспанії, Італії, Латвії, Молдови, Монако, Португалії, Словаччини, Угорщини, Швейцарії, а в конституціях Болгарії й Туреччини – «похилого віку». При цьому вітчизняний законодавець, застосовуючи конституційне поняття «старості», насамперед мав на увазі призначення громадянам, що досягли встановленого законом пенсійного віку, трудової чи соціальної пенсії. Але термін «у старості» належить не

до юридичних термінів, а до медико-біологічних. Згідно з Великим тлумачним словником сучасної української мови, він означає «період життя, що настає після зрілості й характеризується поступовим послабленням діяльності організму; похилий вік когось-небудь ...» [15, с. 1189]. Як вважає С.М. Сивак, «старість – це природний стан організму, зумовлений його фізіологічним, біологічним, психологічним розвитком. А пенсійний вік – це встановлений законодавством соціальний ризик, з яким держава пов'язує виникнення права особи на пенсію» [16, с. 72]. На нашу думку, у ч. 1 ст. 46 Конституції України більш прийнятним буде, замість терміна «у старості», застосовувати термін «після досягнення пенсійного віку», як це зробили законодавці деяких європейських країн. Так, в основних законах Азербайджану (п. 3 ст. 38), Албанії (п. 1 ст. 52), Росії (п. 1 ст. 39), Фінляндії (ч. 2 § 19) закріплено термін «досягнення віку», а в Литві (ст. 52), Польщі (ч. 1 ст. 67) та Румунії (п. 2 ст. 43) – «досягнення пенсійного віку». Наприклад, у ч. 1 ст. 67 Конституції Польщі проголошено, що «громадянин має право на соціальне забезпечення в разі непрацездатності через хворобу або інвалідність, а також після досягнення пенсійного віку ...» [17].

У ч. 2 ст. 46 Конституції України передбачено гарантії соціального забезпечення через визначення фінансових джерел (загальнообов'язкове державне соціальне страхування, бюджетні й інші джерела) і створення мережі державних, комунальних, приватних закладів для догляду за непрацездатними (перший блок гарантій). Тобто, вітчизняний законодавець на конституційному рівні визначив не тільки коло суб'єктів соціального страхування, а й джерела фінансування, з яких проводиться це забезпечення, а також установив перелік закладів, яким надано право догляду за непрацездатними.

Термін «соціальне страхування» закріплено в конституціях Андорри (ст. 30), Бельгії (п. 2 ст. 23), Болгарії (п. 1 ст. 51), Греції (п. 4 ст. 22), Іспанії (ст. 41), Македонії (ст. 34), Сан-Марино (ст. 9), Сербії (ч. 5 ст. 69), Словенії (ч. 2 ст. 50), Угорщини (п. 2 § 70/Е), Хорватії (ч. 1 ст. 56) та Чорногорії (ч. 1 ст. 67). Основною ознакою цього терміна є діяльність щодо створення спеціальних страхових фондів із застосуванням страхового методу – унесення обов'язкових платежів (страхових внесків) працюючими й роботодавцями для цільового використання цих коштів на соціальне забезпечення. Але в жодній із зазначених конституційних норм відсутній перелік суб'єктів і джерел соціального забезпечення та перелік закладів за догляду за непрацездатними. Водночас у деяких країнах на конституційному рівні закріплені положення, які побудовані на принципі турботи держави про соціально незахищених членів суспільства, а також благодійності. Наприклад, у п. V ст. 38 Конституції Азербайджану зазначено, що «держава створює можливості для розвитку благодійної діяльності, добровільного соціального страхування та інших форм соціального забезпечення» [18], у п. 2 ст. 39 Конституції Російської Федерації визначено, що «заохочується добровільне соціальне страхування, створення додаткових форм соціального забезпечення та благодійності» [19], у ч. 2 ст. 28 Конституції Естонії – «держава заохочує добровільне піклування та піклування, яке здійснюється самоврядуваннями» [3], у ст. 41 Конституції Іспанії – «додаткові послуги та допомога здійснюється на добровільній основі» [5, с. 380], у ч. 5 ст. 38 Конституції Італії – «приватна благодійність вільна» [5, с. 429].

З огляду на зарубіжний досвід, доцільно ч. 2 ст. 46 Конституції України переформулювати й викласти так: «Це право

гарантується загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням і створенням мережі закладів для соціального обслуговування непрацездатних. Заохочується добровільне соціальне страхування, створення додаткових форм соціального забезпечення та благодійна допомога непрацездатним».

Другий блок гарантій закріплено в ч. 3 ст. 46 Конституції України, де забезпечення мінімальних соціальних гарантій непрацездатних здійснюється через запровадження такого соціального стандарту, як прожитковий мінімум. Цей стандарт є кількісним критерієм мінімально допустимого рівня життя громадян, знижувати нижче за який держава не може. Про рівень життя нижче за встановлений мінімум також ідеться в ст. 50 Конституції Іспанії; про відповідні життєві потреби трудящих – у ч. 2 ст. 38 Конституції Італії й ст. 57 Конституції Хорватії; про належний рівень життя – у п. 1 ст. 47 Конституції Молдови та в п. 1 ст. 43 Конституції Румунії; про основні умови існування – у п. 2 ст. 39 Конституції Словаччини й п. 2 ст. 30 Хартії основних прав і свобод Конституції Чехії; про гідне життя людини – у ч. 2 § 19 Конституції Фінляндії. І тому використання в тексті аналізованого положення такого показника, як прожитковий мінімум, є виправданим.

Відомо, що соціальне забезпечення здійснюється через грошові виплати у двох основних формах: пенсій і матеріальної допомоги. Але під час дослідження змісту ч. 3 ст. 46 Конституції України постає принаймні три питання: 1) що вважається «основним джерелом існування»?; 2) чому пенсії, інші види соціальних виплат і допомоги, що є основним джерелом існування, мають бути встановлені не нижче за прожитковий мінімум?; 3) а якщо пенсії, інші види соціальних виплат і допомоги не є основним джерелом існування, тоді за логікою законодавця виходить, що встановлювати цей мінімум не обов'язково? Ми вважаємо, що закріплювати в конституційній нормі формулювання «пенсії, інші види соціальних виплат та допомоги, що є основним джерелом існування» не потрібно. На наш погляд, аналізовану норму слід викласти в редакції, яку запропонував П.М. Рабінович до ст.48 Конституції України, а саме: «Це право забезпечується встановленням мінімального розміру пенсії, інших видів соціальних виплат і допомоги, а також заробітної плати, не нижчого ніж прожитковий мінімум, визначений законом» [9, с. 57]. При цьому словосполучення «а також заробітної плати» необхідно виключити із запропонованого тексту у зв'язку з тим, що в цьому разі воно дублює ч. 4 ст. 43 Основного Закону України.

Майже в кожній третій європейській державі законодавець на конституційному рівні виділяє певні категорії громадян, яким, порівняно із загальним колом осіб, котрі мають право на соціальне забезпечення, надається особливий правовий статус і додаткові пільги та види соціального забезпечення. Це насамперед такі категорії громадян, як ветерани війни й ветерани праці (ст. 47 Конституції Білорусі, ч. 3 ст. 50 Конституції Словенії); інваліди (п. 5 ст. 51 Конституції Болгарії, п. 2 ст. 21 Конституції Греції, ч. 3 ст. 28 Конституції Естонії, ч. 3 ст. 35 Конституції Македонії, п. 1 ст. 51 Конституції Молдови, п. 2 ст. 71 Конституції Португалії, ч. 4 ст. 69 Конституції Сербії, ч. 2 ст. 61 Конституції Туреччини, ч. 2 ст.57 Конституції Хорватії, ст. 68 Конституції Чорногорії), особи з фізичними, розумовими та психічними відхиленнями (п. 4 ст. 51 Конституції Болгарії, ч. 3 ст. 28 Конституції Естонії, ст. 51 Конституції Молдови) тощо. Тобто, ці норми спрямовані на формування в суспільстві гуманного, шанобливого ставлення до зазначених категорій громадян, а також гарантування їм рівних з іншими

громадянами можливостей для участі в політичній, економічній і соціальній сферах, створення сприятливих умов для повноцінного способу життя. Наприклад, у п. 2 ст. 21 Конституції Греції зазначено, що «багатодітні сім'ї, інваліди війни та мирного часу, жертви війни, удови та сироти загиблих на війні, а також хворі, які страждають невилковними фізичними чи психічними хворобами, мають право на особливу турботу держави» [5, с. 253].

З урахуванням зарубіжного досвіду, з метою виконання вимог Європейської соціальної хартії (переглянутої), ратифікованої Верховною Радою України у 2006 р., пропонуємо чинну ст. 46 Конституції України доповнити додатковим положенням (частиною 4), виклавши її так: «Держава виявляє особливу турботу стосовно ветеранів війни, праці та інвалідів, уживає заходів щодо забезпечення їхньої соціальної та професійної інтеграції, участі в суспільному житті».

**Висновки.** Отже, підсумовуючи викладене, можна стверджувати, що право на соціальне забезпечення – одне з найважливіших соціальних прав, яке безпосередньо залежить від економічного розвитку країни й ресурсів суспільства та тісно пов'язано з правами на працю, житло, медичну допомогу тощо. Тому його забезпечення й захист набуває все більшого значення та зумовлює нагальну потребу теоретичного переосмислення змісту права, закріпленого в ст. 46 Конституції України.

Враховуючи те, що наша держава є учасницею Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права, у зв'язку з чим вона зобов'язана застосовувати його положення в національному законодавстві, а також європейський досвід щодо регулювання на конституційному рівні права на соціальне забезпечення ми пропонуємо чинну ст. 46 Конституції України викласти в новій редакції: «Кожен має право на соціальне забезпечення після досягнення пенсійного віку, у разі втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від нього обставин та в інших випадках, передбачених законом».

Це право гарантується загальнообов'язковим державним страхуванням і створенням мережі закладів для соціального обслуговування непрацездатних. Заохочується добровільне соціальне страхування, створення додаткових форм соціального забезпечення та благодійна допомога непрацездатним.

Це право забезпечується встановленням мінімального розміру пенсії, інших видів соціальних виплат і допомоги, не нижчого ніж прожитковий мінімум, визначений законом.

Держава виявляє особливу турботу стосовно ветеранів війни, праці й інвалідів, уживає заходів щодо забезпечення їхньої соціальної та професійної інтеграції, участі в суспільному житті».

#### Список використаної літератури

1. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Конституція Князівства Андорра від 14 березня 1993 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua/LIBRARY/catalog/aconst2.htm>.
3. Конституція Естонської Республіки 28 червня 1992 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.uznal.org/constitutions.php>.
4. Конституція Румунії від 21 листопада 1991 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.constitutions.ru/archives/184>.
5. Конституции государств Европейского Союза / под общ. ред. Л.А. Окунькова. – М. : ИНФРА-М-НОРМА, 1997. – 816 с.

6. Конституція Республіки Хорватія від 22 грудня 1990 р., у редакції від 9 листопада 2000 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://constitutions.ru/archives/195>.
7. Основний Закон Фінляндії від 11 червня 1999 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.constitutions.ru/archives>.
8. Права людини : міжнародні договори Організації Об'єднаних Націй та Ради Європи / упоряд. В. Павлик, В. Тесленко. – К. : Факт, 2001. – 152 с.
9. Рабінович П. Конституційні гарантії прав людини і громадянина : можливості модернізації в Україні / П. Рабінович // Право України, 2012. – № 8. – С. 50–59.
10. Конституція незалежної України : у 3 кн. / під заг. ред. С.П. Головатого. – К. : Українська Правнича Фундація, 1995. – Кн. 1 : Документи, коментарі, статті / упоряд. С.П. Головатий, Л.П. Юзьков. – 1995. – 398 с.
11. Стаховська Н. Соціальне забезпечення чи захист? / Н. Стаховська // Предпринимательство, хозяйство и право. – 2000. – № 8. – С. 54–57.
12. Болотіна Н. Концепція кодифікації законодавства України про соціальне забезпечення / Н. Болотіна // Право України. – 1996. – № 7. – С. 51–53.
13. Рабінович П. Соціальне право : деякі питання загальної теорії / П. Рабінович, О. Панкевич // Право України. – 2003. – № 1. – С. 104–107.
14. Болотіна Н. Право людини на соціальне забезпечення в Україні : проблеми термінів і понять / Н. Болотіна // Право України. – 2000. – № 4. – С. 35–39.
15. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К. : Ірпень : ВТФ «Перун», 2001. – 1440 с.
16. Сивак С. Конституційні гарантії права на пенсійне забезпечення і пенсійна реформа / С. Сивак // Право України. – 1997. – № 12. – С. 70–74.
17. Конституція Республіки Польща від 2 квітня 1997 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://sejm.gov.pl/prawo/konst/rosyjski/kon1.htm>.
18. Конституція Азербайджанської Республіки від 12 листопада 1995 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://tjintel.narod.ru/CISLegislation>.
19. Конституція Російської Федерації від 12 грудня 1993 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.uznal.org/constitutions.php>.

УДК 342.1 (477) : 323.171

## ПРИНЦИП УНИТАРИЗМА КАК ФОРМА ГОСУДАРСТВЕННОГО ЕДИНСТВА И БАЗОВАЯ ЦЕННОСТЬ КОНСТИТУЦИОННОГО СТРОЯ УКРАИНЫ

Александр КУШНИРЕНКО,  
доцент кафедры конституционного права Украины  
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

### SUMMARY

The paper studies the unitary form of the territorial structure of Ukraine, highlights the difference between unitary and federal states, advantages and disadvantages of each of these forms. On the basis of the collected empirical material, given the difficult internal situation related to the annexation by the Russian Federation of the Autonomous Republic of Crimea and the city with the special status of Sevastopol, separatist movement in Eastern Ukraine, the need of the principle of unitarianism fixed in the Constitution of Ukraine as a special value of the constitutional order, capable of keeping the unity of Ukraine, is argued.

**Key words:** territorial structure, unitarianism, federal state, decentralization, constitutional order.

### АННОТАЦИЯ

Исследуется унитарная форма территориального устройства Украины. Освещается отличие унитарных государств от федеративных, недостатки и преимущества каждой из этих форм. На основе собранного эмпирического материала аргументируется с учётом непростой внутренней ситуации, связанной с аннексией Российской Федерацией Автономной Республики Крым и города со специальным статусом Севастополя, сепаратистским движением на Востоке Украины, необходимость сохранения закрепленного в Конституции Украины принципа унитаризма как особой ценности конституционного строя, способной сохранить соборность Украины.

**Ключевые слова:** территориальное устройство, унитаризм, федеративное государство, децентрализация, конституционный строй.

**Постановка проблемы.** Форма государственного устройства как один из элементов формы государства отражает способ административно-территориальной организации государства, деление его на составные части и распределение власти между ними, а также между этими составными частями и самим государством. Сегодня существующие в мире государства подразделяются на унитарные и федеративные, причем из более чем 220 государств приблизительно 170 свойственна унитарная форма политико-территориальной организации. Такое многообразие и множественность унитарной формы территориального устройства государств вызывает необходимость структуризации научных знаний о них.

**Состояние исследования.** Проблема унитарной формы государственного устройства неоднократно становилась предметом научных исследований целого ряда известных зарубежных и украинских учёных [1]. Их общетеоретические исследования, безусловно, имеют большую научную ценность, но в то же время среди учёных нет, и это естественно, единого мнения относительно проблемы формы государственного устройства, а также единых критериев классификации как унитарных, так и федеративных государств.

Вышеизложенное даёт основание полагать, что исследование проблемы государственного устройства по-прежнему является актуальным, особенно для Украины, в контексте тех тревожных событий, которые в последнее время происходят в государстве.

**Изложение основного материала.** Следует отметить, что в Конституции Украины имеются специальные разделы, посвященные территориальному устройству, а также Автономной Республике Крым, которые, как представляется, развивают конституционный принцип унитаризма, который по праву является одной из базовых ценностей

конституционного строя нашего государства. Принцип унитарного характера Украины находит свое конституционное проявление в том, что территориальное устройство Украины базируется на основах единства и целостности государственной территории; сочетания централизации и децентрализации в осуществлении государственной власти; сбалансированности и социально-экономического развития регионов с учетом их исторических, экономических, экологических, географических и демографических особенностей, этнических и культурных традиций. Именно на этих конституционных принципах основывается территориальное устройство Украины как унитарного государства.

В отечественном конституционном праве институт территориального устройства получил свое название в Конституции Украины 1937 года, в которой имелась глава «Государственное устройство», а в Конституции 1978 года глава называлась «Национально-государственное устройство». В настоящее время применяется термин «территориальное устройство». Основной Закон Украины закрепляет систему административно-территориального устройства, которая включает в себя Автономную Республику Крым, области, районы, города, районы в городах, поселки и села. Дается название и перечисляются все существующие в Украине области (их 24), а также имеющие специальный статус, определенный законами, города Киев и Севастополь.

Предметом исследования данной статьи является унитарная форма территориального устройства государства. Объясняется это тем, что, согласно ч. 2 ст. 2 Основного Закона Украины, наше государство является унитарным. Унитарное государство (от лат. *unitas* – единство) – это простое единое государство, которое состоит из административно-территориальных единиц, не имеющих суверенитета (областей, провинций и т. д.).

Унитарная форма государства, как правило, закреплена в конституциях государств. В частности, Конституция КНР 1982 г. провозглашает Китайскую Народную Республику единым многонациональным государством, которое было создано усилиями народов различных национальностей всего государства, а автономия представляется национальным меньшинствам, постоянно проживающим на ее территории [2]. Конституция Болгарии 1991 г., на территории которой проживают национальные меньшинства, прежде всего турки, закрепляет положение о недопустимости создания в государстве территориальной автономии [3].

В то же время многие конституции зарубежных государств непосредственно не закрепляют унитарную форму государственного устройства, например, Конституция Великобритании, и в этом смысле унитаризм в таких государствах вряд ли возможно рассматривать как конституционный принцип.

Существование и развитие унитарного государства тесно взаимосвязаны с функционированием центральных и местных органов власти. Функциональная деятельность данных органов практически охватывает все направления и стороны жизни общества и государства. В связи с этим нелегко обнаружить критерий, который был бы универсальным для классификации унитарных государств. Необходимость же поиска такого критерия (или критериев) важна в связи с необходимостью изучения многообразия унитарных государств, для раскрытия содержательного наполнения формы того или иного вида унитарного государства. Все это дает возможность исследовать и понять как позитивные, так и негативные стороны существования унитарного государства и, по большому счету, понять пути наиболее эффективного функционирования унитарного государства вообще и Украины в частности, особенно в связи с теми непростыми вызовами, которые поставили перед государством и обществом современные реалии.

На счет таких критериев в науке нет единого мнения. Некоторые ученые утверждают, что в зависимости от характера государственных образований унитарные государства подразделяют на централизованные (административно-территориальные единицы имеют равный статус) и децентрализованные (административно-территориальные единицы обладают определенными преимуществами в области самоуправления, зафиксированные конституциями) [4].

Известный ученый О.В. Фрицкий унитарные государства подразделяет на централизованные, относительно децентрализованные и децентрализованные. По его мнению, централизованные унитарные государства не имеют автономии, а функции власти на местах осуществляют назначенные чиновники. В относительно децентрализованных унитарных государствах наряду с назначаемыми центром чиновниками действуют избираемые соответствующей территориальной громадой муниципальные органы. У децентрализованных унитарных государств существует конституционное распределение полномочий между центральной властью и территориальными единицами, местное самоуправление осуществляют выборные органы местных административных единиц, поскольку здесь нет чиновников, назначаемых правительством [5].

Существуют и другие мнения ученых относительно классификации унитарных государств на виды, иногда и очень оригинальных. В частности, В.Ф. Мелашенко и В.В. Молдован утверждают, что унитарные государства отличаются между собой уровнем централизации, которая выступает в двух формах: бюрократической и демократической [6].

Вышеупомянутые и иные научные мысли ученых, безусловно, имеют право на существование и, по большому счету, они дают возможность более глубоко осмыслить проблему развития унитарного государства. Не анализируя позитивные, иногда негативные, а в чем-то и спорные положения их научных позиций по данному вопросу, хотели бы остановиться на позиции, которая нам наиболее импонирует. Мы также считаем, что наиболее удачной является классификация унитарных государств на централизованные, относительно децентрализованные и децентрализованные. В то же время убеждены, что теоретические выводы относительно осуществления классификации унитарных государств должны основываться не только на утвердившихся в юриспруденции доктринальных постулатах, но и на тех достижениях, которые реально имеют место в практическом государственном строительстве. С этой точки зрения хотелось бы всячески поддержать мнение В.В. Мищука в том, что именно такой подход способствует осуществлению научного поиска в контексте неразрывной взаимосвязи теории и практики [7].

Действительно, процесс исследования различных видов унитарных государств должен основываться на четкой методологической базе, что дает возможность анализировать правоотношения как в сфере взаимосвязи государственных и местных органов власти, так и их видовую зависимость друг от друга. Все это должно позволить определить основные тенденции, имеющие сегодня место в государственном строительстве.

Анализ соответствующего законодательства, а также научных трудов ученых, которые занимались и продолжают заниматься проблемами унитаризма, приводит к мысли, что в основу классификации унитарных государств все-таки следует положить централизацию государственного управления, тем более что большинство ученых именно ее взяли за основу классификации, применяя при этом разные варианты наименования этого критерия. И об этом уже говорилось ранее.

Анализ видовых признаков унитарных государств позволяет сформулировать, как минимум, два важных положения. Первое состоит в том, что количество централизованных унитарных государств постепенно и постоянно уменьшается. На сегодня их существует наименьшее количество (Тунис, Чад, Монголия, Индонезия, Судан, Нигерия и другие). Анализ конституционного законодательства зарубежных государств показывает тенденцию к децентрализации государственного управления, особенно в так называемых государствах «третьего мира»

Второй вывод, на наш взгляд, состоит в том, что все-таки достаточно трудно определить централизованные и децентрализованные унитарные государства в «чистом виде», то есть чисто на теоретическом уровне. И те и другие содержат в себе такие признаки, которые по своему содержательному наполнению свойственны относительно децентрализованным унитарным государствам. В связи с этим мы придерживаемся позиции, что относительно децентрализованных унитарных государств в количественном исчислении существует наибольшее число, которое постоянно увеличивается.

Как правильно отмечалось в литературе [7, с. 51], важным моментом, имеющим безусловное влияние на формирование той или иной разновидности унитарного государства, есть порядок формирования административно-территориальных единиц. На доктринальном уровне выделяют два основных пути их формирования – неестественный (искусственный) и естественный (исторический).

Искусственный путь формирования административно-территориальных единиц состоит в том, что они создаются с помощью нормативно-правовых актов государства, которое, руководствуясь определенными обстоятельствами, осуществляет деление государства на определенные территориальные единицы.

Естественный же путь формирования административно-территориальных единиц не случайно называется еще историческим путем. Считается, что первоосновой создания таких административно-территориальных единиц выступают небольшие поселения людей, которые со временем превратились в населенные пункты. В таких поселениях наиболее важные вопросы решали наилучшие представители общины, и в дальнейшем это привело к практике создания и функционирования выборных органов местного самоуправления во главе с бургомистром, мэром, председателем и т. д.

Анализируя практику создания административно-территориальных единиц в Украине, особенно за последние сто лет, можно сделать вывод, что государство в силу объективных и субъективных факторов во многом пошло по искусственному пути создания таких единиц.

Украина, как уже отмечалось, согласно Конституции, является унитарным государством. На всей ее территории действует единая Конституция; функционирует единая система высших органов государственной власти и управления, юрисдикция которых распространяется на всю территорию; действует единая система судебного и конституционного контроля; правосудие осуществляется в рамках централизованной системы на основании единых норм материального и процессуального права; территория государства делится на обычные административно-территориальные единицы и т. д.

В настоящее время в Украине существуют все внешние атрибуты и институты демократической унитарной республики – Верховная Рада Украины, Кабинет Министров Украины, глава государства, проводятся референдумы и выборы Президента Украины, парламента, избираются гражданами органы местного самоуправления и председатели населенных пунктов, существует многопартийная система, гражданам гарантируются свобода слова, массовые манифестации и другие признаки, характерные для демократических государств.

В составе Украины имеется автономное образование в виде Автономной Республики Крым, которая в марте 2014 года вместе с городом со специальным статусом Севастополь была аннексирована Российской Федерацией. Не вникая глубоко в суть этой, безусловно, чрезвычайно сложной проблемы, которая в будущем может еще больше усугубиться, тем не менее, подчеркнем, что наличие в Украине автономии никоим образом не ставит под сомнение унитарный характер украинского государства. Вне всякого сомнения, Украина является унитарным государством, причем с относительно децентрализованным государственным управлением. Подтверждением такого вывода является не только наличие в составе Украины Автономной Республики Крым, но и то, что на местном уровне власть осуществляют как органы местного самоуправления и их должностные лица, так и назначаемые центральными органами власти чиновники. Так, например, органы местного самоуправления – сельские, поселковые и городские советы представляют интересы территориальных громад сел, поселков и городов, а районные и областные советы представляют общие интересы территориальных громад

районов и областей. Все советы, как и сельский, поселковый и городской головы, избираются гражданами Украины сроком на пять лет на основе общепризнанных принципов избирательного права. В сельских районах и областях, а также в Киеве и Севастополе существует государственная исполнительная власть, которую возглавляют главы этих государственных администраций. Главы государственных администраций по представлению Кабинета Министров Украины назначаются на свои должности Президентом Украины. Таким образом, как уже отмечалось выше, имеет место классический пример так называемого «двоевластия», а, следовательно, и относительной децентрализации государственного управления.

Хотелось бы также обратить внимание на то, что сегодня украинское общество оказалось в состоянии своеобразного «межцивилизационного перехода», когда широкое толкование демократии, свободы и других базовых ценностей конституционного строя, как нам представляется, уже начинают угрожать как безопасности самого человека, так и всему обществу. В этих условиях обществу необходимо предложить идею, которая смогла бы объединить его. Это необходимо сделать хотя бы потому, что властная политическая элита вряд ли сможет найти поддержку народа, если не сможет в сжатые сроки реализовать задекларированные реформы в сфере экономики, пенсионного обеспечения, жилищно-коммунального хозяйства, охраны здоровья и многие другие. Среди реформ, которые предполагается начать в ближайшее время, очень важной является административно-территориальная реформа. Безусловно, ее необходимо проводить, но не очень поспешно и одновременно с другими, поскольку она должна быть подготовлена должным образом. Представляется, что такая реформа должна осуществляться с учетом закрепленной в ч. 2 ст. 2 Конституции Украины императивной нормы об унитарном характере государственного устройства Украины.

Вопросы относительно государственного устройства Украины представляют особую актуальность и вызывают определенную тревогу, поскольку они возникают на почве разного уровня социально-экономического развития административно-территориальных единиц, региональных особенностей, религии, менталитета и других особенностей людей. Влияние регионов на происходящие политические и социально-экономические процессы возрастает. В Украине также существуют достаточно сильные и влияющие политические партии, которые представляют интересы тех или иных регионов, а это в будущем может привести к еще большему распространению идей федерализма. На сегодня, по существу, политические силы раскололись на два лагеря: первые отстаивают принцип унитарности, а другие являются сторонниками федерализации.

Сторонники унитаризма основными аргументами в свою пользу считают, что к началу XXI столетия в мире существовало более 150 унитарных государств; возникшие перед Украиной проблемы могут быть значительно легче решены в условиях унитарной формы правления; Украина не имеет стабильных традиций федеративного устройства; Украина слишком долго шла к объединению всех своих земель, чтобы устанавливать внутренние границы. С их точки зрения, федерализация Украины приведет к дестабилизации политической ситуации в государстве, к международным конфликтам и, в конечном итоге, к расколу страны.

Сторонники федеративного устройства Украины на защиту своей концепции выдвигают такие аргументы. Они



доказывают, что в мире насчитывается не менее 50 федеративных государств и процесс федерализации продолжается; отсутствие гражданского общества может привести к установлению нового тоталитаризма, а децентрализация власти в рамках федерации могла бы стать определённой гарантией против этой опасности; жёсткая подчинённость местных органов власти центральному спровоцирует антиукраинские настроения в ряде регионов, особенно с учётом уровня жизни населения в соседних государствах; унитарное государство обуславливает прямую подчинённость местных органов власти центру, который будет жертвовать интересами отдельных регионов в пользу большинства населения Украины, что не исключает желания перейти под юрисдикцию соседних государств или же создать отдельное государство. По существу, сторонники федерализма в Украине одной из главных опасностей к единству Украины считают тенденцию к жестокой унитаризации государства.

В этих условиях, а также с учётом того, что Украина слишком разнообразна и очень большая по территории, мы придерживаемся мнения, что принцип унитаризма, как базовая ценность конституционного строя, должен оставаться неизменным и быть предметом научного исследования.

Впрочем, идея федерализма неоднократно высказывалась и в Украине. Например, Николай Костомаров в своих «Мыслях о федеративном начале древней Руси» высказывался о необходимости децентрализации государства и установлении федеративных основ в отношениях между народами России. Он считал, что славян объединяет происхождение, быт, язык, единый княжий род, христианская вера и единая церковь, и всё это может быть основанием для союза суверенных государств.

За федерацию выступал также Михаил Драгоманов, который считал, что федеративное государство может быть создано в результате децентрализации управления государства. Он предлагал разделить Украину на 20 земель, выделив Киевскую, Харьковскую, Полтавскую и другие области.

В двадцатые годы XX столетия была предпринята попытка создать в качестве федерации и Советский Союз, но принцип федерализма в последующем был низведен до обычного унитаризма.

Хотим также напомнить, что, когда в 1991 году Украина получила государственную независимость, неоднократно звучали призывы о необходимости введения в Украине федеративно-земельного устройства [8].

При этом выделялось, как правило, 9 исторических и экономических регионов: Донецкий (Донецкая и Луганская области); Приднепровский (Днепропетровская и Запорожские области); Северо-Восточный (Полтавская, Сумская и Харьковская области); Центрально-Полесский (Житомирская, Киевская, Черниговская области); Причерноморский (Автономная Республика Крым, Николаевская, Херсонская и Одесская области); Карпатский (Закарпатская, Ивано-Франковская, Львовская и Волынская области); Подольский (Тернопольская, Хмельницкая и Винницкая области); Центральный (Черкасская и Кировоградская области); Волынский (Волынская и Ровенская области).

Следует отметить, что, отстаивая украинский федерализм, его сторонники упор делают на необходимости предоставить регионам более широкие полномочия и самостоятельность (за исключением права выхода из состава Украины), ограничив власть центра, что, по их мнению, должно оказать стимулирующее влияние на все процессы

жизнедеятельности общества. И вот здесь мы согласны с С.Г. Рябовым в том, что все эти вопросы могут быть решены и в условиях унитарного государства [9].

Действительно, в данном случае за проблему государственного устройства выдаются вопросы административно-территориального деления и принципов подчинённости органов управления различных звеньев.

Как ни прискорбно это признавать, но Украина, в связи с часто безответственными и масштабными социальными экспериментами с непредвиденными и большей частью негативными последствиями, оказалась в довольно сложной ситуации. Конечно же, можно согласиться с тем, что властные полномочия чрезвычайно централизованы и сконцентрированы в центральных органах государства, а соответствующий конституционный принцип о сочетании централизации и децентрализации государственной власти практически не реализуется. Но мы совсем не уверены в том, что смена территориального устройства на федеративный позволит автоматически избавиться от негативных особенностей этого явления. Более целесообразным представляется на практике осуществление децентрализацию государственной власти в пользу органов местного самоуправления, которые, обладая соответствующими источниками финансирования, смогут решать актуальные проблемы жителей.

Таким образом, все преимущества федерации, которые её сторонники пытаются обосновать свою позицию, можно достичь без изменения территориального устройства Украины.

**Выводы.** В завершении хотелось бы отметить, что не стоит изменять работающий (возможно, и недостаточно эффективный) механизм унитаризма ради создания нового, федеративного, которому в Украине ещё предстояло бы доказать свою эффективность. Не изменениями формы государственного устройства укрепляется демократия в государстве, обеспечивается суверенитет и независимость, а в том числе и стабильным экономическим развитием, которое в значительной степени уменьшает остроту социальных противоречий, а обеспечивать его необходимо как в унитарном, так и в федеративном государстве. Это тем более важно, что даже в некоторых федеративных государствах в последние десятилетия невооружённым взглядом наблюдается тенденция превращения их в унитарные. Причём этот процесс происходит без внесения соответствующих изменений в конституции. Наиболее ярким примером в этом отношении можно считать Федеративную Республику Германию и Российскую Федерацию. Относительно первой, то ещё в 1962 году немецкий юрист Конрад Хессе охарактеризовал Германию как «унитарную федерацию» [10]. По его мнению, причины унитаризации Германии кроются в том, что чрезвычайно сузилась сфера тех проблем, которые по своей природе могут решаться в пределах отдельной земли, а поэтому в ограниченных рамках одного субъекта Федерации реализация исконных задач земель представляется трудно разрешённой. Но наиболее весомой причиной он считал стремление Германии к построению социального государства, которое должно обеспечить одинаковый уровень жизни на всей территории страны независимо от экономической дифференциации регионов. А это требует централизованного правового регулирования, единого перераспределения материальных ценностей и так называемого выравнивания межрегиональных различий. Кроме того, на федерацию сместился и центр тяжести политической жизни государства.

В связи с безответственными масштабными экспериментами и большим количеством негативных последствий, Украина оказалась в достаточно трудной ситуации, особенно в контексте того сепаратистского течения, которое происходит в восточных регионах государства, и ультимативными требованиями отдельных политических сил и преступных группировок к государственной власти перейти на федеративную модель территориального устройства. Мы согласны с тем, что властные полномочия действительно сильно централизованы и сконцентрированы в центральных государственных органах, а соответствующий конституционный принцип о сочетании централизации и децентрализации власти практически не реализуется. Вместе с тем, уверены, что с учётом тех геополитических сложнейших процессов, которые сегодня происходят в государстве, нельзя переходить на федеративную модель государственного устройства. Более перспективным и жизненно необходимым представляется сохранение соборной унитарной Украины с широкой децентрализацией государственной власти в пользу органов местного самоуправления, возможно, даже с сохранением Автономной Республики Крым, после того, как Украина реально восстановит на данную составную часть своей территории государственный суверенитет.

#### Список использованной литературы

1. Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации : [учебное пособие для юрид. вузов и ф-тов] / М.В. Баглай. – М. : НОРМА-ИНФРА-М, 1998. – 752 с. ; Погорілко В.Ф. Конституційне право України : [підручник] / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко ; за заг. ред. В.Ф. Погорілка. – К. : Наукова думка; Прецедент, 2006. – 344 с. ; Погорілко В.Ф. Конституційне право України. Академічний курс : [підручник]: у 2 т. / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко ; за ред. В.Ф. Погорілка. – К. : Юридична думка, 2006. – Т. 1. 2006. – 544 с. ; Шаповал В.Н. Сравнительное конституционное право / В.Н. Шаповал. – К. : Княгиня Ольга, 2007. – 416 с. ; Шаповал В.М. Конституційне право зарубіжних країн : [підручник] / В.М. Шаповал. – К. : Юрінком Інтер, 2006 – 496 с. ; Шаповал В. Форма держави в конституційному праві / В. Шаповал // Вісник Конституційного Суду України. – 2003. – № 2. – С. 47–58 ; Шаповал В.М. Конституційне право зарубіжних країн. Академічний курс : [підручник] / В.М. Шаповал. – К., 2008. – 480 с.
2. Конституції зарубіжних країн : [навчальний посібник] / [В.О. Сergyгін, Ю.М. Коломієць, О.В. Маретян та ін.] ; за загальною ред. к. ю. н. В.О. Сergyгіна. – Х. : ФІНН, 2009. – С. 261.
3. Конституции государств Европы / под общей редакцией Л.А. Окунькова. – М. : НОРМА, 2001. – Т. 1. – 2001. – с. 394.
4. Загальна теорія держави і права : [підручник] / за ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришенка. – Х. : Право, 2009. – С. 112–113.
5. Фрицький О.В. Конституційне право України / О.В. Фрицький. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – С. 455.
6. Молдаван В.В. Конституційне право : [опорні конспекти] / В.В. Молдаван, В.Ф. Мелашенко. – К. : Юмана, 1996. – С. 259.
7. Міщук В.В. Види унітарних держав: проблеми класифікації / В.В. Міщук // Київ. ун-т права. – 2010. – № 3. – С. 48–52.
8. Костомаров Н. Мысли о федеративном начале в древней Руси / Н. Костомаров. – СПб. : Основа, 1861. – С. 38.
9. Драгоманов М.П. Вибране (“мій задум знайти історію цивілізації на Україні”) / М.П. Драгоманов. – К. : Либідь, 1991. – С. 688.
10. Hesse K. Grundzuge des Verfassungsrechts des Bundesrepublik Deutschland.-Heidelberg : C.F. – Muller Verlag, 1995. – S. 99.

УДК 342.1(477)

## ЩОДО ПИТАННЯ ОСНОВНИХ ЦІННОСТЕЙ КОНСТИТУЦІЙНОГО ЛАДУ УКРАЇНИ

Євген РЕНЬОВ,

аспірант кафедри конституційного права України  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

### SUMMARY

The paper analyzes the content and structure of the system of constitutional values of Ukraine, which is enshrined in the text of the Basic Law and covers a wide range of values – from one group concerning the person, citizen and civil society to another, which regulates the issue of the Ukrainian state, as well as government organizations. It also carefully explores the issue of the recognition of the person as the highest social value – it should be noted that in 18 years of functioning of the Basic Law the dominant position of the person, its life and health in the hierarchy of social values is reasonably questioned, and the idea of freedom, on the contrary, is the key achievement and further benchmark for all citizens of Ukraine.

**Key words:** constitutional order, principles of the constitutional order, main constitutional values, system of constitutional values, content and structure of the system of constitutional values.

### АНОТАЦІЯ

Аналізуються зміст та структура системи конституційних цінностей України, які закріплені в тексті Основного Закону та охоплюють широкий діапазон цінностей – від однієї групи, що стосується людини, громадянина та громадянського суспільства, до іншої, яка регулює питання української державності, а також організації влади. Ретельно досліджується питання визнання людини як найвищої соціальної цінності.

**Ключові слова:** конституційний лад, основи конституційного ладу, основні конституційні цінності, система конституційних цінностей, зміст та структура системи конституційних цінностей.

**Постановка проблеми.** Актуальність питань, пов'язаних з конституційним ладом, обумовлюється особливим ставленням законодавця до нього. Відповідно до ст. 5 Конституції України право визначати та змінювати конституційний лад належить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами. Це положення першого розділу Основного Закону ще раз підтверджується вже в 13 розділі, де в ст. 156 прописана ускладнена процедура внесення змін до 1, 3 та 13 розділів Конституції, яка вимагає затвердження змін всеукраїнським референдумом [1]. Таке шанобливе відношення законодавця до конституційного ладу спричинене тим, що він втілює у конституційно-правову практику цілу низку найвпливовіших цінностей, які у своїй сукупності і складають дороговказ до демократичного розвитку держави. Згадані цінності виступають в якості моральних та політико-правових ідей і принципів, на які законодавець спирався як під час становлення конституційного права нашої держави, так і зараз, коли іде активний процес реформування, вдосконалення вітчизняного законодавства.

**Мета статті.** Питання досліджували такі вчені, як Ф.В. Веніславський, О.Г. Кушніренко, Ю.М. Тодика, І.В. Яковюк та інші науковці. Попри те єдиної думки щодо змісту та структури системи цінностей досі немає, що спонукало нас у рамках дослідження узагальнити позиції різних вчених, звернувши усі погляди до однієї ціннісної картини.

**Виклад основного матеріалу.** Людству в цілому і кожному народу зокрема для забезпечення свого майбутнього потрібна морально-ціннісна, правова система координат. Пронизуючи суспільне буття і суспільну свідомість, правові цінності виступають своєрідним джерелом, «контрольними еталонами» мотивації вчинків людей. Охоплюючи усі сфери суспільного життя, система цінностей і відповідних їй принципів засновується на історичному досвіді

людства. Безумовно, цінності можуть змінюватися і при тому інколи радикально. Зміни історичних умов не можуть не позначатися на стані політичної і правової культури, які внаслідок цього зазнають еволюції. На зламі кожної з епох, переходу від однієї суспільно-економічної формації до іншої, від однієї моделі державності до другої спостерігається, з одного боку, нищівна критика системи цінностей, на якій була заснована попередня система (модель), а з другою – формулювання нових цінностей і принципів [2, с. 6].

Треба зазначити, що специфіка конституційних цінностей пов'язана з особливостями конституційного права як галузі права. З одного боку, будучи самостійною галуззю права, конституційне право має власний предмет і систему, з іншого – воно виконує системоутворюючу функцію по відношенню до галузевих систем правового регулювання, окреслюючи конституційні межі їх самостійності. Значення конституційних цінностей, які отримують своє відображення через систему конституційних принципів, виражається в тому, що вони детермінують законотворчий процес, закріплюють критерії конституційності норм права [3, с. 23].

О.Г. Кушніренко цілком справедливо вказує на те, що чинна Конституція України містить базові цінності конституційного ладу перш за все в 1 розділі «Загальні засади» [4, с. 15].

Для більш ґрунтовного дослідження цього питання можна також використати й такий підхід, коли базові цінності поділяються на дві групи: перша складає ті ідеї, що містяться в преамбулі Конституції, а друга – вже згадані положення першого та деяких інших її розділів.

Преамбула Основного Закону стисло визначає ті генеральні цілі, задля досягнення яких і приймається Конституція (забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя; зміцнення громадянської злагоди на землі України;

розвиток і зміцнення демократичної, соціальної, правової держави). Названі цілі визначають цінності, які посідають провідне місце в усій ієрархії суспільних цінностей, а тому слушно вважаються загальнолюдськими, загальноцивілізаційними. Будучи закріпленими в преамбулі Конституції України, вони становлять ціннісну основу як її самої, так і суспільного ладу загалом, визначають обличчя незалежної України [5, с. 5].

Зміст преамбули Основного Закону України дає змогу виокремити такі базові конституційні цінності: а) моральні (Конституція приймалася з усвідомленням відповідальності перед Богом, власною совістю, попередніми нинішнім та прийдешніми поколіннями); б) загальносоціальні (Конституція приймалася з піклуванням про зміцнення громадянської злагоди на землі України); в) ідеї демократії (Конституція прийнята від імені народу, є вираженням його суверенної волі; її прийнято з прагненням розвивати і зміцнювати демократичну державу); г) державно-правові та історичні (Конституцію прийнято на основі багатовікової історії українського державотворення і на основі здійсненого українською нацією, усім українським народом права на самовизначення та з метою розвитку і зміцнення правової держави); г) гуманістичні та цінності добробуту (Конституцію прийнято з турботою про забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя та з прагненням розвивати і зміцнювати соціальну державу) [6, с. 123–124].

Преамбула є орієнтиром у практичній діяльності державних органів і органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, посадових і службових осіб та громадян, визначає загальну лінію правотворчої діяльності, вказує стратегічний напрям конституційного і нормативно-правового регулювання в цілому. Положення преамбули в концентрованому вигляді виражають вихідні політико-правові ідеї, які пронизують весь зміст Конституції. Вона є єдиним, цілісним за своєю юридичною природою документом, а тому відривати преамбулу від основного змісту Конституції, а тим більше протиставляти йому юридичну природу преамбули, немає підстав [5, с. 6].

Переходячи до положень першого розділу Основного Закону, варто зазначити, що він має назву «Загальні засади». У різних державах розділи, що стосуються питання засад конституційного ладу, можуть мати дещо інші назви («Засади конституційного ладу» в Росії чи Вірменії, «Основні положення» у Грузії чи Естонії, «Загальні принципи» у Греції чи Іспанії), але предмет регулювання залишається незмінним. Фактично статті, які містяться в цьому розділі, виступають як загальна частина для інших розділів і норм Конституції.

До речі, висловлювалась досить слушна пропозиція назвати розділ I Конституції «Загальні засади конституційного ладу». Це не тільки б зняло питання про значення положень, викладених у розділі I чинної Конституції, а й дало б змогу більш чітко тлумачити і розуміти окремі положення цього розділу [7, с. 481].

Базові цінності, які містяться у нормах Конституції, можна поділити на такі групи:

- цінності конституційного ладу, що стосуються людини та громадянина, громадянського суспільства;
- цінності конституційного ладу, що стосуються української державності;
- цінності конституційного ладу, які відносяться до організації влади;
- цінності конституційного ладу, які відносяться до інших важливих сфер суспільного буття [4, с. 15].

Нормативно-юридичним фундаментом першої групи цінностей (цінності конституційного ладу, що стосуються людини та громадянина, громадянського суспільства) виступає ст. 3 Конституції України, у частині першій якої вказано: «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю» [1].

Таким чином, жодне інше явище не може шануватись суспільством вище, аніж людина, не може, так би мовити, перевершити її цінність. Усі інші соціальні цінності мають бути підпорядковані, субординовані саме цінності людини. Це суто філософське положення може набувати і значного практичного резонансу у випадку конкуренції цінностей: воно дає відповідні орієнтації державі, тим чи іншим осередкам суспільства, громадським організаціям, іншим суб'єктам (у тому числі й фізичним особам) при розв'язанні ціннісних колізій: не існує такої цінності, заради якої можна було б пожертвувати людиною [5, с. 19–20].

Більше того, визнання людини найвищою соціальною цінністю має не лише виключно певне корпоративне значення, тобто пов'язане із осередками, які об'єднують людей. Воно на сьогодні справедливо вважається одним із основних (базових) принципів правового статусу людини, а також, що важливо та підкреслюється в науковій літературі, визначає зміст та структуру другого розділу Конституції України, який присвячений правам і свободам людини та громадянина, а також визначається як орієнтир у подальшому вдосконаленні правового статусу особистості, демократизації соціальних процесів на концептуальній основі [8, с. 227].

Проте О.Г. Кушніренко вважає, що якщо на час прийняття Конституції України визнання людини як найвищої соціальної цінності не викликало заперечень, то з плином часу в умовах реальної дійсності виникає безліч сумнівів відносно того, що держава та суспільство дійсно вважають пріоритетним становище людини [4, с. 15–16].

Справді, Україна займає друге місце у світі за рівнем смертності з показником 15,75 осіб на 1000 жителів. Про це йдеться у звіті Центрального розвідувального управління (ЦРУ) США. На першому місці – Південна Африка (17,36), слідом за Україною йдуть Лесото (15,02) і Чад (14,85) [9]. Ця статистична інформація ставить під сумнів сучасні ціннісні орієнтири держави, оскільки за 18 років функціонування Конституції показники життя людини лише знизили погіршення, незважаючи на особливе ставлення до людини, її життя та здоров'я в нормах Основного Закону. Окрім того, певна зневага до людини як цінності простежується і серед населення нашої держави. За даними Управління ООН з наркотиків та злочинності, яке дослідило показники за 1995–2011 рр., в Україні в середньому скоюється 5,2 умисних вбивств на 100 тисяч населення за рік, що більш ніж у 8,5 разів перевищує показники Австрії чи майже в 5 разів вище аналогічних статистичних даних сусідньої Польщі [10].

В.В. Речицький теж достатньо аргументовано піддає сумніву панівне становище людини, її життя та здоров'я в ієрархії соціальних цінностей. Цінність фізичного життя людини відверто контрастує із цінністю збереження національної свободи: очевидно, що слова державного гімну України «Душу й тіло ми положим за нашу свободу» ставлять свободу вище від фізичного існування громадянина. Безсумнівним є те, що життя людини становить її найвищу особисту цінність. Проте нації відносно легко жертвують життям своїх громадян для збереження суверенітету, по-

літичної свободи і територіальної цілісності своєї країни [11, с. 81–82]. Ця позиція знаходить своє підтвердження і в сучасній історії України, коли заради свободи і незалежності нашої держави гинуть найкращі представники українського народу – люди, що боронять нашу землю та захищають наш спокій у східних регіонах. Більш того, впродовж останнього десятиріччя український народ неодноразово відстоював своє право на свободу: у 2004 році це стосувалось обрання Президента країни, а у 2013–2014 рр. – вибору зовнішньої політики нашої держави. Тому саме свобода, зважаючи на всі історичні звичаї нашого народу, може бути головною суспільною цінністю, ключовим досягненням та подальшим орієнтиром для усіх громадян України.

Ідея свободи закріплена в ряді конституційних принципів, але вихідним є положення ст. 19, ч. 1, відповідно до якої ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Тобто людина може робити все, що не заборонено законом. Надалі зазначене питання більш повно розкривається в другому розділі Конституції, який і присвячений правам, свободам та обов'язкам людини та громадянина. Наведемо декілька положень з другого розділу Конституції: усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах (ст. 21); кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості (ст. 23); кожна людина має право на свободу та особисту недоторканість (ст. 29); кожному, хто на законних підставах перебуває на території України, гарантується свобода пересування, вільний вибір місця проживання, право вільно залишати територію України (ст. 33) [1].

Свобода – найвища цінність для держави, адже тільки вона перетворює блага на власність тих, хто їх набув; блага, які були набуті в рабстві, належать не рабам, а їх правителям. Ті, хто мають свободу, повинні її захищати. Це визнання приватної власності священною та неторканою було зроблено грецьким істориком та географом Страбоним ще в I столітті до н. е. [12, с. 457]. Тому згідно з ч. 4 ст. 13 Конституції України держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальну спрямованість економіки. Усі суб'єкти права власності рівні перед законом [1].

Право надає особі можливість захищатися від посягань на її свободу з боку інших суб'єктів, у тому числі з боку державної влади. Визначальна роль у цьому відіграють конституції. Сьогодні загальноновизнано, що конституція є головним нормативно-правовим засобом забезпечення свободи особи. Це пов'язано з тим, що ідея, згідно з якою усі уряди прагнуть до пригнічення свободи і втручання до сфери органічних норм, стала майже класичним конституційним імперативом. Засвоївши цей імператив, конституції, які покликані перш за все гарантувати свободу, перешкоджають екстраполяції державного регулювання на ті сфери життя, які природним чином були і залишаються до- чи позаправовими [13, с. 267].

Тому цінності, що стосуються людини, громадянина та суспільства, тісно пов'язані з двома іншими групами, які стосуються цінностей конституційного ладу, що відносяться до української державності та організації влади.

Наприклад, для забезпечення свободи особи в межах української системи права принципове значення має положення ч. 2 ст. 19 Конституції України, згідно з яким органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, які передбачені Конституцією та законами України. Крім того, окреслення кордонів держав-

ної влади відбувається шляхом закріплення позитивної і негативної компетенції органів державної влади та органів місцевого самоврядування, розумного обмеження можливостей застосування розсуду. Останній аспект є принциповим. За влучним зауваженням Ф. Гаска, законодавче обмеження адміністративної дискреції (свободи дій) – визначальна проблема сучасності; така дискреція – це шпарина, через яку може втекти свобода кожної людини [14, с. 47].

Також покликана забезпечувати права і свободи людини і громадянина норма, що стосується організації і здійснення державної влади на основі її поділу на законодавчу, виконавчу і судову (ст. 6 Конституції України). Поділ влади – фундаментальний принцип демократичної організації держави. Його втілення в життя досягається шляхом створення побудованої на деконцентрації влади системи державного керівництва. Деконцентрація є запорукою реалізації встановленої в ст. 5 Конституції України заборони узурпації державної влади – вона виключає небезпечно для громадської свободи надмірне зосередження влади в окремих державних органах [5, с. 38–39].

**Висновки.** Підсумовуючи цінності, які стосуються питань людини, української державності та організації влади, до першої групи можемо віднести цінності, що визначають правове становище індивіда в суспільстві і державі: людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека; гідність та свобода людини; право на вільний розвиток особистості; сприяння держави консолідації та розвитку української нації, її історичної свідомості, традицій і культури; право на розвиток етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності всіх корінних народів і національних меншин України; прояв державою турботи про задоволення національно-культурних і мовних потреб українців, які проживають за межами держави; єдність економічного простору і свобода економічної діяльності; плюралізм і рівний захист форм власності; ідеологічний і політичний плюралізм; громадянство України; рівність жінок і чоловіків.

А до групи цінностей, які зумовлюють організацію державної влади, закріплюють українську державність, включають такі цінності, як демократія і народний суверенітет; державний суверенітет України; цілісність і недоторканість території України в межах існуючого кордону; унітаризм; республіканська форма правління; поділ влади на законодавчу, виконавчу, судову; верховенство права; світський характер держави; розмежування державної влади та місцевого самоврядування; визнання чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, частиною національного законодавства України.

Науковці зазначають, що перелічені цінності також знаходять своє відображення та захист в інтерпретаційній та контрольній діяльності Конституційного Суду України та мають важливе значення в сучасних умовах конституційних перетворень в Україні [15, с. 108]. Наявність Конституційного Суду як єдиного органу конституційної юрисдикції в нашій державі, метою якого є забезпечення верховенства Основного Закону, лише сприяє охороні та захисту цінностей конституційного ладу. Адже в процесі конституційно-контрольної діяльності саме він повинен офіційно підкреслити конституційну значимість цінностей конституційного ладу. Варто зазначити, що в практиці діяльності Конституційного Суду отримали своє обґрунтування і деякі формально не зафіксовані в Конституції України цінності, такі як справедливість, стабільність та інші [4, с. 16].

Отже, той факт, що в Основному Законі об'ємно втілено основоположні правові цінності, свідчить про те, що є всі підстави говорити про Конституцію як соціальну цінність. Але при цьому важливо, щоб це усвідомлювалося населенням, владними структурами, недержавними організаціями. На жаль, до усвідомлення суспільною думкою положення про особисту цінність Конституції ще далеко. Це пов'язано з ситуацією в соціально-економічній і політико-правовій сферах, з неодноразовим порушенням приписів Конституції України державними органами, посадовими особами, з відсутністю чіткої системи правового виховання. Тому необхідно, щоб зусилля державних і недержавних інституцій були спрямовані на підвищення престижу Конституції України. Слід підкреслювати її демократичні засади, роль у забезпеченні перетворень у державі та суспільстві, її значущість для гарантування прав і свобод людини і громадянина [16, с. 50].

Тому вкрай важливо, щоб майбутні зміни до Конституції України вносились у повній відповідності до прийнятих процедур, не повторюючи помилок попередніх років, а Конституційний Суд України мав за мету захист конституційних цінностей, забезпечення стабільності конституційного ладу, а не керувався у своїй діяльності іншими чинниками.

#### Список використаної літератури

1. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – 141 с.
2. Яковюк І.В. Роль цінностей у процесі формування правової культури і правової системи / І.В. Яковюк // Державне будівництво та місцеве самоврядування. – Вип. 14. – Х. : Право, 2007. – С. 3–14.
3. Ройзман Г.Б. Понятие и юридическая природа конституционных ценностей / Г.Б. Ройзман // Вестник Челябинского государственного университета. – 2012. – № 1. – С. 18–24.
4. Кушніренко О.Г. Базові цінності конституційного ладу та їх взаємозв'язок з правовими принципами // Формування європейського правового простору: історія і сучасність :

матеріали міжнар. наук.-практ. конф. – Х. : НДІ держ. буд-ва, 2011. – С. 15–17.

5. Конституція України. Науково-практичний коментар / В.Я.Таций, О.В.Петришин, Ю.Г.Барабаш.; Нац.акад.прав.наук України. – 2-го вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2012. – 1128 с.
6. Конституційний лад та суспільний ідеал: до питання про базові цінності конституційного ладу України / Ф. Веніславський // Право України. – 2010. – № 2. – С. 120–128.
7. Тацій В.Я. Конституційний лад України: проблеми удосконалення / В.Я. Тацій // Вибрані статті, виступи, інтерв'ю. – Х. : Право / В.Я. Тацій, О.В. Петришин, Ю.Г. Барабаш, В.І. Борисов. – 2010. – С. 472–484.
8. Тодика Ю.Н. Тодика О.Ю. Конституционно-правовой статус человека и гражданина в Украине. – Киев, 2004. – 368 с.
9. Україна за рівнем смертності на 1000 жителів займає друге місце в світі [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.rbc.ua/ukr/top/society/ukraine-po-urovnyu-smertnosti-na-1000-zhiteley-zanimaet-vtoroe-18062013154400>.
10. Intentional homicide, number and rate per 100,000 population (1995–2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.webcitation.org/6D2F0AMLR>.
11. Конституціоналізм. Коротка версія (читанка з конституціоналізму для зацікавлених) / В.В. Речицький. – Х. : Права людини, 2014. – 264 с.
12. Страбон География / пер. с др.-греч. Г.А. Стратановского, под ред. О. О. Крюгера, С.Л. Утченко. – М. : Ладомир, 1994. – 944 с.
13. Речицький В.В. Політична активність. Конституційні аспекти. – К., 1999. – 437 с.
14. Право і свобода : загальнотеоретичні проблеми / С. Погребняк // Вісник Академії правових наук України. 2006р. – № 4(47). – Х. : Право, 2006. – С. 35–47.
15. Салей М. Система конституційних цінностей в Україні / М.Салей // Юридичний вісник. – 2013 р. – Одеса : Юридична література, 2013 – С. 105–109.
16. Тодика Ю.М. Конституція України як соціальна цінність / Ю.М. Тодика // Вісник Академії правових наук України. – 2000р. – № 4(23). – Х. : Право, 2000. – С. 46–54.

УДК 342.2(477)

## ПОНЯТТЯ ТА ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ПРАВОВИХ ПОЗИЦІЙ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Ірина ШЕВЧУК,

кандидат педагогічних наук, доцент кафедри теорії та історії держави і права  
Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки

### SUMMARY

The article focuses on the concept and nature of the legal positions of the Constitutional Court of Ukraine. The role of the legal positions in the structure of acts of the Constitutional Court of Ukraine is revealed. The grounds and conditions for possible review of legal positions of the Constitutional Court of Ukraine is determined.

**Key words:** legal proposition, Constitutional Court of Ukraine, normativity, acts of the Constitutional Court of Ukraine.

### АНОТАЦІЯ

У статті досліджено поняття та природу правових позицій Конституційного Суду України. З'ясовано місце правових позицій у структурі актів Конституційного Суду України. Визначено підстави й умови для можливого перегляду правових позицій Конституційного Суду України.

**Ключові слова:** правова позиція, Конституційний Суд України, нормативність, акти Конституційного Суду України.

**Постановка проблеми.** Правові позиції відіграють значну роль у правовому регулюванні, однак у законодавстві відсутнє нормативне визначення цієї дефініції. На сучасному етапі як у теорії, так і на практиці склалися різні підходи до визначення поняття правових позицій Конституційного Суду України, їх юридичної сили та можливості перегляду. Невизначеним залишається питання місця правових позицій у структурі актів Конституційного Суду України. Незважаючи на наявність теоретичних досліджень у цьому напрямі, питання правових позицій Конституційного Суду України є досить актуальним та потребує подальшого дослідження й законодавчого вдосконалення.

**Аналіз останніх досліджень.** Дослідженням правових позицій в Україні займалися В.Д. Бринцев, А.С. Головін, В.М. Кампо, М.В. Мазур, Р.С. Мартинюк, В.А. Овчаренко, А.О. Селіванов, В.С. Скомороха, В.Я. Тацій, М.В. Тесленко, В.П. Тихий, П.М. Ткачук, С.В. Шевчук, О.І. Шостенко, Т.О. Цимбалістий, Г.О. Христова та інші вчені.

**Метою статті** є дослідження поняття, ознак і змісту правових позицій та з'ясування підстав для можливого перегляду їх Конституційним Судом України.

**Виклад основного матеріалу.** Конституційний Суд України за результатами розгляду справ ухвалює рішення й надає висновки, які є обов'язковими до виконання на території України, остаточними та не можуть бути оскаржені за матеріальними чи процесуальними підставами. Згідно зі статтями 65 і 66 Закону України «Про Конституційний Суд України» рішення й висновки складаються зі вступної, описової, мотивувальної та резолютивної частин. Особливістю цих актів є те, що в них містяться правові позиції Конституційного Суду України.

Термін «правова позиція» не передбачений законодавством України, однак він використовується в рішеннях, висновках Конституційного Суду України (далі – КСУ) в разі посилання на аргументи, які КСУ використовував у раніше прийнятих актах.

У вітчизняній юридичній літературі існують різні підходи до визначення поняття «правова позиція». П.М. Ткачук під правовими позиціями розуміє результат інтерпретаційної діяльності КСУ у формі висновків, роз'яснень,

правоположень, доктрин, у яких містяться тлумачення неявного смислу закону, правова оцінка або правове визначення, сукупність правових уявлень і знань щодо вирішення конкретної ситуації, які є обов'язковими для всіх суб'єктів правовідносин [2, с. 21].

Т.О. Цимбалістий зазначає, що правова позиція Конституційного Суду України – це не лише остаточний варіант його рішення (у широкому розумінні), а й система правових аргументів, які використовувалися для його обґрунтування, уявлення КСУ про сутність розглядуваної ним проблеми та висновки, до яких він доходив під час її вирішення [3, с. 153].

М.В. Мазур під правовою позицією Конституційного Суду України розглядає прецедентну норму права, яка містить правові приписи щодо правильного розуміння змісту конституційних і законодавчих норм, а також правові принципи та інші положення, сформульовані Конституційним Судом України на підставі тлумачення Конституції й законів України та покладені в основу вирішення того чи іншого питання в межах конституційного провадження [4, с. 7].

На думку О.В. Кравчук, правові позиції є системою вироблених у результаті діяльності Конституційного Суду України загальнообов'язкових правових висновків, аргументів, що виражають його ставлення до певної правової проблеми, є загальнообов'язковими та слугують підставою для остаточного рішення органу конституційної юрисдикції [5, с. 189].

Г.О. Христова зазначає, що правові позиції є результатом системного тлумачення Конституційним Судом України Конституції, законів та інших правових актів України, які в концентрованому вигляді виражають не лише «букву», а й «дух» відповідних законодавчих положень, мають офіційний, загальнообов'язковий, нормативний характер та містяться в усіх видах його актів, окрім внутрішньоорганізаційних [6, с. 14].

В.М. Кампо вважає, що не може існувати єдиного розуміння правових позицій Конституційного Суду України, оскільки з різних доктринальних поглядів одні й ті самі позиції можуть розглядатися як такі, що містять дещо від-

мінний зміст. Так, із погляду доктрини правової держави (романо-германська правова традиція) правові позиції можна визначити як положення нормативного тлумачення Конституції й законів України та казуального застосування конституційних норм до оспорюваних приписів законодавства в актах Конституційного Суду України, які на території держави є обов'язковими до виконання, остаточними й не можуть бути оскаржені. З погляду доктрини верховенства права (англосаксонська правова традиція) правові позиції – це будь-які положення висновків, рішень та ухвал Конституційного Суду України, які з огляду на судовий характер цих актів можуть служити нормами для їх виконання, використання, дотримання й застосування будь-якими органами публічної влади, об'єднаннями громадян, фізичними та юридичними особами приватного права [7, с. 115].

До ознак правових позицій Конституційного Суду України належать такі: 1) правовий зміст правової позиції. Правовою позицією можна вважати лише ту частину рішення, у якій міститься правовий висновок, викладається правове розуміння Конституційним Судом норм, положень, принципів, встановлених у Конституції чи законах України. Тому необхідно відрізнити правові позиції КСУ від висновків, які містяться в його рішеннях і не мають правового характеру [2, с. 18]; 2) нормативність правової позиції характеризується невизначеністю дії в часі та неодноразовістю її застосування. Правові позиції Конституційного Суду України стосуються не індивідуально визначених суб'єктів, а охоплюють їх широке коло та розраховані на неодноразовість застосування; 3) наявність у правової позиції неявного смислу правової норми чи положення закону. Така ознака постає із цілей самого тлумачення як процесу, що має на меті з'ясувати й роз'яснити норму, яку суб'єкти конституційного подання (звернення) розуміють неоднозначно [2, с. 19]. Не можна назвати правовою позицією КСУ ту частину його рішення чи висновку, де міститься явний зміст норми або положення Конституції чи закону України, які передаються дослівно або іншими словами; 4) загальнообов'язкові правові позиції означає, що вони є обов'язковими до виконання на всій території України, остаточними та не можуть бути оскаржені. Відповідно до статті 70 Закону України «Про Конституційний Суд України» невиконання рішень і недотримання висновків Конституційного Суду України тягнуть за собою відповідальність згідно із законом.

Правові позиції можуть формулюватися Конституційним Судом України під час вирішення будь-якої справи в межах його повноважень, а не лише під час офіційного тлумачення ним Конституції та законів України. Інтерпретація здійснюється не лише в межах конституційного провадження щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України, а й у справах про конституційність правових актів, а також під час здійснення Конституційним Судом України інших своїх повноважень.

Правові позиції Конституційного Суду України починають формуватися на стадії попереднього розгляду звернень і підготовки до судового розгляду відповідної справи, коли збираються й досліджуються матеріали в справі. Правові позиції свого завершеного вигляду набувають у підсумковому рішенні чи висновку Конституційного Суду України.

В основі правової позиції лежать конституційні принципи, наукові знання, різні правові доктрини та праворозуміння, а також наукова й професійна правосвідомість суддів Конституційного Суду України. Однак їх праворозуміння не завжди співпадає, а підходи до вирішення пев-

них правових проблем також не завжди збігаються, тому загальнообов'язковими є ті правові позиції, які колегіально прийняті суддями та містяться в рішеннях і висновках Конституційного Суду України.

С.В. Шевчук вважає, що правова позиція здебільшого міститься в мотивувальній частині рішення суду, тобто являє собою порядок мотивації та набирає самостійного значення незалежно від того, чи відтворюється (дублюється) вона в резолютивній частині. Із цього правила є винятки, наприклад формулювання правової позиції в ухвалі суду про відмову у відкритті конституційного провадження [8, с. 520].

На думку Г.О. Христової, рішення Конституційного Суду України в справах щодо конституційності правових актів мають ознаки нормативності, адже в їх мотивувальній частині містяться правові позиції Конституційного Суду України. Резолютивна частина цих рішень «не містить нормативних приписів, оскільки не встановлює правил, «моделей» поведінки, які розраховані на багаторазове застосування та не вичерпуються одноразовим виконанням» [9, с. 239].

М.В. Тесленко зазначає, що правові позиції містяться не лише в рішеннях і висновках Конституційного Суду України, а й у його ухвалах про відмову в прийнятті звернення та про припинення конституційного провадження. Науковець поділяє такі ухвали на «позитивні» й «негативні». Зміст «негативної» ухвали передбачає відмову суб'єкту звернення на основі статті 45 Закону України «Про Конституційний Суд України» (відсутність права на конституційне звернення, його невідповідність встановленим вимогам, невідомість Конституційному Суду України питань, порушених у зверненні). «Позитивний» зміст ухвали Конституційного Суду України полягає в тому, що КСУ на підставі раніше сформульованих правових позицій в інтересах суб'єкта, що звернувся до нього, може давати висновки з аналогічної категорії питань, які усуватимуть можливі колізії [10, с. 41].

А.С. Головин не погоджується з досить поширеною в наукових колах думкою про те, що правові позиції Конституційного Суду України можуть бути сформульовані в будь-якому його акті, у тому числі в процесуальних ухвалах і навіть в окремій думці судді [11, с. 216]. В.А. Овчаренко вважає, що відмінною характеристикою юридичної природи процедурних (процесуальних) актів (ухвал) є те, що вони стосуються зазвичай процесуальних питань і мають проміжний характер, тобто є результатом завершення певної стадії провадження. Ці акти, як правило, приймаються простою більшістю від присутніх на засіданні суддів Конституційного Суду України, тому роз'яснення, поняття, доктрини або дефініції, що містяться в цих актах, не можуть відображати колективну думку органу конституційної юрисдикції, оскільки остання формується більшістю від його конституційного складу та виключно за зазначеними принципами юридичної психології [12, с. 63]. Рішення й висновки Конституційного Суду України є обов'язковими до виконання на всій території України, остаточними та не можуть бути оскаржені (стаття 150 Конституції України), а процесуальна ухвала, зокрема про відмову у відкритті конституційного провадження за конституційним поданням або зверненням, є остаточною лише щодо конкретної справи та виключно в контексті конкретного конституційного подання або звернення.

Правові позиції можуть бути викладені в мотивувальній і в резолютивній частинах акта Конституційного Суду



України. У резолютивній частині міститься остаточний висновок КСУ щодо розглядуваної справи. Правові позиції, на яких ґрунтується підсумкове рішення КСУ та які відображають його аргументацію, містяться в мотивувальній частині акта. У рішеннях Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України правові позиції містяться як у мотивувальній, так і в резолютивній частинах, обов'язковими є обидві названі частини рішення. У рішеннях щодо конституційності правових актів та висновках КСУ правові позиції викладено лише в мотивувальній частині. Правові позиції Конституційного Суду України мають однакову юридичну силу, незважаючи на те, у якій частині рішення їх було викладено.

Конституція України та Закон України «Про Конституційний Суд України» не передбачають можливості перегляду або зміни правової позиції Конституційного Суду України. У статті 69 Закону України «Про Конституційний Суд України» зазначено, що Конституційний Суд України відкриває нове провадження в справі за виявлення нових обставин у справі, які не були предметом його розгляду, проте які існували на час розгляду й прийняття рішення або надання висновку в справі [1]. Однак у статті йдеться не про перегляд або скасування раніше прийнятого рішення чи висновку та сформульованих у ньому правових позицій, а про відкриття нового конституційного провадження за умови виявлення нових обставин у справі. Конституційний Суд України розпочинає процедуру розгляду іншої справи, у якій він може ухвалити нове рішення, проте за жодних умов не переглядає або скасовує попереднє.

А.О. Селіванов вважає, що відповідно до свого статусу Конституційний Суд України не має повноважень змінювати прийняті раніше правові позиції, скасовувати власні рішення, навіть за умов зміни норм Конституції України, на основі яких вони приймалися [13, с. 94–95]. Іншої думки дотримується П.М. Ткачук, вважаючи, що у виняткових випадках заради врахування реалій життя під час прийняття нових рішень Конституційний Суд України повинен мати право відійти від своєї попередньої правової позиції. Крім того, Конституційний Суд України може розвивати й збагачувати в смисловому та змістовному відношеннях свої попередні правові позиції [2, с. 21]. Підтримуємо думку В.А. Овчаренко, який наголошує, що перегляд правової позиції не означає перегляду рішення, у якому її було сформульовано, тому слід відрізняти рішення КСУ від його правових позицій, які в певному сенсі співвідносяться як форма та зміст [12, с. 64].

Серед науковців не існує єдності поглядів щодо значення підстав можливого перегляду Конституційним Судом України правових позицій. П.М. Ткачук відносить до причин можливого перегляду правових позицій Конституційного Суду України втрату чинності або зміну положень Конституції чи законів України, на підставі яких приймалося рішення КСУ. Вироблену Конституційним Судом України правову позицію як складову його рішення не може бути відмінено або скасовано. Вона має діяти доти, доки будуть чинними норми Конституції та законів України, на яких вона базується [2, с. 21].

В.А. Овчаренко вважає, що внесення змін до положень правових актів або втрата чинності положеннями правових актів, що були предметом дослідження Конституційного Суду України, не є підставою для перегляду чи скасування його актів і сформульованих у них правових позицій, тому правові позиції, сформульовані під час розгляду справ, пов'язаних із дослідженням Конституційним Судом Украї-

ни правових актів, які в подальшому втратили чинність або були змінені за певних умов, не втрачають властивостей прецеденту та можуть застосовуватися як Конституційним Судом України, так і іншими органами державної влади в правозастосовній діяльності [12, с. 67].

О.І. Шостенко стверджує, що перегляд правових позицій можливий виключно з матеріально-правових підстав. Однією з таких підстав може бути зміна домінуючих теоретико-правових уявлень національної юридичної еліти з питання, раніше розглянутого органом конституційної юрисдикції по суті. Однак така зміна здебільшого відбувається через значний проміжок часу. У короткостроковій перспективі матеріально-правовою підставою для перегляду конституційно-правових позицій може бути зміна тексту Конституції України, на положеннях якої КСУ засновував такі позиції, або ж зміна принаймні одного з положень інституту права, конституційно-правовий зміст яких з огляду на їх системний взаємозв'язок було висвітлено в цих позиціях [14, с. 802].

На думку П.М. Рабіновича, орган конституційного судочинства в процесі своєї діяльності не може не вдаватися до своєрідного соціального пізнання суспільних наслідків своїх рішень або змін, що відбуваються в суспільстві. Тому перегляд ним власних правових позицій зазвичай зумовлюється або визнанням помилок у такому пізнанні (перша причина), або ж адекватним відображенням соціальних змін (друга причина) [15, с. 151].

Р.С. Мартинюк вважає, що конституційні суди не застраховані від прийняття хибних рішень, причини прийняття яких можуть бути різними. Окрім впливу на діяльність цих органів владаруючих політичних сил, іншими найтипісшими причинами неконституційності прийнятих органами конституційної юрисдикції актів є вихід за межі тлумачення та спроба вдатися до заповнення прогалин у законодавстві. Конституційні суди та подібні органи, попри їх виключне право виносити остаточні рішення в межах вирішення питань, що складають їх компетенцію, як і будь-які інші органи державної влади, можуть приймати акти, конституційність яких викликати сумнів. Об'єктивно з огляду на рівень фахової компетенції членів відповідних органів такі акти будуть нечастими винятками з правила. Науковець зазначає, що водночас сама гіпотетична можливість помилкових рішень у діяльності органів конституційного контролю вказує, що конституційні положення про остаточний характер їх актів потребують застереження. Беззаперечний факт існування ризику помилки в діяльності органів конституційної юрисдикції, імовірність якої повністю виключити неможливо, є суттєвим аргументом права цих органів переглядати власні правові позиції [16, с. 125].

На проблемність усунення помилкових рішень Конституційного Суду України, особливо прийнятих під тиском політичних обставин, звертає увагу В.Я. Тацій. Він пропонує надати КСУ право перегляду своєї правової позиції, тому що долати Верховній Раді України правову позицію Конституційного Суду України, яка дістала вияв у його рішенні, шляхом внесення парламентом змін до законодавства значно важче, ніж зробити це самому Конституційному Суду України [17, с. 471].

Правові позиції Конституційного Суду України мають таку ж юридичну силу, як акти, у яких вони викладені. Правові позиції Конституційного Суду України можуть бути переглянуті, якщо це буде відповідати новим суспільним умовам (політичним, економічним, соціальним). Од-

нак внесення змін до Конституції України та законів не є підставою для перегляду правових позицій Конституційного Суду України.

Конституційний Суд України за роки своєї діяльності сформулював багато правових позицій, проте дієвість їх є недостатньою. Проблема полягає в наданні їм офіційного характеру. За відсутності законодавчого регулювання питань, пов'язаних із правовими позиціями, склалася практика, коли суб'єкти правовідносин самі визначають їх у рішеннях Конституційного Суду України, посилаються на них у правозастосовній діяльності [2, с. 21]. Підтримуємо думку П.М. Ткачука, що Конституційному Суду України необхідно, обґрунтувавши правову позицію в справі, позначити її в тексті рішення, визначаючи цим, що саме вона є вирішальним доказом і має обов'язковий характер для всіх суб'єктів правовідносин.

#### **Висновки та перспективи подальших досліджень.**

На законодавчому рівні необхідно надати дефініцію поняття правової позиції та визначити підстави й процедуру перегляду правових позицій Конституційним Судом України. У рішеннях Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України правові позиції містяться як у мотивувальній, так і в резолютивній частинах; в актах конституційного контролю правові позиції розташовуються лише в мотивувальній частині. Юридична сила правових позицій постає з юридичної сили рішень і висновків Конституційного Суду України. Вони є обов'язковими для всіх суб'єктів, а не лише для учасників конкретного конституційного провадження. При цьому правові позиції Конституційного Суду України мають однакову юридичну силу та є обов'язковими до виконання незалежно від того, у якій частині акта їх викладено. Конституційний Суд України під час прийняття наступних рішень та висновків повинен враховувати правові позиції, викладені ним у раніше прийнятих актах. Конституційний Суд України є зв'язаним своїми попередніми рішеннями, а його правові позиції не повинні бути суперечливими.

#### **Список використаної літератури**

1. Про Конституційний Суд України : Закон України від 16 жовтня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 49. – Ст. 272.
2. Ткачук П.М. Правові позиції Конституційного Суду України / П.М. Ткачук // Вісник Конституційного Суду України. – 2006. – № 1. – С. 10–21.
3. Цимбалістий Т.О. Конституційна юстиція в Україні : [навч. посібник] / Т.О. Цимбалістий. – К. : Центр учбової літератури, 2007. – 200 с.
4. Мазур М.В. Акти органів судової влади як джерело конституційного права України : автореф. дис. ... канд. юрид.

наук : спец. 12.00.02 / М.В. Мазур ; Нац. юрид. академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2009. – 20 с.

5. Кравчук О.В. Окремі аспекти поняття та сутності правових позицій Конституційного Суду України / О.В. Кравчук // Держава і право. – 2011. – № 52. – С. 185–189.

6. Христова Г.О. Юридична природа актів Конституційного Суду України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Г.О. Христова ; Нац. юрид. академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2004. – 20 с.

7. Кампо В.М. Деякі теоретичні проблеми конституційного контролю за додержанням парламентом процедури внесення змін до Конституції України / В.М. Кампо, В.А. Овчаренко // Вісник Конституційного Суду України. – 2011. – № 3. – С. 64–76.

8. Шевчук С.В. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С.В. Шевчук. – К. : Реферат, 2007. – 640 с.

9. Христова Г.О. Прояви нормативності в рішеннях КСУ щодо конституційності юридичних актів / Г.О. Христова // Вісник Академії правових наук України. – 2004. – № 1. – С. 230–239.

10. Тесленко М.В. Юридична сила і значення правових позицій Конституційного Суду України / М.В. Тесленко // Вісник Конституційного Суду України. – 2003. – № 4. – С. 36–41.

11. Головін А.С. Захист прав і свобод людини і громадянина єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні : [монографія] / А.С. Головін. – К. : Логос, 2012. – 384 с.

12. Овчаренко В.А. Правові позиції Конституційного Суду України: поняття, суть і можливості перегляду / В.А. Овчаренко // Вісник Конституційного Суду України. – 2013. – № 6. – С. 61–72.

13. Селіванов А.О. Конституційні проблеми в сучасній теорії права. Доктрина стабільності та охорони Конституції в контексті її модернізації та ефективного конституційного правосуддя / А.О. Селіванов. – К. : Логос, 2012. – 150 с.

14. Шостенко О.І. Можливість перегляду Конституційним Судом України власних правових позицій / О.І. Шостенко // Форум права. – 2012. – № 2. – С. 795–800. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP\\_index.htm\\_2012\\_2\\_127.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2012_2_127.pdf).

15. Рабінович П.М. Перегляд Конституційним Судом України власних правових позицій як засіб охорони функцій Основного Закону / П.М. Рабінович, В.Г. Гончаров // Вісник Конституційного Суду України. – 2011. – № 5. – С. 147–153.

16. Мартинюк Р.С. Проблеми незмінюваності правових позицій органів конституційного контролю / Р.С. Мартинюк // Вісник Конституційного Суду України. – 2013. – № 3. – С. 120–129.

17. Тацій В.Я. Вибрані статті, виступи, інтерв'ю / В.Я. Тацій ; упоряд. : О.В. Петришин, Ю.Г. Барабаш, В.І. Борисов ; відп. за вип. О.В. Петришин. – Х. : Право, 2010. – 936 с.

## АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

УДК 342.9

### ПРАВОВІ ЗАСАДИ ВПРОВАДЖЕННЯ ІНФОРМАЦІЙНИХ ТА УПРАВЛІНСЬКИХ ІННОВАЦІЙ У СУДОВЕ УПРАВЛІННЯ

Світлана БЄЛЯВСЬКА,

здобувач кафедри адміністративного та фінансового права  
Національного університету біоресурсів і природокористування України

#### SUMMARY

The necessity of forming the legal basis of the introduction of information and management innovations in court administration have been substantiated. The place of these principles in the general system of the legal foundations of innovation in the Judicial Department for the improvement of the judicial functions was defined. The structure and elemental composition of the legal framework and implementation of information management innovations in court administration, as well as their comprehensive study were conducted.

**Key words:** legal framework, judicial management, function of justice, innovation, information and managerial innovations, regulations.

#### АНОТАЦІЯ

Обґрунтовано необхідність формування правових засад упровадження інформаційних та управлінських інновацій у судове управління. Визначено місце зазначених правових засад у загальній системі правових засад упровадження інновацій у судове управління для вдосконалення здійснення функції правосуддя. Запропоновано структуру та елементний склад правових засад упровадження інформаційних та управлінських інновацій у судове управління, а також проведено їх комплексне дослідження.

**Ключові слова:** правові засади, судове управління, функція правосуддя, упровадження інновацій, інформаційні та управлінські інновації, нормативно-правові акти.

**Постановка проблеми.** Механізм реалізації Основних засад розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 рр. [1] передбачає активізацію участі органів державної влади України (у тому числі органів судової влади України) у цьому процесі за різними напрямками. Одним із пріоритетних напрямів розбудови інформаційного суспільства та держави постає формування й реалізація інноваційної моделі розвитку органів державної влади України, яка включає, серед іншого, упровадження інновацій у процес реалізації функцій органів судової влади. Державна судова адміністрація України у відповідному Наказі [2] у 2012 р. визначила першочергові завдання та пріоритетні напрями діяльності новоствореної постійно діючої робочої групи з питань інновацій. Відповідно до зазначеного Наказу [2], реорганізація управління в суді (однієї із функцій органів судової влади) має відбуватися шляхом упровадження різноманітних інновацій у процес судового управління, а також на основі формування адекватного правового підґрунтя для якісного правового регулювання суспільних відносин, що виникають під час упровадження інновацій. У зв'язку з цим вважаємо, що проведення наукових досліджень у зазначеному напрямі є важливим внеском у реалізацію положень Наказу, а отже, тема статті є актуальною як з наукової, так і з практичної точки зору.

**Мета роботи** полягає в розробці концепції формування правових засад упровадження управлінських та інформаційних інновацій у судове управління в умовах інформаційного суспільства в Україні, а також у визначенні й аналізі відповідних нормативно-правових актів, які є складовими цих засад.

**Виклад основного матеріалу.** Дослідження виявили, що деякими аспектами вдосконалення судового управління займалися вітчизняні фахівці: І.В. Арістова, І.П. Голосніченко, О.Ю. Дудченко, Р.В. Ігонін, О.Ю. Калугін, В.І. Курило, Л.М. Москвич, С.Ю. Обрусна, Д.М. Притика, В.І. П'ятковський, А.А. Стрижак, В.С. Стефанюк, С.І. Штогун – й також зарубіжні вчені-правознавці: В.Ю. Зайченко, І.Л. Петрухін, В.О. Терьохін та ін. Водночас на сьогодні відсутні спеціальні комплексні напрацювання щодо дослідження правових засад упровадження управлінських та інформаційних інновацій у судове управління в умовах розвитку інформаційного суспільства в Україні. У зв'язку з цим сформулюємо власну позицію з цього приводу, ґрунтуючись на наукових працях зазначених науковців та чинному законодавстві України.

Вважаємо за доцільне акцентувати увагу на деяких важливих результатах наших попередніх наукових досліджень, які, серед іншого, сприятимуть досягненню мети цієї роботи. Передусім, вважаємо за необхідне зазначити, що в роботі підтримується підхід, відповідно до якого судове управління має два аспекти реалізації: 1) управлінський, який передбачає здійснення інформаційного й організаційного забезпечення; 2) правовий, який передбачає здійснення правового забезпечення. На нашу думку, упровадження правових, управлінських та інформаційних інновацій у судове управління, реалізація якого пов'язана зі здійсненням функцій правового, організаційного та інформаційного забезпечення, вимагає впровадження відповідних інновацій (правових, управлінських, інформаційних) у процес реалізації кожної із зазначених функцій. Вважаємо, що ефективне впровад-

ження зазначених інновацій у судове управління потребує належного механізму. У зв'язку з цим у роботі запропоновано створення організаційно-правового механізму впровадження інновацій (далі – ОПМВІ) у судове управління. Обґрунтовано доцільність розгляду його як системного утворення, складовими якого є статична (інституційна та правова складові) й динамічна (організаційна складові) частини впровадження інновацій. Вважаємо за можливе в межах цієї статті основну увагу приділити правовій складовій зазначеного механізму.

У роботі відстоюється позиція, відповідно до якої правова складові ОПМВІ в судове управління є системним утворенням, невід'ємними частинами якого є такі: 1) підсистема нормативно-правових актів, які було прийнято в межах судово-правової реформи; 2) підсистема нормативно-правових актів, які визначають правові засади впровадження інформаційних та управлінських інновацій у судове управління; 3) підсистема міжнародних правових стандартів, які можуть бути перспективними для України й поставати правовими інноваціями. Усвідомлюючи значення всіх трьох підсистем, водночас у цій науковій роботі акцентуємо увагу на дослідженні другої підсистеми правової складової ОПМВІ в судове управління.

З метою дослідження правових засад упровадження інформаційних та управлінських інновацій, у роботі пропонується їх класифікувати за критерієм «загальності»: 1) загальні правові засади впровадження інформаційних та управлінських інновацій у діяльність органів державної влади, у тому числі й судових; 2) спеціальні правові засади впровадження інформаційних та управлінських інновацій у судове управління. Вважаємо за необхідне передусім акцентувати увагу на визначенні загальних правових засад цього впровадження. На нашу думку, загальні правові засади являють собою правову основу, на підставі якої будуються відносини щодо впровадження інформаційних, управлінських інновацій у діяльність органів державної влади, та складаються з нормативно-правових актів, за допомогою яких регулюються відносини щодо впровадження вказаних інновацій у діяльність органів державної влади, у тому числі й судових. Водночас правові норми, які входять до зазначених нормативно-правових актів, регламентують загальні питання впровадження інформаційних, управлінських інновацій у діяльність органів законодавчої, виконавчої та судової влади.

У роботі висувається гіпотеза щодо складу нормативно-правових актів, які формують загальні правові засади: 1) Закони України: «Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки», «Про інноваційну діяльність», «Про пріоритетні напрями інноваційної діяльності в Україні», «Про наукову і науково-технічну діяльність», «Про Концепцію Національної програми інформатизації», «Про Національну програму інформатизації»; 2) Постанова Верховної Ради України «Про Концепцію науково-технологічного та інноваційного розвитку України» від 13 липня 1999 року № 916-XIV; 3) Постанова Кабінету Міністрів України «Про деякі питання визначення середньострокових пріоритетних напрямів інноваційної діяльності загальнодержавного рівня на 2012–2016 роки» від 12 березня 2012 року за № 294. Під час дослідження перевіримо висунуту гіпотезу.

Враховуючи обмежений обсяг наукової роботи, вважаємо за необхідне зупинитися на основних нормативно-правових актах, які формують загальні правові засади впровадження інформаційних та управлінських

інновацій у судове управління. Передусім акцентуємо увагу на ролі Закону України «Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки» [1] у впровадженні інновацій у діяльність органів державної влади. Дослідження виявили, що, по-перше, серед основних стратегічних цілей розвитку інформаційного суспільства в Україні Закон визначає прискорення розробки й упровадження новітніх конкурентоспроможних ІКТ у всі сфери суспільного життя, зокрема, в економіку України й у діяльність органів державної влади та місцевого самоврядування [1]. Цим самим Закон закріплює загальні положення щодо впровадження інформаційних інновацій у діяльність органів судової влади, що сприятиме розвитку інформаційного суспільства та є одним із пріоритетних напрямів державної політики.

По-друге, однією з основних стратегічних цілей розвитку інформаційного суспільства в Україні є використання ІКТ для вдосконалення державного управління, відносин між державою і громадянами, становлення електронних форм взаємодії між органами державної влади й органами місцевого самоврядування, фізичними та юридичними особами. Відзначимо, що мова, серед іншого, може йти й про впровадження інформаційних інновацій, зокрема, органами судової влади в судове управління з метою його вдосконалення.

Наступним нормативно-правовим актом, який закріплює загальні правові засади впровадження інформаційних та управлінських інновацій у діяльність органів державної влади, є Закон України «Про інноваційну діяльність» [3]. Аналіз цього Закону дає змогу усвідомити таке. По-перше, цей Закон визначає правові, економічні й організаційні засади державного регулювання інноваційної діяльності в Україні, яка, зокрема, здійснюється за такими напрямками: 1) проведення наукових досліджень і розробок, спрямованих на створення об'єктів інтелектуальної власності, науково-технічної продукції; 2) розробка, освоєння, випуск і розповсюдження принципово нових видів техніки й технології.

Очевидно, що перший і другий напрями інноваційної діяльності можуть бути використані для вдосконалення діяльності органів державної влади, у тому числі судової. Наприклад, за першим напрямом, як результат проведення наукових досліджень і розробок, спрямованих на створення науково-технічної продукції, є завершені науково-дослідні, проектні, конструкторські, технологічні роботи та послуги, які є інноваційними й можуть упроваджуватися органами судової влади у свою діяльність. З другим напрямом інноваційної діяльності пов'язані інформатизація органів судової влади й упровадження в їх діяльність інформаційних інновацій. Отже, зазначений Закон визначає загальні правові засади впровадження інновацій як результатів наукових досліджень, що цілком можуть бути застосовані й у діяльності державних органів законодавчої, виконавчої та судової влади.

По-друге, у ст. 1 цього Закону закріплено визначення поняття «інновації», «інноваційна діяльність», «інноваційний проект» [3], які є базовими, вихідними для спеціальних понять, зокрема, «інформаційні інновації», «управлінські інновації», інноваційний проект «Електронний суд».

Враховуючи процес розбудови інформаційного суспільства, а також підхід до формування правових засад упровадження інформаційних та управлінських інновацій, є всі підстави вважати, що загальні правові засади впровадження цих інновацій у діяльність органів державної

влади закріплюються в положеннях законів України «Про Концепцію Національної програми інформатизації» [4] та «Про Національну програму інформатизації» [5]. Переконаємося в цьому.

Вважаємо за доцільне передусім нагадати, що Закон України «Про Концепцію Національної програми інформатизації» [4] визначає поняття «інформатизація», яке, по-перше, тісно пов'язане із поняттям «інформаційні інновації», що розуміються як інновації в ІКТ. По-друге, інформатизація передбачає сукупність процесів, спрямованих на створення умов для задоволення інформаційних потреб, реалізації прав громадян і суспільства щодо діяльності органів державної влади на основі розвитку, використання інформаційно-комунікаційних технологій і, вочевидь, нових досягнень, нововведень, інновацій у сфері ІКТ (що, до речі, і становить зміст поняття «інформаційні інновації»). На нашу думку, підвищенню якості й доступності правосуддя, безумовно, мають сприяти як положення Закону України «Про Концепцію Національної програми інформатизації», так і їх реалізація під час безпосереднього проведення інформатизації органів судової влади на підґрунті всебічного впровадження новітніх інформаційних технологій.

У роботі відстоюється позиція щодо важливості комплексного аналізу положень Концепції Національної програми інформатизації та норм Закону України «Про Національну програму інформатизації» [5]. Останній Закон визначив загальні правові засади формування, виконання й коригування цієї Програми та головну мету Національної програми інформатизації – створення необхідних умов (у тому числі й органами законодавчої, виконавчої та судової влади) для забезпечення громадян і суспільства своєчасною, достовірною й повною інформацією за допомогою інформаційних технологій. Слід зазначити, що ст. 5 Закону [5] визначає основні завдання Національної програми інформатизації, серед яких застосування та розвиток сучасних інформаційних технологій у відповідних сферах суспільного життя України. Вважаємо, що зазначена норма права передбачає впровадження органами державної влади, у тому числі судової, новітніх інформаційних технологій, що сприятиме, серед іншого, забезпеченню вільного доступу населення до інформації про їх діяльність, а це безпосередньо пов'язано з удосконаленням судового управління.

Слід підкреслити, що, відповідно до ст. 10 Закону, замовниками Національної програми інформатизації є Генеральний державний замовник (центральный орган виконавчої влади, визначений Президентом України) та державні замовники окремих завдань (проектів) інформатизації цієї Програми, якими можуть бути державні органи. Виходячи з цього, органи судової влади можуть бути державними замовниками окремих проектів Національної програми інформатизації, а отже, таким чином упроваджувати й управлінські інновації в судове управління.

У роботі також проаналізовано положення інших нормативно-правових актів, які були зазначені вище, що дало змогу дійти висновку про правильність їх включення до підсистеми загальних правових засад упровадження інформаційних та управлінських інновацій у судове управління.

Водночас у цій науковій роботі пропонується таке розуміння спеціальних правових засад упровадження інформаційних та управлінських інновацій у судове управління. По-перше, спеціальні правові засади відображають специфіку й особливості впровадження

управлінських та інформаційних інновацій органами судової влади. По-друге, спеціальні правові засади передбачають існування нормативно-правових актів, за допомогою яких регулюються відносини щодо впровадження вказаних інновацій у діяльність органів судової влади, серед яких слід відзначити такі: 1) закони України; 2) укази Президента України; 3) накази Державної судової адміністрації України; 4) рішення органів суддівського самоврядування. Проведені дослідження дали змогу переконатися в існуванні великої кількості зазначених актів, особливо стосовно наказів ДСА України та рішень Ради суддів України. У зв'язку з цим вважаємо за можливе не наводити повного переліку цих актів.

Попередній аналіз засвідчив, що спеціальні правові засади можуть бути визначені насамперед у Законі України «Про судоустрій і статус суддів» (далі – Закон) [6]. Нагадаємо, що цей Закон України, по-перше, заклав фундамент для побудови принципово нової судової системи; по-друге, закріпив положення щодо розвитку й удосконалення правового статусу інститутів судової влади (у тому числі й інституту судового управління). Варто зазначити, що в Законі вперше було визначено відмежування суддівського корпусу від апарату суду. Відзначимо позитивні моменти цього положення. По-перше, відмежування суддівського корпусу від апарату суду є принципово важливим, оскільки дає суддям змогу займатися виключно здійсненням правосуддя, а працівникам апарату виконувати функцію судового управління, забезпечуючи (за допомогою організаційного, інформаційного й правового забезпечення) належні умови в судах для здійснення справедливої правосуддя. По-друге, апарат суду має можливість зосереджувати увагу виключно на виконанні функцій судового управління та постійно працювати над удосконаленням організаційного й інформаційного забезпечення створення належних умов у судах для здійснення правосуддя шляхом упровадження управлінських та інформаційних інновацій, відповідно, в інформаційне й організаційне забезпечення як складових функцій судового управління.

Водночас не менш важливими є положення Закону, де відображені позитивні зміни у сфері здійснення судового управління, а саме: 1) запровадження автоматизованого розподілу справ між суддями в усіх судах; 2) запровадження обов'язкової спеціальної підготовки суддів, у тому числі перед призначенням на посаду; 3) запровадження конкурсної процедури добору майбутніх суддів у Вищій кваліфікаційній комісії суддів. Слід зазначити, що перше завдання Закону [6] щодо запровадження автоматизованого розподілу справ між суддями в усіх судах є одним із заходів, спрямованих на формування не лише інформаційного забезпечення, а й організаційного забезпечення та пов'язаних з упровадженням як інформаційних, так і управлінських інновацій. Нагадаємо, що розподіл судових справ – це організаційна дія, яка визначає майбутній результат роботи суду [7, с. 73]. Отже, від того, як саме були розподілені справи між суддями, залежить швидкість і якість їх розгляду.

Два наступних завдання, зазначених у Законі, а саме: запровадження обов'язкової спеціальної підготовки суддів і конкурсна процедура добору майбутніх суддів у Вищій кваліфікаційній комісії суддів – належать до правового закріплення організаційного забезпечення створення належних умов у судах та пов'язані з упровадженням управлінських інновацій.

Виходячи із результатів проведеного аналізу, слід підкреслити, що не менш важливим є Указ Президента України від 10 травня 2006 р. № 361 [8], яким затвердже-

но положення Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливої судової влади в Україні відповідно до європейських стандартів (далі – Концепція). Вважаємо за доцільне зупинитися на положенні п. 3 розділу IX Концепції, яке визначає один із пріоритетів діяльності ДСА України – здійснення комп'ютеризації в судах, що забезпечить поступовий перехід від паперового до електронного діловодства. Концепція зазначає необхідність завершення процесу обладнання судів технічними засобами фіксації процесу, а також створення єдиної судової інформаційної мережі, що стає можливим завдяки впровадженню в судово-управлінську інформаційних інновацій. У свою чергу, п. 4 розділу IX Концепції, з метою забезпечення прозорості судової влади, потребує створення Єдиного державного реєстру судових рішень з відкритим доступом до нього через Інтернет, що сприятиме однаково застосуванню права суддями, підвищенню прогнозованості результатів вирішення справ, забезпеченню контролю громадськості за діяльністю судів. На нашу думку, у цьому пункті йдеться про впровадження управлінських інновацій у судово-управлінську діяльність. Відповідно, можемо вважати, що проаналізований Указ Президента України справді визначає спеціальні правові засади впровадження інформаційних та управлінських інновацій у судово-управлінську діяльність.

Дослідження, проведені в роботі, виявили, що спеціальне правове забезпечення впровадження інформаційних та управлінських інновацій передбачене наказами ДСА України, зокрема, Наказом від 21 червня 2013 року № 91 «Про постійно діючу робочу групу з питань інновацій» [9], згідно з яким, з метою удосконалення роботи органів судової влади шляхом застосування інноваційних моделей організаційного забезпечення роботи суду та новітніх інформаційних технологій, було визначено основні напрями діяльності щодо впровадження управлінських та інформаційних інновацій у судово-управлінську діяльність. Серед цих напрямів відзначимо такі: 1) проведення дослідження сучасних концепцій організації роботи судів на базі вітчизняного й міжнародного досвіду; 2) реорганізація судової статистики; 3) уніфікація форми діловодства для операційних потреб «ЄСІС України»; 4) реорганізація діловодства й документообігу; 5) реорганізація управління в суді. На нашу думку, реорганізація судової статистики, уніфікація форми діловодства для операційних потреб «ЄСІС України» та реорганізація діловодства й документообігу можливі шляхом впровадження інформаційних інновацій. У свою чергу, реорганізація управління в суді можлива за умови впровадження передусім управлінських інновацій.

До вказаного слід додати, що, відповідно до ст.ст. 145–147 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [6], Рішення Ради суддів України від 29 лютого 2008 року № 38 щодо створення Єдиної судової інформаційної системи [10], відповідним Наказом ДСА України було запроваджено пілотний проект щодо обміну електронними документами між судом та учасниками судового процесу.

Вважаємо, що важливе місце серед нормативно-правових актів, які визначають спеціальні правові засади впровадження інформаційних та управлінських інновацій, посідає Наказ ДСА України від 27 січня 2012 року № 14 «Про створення міжвідомчої робочої групи з розробки пілотного проекту «Електронний суд» [11]. Метою цього інноваційного проекту є формування електронних судових справ і доступ учасників судового процесу до них через веб-інтерфейс. Реалізація цього проекту можлива за ра-

хунок впровадження інновацій в ІКТ, за допомогою яких будуть створені персональні поштові скриньки учасників судового процесу через спеціально зареєстрований веб-портал, а також віртуальні кабінети користувачів. Безумовно, це сприятиме підвищенню рівня судового управління загалом. Водночас у напрямі вдосконалення процесу діловодства в судах ДСА України також прийняла низку відповідних наказів, які передбачають впровадження, зокрема, інформаційних інновацій у судово-управлінську діяльність.

Відзначимо, що діяльність органів судово-управлінської діяльності також спрямована на формування спеціального правового забезпечення внутрішньої діяльності судів, у тому числі й судового управління. Відповідно, ці органи, зокрема, рада суддів загальних судів, приймають підзаконні нормативно-правові акти, які закріплюють спеціальні правові засади впровадження інформаційних та управлінських інновацій у судово-управлінську діяльність. Наприклад, у Рішенні ради суддів загальних судів від 21 листопада 2013 року № 99 було вирішено взяти до відома результати проведеного цієї радою моніторингу ефективності використання відеоконференцз'язку, стану забезпечення та проблемних питань, які виникають в апеляційних та місцевих загальних судах під час проведення судових засідань відповідно до процесуальних законодавств України із використанням системи відеоконференцз'язку [12]. Отже, прийнятим Рішенням рада суддів загальних судів підтримала впровадження інформаційних інновацій у судово-управлінську й закріпила відповідні правові положення.

Відзначимо, що в напрямі сприяння вдосконаленню організаційного та інформаційного забезпечення судів Рада суддів України також приймає відповідні нормативні акти, які закріплюють спеціальні правові засади впровадження інформаційних та управлінських інновацій у судово-управлінську діяльність. Яскравим прикладом цього є Рішення Ради суддів України від 26 листопада 2010 року № 30 [13], де було затверджено Положення про автоматизовану систему документообігу суду, й Рішення Ради суддів України від 17 липня 2009 року № 77 щодо забезпечення реалізації заходів по створенню й поетапному впровадженню Єдиної судової інформаційної системи України в судах загальної юрисдикції та визначення пріоритетним забезпечення впровадження електронної системи документообігу в судах загальної юрисдикції [14].

**Висновки.** Отже, можна стверджувати, що розглянуті вище нормативно-правові акти справді є складовими підсистемами спеціальних правових засад впровадження інформаційних та управлінських інновацій у судово-управлінську діяльність.

У роботі досліджено дві підсистеми правових засад (загальних і спеціальних) впровадження інформаційних та управлінських інновацій у судово-управлінську діяльність. Це дало змогу зробити такі висновки:

1) в загальних правових засадах впровадження інформаційних та управлінських інновацій у судово-управлінську діяльність закріплюється, передусім, таке: базові поняття (наприклад, «інновації», які можуть бути використані як основа для понять «управлінські інновації», «інформаційні інновації»); напрями, що визначають впровадження сучасних управлінських, інформаційних, комунікаційних технологій у діяльності органів державної влади, у тому числі й судової, і передбачають можливість залучення нових ресурсів; результати наукової та науково-технічної діяльності, які можуть бути використані судами під час удосконалення судового управління. Отже, загальні правові

засади впровадження інформаційних та управлінських інновацій у судове управління є базою, фундаментом для спеціальних правових засад упровадження цих інновацій;

2) спеціальні правові засади, спираючись на базові поняття й категорії, визначені в загальних правових засадах, розкривають, зокрема, механізм, напрями та необхідність упровадження інформаційних і управлінських інновацій у судове управління, відображають специфіку й особливості впровадження зазначених інновацій цілеспрямовано в судове управління;

3) загальні та спеціальні правові засади впровадження інформаційних та управлінських інновацій у судове управління (перелік яких не є вичерпним) дає нам підстави визнати, що обидва види є складовими другої підсистеми правової складової ОПМВІ. Указані види правових засад взаємодіють між собою, доповнюючи один одного.

Вважаємо, що подальші наукові дослідження мають бути спрямовані на визначення правових засад упровадження правових інновацій у судове управління.

### Список використаної літератури

1. Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки : Закон України від 9 січня 2007 року // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – № 12. – Ст. 102.
2. Про внесення змін до Наказу Державної судової адміністрації України від 15 червня 2011 року № 100 : Наказ Державної судової адміністрації України від 19 квітня 2012 року № 42 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : court.gov.ua/.../Nakaz%2042.
3. Про інноваційну діяльність : Закон України від 4 липня 2002 року // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 36. – Ст. 266.
4. Про Концепцію Національної програми інформатизації : Закон України від 4 лютого 1998 року // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 27–28. – Ст. 182.
5. Про Національну програму інформатизації : Закон України від 4 лютого 1998 року // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 27–28. – Ст. 181.

6. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 липня 2010 року // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41–42, № 43, № 44–45. – Ст. 529.

7. Інноваційні методи адміністрування в українських судах. Практичний досвід. – Київ, 2010. – 284 с.

8. Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів : Указ Президента України від 10 травня 2006 року № 361 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/361/20010>.

9. Про постійно діючу робочу групу з питань інновацій : Наказ Державної судової адміністрації України від 21 червня 2013 року № 91 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dsa.court.gov.ua/dsa/14/N912013/>.

10. Про створення Єдиної судової інформаційної системи : Рішення Ради суддів України від 29 лютого 2008 року № 38 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://court.gov.ua/969076/45742658258/>.

11. Про створення міжвідомчої робочої групи з розробки пілотного проекту «Електронний суд» : Наказ Державної судової адміністрації України від 27 січня 2012 року № 14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://court.gov.ua/userfiles/N14.jpg>.

12. Про стан забезпечення системою відеоконференцз'язку апеляційних та місцевих загальних судів : Рішення ради суддів загальних судів від 21 листопада 2013 року № 99 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://court.gov.ua/userfiles/99%20z%20dodatkom.pdf>.

13. Про затвердження Положення про автоматизовану систему документообігу суду : Рішення Ради суддів України від 26 листопада 2010 року № 30 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://court.gov.ua/969076/RRSU302010/>.

14. Про забезпечення реалізації заходів по створенню та поетапному впровадженню Єдиної судової інформаційної системи України в судах загальної юрисдикції : Рішення Ради суддів України від 17 липня 2009 року № 77 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pm.cr.court.gov.ua/sud0115/infogram/vnutrkomun/zvernenyogolov>.

УДК 342.95 (477)

## ХАРАКТЕРИСТИКА СТАДІЙ ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ ПРО ПРИТЯГНЕННЯ ДО АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЖОРСТОКЕ ПОВОДЖЕННЯ З ТВАРИНАМИ

Наталія БОНДАРЕНКО,

здобувач

Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

### SUMMARY

In the article the problems of bringing in are analysed to administrative responsibility for cruelty with animals on the legislation of Ukraine and some countries of the Independent States. The author determines the necessity of improvement of operating administrative legislation of responsibility for cruelty with animals.

**Key words:** cruelty with animals, administrative responsibility, administrative penalties.

### АНОТАЦІЯ

У статті аналізуються стадії провадження у справах про притягнення до адміністративної відповідальності за жорстоке поводження з тваринами за законодавством України. Автором робляться висновки про необхідність удосконалення чинного адміністративного законодавства, що передбачає порядок притягнення до адміністративної відповідальності за адміністративні правопорушення за жорстоке поводження з тваринами.

**Ключові слова:** жорстоке поводження з тваринами, адміністративне провадження, стадії адміністративного провадження, адміністративна відповідальність.

**Постановка проблеми.** Проблема притягнення до адміністративної відповідальності за вчинення адміністративного правопорушення за жорстоке поводження з тваринами зумовлена недосконалістю норм адміністративного законодавства, складності в їх практичній реалізації та неврахування багатьох положень законодавства зарубіжних країн і практики їх застосування щодо захисту тварин від жорстокого поводження.

Жорстоке поводження з тваринами свідчить про спад рівня моральності суспільства, визначає схильність людей до агресивних вчинків і спричинює у майбутньому до злочинної поведінки проти життя та здоров'я вже не тварин, а людей. Головною проблемою розповсюдження жорстокого поводження з тваринами є некарність таких дій через не усвідомлення правоохоронними структурами загрози, що постає для громадської моральності. Соціологічне опитування, проведене автором статті, виявило, що 34% респондентів зазначили, що посилення кримінальної та адміністративної відповідальності за жорстоке поводження з тваринами дасть змогу вплинути на ефективність дій адміністративно-правових санкцій і кримінальних покарань.

**Аналіз останніх досліджень.** Проблемам притягнення до адміністративної відповідальності присвячено чимало праць провідних учених, зокрема В.Б. Авер'янова, О.М. Бандурки, Д.М. Бахраха, Ю.П. Битяка, С.Т. Гончарука, В.К. Колпакова, В.В. Копейчикова, А.Т. Комзюка, Н.В. Хорошака та інших. Проте комплексного дослідження проблем адміністративної відповідальності та характеристики проваджень у справах про притягнення до адміністративної відповідальності за жорстоке поводження з тваринами не проводилося.

**Метою статті** є аналіз і характеристика стадій провадження у справах про притягнення до адміністративної відповідальності за жорстоке поводження з тваринами та надання пропозицій щодо вдосконалення норм, котрі ре-

гламентують порядок здійснення процесуальних дій, які надають можливість виявити адміністративне правопорушення й застосувати встановлені законом заходи та притягнути особу до адміністративної відповідальності.

**Викладення основного матеріалу.** Справи про адміністративні правопорушення розглядаються, вирішуються в межах адміністративного провадження, що дає змогу винести об'єктивне рішення стосовно справи. Провадження у справах про адміністративні проступки являє собою різновид адміністративного процесу, котрий склався в самостійну процесуальну систему, яка є, по-перше, невід'ємною частиною управлінської діяльності, пов'язаною з правосуддям; по-друге, здійснюється широким колом носіїв юрисдикційних повноважень; по-третє, адміністративно-процесуальна діяльність являє собою найбільш спрощену форму процесуальної діяльності (наприклад, якщо порівнювати з кримінальною або цивільно-процесуальною); по-четверте, адміністративний процес обслуговує лише одну відокремлену галузь матеріального права – адміністративне право. Головним критерієм відмежування проваджень у адміністративному процесі є вид адміністративного примусу [1, с. 46]. В.Г. Переплюк указує: «Адміністративний процес – це є розгляд в адміністративно-процесуальній формі справ по обслуговуванню правового статусу осіб у сфері державного управління» [2, с. 19].

При цьому серед науковців відсутній єдиний підхід щодо визначення самого поняття «адміністративне провадження». Зокрема, С.Т. Гончарук зазначає, що «провадження можна визначити як сукупність здійснюваних компетентними суб'єктами на основі закону процесуальних дій щодо вирішення справ про адміністративні правопорушення» [3, с. 59]. Д.М. Бахрах, Е.М. Ренов вважають провадження діяльністю громадських і державних органів, спрямованою на розгляд справ про адміністративні правопорушення [4, с. 5], застосування в разі необхідності адміністративних



стягнень, інші зазначають, що «це певна державно-владна юридична діяльність відповідних органів (службових осіб) при вирішенні індивідуально-конкретних справ про правопорушення» [5, с. 73].

Також С.Т. Гончарук наголошує на тому, що «провадження в справах про адміністративні правопорушення можна визначити подвійно: з одного боку – як урегульований законом порядок здійснення відповідних процесуальних дій, що забезпечують винесення законних і об'єктивних рішень у справах про адміністративні правопорушення, з іншого – як засновану на законі діяльність посадових осіб цих органів щодо розгляду підвідомчих їм справ про адміністративні правопорушення та прийняття рішень щодо них у встановлених законом формі та порядку [3, с. 59].

Основними принципами провадження в справах про адміністративні правопорушення за жорстоке поводження з тваринами є такі: забезпечення законності, гласності, установлення об'єктивної істини у справі, право на захист, презумпція невинуватості, рівність громадян перед законом.

В.М. Самсонов до цього переліку додає такі принципи: забезпечення рівня компетенції, охорона інтересів особи й держави, економічність, національна мова провадження, відповідальність посадових осіб [1, с. 16].

Чинне законодавство України не дає нормативного визначення провадженнь у справах про адміністративні правопорушення, що обмежують регулювання його завдань (ст. 245 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КпАП України)), принципів (ст. ст. 248–249) тощо.

Змістом провадження у справах про притягнення особи до адміністративної відповідальності за жорстоке поводження з тваринами є нормативно встановлений комплекс взаємопов'язаних і взаємозумовлених процесуальних дій уповноважених суб'єктів щодо притягнення винної особи до адміністративної відповідальності.

Слід зазначити, що загальне провадження складається з чотирьох стадій:

- порушення адміністративного провадження;
- розгляд справи й винесення постанови;
- оскарження й опротестування постанови;
- виконання постанови про накладення адміністративного стягнення.

Порушення адміністративного провадження являє собою початкову стадію провадження у справах про адміністративні правопорушення щодо жорстокого поводження з тваринами. Ця стадія складається з двох етапів: порушення адміністративної справи й адміністративного розслідування. Сутність цього етапу полягає в тому, що в разі виявлення факту здійснення жорстокого поводження з тваринами, а також при наявності інших підстав компетентні суб'єкти адміністративної юрисдикції приймають рішення, яке має певне об'єктивоване вираження стосовно руху справи про адміністративні правопорушення.

Справа про адміністративне правопорушення може бути порушена тільки тоді, коли для початку руху адміністративної справи є відповідні приводи та підстави.

Ст. 9 КпАП України розкриває загальне поняття адміністративного правопорушення і його ознаки (протиправність, винність, караність). Інші статті Загальної частини КпАП України визначають його склад: об'єкт, об'єктивну сторону, суб'єкт, суб'єктивну сторону (ст. ст. 9–16). Так у ст. 89 КпАП України зазначено, що «жор-

стоке поводження з тваринами, їх мордування або вчинення інших дій, що призвели до їх мучення, каліцтва чи загибелі» [6], є підставою притягнення до відповідальності суб'єкта правопорушення. Єдиною матеріальною підставою порушення адміністративної справи є склад адміністративного правопорушення, що прямо виражається в ст. 247 КпАП України, яка передбачає обставини, котрі виключають провадження у справі про адміністративне правопорушення:

- відсутність події і складу адміністративного правопорушення;
- недосягнення особою на момент учинення адміністративного правопорушення шістнадцятирічного віку;
- неосудність особи, яка вчинила протиправну дію чи бездіяльність;
- вчинення дії особою в стані крайньої необхідності або необхідної оборони;
- видання акта амністії;
- скасування акта, який установлює адміністративну відповідальність;
- закінчення строків накладення адміністративного стягнення (ст. 38 КпАП України);
- наявність самого факту щодо особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, постанови компетентного органу;
- смерть особи.

Законодавець, у ст. 255 КпАП України, як зазначає Е.В. Додін, виявив непослідовність, указуючи перелік осіб, уповноважених складати протоколи: в одних випадках він конкретно вказує таких осіб, в інших – про уповноважених на те посадових осіб [7, с. 25]. Для всебічного з'ясування сутності цього положення виникає необхідність звернутися до відомчих нормативних актів. Згідно зі ст. 11 Закону України «Про міліцію», міліції для виконання покладених на неї обов'язків надається право складати протоколи про адміністративні правопорушення, проводити особистий огляд, вилучення речей і документів, застосовувати інші передбачені законом заходи забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення. Загалом, суб'єктами порушення справи про адміністративне правопорушення щодо жорстокого поводження з тваринами є такі:

- громадський інспектор з охорони довкілля;
- посадові особи підприємств, установ та організацій, що здійснюють охорону, використання й відтворення тваринного світу [6].

Об'єктивованим вираженням факту порушення адміністративної справи є, передусім, протокол про адміністративне правопорушення. Це складний процесуальний документ, що закріплює подію адміністративного правопорушення та слугує процесуальною основою для розгляду справи про адміністративні проступки. Протокол про адміністративне правопорушення є актом порушення справи й вважається головним документом на всіх стадіях провадження, який не тільки закріплює факт і є підставою для його розгляду, а й містить у собі попередню негативну оцінку діяння [8, с. 146].

Ст. 256 КпАП України прямо не передбачає строку порушення адміністративної справи, тобто визначеного проміжку часу, протягом якого після скоєння адміністративного правопорушення складається протокол про адміністративне правопорушення, де міститься послідовний опис протиправних дій, подій, які мають юридичне значення для правильної кваліфікації проступку, що встановлюється безпосередньо особами, котрі засвічують

протокол своїми підписами. Ще до його складання проводяться всі необхідні процесуальні дії: опитування свідків, потерпілих, відбирання пояснень у порушника, особистий огляд і огляд речей. У протоколі фіксуються підсумки розслідування, у результаті яких повноважна особа дійшла висновку щодо необхідності притягнення порушника до адміністративної відповідальності, містяться докази, що підтверджують винуватість особи.

При складанні протоколу про адміністративні правопорушення уповноважена на це посадова особа мусить обов'язково дотримуватися встановлених у ст. 256 КпАП України вимог: дата й місце його складання, посада, прізвище, ім'я по батькові особи, яка склала протокол; відомості про особу правопорушника; місце, час вчинення і суть адміністративного правопорушення; нормативний акт, який передбачає відповідальність за це правопорушення; прізвища, адреси свідків і потерпілих, якщо вони є, пояснення порушника [9, с. 146], інші відомості, необхідні для справи.

Протокол підписується особою, яка його склала, й особою, яка вчинила адміністративний проступок; за наявності свідків і потерпілих протокол може бути підписано також і цими особами.

У разі відмови особи, яка вчинила проступок, від підписання протоколу, відповідно до ч. 3 ст. 256 КпАП України, у ньому робиться відповідний запис.

На стадії порушення справи в необхідних випадках здійснюються адміністративно-процесуальні заходи щодо забезпечення адміністративного провадження.

Згідно зі ст. 260 КпАП України, «у випадках, прямо передбачених законодавчими актами України, з метою ... складання протоколу про адміністративне правопорушення ... допускається адміністративне затримання особи, особистий огляд, огляд речей і вилучення речей і документів». Ці дії здійснюються з метою встановлення особи правопорушника, складання протоколу при неможливості здійснити ці дії на місці, забезпечення своєчасного та правильного розгляду справи, виконання рішення тощо. Відповідно до п. 5 ст. 11 Закону «Про міліцію», міліції надано право затримувати до трьох діб осіб, які вчинили адміністративні правопорушення, для встановлення особи й з'ясування обставин правопорушення з повідомленням про це письмово прокурора протягом 24 годин з моменту затримання. Але щодо притягнення до відповідальності за жорстоке поводження з тваринами в разі неможливості встановлення особи порушника на місці державні інспектори можуть доставляти порушника до місцевих органів внутрішніх справ.

Згідно зі ст. 38 КпАП України, формально протокол про адміністративне правопорушення може бути складений протягом двох місяців з дня вчинення адміністративного правопорушення, а при триваючому правопорушенні – двох місяців з дня його виявлення.

Адміністративну справу неможливо порушити без попередньої кваліфікації скоєного проступку, оскільки кваліфікація обов'язково відображається у відповідному адміністративно-процесуальному документі (протоколі), який є об'єктивним відображенням доказу факту адміністративного правопорушення.

Розглядати справи про адміністративні правопорушення в галузі охорони навколишнього природного середовища, у тому числі й за жорстоке поводження з тваринами, має Інспекція з охорони довкілля.

Основна мета адміністративного розслідування – отримання доказів у справі. Аналіз ст. 251 КпАП України «До-

кази» дає змогу зробити висновок, що будь-які фактичні дані, які є доказами, встановлюються й закріплюються не тільки протоколом, а й іншими документами, які складаються у процесі адміністративного розслідування (пояснення, заяви, довідки тощо).

Отже, докази – це інформація щодо справи, одержана й зафіксована в порядку та за формою, що встановлюється адміністративно-процесуальним законодавством.

КпАП України визначає низку доказів, що можуть бути покладені в основу винесення постанови стосовно справи про притягнення до відповідальності. Аналізуючи нормативно-правову базу щодо жорстокого поводження з тваринами, слід виокремити такі докази в цих справах:

- показання свідків;
- показання особи, що притягується до адміністративної відповідальності;
- речові докази (інспектори мають право проводити фотографування, здійснювати звукозапис, кіно- й відеозйомку як допоміжний засіб для запобігання та розкриття порушень вимог законодавства про охорону навколишнього природного середовища);
- висновки експертів (проведення ветеринарної експертизи щодо викриття жорстокого поводження з тваринами здійснюється спеціальними закладами ветеринарної медицини);
- документи (інспектори можуть подавати запит до органів внутрішніх справ для отримання всіх необхідних документів для вирішення справ).

Установлення такого переліку означає, що інформація, отримана в іншій формі, які б поважні й цікаві факти щодо справи не містила (наприклад, опитування свідка не безпосередньо, а по телефону), не може враховуватись як доказ.

Законодавець не тільки визначає коло доказів, а й установлює засоби їх одержання:

- пояснення (письмові);
- опитування учасників провадження (свідок, потерпілий, особа, яка притягується до адміністративної відповідальності);
- огляд (інспектор має право здійснити особистий огляд речей і документів);
- проведення експертизи тощо.

Доказуванню підлягають вина особи та обставини, що обтяжують або пом'якшують адміністративну відповідальність.

Аналіз положень законодавства свідчить, що більшість правопорушень у галузі охорони навколишнього середовища скоюються тільки з прямим умислом. Обставини, що пом'якшують або обтяжують відповідальність за адміністративне правопорушення, передбачені ст. 34, 35 КпАП України. До пом'якшувальних обставин належать такі: щире каяття винного; відвернення винним шкідливих наслідків правопорушення, добровільне відшкодування збитків або усунення заподіяної шкоди; учинення правопорушення під впливом сильного душевного хвилювання або в разі збігу тяжких особистих чи сімейних обставин; учинення правопорушення неповнолітнім; учинення правопорушення вагітною жінкою або жінкою, яка має дитину, віком до року. Разом з тим законодавець у ч. 2 ст. 34 КпАП України вказує, що орган, який вирішує справу про адміністративне правопорушення, може визнати пом'якшувальними обставини, не зазначені в законодавстві.

До обставин, що обтяжують відповідальність, належать такі: продовження протиправної поведінки, незважаючи на

вимогу уповноважених на те осіб припинити її; повторне протягом року вчинення однорідного правопорушення, за яке особу вже було піддано адміністративному стягненню; вчинення правопорушення особою, яка раніше вчинила злочин; втягнення неповнолітнього в учинення правопорушення; учинення правопорушення групою осіб; учинення правопорушення в умовах стихійного лиха або за інших надзвичайних обставин; учинення правопорушення в стані сп'яніння. Орган або посадова особа, котрі уповноважені складати протокол, залежно від характеру адміністративного правопорушення можуть не визнати ці обставини обтяжувальними.

Отже, орган, який вирішує справу про адміністративне правопорушення, може визнати пом'якшувальними й обставини, не зазначені в законодавстві.

Питання про строки адміністративного розслідування недостатньо урегульоване чинним адміністративно-процесуальним законодавством. Ці терміни тісно пов'язані з термінами розгляду справи про адміністративне правопорушення та накладення адміністративного стягнення.

У справах про притягнення до адміністративної відповідальності щодо жорстокого поводження з тваринами застосовується загальний строк розгляду справи, що становить 15 днів з дня отримання органом (посадовою особою), правомочним розглядати справу, тобто державної інспекції з охорони довкілля, протоколу про адміністративне правопорушення та інших матеріалів справи.

На стадії розгляду адміністративної справи за правопорушення в галузі охорони навколишнього природного середовища вноситься постанова щодо справи, яка приймається й містить у собі такі реквізити: найменування органу посадової особи, який виніс постанову; дату розгляду справи; відомості про особу, щодо якої порушено справу; викладення обставин, установлених під час розгляду справи; зазначення нормативного акта, який передбачає відповідальність за адміністративне правопорушення; прийняте щодо справи рішення. Правильно зазначає В.П. Чабан: «Актом адміністративної відповідальності є вказівка органу адміністративної юрисдикції на застосування адміністративного стягнення, зосередженого в санкції, що охороняє правову норму і регульовані нею відносини, що іменується постановою» [10, с. 11].

Особливості адміністративного провадження у справах про адміністративні проступки у сфері громадської моралі полягають також у застосуванні певних видів адміністративних стягнень. У ст. 24 КпАП України законодавець передбачив такі адміністративні стягнення: попередження; штраф; оплатне вилучення предмета, який став знаряддям учинення або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення; конфіскація предмета, що став знаряддям або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення; позбавлення спеціального права, наданого цьому громадянину; виправні роботи; адміністративний арешт. Крім того, ч. 4 ст. 24 КпАП до інших громадян і осіб без громадянства за вчинення адміністративних проступків передбачено такий захід адміністративного примусу, як видворення за межі держави. З переліку цих стягнень за проступки у сфері громадської моралі передбачено такі покарання: попередження, штраф і конфіскацію.

Адміністративні стягнення: попередження та штраф – застосовують тільки як основні, тобто застосовуються тільки самостійно, конфіскація ж (ч. 2 ст. 25 КпАП України) може застосовуватись як самостійно, так і водночас із основним стягненням.

Щодо справи про адміністративне правопорушення інспектор вносить постанову про накладення штрафу від трьох до семи неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Постанова оголошується негайно після закінчення розгляду справи. Копія постанови протягом трьох днів вручається або надсилається особі, щодо якої її винесено, а також потерпілому на його прохання.

Особливістю дотримання законності під час провадження адміністративних справ є право на оскарження або опротестування постанови щодо справи, яке може бути здійснене як особою щодо якої винесено, так і потерпілим. Як зазначають фахівці-адміністративісти [3, с. 29], на відміну від інших стадій провадження у справах про адміністративні проступки, стадія перегляду є факультативною, необов'язковою.

Скарга подається до інспекції протягом десяти днів з дня її винесення. У разі пропуску зазначеного строку з поважних причин, вона може бути постановлена за заявою особи органом, правомочним розглядати справу.

Постанову щодо справи про адміністративне правопорушення за ст. 89 КпАП України може бути оскаржено у вищий орган (вищій посадовій особі) або в суд, рішення якого є остаточним.

Постанову щодо справи про адміністративні правопорушення може бути опротестовано прокурором. Унесення протесту зупиняє виконання постанови до його розгляду.

Скарга, протест на постанову розглядаються в 10-денний строк з дня їх надходження правомочним органом (ст. 292 КпАП України), який приймає одне з таких рішень:

- залишає постанову без зміни, а скаргу або протест без задоволення;
- скасовує постанову й надсилає справу на певний розгляд;
- скасовує постанову й закриває справу;
- змінює захід стягнення в межах, передбачених нормативним актом про відповідальність за адміністративне правопорушення, для того щоб стягнення не було посилено (ст. 293 КпАП України).

Кожне рішення щодо скарги або протесту протягом трьох днів надсилається зацікавленим особам. Рішення щодо скарги може бути опротестоване прокурором у вищий орган.

Слід також зазначити, що КпАП України передбачає, що місцевим загальним судам, як і адміністративним, підсудні всі адміністративні справи з приводу рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо справ про притягнення до адміністративної відповідальності.

Постанова про накладання адміністративного стягнення є обов'язковою для виконання державними і громадськими органами, підприємствами, установами, організаціями, посадовими особами та громадянами.

Одним з основних загальних положень виконання постанов щодо накладення адміністративних стягнень є їх обов'язковість для виконання відповідними державними і громадськими органами, підприємствами, установами й організаціями, громадянами [11, с. 98]. Постанова підлягає виконанню з моменту її винесення. Не підлягає виконанню постанова щодо накладання адміністративного стягнення, якщо її не було звернуто до виконання протягом трьох місяців з дня винесення, за винятком випадків відстрочки виконання постанови, коли перебіг строку давності зупиняється, а також у разі розгляду скарги або протесту.

Усі питання, пов'язані з виконанням постанови про накладення адміністративного стягнення, вирішуються інспектором з охорони навколишнього середовища.

Ст. 301 КпАП України передбачає відстрочку виконання постанов у вигляді штрафу. Інспектор, який виніс постанову про накладення адміністративного стягнення, може відстрочити її виконання на строк до одного місяця.

**Висновки.** Законодавче регулювання адміністративної відповідальності за жорстоке поводження з тваринами, як правило, передбачає застосування штрафних санкцій. Враховуючи, що головною метою адміністративно-правових стягнень є виховання порушника, тобто формування в нього законослухняної поведінки [12, с. 343], і при цьому головний виховний вплив спричиняється на порушника при виконанні окремих стягнень, необхідно, на нашу думку, переглянути розуміння змісту адміністративних санкцій, що застосовуються за жорстоке поводження з тваринами. Охарактеризувавши стадії адміністративного провадження про притягнення до адміністративної відповідальності за жорстоке поводження з тваринами, слід звернути увагу, що розгляд таких справ здійснюється за загальним правилом, але провадження в цих справах здійснюється відповідною інспекцією з охорони довкілля й посадовими особами підприємств, установ та організацій, які відповідають за охорону, використання й відтворення тваринного світу.

#### Список використаної літератури

1. Самсонов В.Н. Административное законодательство: понятие, содержание, реформа / В.Н. Самсонов. – Х. : Основа, 1991. – 209 с.

2. Перепелюк В.Г. Поняття і принципи адміністративного процесу: питання теорії : автореф. дис. к. ю. н / В.Г. Перепелюк. – Х., 2000. – 167 с.

3. Гончарук С.Т. Адміністративна відповідальність за законодавством України / С.Т. Гончарук. – К., 1995. – 78 с.

4. Бахрак Д.Н. Производство по делам об административных правонарушениях / Д.Н. Бахрак, Э.Н. Ренов. – М. : Знание, 1989. – 187 с.

5. Анджієвська В.С. Нове законодавство про адміністративні правопорушення / В.С. Анджієвська, І.А. Тимченко. – К. : Політвидавництва України, 1987 – 130 с.

6. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://rada.gov.ua>.

7. Додін Е.В. Гарантії законності адміністративної відповідальності / Е.В. Додін. – К., 1976. – 85 с.

8. Іващенко В. Деякі проблеми боротьби з проституцією в Україні / В. Іващенко // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1999. – № 4. – 79 с.

9. Бандурка О.М. Адміністративний процес : [підручник для вищих навчальних закладів] / О.М. Бандурка, М.М. Тищенко. – К. : Літера ЛТД, 2002. – 237 с.

10. Чабан В.П. Акти адміністративного примусу в діяльності міліції України : автореф. дис. ... к. ю. н. / В.П. Чабан. – К., 2001. – 21 с.

11. Анджієвський В.С. Нове законодавство про адміністративні правопорушення / В.С. Анджієвський, І.А. Тимченко. – К. : Політвидав України, 1978. – 121 с.

12. Удод М.В. Правове регулювання адміністративних стягнень / М.В. Удод, Ю.Г. Рябчиць // Вісник Донецького національного університету. Серія В «Економіка та право». – 2010. – Вип. 1. – С. 343.

УДК 342.9

## ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ НАУКОВОЇ СФЕРИ: ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ РЕКОМЕНДАЦІЇ ДЛЯ УКРАЇНИ

Ірина ДАНИЛОВА,

здобувач

Національної академії внутрішніх справ

### SUMMARY

Foreign experience of government control of scientific sphere for Ukraine is very important, so as exactly by means of his use, Ukraine can purchase status of country with high scientific potential and due to partial implementation of norms of current legislation of the developed foreign countries to work out the rational mechanism of government control of scientific sphere, adapted properly for our country on the modern stage of her development. In addition, there is a necessity of adaptation of public policy in the field of scientific to the terms of globalization, and it in turn envisages the cardinal revision of principles, methods and mechanisms of making of public policy in the field of it. Thus, the self borrowing over of foreign experience of government control of scientific sphere, to our opinion, can bring to the decision of this range of problems.

**Key words:** government control, foreign experience public policy, scientific sphere, mechanism of realization of government control.

### АНОТАЦІЯ

Зарубіжний досвід державного регулювання наукової сфери для України є дуже важливим, так як саме за допомогою його використання Україна може набути статусу країни з високим науковим потенціалом і завдяки частковій імplementації норм чинного законодавства розвинених зарубіжних країн розробити раціональний механізм державного регулювання наукової сфери, адаптований належним чином для нашої країни на сучасному етапі її розвитку. Крім того, виникає необхідність адаптації державної політики в науковій сфері до умов глобалізації, а це, у свою чергу, передбачає кардинальний перегляд принципів, методів і механізмів вироблення державної політики в цій сфері. Отже, саме запозичення зарубіжного досвіду державного регулювання наукової сфери, на нашу думку, може зумовити вирішення цієї проблеми.

**Ключові слова:** державне регулювання, зарубіжний досвід, державна політика, наукова сфера, механізм реалізації державного регулювання.

**Постановка проблеми.** У межах та з метою реалізації політики в науковій сфері держава застосовує різні способи регулювання наукової діяльності, які в загальному вигляді сформульовані в ст. 31 Закону України «Про наукову та науково-технічну діяльність». Державне регулювання наукової діяльності здійснюється шляхом такого:

1) забезпечення соціально-економічних, організаційних, правових умов для формування та ефективного використання наукового й науково-технічного потенціалу, включаючи державну підтримку суб'єктів наукової та науково-технічної діяльності;

2) створення сучасної інфраструктури науки й системи інформаційного забезпечення наукової та науково-технічної діяльності, інтеграції освіти, науки й виробництва;

3) підготовки, підвищення кваліфікації та перепідготовки наукових кадрів;

4) підвищення престижу наукової та науково-технічної діяльності, підтримки й заохочення наукової молоді;

5) фінансування та матеріального забезпечення фундаментальних досліджень;

6) підтримки пріоритетних напрямів розвитку науки й техніки, державних наукових і науково-технічних програм та концентрації ресурсів для їх реалізації;

7) створення ринку наукової та науково-технічної продукції та впровадження досягнень науки й техніки в усі сфери суспільного життя;

8) забезпечення правової охорони інтелектуальної власності та створення умов для її ефективного використання;

9) організації статистики в науковій діяльності;

10) проведення наукової та науково-технічної експер-

тизи виробництва, нових технологій, техніки, результатів досліджень, науково-технічних програм і проектів тощо;

11) стимулювання наукової та науково-технічної творчості, винахідництва й інноваційної діяльності;

12) пропагування наукових і науково-технічних досягнень, винаходів, нових сучасних технологій, внеску України в розвиток світової науки й техніки;

13) налагодження взаємовигідних зв'язків з іншими державами для інтеграції вітчизняної та світової науки.

Беручи до уваги те, що для України на сьогодні актуальним є питання входження в Європейський Союз, виникає необхідність адаптації державної політики в науковій сфері до умов глобалізації, а це, у свою чергу, передбачає кардинальний перегляд принципів, методів і механізмів вироблення державної політики в цій сфері.

**Мета статті:** на основі узагальнених теоретичних досліджень і положень чинного законодавства повно й усебічно дослідити шляхи та механізм здійснення державного регулювання наукової сфери України з метою його порівняння з тенденціями розвитку в науковій сфері розвинених країн світу задля визначення причин, які призводять до виникнення проблем у цій сфері України. Необхідно детально проаналізувати зарубіжний досвід держав, а саме: вивчити основні тенденції, здобутки та прорахунки реформування наукової сфери в іноземних державах, у яких також відбуваються процеси реформування державного регулювання наукової й науково-технічної сфери і які свого часу зіткнулися з багатьма проблемами, однаковими або схожими на сучасні українські, що дасть змогу передусім виробити інноваційні та організаційно-правові заходи щодо вдосконалення механізму державного регулювання наукової сфери в Україні.

**Виклад основного матеріалу.** Україна належить до держав з високим науковим потенціалом. Це, передусім, визнані у світі наукові школи, вагомі та унікальні досягнення в багатьох сферах – розробці нових матеріалів, біотехнології, радіоелектроніці, фізиці низьких температур, ядерній фізиці, електрозварюванні, інформатиці тощо. Держава повинна створити такі умови, які зможуть забезпечити примноження цього потенціалу, насамперед його максимальну віддачу. Держава має стати безпосереднім провідником інноваційного розвитку, замовником та організатором розробок і досліджень у найсучасніших, найперспективніших напрямках науково-технічного прогресу.

Хоч позиції України в науково-технічній діяльності є досить високими, в останнє десятиріччя в цій сфері мають місце негативні тенденції в усіх підсистемах науково-технічного потенціалу: новітньому менеджменті (наукові кадри, дослідницькі розробки); інноваційному менеджменті (упровадження й ринкове освоєння нововведень); функціонально-ресурсному менеджменті (організація, управління, забезпечення фінансове, матеріально-технічне, інформаційне).

Так, порівнюючи розвиток науки та інноваційної діяльності в Україні з тенденціями, що мають місце у США, Росії, країнах ЄС, Далекого Сходу, Південно-Східної Азії, слід відзначити, що Україна загрозовано наближається до стану відсталого держави [1].

Неприпустимо затягується процес інституційних перетворень системи науково-технічного й кадрового забезпечення економіки України відповідно до умов світового ринку. Загрозованих масштабів набуло старіння наукових кадрів, критичної межі досягла зношеність парку наукового обладнання та матеріально-технічної бази науки, унаслідок чого наукова складова національної конкурентоспроможності неухильно знижується.

Толі як у всіх розвинених державах спостерігається виразна переорієнтація державної політики на використання наукових знань як головного ресурсу економічного зростання, науково-технічний потенціал України доведений сьогодні до стану, за яким можуть статися незворотні зміни, що унеможливають його використання в інтересах наукового розвитку суспільства.

Усвідомлення такого становища має знайти належне розуміння як у Верховній Раді України, так і в Кабінеті Міністрів України.

Враховуючи зазначене, необхідно звернути увагу на причини виникнення вищевказаних проблем, які, на нашу думку, є такими:

- невизначеність засад державної політики в науковій сфері щодо функціонування ринку наукових технологій;
- відсутність системного підходу щодо визначення пріоритетів державної політики в науковій сфері, державного замовлення на науково-технічні розробки;
- суб'єктивний підхід до забезпечення розвитку науково-технічної, інноваційної діяльності, нехтування принципом наукового обґрунтування стратегічних рішень щодо розвитку національної економіки [2];
- недосконалість законодавства в науковій сфері, відсутність механізму стимулювання до створення, виробництва та споживання науково-технічної продукції й унаслідок цього – низький рівень комерціалізації науково-технічних розробок і винаходів;
- нескоординованість інвестиційної державної політики, розпорошеність відповідних фінансових ресурсів;

– відсутність ефективного механізму розподілу результатів інтелектуальної праці між винахідником, юридичною особою, у якій він працює, та державою;

– низький рівень міжнародного співробітництва в науковій сфері.

Отже, для того щоб вищезазначені напрями державної політики в науковій сфері отримали своє належне впровадження у практичній площині, що, у свою чергу, зумовило б вирішення вищевказаних проблем, необхідно створити певний механізм реалізації всіх комплексних завдань, які мають на меті реформування наукової сфери й забезпечення вирішення кола питань, пов'язаних із системою фінансування, системою атестації кадрів і присвоєнням наукових ступенів, процедурою захисту дисертацій, освітою та наукою, кадровою політикою, формуванням експертного середовища, інтеграцією української науки в європейське та світове наукове середовища, популяризацією науки; надання пропозицій стосовно вдосконалення чинного законодавства щодо функціонування й розвитку науково-технічної сфери. Тому вважаємо за потрібне звернутися до зарубіжного досвіду державного регулювання наукової сфери, який, на нашу думку, допоможе розробити такий механізм реалізації завдань наукової політики, що спричинить поліпшення ситуації, яка склалася в науковій сфері України на сьогодні, та виведе національну науку на якісно новий рівень. Вивчення основних тенденцій, здобутків і прорахунків реформування наукової сфери в іноземних державах дасть змогу виробити інноваційні й організаційно-правові заходи щодо вдосконалення механізму державного регулювання наукової сфери в Україні. Безумовно, уваги заслуговує досвід провідних західних (США) і східних країн з високоефективною та розвиненою науковою галуззю. Водночас чималий інтерес має й досвід окремих держав Західної та Східної Європи, у яких також відбуваються процеси реформування державного регулювання наукової й науково-технічної сфери і які свого часу зіткнулися з багатьма проблемами, однаковими або схожими на сучасні українські.

На сьогодні відбувається подальший розвиток системного підходу до науково-інноваційної політики. З'являються програми стимулювання наукової та інноваційної діяльності, спрямовані насамперед на поширення інновацій, розширюється використання непрямих методів регулювання.

У розвинених країнах запроваджується серія модернізацій сфери досліджень і розробок. Особливо активно в цьому напрямі діють країни ЄС, що намагаються ліквідувати наявне технологічне відставання від США.

У всіх країнах триває зростання витраток приватного сектора на наукові дослідження й розробки. Органи держави, що підтримують наукові дослідження, інноваційну діяльність і розвиток малого й середнього бізнесу в науково-технічній сфері, активно взаємодіють один з одним при розробці та здійсненні національних програм. Крім того, у процес прийняття рішень все активніше залучаються різні зацікавлені сторони – промислові компанії, представники академічного співтовариства, недержавні некомерційні організації.

Міра централізації управління може бути різною, але завжди є певним чином організоване міжвідомче регулювання (постійне або здійснюване у зв'язку з необхідністю вирішення конкретних завдань). Умовно можна виділити централізований, децентралізований і проміжний (з децентралізацією низки функцій) типи державного регулювання.

Прикладами централізованого підходу можуть слугувати Франція, Швеція та Фінляндія. У Франції центральною ланкою державного управління представлена двома міністерствами: міністерство, що відповідає за наукові дослідження (у структурі міністерства національної освіти, вищої освіти й науки); міністерство, яке відповідає за промисловий розвиток (у структурі міністерства економіки, фінансів і промисловості). Є низка інших міністерств, також включених у процес підтримки інновацій, але вони відіграють другорядну роль – міністерство оборони, міністерство охорони навколишнього середовища тощо. Важливе значення має також діяльність державного агентства OSEO, яке було створено в 2005 р. шляхом об'єднання трьох національних агентств підтримки малого бізнесу – національного агентства з підтримки інноваційної привабливості наукових досліджень, агентства зі страхування малого бізнесу й банку, що працює з малими та середніми підприємствами. [3, с. 60].

На нашу думку, реформа науки у Франції, яка розпочалася у 2006 р., становить інтерес і для України. По-перше, це пов'язано з істотною схожістю наукових систем: значної ролі держави й державного сектора, існування французького аналога Національної академії наук України – Національного центру наукових досліджень (тільки без академіків і членів-кореспондентів); по-друге, через багато загальних рис в організації науки: навіть міністерства й агентства мають схожі назви. Крім того, французька реформа будується на позитивному досвіді країн з розвиненим науковим менеджментом, насамперед Японії та США.

Основною метою реформування французької науки, як і української, є підвищення конкурентоспроможності економіки на базі прискорення впровадження досягнень науки в реальний сектор, передусім промисловість.

Французька реформа сконцентрована на вирішенні таких важливих завдань:

1. Посилення стратегічного планування й формування національних пріоритетів.
2. Побудова єдиної, комплексної і транспарентної системи оцінки результатів наукових досліджень.
3. Акумуляція синергетичної енергії й полегшення кооперації між учасниками досліджень шляхом формування так званих «полосів конкурентоспроможності».
4. Формування привабливих наукових кар'єр, особливо для молоді.
5. Інтенсифікація динаміки інновацій і налагодження якнайтісніших зв'язків між дослідженнями в державному і приватному секторах.
6. Посилення інтеграції французької системи досліджень у загальноєвропейський дослідницький простір.

Важливою рисою реформи є серйозне розширення прав наукових організацій і університетів в розподілі бюджетних коштів усередині установи в межах чотирирічних контрактів між державою та університетами, де мають бути чітко обумовлені зобов'язання сторін. При цьому в межах загальних асигнувань на базі наукового проекту наукова установа самостійно визначає схему розподілу цих асигнувань.

Полегшується також низка адміністративних процедур, щоб учені мали більше можливостей присвятити себе дослідницькій діяльності. Наприклад, закупівлі для наукових і навчальних установ виключаються з дії кодексу законів про державні закупівлі (ринки). Отже, зникає необхідність проведення конкурсів з кожного приладу, подачі оголошень тощо.

У Франції реалізується наукова політика, побудована на поєднанні прямих і непрямих методів підтримки інновацій. Прямі фінансові підтримки надаються у вигляді безвідсоткової позики терміном до п'яти–шести років. Причому позика підлягає поверненню тільки в разі успішного виконання проекту. За оцінками фахівців Anvar, у середньому від 40% до 50% кредитів, які надає агентство, повертаються. Як метод непрямой підтримки застосовується пріоритетна податкова знижка в розмірі 50%, яка визначається з огляду на досягнуте компанією збільшення витрат на НДДКР, порівняно з рівнем базового року або середнього за певний період. Також діють «податкові канікули» – тимчасове звільнення від сплати податку на прибуток або часткове його зниження, що поширюється на новостворені малі й середні науково-дослідні фірми, зі зниженням на перші п'ять років їх діяльності на 50% від суми сплачуваного ними прибуткового податку. Нові компанії в наукомісткому секторі виробництва, витрати на наукові дослідження та розробки яких перевищують 15% від обігу, звільнюються від податків на вісім років.

Разом із значним розширенням самостійності в діяльності дослідницьких організацій і дослідників французький закон про програму для досліджень передбачає посилення роботи в галузі оцінки досліджень і наукових проектів. Для цього створюється спеціальне агентство [4].

Наступною країною з централізованим управлінням, що має значний науково-технічний потенціал, є Швеція, яка прагне бути серед провідних країн у галузі науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт, де науково-дослідні роботи характеризуються широтою та спеціалізацією.

Шведські науково-дослідні й конструкторські розробки переважно (на 75%) фінансуються промисловістю. Головним джерелом фінансування наукової роботи в університетах і інших вищих навчальних закладах є держава. Кошти на ці цілі виділяються як у формі прямих державних дотацій, так і по лінії різних рад з науки й інших державних агентств і відомств.

Чотири державні установи безпосередньо займаються фінансуванням наукових досліджень і розробок:

1. Шведська рада з наукових досліджень (Vetenskapsrådet). У 2009 р. завдяки її підтримки досліджень у сфері природних наук, технології, медицини, гуманітарних і суспільних наук було направлено близько 4 млрд крон.
2. Шведська рада з наукових досліджень у сфері охорони навколишнього середовища, сільськогосподарських наук і територіального планування (Formas). У 2009 р. виділила на вказані потреби близько 850 млн крон.
3. Шведська рада з наукових досліджень у сфері трудових відносин і соціального забезпечення (FAS). У 2009 р. виділила на дослідження проблем ринку праці, організації праці, професійних захворювань, охорони здоров'я населення, добробуту, соціального обслуговування й соціальних відносин близько 400 млн крон.
4. Шведське управління інноваційних систем (Vinnova). У 2012 р. через цю установу на дослідження у сфері технології, транспорту, комунікацій і трудових відносин було направлено близько 1,5 млрд крон [5].

Існують також некомерційні фонди в цивільному секторі, що є важливим доповненням до державного фінансування науки, однак вони відіграють другорядну роль у регулюванні.

У Фінляндії урядовою організацією, що контролює досягнення в галузі досліджень і розробок, науки й техноло-

гій у більш загальному плані, включаючи їх вплив на всю країну, є Рада з наукової й технологічної політики. Її метою є стимулювання економічного зростання, розвиток торгівлі та промисловості, поширення нових методик і розширення банку знань. Головним вектором сучасної діяльності Ради з наукової та технологічної політики визнається необхідність проведення горизонтальної інноваційної політики, поширення регіонального впливу на інноваційні процеси [6, с. 32].

В основі державної політики в науковій сфері Фінляндії лежать три принципи. По-перше, усі університети в цій країні мають статус дослідних. А з 2010 р. їм надано пільги на ввезення обладнання й можливість отримати у власність нерухоме майно, чим закріплена повна фінансова і дослідницька автономність ВНЗ. Потужним інструментом стимулювання інновацій є також Агентство з фінансування технологій та інновацій Фінляндії Tekes, яке координує політику у сфері НДДКР та інновацій шляхом планування фінансових витрат. Щорічний бюджет Tekes становить майже 600 млн євро. Близько 40% цих коштів виділяється університетам, а 60% – приватним компаніям. Виділені кошти відбувається на конкурсній основі на умовах співфінансування, коли заявник самостійно інвестує/залучає в реалізацію проекту від 25% до 60% коштів. Основний критерій відбору – ефективність проекту. Tekes забезпечує моніторинг процесу реалізації профінансованого проекту й моніторинг його результатів після закінчення проекту. Усі проміжні й остаточні результати моніторингу публікуються. Нарешті, третім «китом» інноваційного розвитку Фінляндії є Національний фонд з досліджень і розвитку Sitra. Це незалежний державний фонд, що працює під наглядом парламенту. Одне із завдань Sitra – організація навчання фахівців у галузі корпоративного інвестування та надання корпоративного фінансування технологічним компаніям на ранніх етапах їх розвитку, включно з метою комерціалізації інновацій. Sitra здійснює інвестиції в міжнародні фонди ризикового капіталу, призначені для фінансування високотехнологічних проектів.

До європейських країн, що мають великий науковий потенціал і де управління науковою галуззю вважається найефективнішим, належать Великобританія і Німеччина. Їм притаманний проміжний тип управління.

Науково-технічний потенціал Великобританії формувався на основі проведення НДДКР у трьох секторах: державному секторі, інститути й центри якого проводять дослідження в основному фундаментального і прикладного характеру; секторі вищої школи, що забезпечує фундаментальні дослідження; науково-технічних підрозділах приватних фірм, де зосереджені основна частина прикладних досліджень і розробок, виробниче впровадження, поширення нової технології та її комерційна реалізація. Розподіл за секторами виконання НДДКР приблизно виглядає так (у %): урядові лабораторії – 15,3; вища школа – 13,7; приватні фірми, дослідницькі публічні корпорації та лабораторії, дослідні асоціації – 84,3; інші організації – 3,7 [7, с. 121].

Уряд постійно вкладає гроші в розвиток науки й техніки. Заходи уряду щодо підтримки науки включають оновлення технічної й наукової бази, збереження позиції Великобританії як одного з наукових лідерів світу, максимізації застосування результатів досліджень і відкриттів в економічному секторі та просування інновацій у найширшому сенсі. Уряд підтримує переважно менш прибуткові проекти, навчає людей, надає технічну базу для досліджень і прагне привернути іноземних учених і дослідників для роботи на британській науковій базі.

Особливо наголошується, що матеріальні засоби потрібно спрямовувати туди, де знайдено щось цікаве, а не тільки в певні інститути, що мають ім'я. Оскільки Великобританія – маленька країна, необхідна співпраця між університетами, щоб з'явилася критична маса наукових досліджень, яка надасть підґрунтя відкриттям. Така маса є в конкуруючих країн, де наука на сьогодні нестримно розвивається. У зв'язку з цим, до Великобританії запрошуються на роботу провідні вчені з інших країн світу, зокрема Східної Європи.

Науково-технічний потенціал характеризує лише потенційні можливості отримання ефекту від науково-технічної діяльності. Його розвиток і використання визначається науково-технічною політикою, яку проводить держава (в особі уряду, керівництва націоналізованих підприємств, університетів) і приватні фірми. Від соціально-економічного змісту, цілей і форм науково-технічної політики значною мірою залежить рівень промислового розвитку країни. Державна науково-технічна політика основана передусім на пріоритетах загальної економічної політики і включає такі напрями:

- створення інституційної основи регулювання НДДКР;
- пряме фінансування НДДКР та освіти;
- стимулювання НДДКР за допомогою податкової та амортизаційної політики;
- розвиток науково-технічної інфраструктури.

Загалом науково-технічна політика Великобританії складається з двох основних елементів – фінансування й управління, причому управління відіграє роль синтезуючого елемента всіх ланок науково-виробничого комплексу «дослідження – розробки – виробництво – споживання», формує зв'язок наукових досліджень і прикладних розробок з економікою в цілому [8]. Політика у сфері науки й техніки має довгостроковий характер, тому що створення науково-технічного потенціалу й використання нових знань вимагає значних тимчасових інтервалів (у середньому для створення нового матеріалу, сучасної великої експериментальної установки, для підготовки висококваліфікованого фахівця потрібно не менше ніж 10 років).

У Німеччині головна специфіка організації державного управління полягає в тому, що воно розподілене між федеральним урядом та урядами земель. Загальні питання науково-інноваційної політики розглядають два державних міністерства: освіти й науки (BMBWF) та економіки і праці (BMWA). При цьому й інші державні міністерства також беруть участь у розробці наукової політики (переважно через фінансування технологічних програм і підтримку оборонних НДДКР) [9, с. 43].

Приблизно третину всіх витрат на здійснення наукових досліджень і дослідно-конструкторських розробок фінансує держава. За рахунок цих коштів надається, наприклад, підтримка дослідженням у тих галузях науки, які ще не мають безпосереднього стосунку до технологічного та економічного розвитку, але є в інтересах суспільства, наприклад, тому що фундаментальні дослідження здатні створити імпульси для дослідницьких галузей, орієнтованих на прикладні цілі.

Важливе значення в науковій системі має підготовка молодих науковців, а отже, державне сприяння важливе також через цю причину.

Для зміцнення наукової сили в Німеччині є доцільною цілеспрямована державна підтримка підприємств малого й середнього бізнесу. Адже саме вони часто відіграють аван-



гардну роль в імplementації результатів наукових досліджень і дослідно-конструкторських у вигляді нових продуктів, процедур і послуг.

Децентралізований тип найяскравіше виражений у США, де більшість міністерств і агентств тією чи іншою мірою залучені в процеси формування й реалізації наукової та інноваційної політики. Рівень участі органів виконавчої влади, проте, неоднаковий: більше ніж 90% федерального бюджету на НДДКР розподіляється через шість міністерств і агентств: міністерства оборони, охорони здоров'я, енергетики, сільського господарства, національний науковий фонд, національне аерокосмічне агентство [10, с. 249–250].

Основним рівнем регулювання наукової сфери США є федеральне законодавство, точніше, федеральні «закони-програми» в галузі науково-технічного прогресу (НТП). Вони становлять особливий блок державно-правового регулювання, призначений для розвитку і зміцнення науково-технічного потенціалу країни й реалізації стратегічних і тактичних завдань державної науково-технічної та військово-технічної політики. Ці закони приймаються періодично відповідно до потреб держави або на додаток до науково-технічних функцій чи науково-технічної політики, здійснюваної федеральними відомствами. Цими самими законами-програмами, як правило, передбачається загальнодержавна й міжвідомча координація науково-технічної, промислової і військово-технічної політики, її взаємозв'язок з внутрішньою або зовнішньою політикою США [11].

Ще одним суттєвим фактором у розвитку наукової та інноваційної системи будь-якої країни є ефективна система освіти й науки. Головною особливістю американської системи освіти завжди була її повна інтегрованість у практичні проблеми корпоративного сектора. Система освіти та корпоративний сектор США взаємопов'язані й утворюють цілісне інституційне утворення, що працює над однаковими проблемами. Університети в цій системі завжди йдуть попереду, своїми дослідженнями попереджуючи корпорації про можливі проблеми, і головне – заздалегідь готують кадри, здатні ці проблеми вирішити. Саме такий підхід до організації діяльності робило й робить американську вишівську науку найпотужнішою та найефективнішою у світі, сила якої полягає в ефективній взаємодії з корпоративним сектором [12, с. 30–31].

Необхідність державно-приватного партнерства полягає в наданні допомоги урядом підприємству в той складний період, коли воно перебуває на стадії комерціалізації наукового винаходу й перетворення його в інновацію, адже саме в цей період виникає потреба у великих фінансових вливаннях для втілення винаходу в життя.

Основні завдання, на розв'язання яких спрямована сучасна наукова та інноваційна політика США, передбачають таке:

1. Підтримка інноваційної активності у приватному секторі.
2. Розвиток базових технологій, якими займаються переважно університети при співпраці з корпоративним сектором.
3. Федеральна контрактна система, що забезпечує підтримку інноваційних підприємств у розробці й поширенні новітніх технологій.
4. Розробка програм підтримки малого бізнесу для покращення ефективності поширення інноваційних технологій на ринку через надання грантів на наукові розробки.
5. Державно-приватне партнерство в розробці інноваційних проектів для підтримки інноваційних підприємств на ранній стадії розвитку.

6. Активна участь у міжнародному поділі праці у сфері НДР із метою скорочення витрат на дослідження й розробку.

Важливим напрямом розвитку державного регулювання наукової сфери у США стає вдосконалення процедур і механізмів оцінювання ефективності реалізації заходів наукової політики. Велике значення надається таким формам оцінювання, як міжнародні зіставлення, пілотні дослідження, експертиза. У механізмі оцінювання вбудовується проведення консультацій зі всіма зацікавленими учасниками інноваційної системи з метою досягнення консенсусу з питань наукової політики. Оцінювання може проводитися до початку реалізації заходів, у процесі, а також після закінчення тієї або іншої урядової ініціативи.

У США оцінювання заходів наукової політики реалізується для визначення рівня досягнення поставленої мети, а також забезпечення жорсткого контролю над бюджетними видатками [13, с. 5]. В інших країнах, де оцінювання проводиться систематично, воно спрямоване переважно на обґрунтування бюджетних витрат на дослідження, розробку, а також формування загальної оцінки ефективності всієї системи управління наукою. При цьому об'єкти оцінювання можуть бути різними, наприклад, програми, окремі технології, організація управління, міжнародні аспекти наукової діяльності, відносини між науковими організаціями й фірмами, умови діяльності наукових організацій тощо.

Головні зміни у сфері державного регулювання науки полягають у створенні економічних умов для підвищення економічної віддачі від науки. У зв'язку із цим, великого значення набувають такі напрями регулювання, котрі сприяють формуванню зв'язків між учасниками інноваційної системи, підвищенню ефективності підтримки малого інноваційного підприємництва й державних інвестицій у науку загалом.

Переглядаються підходи до вибору пріоритетів, з'являються методи, орієнтовані на формування національної стратегії держави, – метод Форсайт і інші форми довгострокового прогнозування. Водночас відбувається постійний пошук і вдосконалення методів оцінювання діяльності як самих державних структур, відповідальних за реалізацію наукової й інноваційної політики, так і ініціатив, які вони реалізують [14, с. 74].

Загальною тенденцією є зміна політики відносно підтримки різноманітних форм взаємодій між секторами науки. Головними формами взаємодій між державним сектором науки, університетами і приватним бізнесом є такі: спільне виконання НДДКР, зокрема за участю малих фірм; використання можливостей університетів як джерела технологічної допомоги й консультування для малих і середніх компаній (подібні заходи особливо ефективні всередині кластерів); стимулювання такого виду трансферу знань, як обмін кадрами між науковими організаціями (університетами) і приватними компаніями.

Традиційним напрямом діяльності держави є цілепокладання, зокрема багаторівневе й багатовимірне прогнозування. На сьогодні одним із найбільш перспективних признається метод Форсайт, що в перекладі означає «передбачення». Його використовують більше ніж 30 країн світу.

Метод Форсайт є процесом відбору стратегічних напрямів наукового й технологічного розвитку на національному рівні, який відбувається з урахуванням думок основних суб'єктів національної інноваційної системи. Тому найбільшого розвитку він набув у країнах з розвиненими горизонтальними зв'язками, налагодженими мережами

взаємодій, підтримуваними на державному рівні. Метод Форсайт має чотири головні ознаки:

- 1) систематичний процес;
- 2) об'єктом аналізу й вибору є напрями розвитку, а не окремі технології;
- 3) напрями розглядаються насамперед з погляду їх впливу на соціально-економічний розвиток країни;
- 4) горизонт планування становить 10–20 років [14, с. 75–77].

Цей метод дорогий, оскільки для його реалізації потрібне залучення широких шарів наукової, ділової громадськості, державної та місцевої влади. Прогнозування за методом Форсайт фінансується не тільки з бюджетних джерел, а й місцевих бюджетів і позабюджетних фондів.

Практичний досвід використання методу Форсайт виявляє, що універсальної методики його реалізації не існує, вона перебуває в постійному розвитку. Кожна країна адаптує цей підхід з урахуванням своїх національних інтересів. Оцінок ефективності цього методу поки не проводилося, проте сам принцип побудови процедури прогнозування передбачає, що воно буде ефективним у разі, коли є готовність суспільства спільно оцінити довгострокові перспективи розвитку країни.

Висновки. Детально проаналізувавши та дослідивши положення чинного законодавства у сфері науки й низку доктринальних джерел, присвячених особливостям державного регулювання наукової сфери, звернувшись до зарубіжного досвіду регулювання наукової сфери, доходимо висновку, що способами вирішення та розв'язання вищезазначених проблем, які, у свою чергу, можна розглядати як стратегічний вектор розвитку державної політики в науковій сфері України, можуть бути такі:

- 1) прийняття Концепції державної політики у сфері науки в Україні, що має скласти комплексний теоретико-методологічний базис державної наукової політики;
- 2) підготовка пропозицій щодо вдосконалення законодавства у сфері науки, створення повноцінної нормативно-правової бази, яка визначає основні взаємні права й обов'язки держави та суб'єктів наукової діяльності, а саме прийняття Закону України «Про засади наукової і науково-технічної політики»;
- 3) модернізація системи адміністративно-правового регулювання наукової сфери;
- 4) підготовка й перепідготовка відповідних кадрів для роботи у сфері науки;
- 5) прогнозування наукових процесів і формування державної політики у сфері науки з урахуванням зміни загальнополітичної та економічної ситуації;
- 6) сприяння впровадженню інноваційних технологій, методик та інших досягнень науково-технічного прогресу в системі забезпечення державної наукової політики;
- 7) розподіл коштів, які виділяються з державного бюджету на вирішення проблем науки й розроблення системи заходів контролю за їхнім використанням; визначення альтернативних джерел фінансування;
- 8) активізація міжнародного співробітництва у сфері науки;
- 9) уточнення повноважень органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування щодо формування й забезпечення реалізації державної політики в науковій сфері;
- 10) визначення механізму вирішення органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування питань впровадження наукових технологій;
- 11) пріоритетне спрямування бюджетних коштів на виконання на конкурсних засадах державних цільових наукових і науково-технічних програм, державного замовлення;
- 12) визначення обсягу коштів, які спрямовуються на фінансування державних наукових і науково-технічних програм з урахуванням пріори-

тетних напрямів розвитку науки, техніки та інноваційної діяльності;

- 13) оптимізація видатків державного бюджету на провадження наукової і науково-технічної діяльності з метою завершення проведення наукових досліджень і використання їх результатів: формування цілеспрямованої бюджетної політики, якою передбачається довгостроковий розвиток і підтримка наукової сфери;
- 14) упровадження механізму розподілу відповідальності між державним і місцевими бюджетами за її фінансове забезпечення; запровадження дієвого програмно-цільового методу складання бюджету;
- 15) удосконалення й урізноманітнення форм бюджетного фінансування; створення нормативно-правової бази щодо забезпечення позабюджетного фінансування науки;
- 16) визначення завдань щодо проведення наукових досліджень;
- 17) розширення переліку платних послуг, які можуть надаватися науковими установами, з метою раціонального й ефективного використання їх наявної матеріально-технічної бази та наукового потенціалу;
- 18) визначення Національною академією наук і національними галузевими академіями наук механізму координації наукової діяльності недержавних науково-дослідних установ, що не зараховані до їх відання, співпраці між регіонами з метою розвитку їх наукового потенціалу;
- 19) підвищення ефективності реалізації міжнародних проектів науково-технічного співробітництва;
- 20) удосконалення системи науково-технічної інформації, розширення доступу до інформації юридичних і фізичних осіб через Інтернет.

Підсумовуючи викладене, можна дійти висновку, що саме поступове виконання органами державного регулювання в науковій сфері вищевказаних рекомендацій має зумовити підвищення ефективності реалізації державної політики в науковій сфері та рівня конкурентоспроможності національної економіки.

Зазначені пропозиції створюють певний механізм реалізації всіх комплексних завдань, які мають на меті реформування наукової сфери та забезпечують вирішення кола питань, пов'язаних із системою фінансування, системою атестації кадрів і присвоєння наукових ступенів, процедурою захисту дисертацій, освітою та наукою, кадровою політикою, формуванням експертного середовища, інтеграцією української науки в європейське і світове наукове середовища, популяризацією науки.

#### Список використаної літератури

1. Науково-технічна діяльність: державне реформування [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://ru.osvita.ua/vnz/reports/gov\\_reg/18640/](http://ru.osvita.ua/vnz/reports/gov_reg/18640/).
2. Державна науково-технічна та інноваційна політика, її сутність, цілі й принципи [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://library.if.ua/book/72/5273.html>.
3. Иванова Н. Национальные инновационные системы / Н. Иванова // Вопросы экономики. – 2006. – № 7. – С. 59–70.
4. Рубальтер Д.А. Реформа науки во Франции: полезный опыт для России / Д.А. Рубальтер [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.ng.ru/science/2006-10-11/13\\_polusa.html](http://www.ng.ru/science/2006-10-11/13_polusa.html).
5. Высшее образование и наука: Швеция – страна интеллектуального роста [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.sweden.se/ru/Start/Education/Facts/Higher-education-and-research/>.
6. Будкін В. Державна інноваційна політика: український та зарубіжний досвід / В. Будкін // Дослідження міжнародної економіки : зб. наук. пр. – К. : ІСЕМВ НАН України, 2011. – № 1(66). – С. 25–40.

7. Пронкин С. Государственное управление зарубежных стран / С. Пронкин. – М. : Аспект-Пресс, 2001. – 416 с.
  8. Шелюбський Н.В. Науково-технічна політика Великої Британії / Н.В. Шелюбський. – М. : Наука, 1990. – 113 с.
  9. Селезнев А. Бюджетное финансирование науки / А. Селезнев // Экономист. – 2002. – № 1. – С. 41–49.
  10. Колісніченко Н.М. Особливості самоорганізованої ринкової моделі вищої освіти / Н.М. Колісніченко // Актуальні проблеми державного управління: зб. наук. пр. ОФ УАДУ. – Одеса : ОРІДУ УАДУ, 2001. – Вип. 6. – С. 247–257.
  11. Nelson R.R. Industrial innovation policy: Lessons for American history / R.R. Nelson, R.N. Langlois // Science. – 1983. – Vol. 239. – P. 811–821.
  12. Гаман М.В. Державне управління інноваціями: Україна та зарубіжний досвід : [монографія] / М.В. Гаман. – К. : Вікторія, 2004. – 312 с.
  13. Федулова Л. Технологічний розвиток економіки / Л. Федулова // Економіка України. – 2006. – № 5. – С. 4–11.
  14. Тарасенко Т.В. Досвід запровадження урядових програм інноваційного розвитку / Т.В. Тарасенко, С.І. Архерієв. – Х. : Золоті сторінки, 2007. – 96 с.
-

УДК 342.9

## НОРМАТИВНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПУБЛІЧНОГО АДМІНІСТРУВАННЯ ПІСЛЯДИПЛОМНОЇ ОСВІТИ: УЗАГАЛЬНЕНИЙ АНАЛІЗ ПРОБЛЕМ ПЕРСПЕКТИВНОЇ НОРМОТВОРЧОСТІ

**Наталя КОРОТКА,**  
провідний спеціаліст з кадрових питань  
Запорізького обласного інституту післядипломної педагогічної освіти

### SUMMARY

This article provides general analysis of the problems of public administration regulatory support postgraduate education, and outlines some solutions. For example, the author proposed to intensify public debate on the draft Law of Ukraine "On postgraduate education" "involvement in this process as many as possible not only teachers but also scientists (primarily legal scholars). Secondly, it should accelerate the introduction of the draft Law of Ukraine "On postgraduate education" to the Verkhovna Rada of Ukraine, providing a thorough review of the bill with its final adoption. Thirdly, to amend the Law of Ukraine on July 1, 2014 "On Higher Education" in order to bring it into compliance provisions of the Law of Ukraine "On postgraduate education", which will avoid legal controversy and confusion during enforcement

**Key words:** higher education, rule-making, post-graduate education, perspective, public administration.

### АНОТАЦІЯ

У статті здійснено узагальнений аналіз проблем нормативного забезпечення публічного адміністрування післядипломної освіти, а також окреслено певні шляхи їх вирішення. Так, наприклад, автором запропоновано активізувати громадське обговорення проекту Закону України «Про післядипломну освіту», залучивши до цього процесу якомога більшу кількість не тільки освітян, а й науковців (насамперед учених-юристів). По-друге, слід прискорити темпи внесення проекту Закону України «Про післядипломну освіту» на розгляд до Верховної Ради України, забезпечивши ґрунтовний розгляд законопроекту з його остаточним прийняттям. По-третє, внести зміни до Закону України від 01 липня 2014 року «Про вищу освіту» з метою приведення у відповідність його положень до Закону України «Про післядипломну освіту», що дасть змогу уникнути законодавчих суперечностей і плутанини під час правозастосування

**Ключові слова:** вища освіта, нормотворення, післядипломна освіта, перспективи, публічне адміністрування.

**Постановка проблеми.** Нова редакція Закону України від 01 липня 2014 року «Про вищу освіту» [1] є правовим підґрунтям для створення рівного доступу до якісної вищої освіти й розвитку академічних свобод в Україні, сприяння міжнародному співробітництву та мобільності на Європейському просторі вищої освіти, а також підвищення рівня підготовки кваліфікованих кадрів з вищою освітою з метою забезпечення інноваційного розвитку суспільства й міжнародного визнання національної вищої освіти. В основу Закону покладено концептуальні засади модернізації вищої освіти, що полягають в інтеграційних процесах вітчизняної вищої освіти Європейського простору вищої освіти, змістовне підвищення якості освіти загалом і надання освітніх послуг зокрема, автономії навчальних закладів, посилення та подальший розвиток зв'язків між закладами вищої освіти й роботодавцями тощо.

Так, наприклад, інтеграція вищої освіти України до Європейського простору вищої освіти забезпечується шляхом реалізації положень і принципів Болонського процесу, зокрема, через запровадження рівневої організації вищої освіти відповідно до Національної рамки кваліфікацій; удосконалення переліку галузей знань і спеціальностей для наскрізної та міждисциплінарної підготовки в системі вищої освіти; забезпечення умов для реалізації міжнародних освітніх і наукових проектів, академічної мобільності викладачів, науковців, студентів; забезпечення рівності перед законом у правах вищих навчальних закладів усіх форм власності та їх професорсько-викладацького складу; розширення гарантій рівного доступу громадян до вищої

освіти за рахунок удосконалення застосування зовнішнього незалежного оцінювання; розвиток студентського самоврядування й покращення соціального забезпечення студентів.

У свою чергу, забезпечення якості вищої освіти та науки реалізується шляхом розвитку незалежної системи забезпечення якості вищої освіти через державні колегіальні органи й незалежні агенції у співпраці з міжнародними організаціями; удосконалення змісту і принципів роботи державних колегіальних органів із ліцензування й акредитації вищої освіти та атестації наукових кадрів вищої кваліфікації; удосконалення засад присвоєння вищим навчальним закладам України статусів національних і дослідницьких, уточнення їх завдань; розширення громадського контролю, зокрема, гарантування доступу фізичних та юридичних осіб до інформації в галузі вищої освіти на засадах відкритості, прозорості, доступності й безоплатності; створення реальної системи протитяг і стримувань у сфері управління вищим навчальним закладам між керівником, ученої радою, органами громадського самоврядування, громадськими організаціями.

**Виклад основного матеріалу.** Інтеграція освіти, науки та інновації забезпечується через посилення й розвиток зв'язків освітньої, наукової, науково-технічної та інноваційної діяльності вищих навчальних закладів, наукових установ і високотехнологічних виробництв; запровадження механізмів захисту й управління інтелектуальною власністю, отриманою в результаті діяльності вищих навчальних закладів і наукових установ; створення умов для залучення іноземних науковців і заохочення повернення в Україну

громадян, які отримали освіту за кордоном, шляхом лібералізації механізму визнання іноземних дипломів про вищу освіту, наукових ступенів та вчених звань при зарахуванні на навчання та/або прийнятті на роботу.

Автономія вищих навчальних закладів реалізується через створення умов для забезпечення самостійності в прийнятті рішень вищими навчальними закладами щодо освітньо-наукового, інноваційного, організаційного, кадрового, економічного напрямів діяльності та розвитку академічних свобод; розмежування повноважень органів публічної адміністрації, у підпорядкуванні яких знаходяться вищі навчальні заклади, і власне самих вищих навчальних закладів таким чином, щоб органи адміністрування переважно відповідали за розробку й утілення державної політики в галузі освіти, науки та інновацій, а вищі навчальні заклади здійснювали весь обсяг повноважень, пов'язаних з якісною підготовкою кваліфікованих кадрів, виконанням наукових досліджень та інноваційною діяльністю; удосконалення майнових відносин у сфері вищої освіти, зокрема щодо формування матеріально-технічної бази (передача засновникам майна вищим навчальним закладам на праві господарського відання), гарантій права власності вищих навчальних закладів на результати їх науково-інноваційної діяльності.

Співпраця вищих навчальних закладів і бізнесу у сфері вищої освіти й науки забезпечується шляхом запровадження механізмів інноваційного розвитку країни за рахунок взаємодії освіти, науки, бізнесу та держави; створення умов для залучення роботодавців до формування вимог щодо компетентності випускників вищої освіти, визначення змісту вищої освіти, забезпечення якості вищої освіти, розвитку навчально-лабораторної бази вищих навчальних закладів, забезпечення місць практики, працевлаштування випускників вищих навчальних закладів [2].

Водночас прийняття в новій редакції Закону України «Про вищу освіту» стало не тільки кроком назустріч європейським стандартам, а й створило низку проблем суто практичного характеру, пов'язаних із утрудненням реалізації окремих положень нової редакції закону. Безумовно, жодним чином не варто піддавати сумніву необхідність і логічність дій законодавця щодо негайної реформи галузі вищої освіти, проте справедливим буде зазначити, що прийнятий закон, з одного боку, вимагає доопрацювання й унесення додаткових уточнень, які будуть спрямовані на підвищення рівня нормативного регулювання вказаної сфери відносин, а з іншого – прийняття нових нормативно-правових актів, що деталізують його положення та створюють механізми їх реалізації.

Зокрема, як приклад низького рівня нормативного забезпечення можна назвати правовий інститут післядипломної освіти, який не досить детально регламентовано в Законі України «Про вищу освіту». Справедливим буде зазначити, що Міністерство освіти і науки України намагається оперативно вирішувати проблему, пов'язану з наявним правовим вакуумом у цій сфері, активно працюючи над створенням нових нормативно-правових актів про післядипломну освіту. Приміром, можна вести мову про проект «Положення про післядипломну освіту у сфері вищої освіти України». Цим Положенням пропонується визначити сукупність правових відносин між особами, підприємствами, установами та організаціями всіх форм власності і сфери управління, єдиний порядок організації навчання, планування й управління щодо питань післядипломної освіти у сфері вищої освіти для всіх галузей господарства України. Післядиплом-

на освіта, як указано в проекті Положення, створює умови для безперервності освіти і включає таке: спеціалізацію – набуття особою здатності виконувати окремі завдання й обов'язки, що мають особливості, у межах спеціальності; підвищення кваліфікації – набуття особою здатності виконувати додаткові завдання й обов'язки в межах професійної діяльності або наукової спеціальності; стажування – набуття особою досвіду виконання завдань й обов'язків певної професійної діяльності або наукової спеціальності [3].

Більш детально слід зупинитись на іншому перспективному зразкові нормотворення в цій сфері, який наразі перебуває на стадії обговорення, а саме на проекті Закону України «Про післядипломну освіту». Указаний законопроект спрямований на врегулювання суспільних відносин у сфері післядипломної освіти та встановлює правові, економічні, організаційні, інші засади функціонування системи післядипломної освіти, створює умови для формування ефективної системи безперервної освіти громадян, що забезпечує професійне удосконалення й розвиток особистості впродовж життя та задоволення потреб суспільства й держави у кваліфікованих кадрах [4]. На рівні проекту передбачено, що післядипломна освіта включає таке: підвищення кваліфікації; стажування; спеціалізацію; здобуття наступної вищої або професійно-технічної освіти за іншою спеціальністю (професією) у межах здобутого раніше освітньо-кваліфікаційного рівня. Формами післядипломної освіти можуть бути, зокрема, асистентура-стажування; інтернатура; клінічна ординатура; лікарська резидентура тощо. При цьому навчання в навчальних закладах післядипломної освіти здійснюється за такими формами, як денна; вечірня; заочна; дистанційна; екстернатна [4].

Водночас слід наголосити, що в указаному проекті закону напрями діяльності інститутів післядипломної освіти значно звужуються, оскільки проектом передбачена відсутність у структурі цих закладів освіти такого колегіального органу управління, як учена рада (при цьому дорадчим органом визнається науково-методична рада). Проте саме вчена рада, відповідно до положень Закону України «Про вищу освіту», визначає стратегію й перспективні напрями розвитку освітньої, наукової та інноваційної діяльності вищого навчального закладу, затверджує освітні програми й навчальні плани, ухвалює рішення щодо ліцензування освітніх послуг та акредитації освітніх програм, присвоює вчені звання й надає відповідні рішення на затвердження до атестаційної колегії МОН. Натомість, науково-методична рада інститутів післядипломної освіти вищезазначених повноважень не має.

Отже, виникає певна суперечність між статусом інституту післядипломної освіти, котрий, як і будь-який вищий навчальний заклад, «проводить наукову, інноваційну та методичну діяльність, забезпечує організацію освітнього процесу і здобуття особами післядипломної освіти з урахуванням їхніх покликань, інтересів і здібностей» (п. 7 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про вищу освіту»), і фактичним зведенням його функцій до науково-методичного центру, що «приймає рішення з питань планування і організації навчальної та методичної роботи; заслуховує звіти про методичну, навчальну та наукову роботу; розглядає питання про заміщення посад педагогічних і науково-педагогічних працівників; визначає доцільність видання програм, навчальних посібників, підручників тощо...» (ч. 2 ст. 25 Проекту Закону України «Про післядипломну освіту»).

Також слід звернути увагу на той факт, що складові післядипломної освіти в Законі України «Про вищу освіту» та

проекті Закону «Про післядипломну освіту» дещо різняться. Зокрема, у проекті Закону «Про післядипломну освіту» згадується така складова, як «здобуття наступної вищої або професійно-технічної освіти за іншою спеціальністю (професією) у межах здобутого раніше освітньо-кваліфікаційного рівня». Натомість, у Законі України «Про вищу освіту» є така складова, як «перепідготовка», розкриття змісту якої (професійне навчання, спрямоване на оволодіння іншою професією працівниками, які здобули первинну професійну підготовку) дає змогу дійти висновку, що фактично в межах обох актів ідеться про одну й ту саму складову післядипломної освіти, яка лише має різні нормативні назви. Окрім того, також варто звернути увагу й на те, що проект «Положення про післядипломну освіту у сфері вищої освіти України» не передбачає такої складової, як здобуття наступної вищої або професійно-технічної освіти за іншою спеціальністю (професією) у межах здобутого раніше освітньо-кваліфікаційного рівня (або перепідготовки в розумінні Закону України «Про вищу освіту»).

**Висновки.** Убачається, що зазначені недоліки нормативної фіксації потребують свого вирішення. Насамперед варто активізувати громадське обговорення проекту Закону України «Про післядипломну освіту», залучивши до цього процесу якомога більшу кількість не тільки освітян, а й науковців (передусім учених-юристів). По-друге,

слід прискорити темпи внесення проекту Закону України «Про післядипломну освіту» на розгляд до Верховної Ради України, забезпечивши ґрунтовний розгляд законопроекту з його остаточним прийняттям. По-третє, внести зміни до Закону України від 01 липня 2014 року «Про вищу освіту» з метою приведення у відповідність його положень до Закону України «Про післядипломну освіту», що надасть можливість уникнути законодавчих суперечностей і плутанини під час правозастосування.

#### Список використаної літератури

1. Про вищу освіту : Закон України від 01 липня 2014 року // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 37–38. – Ст. 2004.
2. Пояснювальна записка від 21 січня 2013 року до проекту Закону країни «Про вищу освіту» № 1187-2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=45512](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=45512).
3. Положення про післядипломну освіту у сфері вищої освіти України : Проект [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.mon.gov.ua/img/zstored/files/pol\\_pisla\\_dip\\_osv.doc](http://www.mon.gov.ua/img/zstored/files/pol_pisla_dip_osv.doc).
4. Про післядипломну освіту : Проект Закону України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://mon.gov.ua/ua/pr-viddil/1312/1390288033/1402407744/>.

## САМОКОНТРОЛЬ У СФЕРІ ОСВІТИ ЯК РІЗНОВИД ДЕРЖАВНОГО КОНТРОЛЮ

Сергій КУШНІР,  
кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри історії і теорії держави та права  
Запорізького національного університету

### SUMMARY

The paper solved the problem of finding the essence of the category of self-control, postponed its importance in education, defined relationship between the concepts of "state control in the field of education" and "self-control of education"

**Key words:** control in the sphere of education, education system, self-control of education, government control.

### АНОТАЦІЯ

У статті вирішені завдання з'ясування сутності категорії самоконтроль, перенесено її значення у сферу освіти, визначено співвідношення понять «державний контроль у сфері освіти» й «самоконтроль у сфері освіти».

**Ключові слова:** контроль у сфері освіти, система освіти, самоконтроль у сфері освіти, державний контроль.

**Постановка проблеми.** Безспірним є той факт, що видові категорії набувають ознаки родових. Не є винятком і сфера контролю як функція державного управління, де чи то внутрішній, чи то зовнішній контроль, якщо такий є державним, має ознаки функції державного управління. При цьому виникає питання: чи всякий внутрішній контроль у сфері освіти є державним? Адже існує самоконтроль.

В умовах здійснення адміністративної реформи та трансформації системи освіти в Україні з активною переробкою нормативно-правового забезпечення вказаних сфер питання правової природи самоконтролю у сфері освіти набуває актуальності. Адже від цього залежать його характеристики.

**Метою статті** є визначення доцільності зарахування самоконтролю у сфері освіти до різновидів державного. Для досягнення означеної мети необхідними для вирішення постають завдання з'ясування сутності категорії самоконтроль, перенесення значення у сферу освіти, визначення співвідношення понять «державний контроль у сфері освіти» та «самоконтроль у сфері освіти».

За основу написання статті взято праці таких науковців, як Т.А. Бутинець, А.В. Бондар, О.П. Орлюк, В.І. Прокопенко, О.О. Поступна, А.М. Тамм, А.Н. Щукін, Ю.М. Щотова та інші.

**Виклад основного матеріалу.** Термін «самоконтроль» розуміється по-різному, наприклад, контроль над самим собою, спостереження, контролювання власної праці, поведінки [1, с. 21]. За визначенням А.В. Петровського самоконтроль являє собою усвідомлення й оцінювання суб'єктом власних дій, процесів і станів. Самоконтроль передбачає наявність еталона й можливість отримання відомостей про контрольовані дії і стани [2, с. 35]. Самоконтроль – це свідомо здійснюваний суб'єктом процес, завдяки якому він досягає узгодженості між власною діяльністю (результатом) і відповідним зразком, визначає Т.А. Бутинець. З цього поняття випливає судження, що, для того щоб процес міг здійснюватися, мають існувати вимірники і зразки (норми, стандарти), на основі яких працівник оцінює ступінь і правильність виконаного завдання. З іншого боку, це буде «самоперевірка» під кутом зору узгодженості дій з прийнятими принципами, незалежно від того, чи їх реалізація забезпечена правовими санкціями, чи теж є справою морального ставлення або так

званої доброї роботи. Т.А. Бутинець додає, що самоконтроль функціонує, щоправда, не на всіх рівнях, однак принциповий його тягар знаходиться на найнижчому. На рівні підприємства це буде весь колектив – кожен працівник у сфері власної діяльності й найближчого оточення [1, с. 21].

Зрозуміло, що кожен працівник сфери освіти здійснює самоконтроль у зазначеному значенні. І до державного він стосунку не має. Так кожен вихователь, учитель, викладач, наукові співробітники, завідувачі кафедр, директори, ректори та інші працівники сфери освіти повсякденно контролюють свою поведінку з учнями, колегами, рівень своїх знань, підготовки до кожного конкретного уроку, лекції, семінару, практичного заняття тощо.

Однак є інше розуміння самоконтролю, існування якого і ставить під сумнів знаходження такого поза межами державного.

А.Н. Щукін вважає, що самоконтроль – це форма контролю, об'єктом якого є діяльність самого контрольного суб'єкта, свідомо оцінка результатів власної діяльності й подальша (за необхідності) корекція для того, щоб отриманий результат відповідав потрібному [3, с. 293].

В останньому визначенні самоконтролю принципова різниця від наведених вище в тому, що одні вчені поняття самоконтролю пов'язують із свідомістю, волею, а отже, з людиною; а А.Н. Щукін цей різновид контролю вважає можливим для здійснення юридичною особою. На нашу думку, є можливим при аналізі статусу юридичних осіб вести мову про самоконтроль як контроль, що здійснюють такі особи за власною діяльністю, включаючи функціонування їх структурних частин. І ця позиція не є новою в питаннях аналізу контролю. Наприклад, внутрішній фінансовий контроль – це самоконтроль, який здійснюють організації, підприємства, установи як за власною фінансовою діяльністю, так і за фінансовою діяльністю підрозділів, що входять до їх складу. Він є складовою управління організацією й тому провадиться на її розсуд на основі рішень цієї організації. Зокрема, внутрішнім контролем можна назвати внутрішній аудит [4, с. 59]. Так, наприклад, у складі Міністерства освіти і науки України є сектор внутрішнього аудиту водночас із функціонуванням управління бухгалтерського обліку та звітності. З цих двох структур перша має у складі функцій

здійснення внутрішнього фінансового контролю на предмет достовірності, об'єктивності, повноти відображення даних у обліках і звітності, своєчасності подання фінансової звітності, дотримання умов зберігання й експлуатації матеріальних цінностей та інших здійснюваних указаним управлінням, зокрема, і всіма іншими працівниками системи дій щодо фінансової системи об'єкта.

Повертаючись до питання захування самоконтролю до державного, то коли мова йде про юридичних осіб державного сектора економіки, якими є більшість закладів системи освіти України, то є підстави такий контроль зараховувати до державного. І така класифікація має підґрунтя для виникнення серед положень чинного законодавства України. Указане повністю ілюструється, наприклад, при аналізі розвитку сучасного фінансового контролю, включаючи сферу освіти, коли реформування й розвиток внутрішнього контролю, серед них самоконтроль, розглядається як запорука підвищення ефективності державного зовнішнього контролю в межах системного вдосконалення діяльності органів державного й комунального сектора, підвищення рівня культури державного управління. Про це йдеться в Концепції розвитку державного внутрішнього фінансового контролю на період до 2017 року, схваленій Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24 травня 2005 року № 158 [5]. При цьому в розділі II визначається, що державний внутрішній фінансовий контроль має забезпечити належне (законне, економічне, ефективне, результативне та прозоре) управління державними фінансами й розглядається як сукупність трьох складових: внутрішнього контролю, внутрішнього аудиту та їх гармонізації. Як бачимо, внутрішній фінансовий контроль і аудит названі видами державного.

На нашу думку, така позиція не є безспірною. Тим паче в умовах ринкової економіки й різноманіття форм власності, що у сфері освіти виявляється й у різноманітності форм власності на навчальні заклади, твердження, що адміністрація підприємства або певна її частина – це орган держави [6, с. 61], має низку заперечень. Однак переконувати, що контроль керівників до державного контролю стосунку не має, також передчасно.

Насамперед, слід виходити з того, що державний контроль у загальному розумінні здійснює держава. І тільки тому, що держава – це абстрактна конструкція, яка своєю повноваження реалізує через систему органів, спеціально утворених для втілення її завдань і функцій, фактично державний контроль здійснюють органи механізму держави від свого імені, від імені держави.

Для низки керівників навчальних закладів передбачена процедура призначення. Зокрема, у ст. 20 Закону України «Про освіту» [7] визначено, що керівники навчальних закладів, які є загальнодержавною власністю і підпорядковані центральному органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері освіти, обираються за конкурсом і призначаються на посаду центральним органом виконавчої влади, який реалізує державну політику у сфері освіти шляхом укладання з ними контракту. Керівники навчальних закладів, що є загальнодержавною власністю і підпорядковані іншим центральним органам виконавчої влади, обираються за конкурсом і призначаються на посаду (за попереднім погодженням з центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері освіти) відповідними центральними органами виконавчої влади шляхом укладання з ними контракту. Керівники навчальних закладів, що є комунальною власністю, призначаються відповідними обласними, міськими, районними органами управління освітою за

попереднім погодженням з місцевими органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування. Керівники навчальних закладів, заснованих на інших формах власності, призначаються їх засновниками або уповноваженими ними органами за попереднім погодженням з відповідними органами управління освітою місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування.

Отже, керівника навчального закладу державної та комунальної форми власності можна визнати представником держави [8, с. 55]. Як визначають А.М. Тамм та О.О. Поступна, у реалізації державної освітньої політики бере участь і локальний рівень управління, представлений навчальними закладами різних форм власності, де заклади освіти розглядаються як об'єкт, а їх власники – як суб'єкти управління. Державне управління вищими навчальними закладами розвитку здійснюється як взаємодія між суб'єктом (органом управління) та об'єктом (заклад вищої освіти) на основі встановлених між ними прямих і зворотних зв'язків. На сьогодні цей процес зводиться до активного впливу суб'єкта управління на об'єкт, який має виконувати всі вимоги суб'єкта [9, с. 186].

Однак про перебування в такому разі керівника на державній службі мова не йде. І в Законі України «Про державну службу» від 17.11.2011 року № 4050-VI [10], набрання чинності яким планується з 01.01.2015 року, чітко визначено, що дія цього Закону не поширюється на працівників державних підприємств, установ та організацій, а також інших суб'єктів господарювання державної форми власності, крім осіб, які обіймають визначені законодавством посади державної служби в центрах зайнятості Державної служби зайнятості, Національній академії державного управління при Президентові України, Національному інституті стратегічних досліджень та Інституті законодавства Верховної Ради України (п. 8 ч. 2 ст. 2). Отже, керівників навчальних закладів державної і комунальної форми власності залишено поза межами сфери дії вказаного закону, що, імовірно, указує на їх знаходження поза межами державної служби в Україні.

Ми робимо припущення, а не стверджуємо про зазначене, тому що науковці, експерти висловлюють сумніви щодо статусу описаних у положенні п. 8 ч. 2 ст. 2 Закону України «Про державну службу» від 17.11.2011 року № 4050-VI [10] працівників. Зокрема, щодо знаходження вказаних посад поза колом посад державної служби. Наприклад, Ю.М. Щотова вважає, що виключення зі сфери дії вказаного закону може не трактуватися як позбавлення цих категорій працівників органів держави статусу державних службовців. «Виключення зі сфери дії закону не обов'язково позбавляє суб'єктів статусу державних службовців. Тим більше, що про це зазначають експерти Головного науково-експертного управління, коли стверджують про невизначеність мети, яка переслідується...» [11, с. 141]. Це питання може становити тему окремого дослідження. У межах цього зупинимося на тому, що керівник навчального закладу на сьогодні не має статусу державного службовця, але це не означає відсутність зв'язку його з державою, що в особі певних органів призначає такого на посаду, коли мова йде про комунальні й державні навчальні заклади.

Водночас керівник підприємства без доручення діє від імені підприємства, представляє його інтереси в органах державної влади й органах місцевого самоврядування, інших організаціях, у відносинах з юридичними особами та громадянами, формує адміністрацію підприємства й вирішує питання діяльності підприємства в межах і порядку, визначених установчими документами (ч. 5 ст. 65 Господарського кодексу України [12]).



Отже, у державному чи комунальному навчальному закладі становище керівника є подвійним: з одного боку, він діє від імені суб'єкта господарювання, а з іншого – є органом, який створений на базі загальнодержавної власності [13, с. 106]. У цьому й специфіка контролю керівника навчального закладу, який поєднує ознаки державного, внутрішнього контролю й самоконтролю.

При цьому внутрішній і зовнішній контроль у такому разі спрямовані на досягнення спільної мети, коли предмет контролю єдиний. Про означений зв'язок державного, внутрішнього, включаючи самоконтроль, і зовнішнього контролю чітко зазначено, наприклад, при регулюванні відповідних питань у сфері фінансів. У Концепції розвитку державного внутрішнього фінансового контролю на період до 2017 року, схваленої Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24 травня 2005 р. № 158 [5], встановлено, що керівник відповідає за всі дії та процеси в органі, у тому числі за внутрішній контроль, який не обмежується лише фінансовими аспектами діяльності органу. Це означає, що керівник відповідає і за охорону праці, і за протипожежну безпеку, і за інші аспекти функціонування закладів сфери освіти. Наприклад, керівник ВНЗ України, відповідно ч. 3 ст. 34 Закону України «Про вищу освіту» від 01.07.2014 року № 1556-VII [14], у межах наданих йому повноважень забезпечує організацію та здійснення контролю за виконанням навчальних планів і програм навчальних дисциплін; дотриманням усіма підрозділами штатно-фінансової дисципліни; якістю роботи педагогічних, науково-педагогічних, наукових та інших працівників; створенням умов для здійснення дієвого й відкритого громадського контролю за діяльністю вищого навчального закладу тощо.

При цьому контроль керівника не виключає контролю цих питань юридичною особою загалом. Наприклад, відповідно до п. 2.2.1 Положення про організацію роботи з охорони праці учасників навчально-виховного процесу в установах і навчальних закладах, затвердженого Наказом МОН України від 01.08.2001 № 563 [15], таке міністерство забезпечує виконання покладених на нього завдань з питань охорони праці, безпеки життєдіяльності й несе відповідальність за загальний стан роботи з охорони праці в галузі, координує та контролює діяльність навчальних закладів щодо забезпечення здорових, безпечних умов навчання, виховання і праці. Водночас, коли це саме завдання стоїть і перед таким суб'єктом державного зовнішнього контролю, як Держгірпромгляд України, Держпраця України, при цьому самі навчальні заклади здійснюють контроль за тим самим предметом, що і МОН України в указаній сфері.

Отже, міністерство здійснює внутрішньовідомчий державний контроль, а навчальні заклади та керівники – самоконтроль забезпечення здорових, безпечних умов навчання, виховання і праці та інших питань охорони праці, який має ознаки державного внутрішнього контролю.

Це означає, що внутрішній контроль у сфері освіти може бути державним, включаючи самоконтроль. Уточнюємо це тому, щоб ані в законодавстві, ані в науці не виникло питання про обмеження державного контролю зовнішнім, про що, наприклад, стверджує А.В. Бондар. Зокрема, науковець, аналізуючи питання контролю за організацією та здійсненням господарської діяльності, доходить висновку, що «державний контроль за здійсненням господарської діяльності завжди є зовнішнім контролем, проте Лімська декларація керівних принципів контролю передбачає взаємодію державних органів контролю із внутрішніми контрольними службами. Комбінування та взаємодія зовнішнього контролю з елементами внутрішнього може дозволити більш повно провести

заходи контролю» [16, с. 101]. Щодо комбінування та взаємодії елементів внутрішнього й зовнішнього контролю питань не виникає. А от твердження, що державний контроль завжди є зовнішнім, на нашу думку, не має достатніх підстав.

**Висновки.** Отже, при правовому регулюванні питань внутрішнього контролю у сфері освіти слід розуміти, що самоконтроль з боку керівників навчальних закладів державної й комунальної форм власності, як і самоконтроль таких навчальних закладів, може бути державним внутрішнім контролем у сфері освіти. Тому самоконтроль у сфері освіти може бути зараховано до різновидів державного.

#### Список використаної літератури

1. Бутинець Т.А. Система самоконтролю / Т.А. Бутинець // Проблеми теорії та методології бухгалтерського обліку, контролю і аналізу. – № 1 (16). – 2010. – С. 21-30.
2. Краткий психологический словарь / под общ. ред. А.В. Петровского, М.Г. Ярошевского. – М.: Политиздат, 1985. – 431 с.
3. Шукин А.Н. Лингводидактический энциклопедический словарь / А.Н. Шукин. – М.: Астрель, АСТ, Хранитель, 2007. – 746 с.
4. Орлюк О.П. Фінансове право: [навчальний посібник] / О.П. Орлюк. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – 527 с.
5. Концепція розвитку державного внутрішнього фінансового контролю на період до 2017 року, схвалена Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24 травня 2005 року № 158 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/158-2005-%D1%80>.
6. Тарасова В.А. Понятие предприятия как производственно-трудового коллектива / В.А. Тарасова // Вестник МГУ. – 1968. – № 4. – С. 58-69.
7. Закон України «Про освіту» від 23.05.1991 року № 1060-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1060-12>.
8. Венгеров А.Б. Выборность руководящих работников предприятий, учреждений, организаций (выступление за круглым столом) / А.Б. Венгеров // Советское государство и право. – 1988. – № 1. – С. 54-59.
9. Тамм А. Вища освіта як об'єкт державного управління / А. Тамм, О. Поступна // Публічне управління: теорія та практика: збірник наукових праць Асоціації докторів наук з державного управління. – Х.: ДокНаукаДержУпр, 2011. – № 3 (7) – 230 с.
10. Закон України «Про державну службу» від 17.11.2011 року № 4050-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4050-17>.
11. Щотова Ю.М. Обмеження щодо членства у професійних спілках у рамках тенденції стирання розбіжностей правового статусу різних категорій працівників / Ю.М. Щотова // Вісник Вищої ради юстиції. – 2012. – № 4 (12). – С. 136-147.
12. Господарський кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/436-15/print1390983840498821>.
13. Прокопенко В.І. Трудове право України: [підручник] / В.І. Прокопенко. – 2 вид., стереотипне. – Х.: Консум, 2000. – 480 с.
14. Закон України «Про вищу освіту» від 01.07.2014 року № 1556-VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1556-18>.
15. Положення про організацію роботи з охорони праці учасників навчально-виховного процесу в установах і навчальних закладах, затверджене Наказом МОН України від 01.08.2001 року № 563: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0969-01>.
16. Бондар А.В. Класифікація державного контролю за організацією та здійсненням господарської діяльності / А.В. Бондар // Часопис Київського університету права. – 2012. – № 2. – С. 100-103.

УДК 342.95

## ОКРЕМІ НАПРЯМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ ДІЯЛЬНОСТІ ВИКОНАВЧОЇ СЛУЖБИ В УКРАЇНІ

Петро МАКУШЕВ,

кандидат юридичних наук, доцент, декан юридичного факультету  
Дніпропетровського гуманітарного університету

### SUMMARY

The article discusses the points concerning the improvement of the legal judgement enforcement mechanism that should be made based on the state and private enforcement officers' business competition with the delegation by the latter ones of the public legal function of the legal judgement enforcement. The issue concerning the control and coordination of state and private enforcement officers was covered. It is noted that this process will get a radical change by means of new approaches to the state executive service staff training. There were investigated the details of the regulatory framework on this subject and the conclusions about the reasonability of the codification of the rules relating to enforcement proceeding to the Unitary Law Code of the Enforcement were made.

**Key words:** public enforcement service, legal judgement, enforcement.

### АНОТАЦІЯ

У статті розглядається питання вдосконалення механізму примусового виконання судових рішень, який має здійснюватись на засадах конкуренції державних і приватних виконавців з делегуванням останнім публічно-правової функції примусового виконання судових рішень. Розкрито питання щодо керування та координації роботи державних і приватних виконавців. Відзначається, що зазначений процес набуватиме докорінної зміни за новими підходами до підготовки кадрів для державної виконавчої служби. Докладно досліджено нормативно правову базу з цього питання та зроблено висновки про доцільність проведення кодифікації норм, які стосуються виконавчого провадження, в єдиний Кодекс виконавчого провадження.

**Ключові слова:** державна виконавча служба, судові рішення, виконавче провадження.

**Актуальність теми.** З розвитком української правової державності та спрямуванням політики України XXI століття на входження до європейської (ЄС) та світової спільнот (СОТ) суттєво загострюються питання внутрішньої гармонійної взаємодії гілок влади, наприклад, виконавчої та судової з приводу адміністративно-правового регулювання примусового виконання судових рішень, а водночас і ефективної діяльності органів державної виконавчої служби (далі – ДВС) України щодо реального захисту прав та інтересів фізичних і юридичних осіб відповідно до принципів гуманізму, законності й справедливості. Якщо окреслені принципи відображено в судових рішеннях, то реалізація більшості змісту цих рішень за конституційним принципом обов'язковості їх виконання на всій території України (ч. 4 ст. 124 Конституції України) залишається поза можливостями процесу виконавчого провадження.

**Постановка проблеми.** Наведені дані свідчать про недосконалість механізму виконання судових рішень, слабку науково-прикладну взаємодію органів законодавчої, виконавчої і судової влади щодо інтеграційного виконання ними своїх повноважень, особливо у сфері адміністративно-правового регулювання примусового виконання судових рішень майнового характеру. Ці фактори зумовлюють низький рівень діяльності державної виконавчої служби України і є першопричинами реформування її системи, структури, повноважень, особливо у сфері примусового виконання судових рішень майнового характеру.

**Стан дослідження проблеми.** Адміністративно-правові шляхи діяльності цієї служби зумовлені організаційно-правовою взаємодією гілок влади та науково-прикладним обґрунтуванням примусового виконання судових

рішень науковцями-правниками, серед них В. Авер'янов, А. Авторгов, О. Андрійко, О. Бандурка, Д. Бахрах, Ю. Бітяк, А. Васильєв, І. Голосніченко, Є. Додін, Р. Калюжний, С. Ківалов, Н. Нижник, А. Селіванов, В. Стефанюк, В. Тертишніков, М. Тищенко, С. Фурса, Ю. Шемшученко, М. Штефан, С. Щербак. Але доктрина виконавчого провадження залишається недостатньо розробленою.

**Виклад основного матеріалу.** Підкреслимо, що результат проведення політичних, правових, соціальних реформ безпосередньо залежить від багатьох показників, зокрема таких як дієвість законодавчої влади, рівень політичної та правової культури населення, стан законності в країні та реальність забезпечення правового статусу особи, стан реалізації гарантованих державою основних прав і свобод людини та громадянина. Важлива роль у забезпеченні реалізації права, утілення в життя суспільства ідеалу справедливості належить судовій системі як одного з основних елементів системи юстиції.

На жаль, сучасний стан судової системи України не можна оцінити як задовільний. За роки незалежності в Україні було здійснено низку таких звершень, як запровадження засад інстанційної побудови судової системи, створення системи апеляційного та касаційного оскарження судових рішень на заміну судового нагляду; сформовано адміністративну юстицію (прийнято Кодекс адміністративного судочинства, утворено систему адміністративних судів на чолі з Вищим адміністративним судом). Установлено судовий контроль за законністю затримання та арешту осіб, визначенням винятків із таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, а також за застосуванням інших обмежень прав і свобод людини та громадянина тощо. Проте, незважаючи на такі досягнення,

українське судочинство й надалі не викликає у громадян довіри й поваги. Наші співвітчизники продовжують вважати, що суд в Україні неефективний, несправедливий і, більше того, корумпований. Система судочинства користується найменшою довірою серед усіх державних органів – лише 10% громадян довіряють судам. Більше ніж 70% респондентів заперечують саму можливість законно добитися правди в судах. Більшість опитаних упевнена, що рішення суду можна купити за гроші. Результати опитування свідчать про те, що в людей сформована думка: «Що вищі показники матеріального достатку, то більше впевненості у виграші справи в суді». Не є оптимістичними й міжнародні рейтинги нашої судової системи. Так, за даними Всесвітнього економічного форуму, Україна перебуває на 99 місці зі 125 країн за показником незалежності судової системи. У рейтингу якості судової системи Україна посідає місце нижче за середнє порівняно з аналогічними державами, що перебувають у процесі переходу до ринкової економіки [1].

Подальший розвиток української правової державності та спрямування політики України ХХІ століття на входження до європейської та світової спільнот суттєво заострюють питання внутрішньої гармонійної взаємодії гілок влади, наприклад, виконавчої та судової з приводу адміністративно-правового регулювання примусового виконання судових рішень, а разом з тим і ефективної діяльності органів ДВС України щодо реального захисту прав та інтересів фізичних і юридичних осіб відповідно до принципів гуманізму, законності й справедливості. Якщо окреслені принципи відображено в судових рішеннях, то реалізація більшості змісту цих рішень за конституційним принципом обов'язковості їх виконання на всій території України (ч. 4 ст. 124 Конституції України) залишається поза можливістю процесу виконавчого провадження. Тому й статистичний аналіз примусового виконання судових рішень в Україні засвідчує, що державна виконавча служба забезпечує не більше ніж 10–15% судових рішень, а у країнах Європи, навпаки, цей показник дорівнює 80–86% [2]. Наведені дані свідчать про недосконалість механізму виконання судових рішень, слабку науково-прикладну взаємодію органів законодавчої, виконавчої і судової влади щодо інтеграційного виконання ними своїх повноважень, особливо у сфері адміністративно-правового регулювання примусового виконання судових рішень майнового характеру. Ці фактори зумовлюють низький рівень діяльності державної виконавчої служби України і є першопричинами реформування її системи, структури, повноважень, особливо у сфері примусового виконання судових рішень майнового характеру адміністративно-правовими шляхами.

Отже, в Україні певною мірою планується вирішення проблеми вдосконалення механізму примусового виконання судових рішень на засадах конкуренції державних і приватних виконавців з делегуванням останнім публічно-правової функції примусового виконання судових рішень. На нашу думку, конкурентна діяльність названих сторін об'єктивно збільшить ефективність примусового виконання судових рішень майнового характеру, а бюджетне фінансування тільки державних виконавців сприятиме забезпеченню державних інтересів. Інститут приватних виконавців надасть можливість зберегти кошти платників податків, оскільки всі витрати, пов'язані зі стягненням, відшкодуватиме особа, з вини якої порушено виконавче провадження.

Експертами центру Комерційного права в роботі «Оцінка існуючого в Україні законодавства та процедури

виконання судових рішень» запропонована схема взаємодії приватного виконавця зі сторонами виконавчого провадження, за якою стягувач для відновлення своїх прав щодо повернення заборгованості здійснює попередню оплату роботи приватного виконавця з подальшим її поверненням за рахунок боржника разом із сумою боргу. Якщо ж боржник виявляється неплатоспроможним, то кошти, витрачені стягувачем, як і сума боргу, мають розцінюватися як звичайні втрати [<http://www.commerciallaw.com.ua/ukr/legislative/>]. Вважаємо, що це положення в разі його законодавчого закріплення суперечитиме ч. 1 ст. 55 Конституції України щодо відновлення прав стягувача судом, рішення якого залишиться нереалізованим. Повернення боргу, на нашу думку, може бути здійснене за рахунок і майбутніх доходів боржника, а при ухиленні від сплати заборгованості із зазначених доходів доцільне його залучення до примусової праці. У такому контексті перед Міністерством юстиції України постає завдання організації одержання майбутніх доходів боржником в інтересах стягувача. У разі ухилення боржника від добровільної праці виникає проблема його залучення до примусової праці з метою виплати боргу. Розуміємо, що використання примусової праці Конституцією України заборонене, але її ст. 43 визначає, що «не вважається примусовою працею... робота чи служба, яка виконується за вироком чи іншим рішенням суду...». Отже, виникає необхідність створення нових адміністративно-правових способів і засобів примусового виконання судових рішень, у тому числі й майнового характеру. Випадки неплатоспроможності стягувача та боржника щодо фінансування виконавчого провадження, що здійснюється приватним виконавцем, мають, на нашу думку, визнаватися страховими ризиками і сплачуватися страховими компаніями, відповідно до страхових договорів. Міністерство юстиції України та державна виконавча служба України саме організаційно-правовими засобами повинні забезпечити страхування як державних, так і приватних виконавців у процесі здійснення виконавчого провадження.

Глобальним завданням Міністерства юстиції України залишається також вирішення питання щодо керування та координації роботи державних і приватних виконавців; розподілу між ними судових рішень на примусове виконання; формування професійного ядра державних виконавців (із залученням кращих приватних); підвищення іміджу державного виконавця як державного службовця; створення сталого й дієвого механізму державного і громадського контролю за діяльністю як державних, так і приватних виконавців, у тому числі сучасними технічними засобами. Більш детально завдання та перспективи Міністерства юстиції України й державної виконавчої служби окреслені у статті М. Оніщука «Українська юстиція: проблеми і пріоритети діяльності на шляху правової держави (до 90-річчя української юстиції)». Автором приділяється увага забезпеченню прозорості й ефективності системи примусового виконання рішень судів, інших органів і посадових осіб. Ним визначається низка проектів законів та інших нормативно-правових актів, що розроблені Міністерством юстиції України й спрямовані на докорінну зміну філософії, ідеології і засад реалізації виконання судових рішень [3].

Досліджуючи названий законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення процедури примусового виконання рішень», обговоримо зміни, які пропонується внести до Кодексу України про адміністративне правопорушення (далі – КУпАП) введенням ст. 2222 «Органи державної виконавчої служби».

Ця стаття надає органам ДВС (зокрема начальникам органів ДВС) повноваження розглядати справи про адміністративні правопорушення, пов'язані з невиконанням законних вимог державного виконавця (ст. 18813 КУпАП), що є позитивним. Вважаємо, що в контексті заявленої автором прозорості процесу виконавчого провадження та посилення судового контролю за ним доцільно залишити без змін зміст ст. 221 КУпАП (усупереч запропонованому в законопроекті) для забезпечення судового розгляду справ за ст. 18813 КУпАП. На нашу думку, у такому випадку робота приватних виконавців під час застосування адміністративно-правових способів примусового виконання судових рішень, особливо майнового характеру, буде забезпечена судовим розглядом справ про адміністративні правопорушення у процесі виконавчого провадження.

Зазначений процес набуватиме докорінної зміни за новими підходами до підготовки кадрів для ДВС. Цю підготовку могли б успішно здійснювати на замовлення Міністерства юстиції України відомчі навчальні заклади системи МВС України на контрактній основі. Відібрані кадри протягом 2–5 курсів проходили б виробничу практику в системі ДВС України та опанували протягом навчання спеціалізовані курси «Виконавче провадження» та «Конкурсне провадження (провадження у справах про банкрутство)». При цьому особлива увага має звертатися на прикладні аспекти виконавчого провадження за допомогою залучення до процесу викладання практичних працівників ДВС. Уведення в дію Єдиного державного реєстру виконавчих проваджень потребує від фахівця-виконавця знань, умінь і навичок роботи з інформаційними базами даних, у тому числі різноманітними чинними державними реєстрами (митної та податкової служб, органів внутрішніх справ тощо). Звідси виникає необхідність створення такої дисципліни, як «Реєстрознавство», що викладатиметься не тільки під час отримання базової освіти, а й підвищення кваліфікації.

У процесі професійної підготовки сучасним державним виконавцям явно бракує базової психологічної, фізичної, юридичної та тактико-спеціальної підготовки щодо примусового виконання судових рішень. Наприклад, Законом РФ «Про судових приставів» визначається необхідність проходження професійної підготовки, у тому числі з володіння спецзасобами й вогнепальною зброєю. Тільки професіонал уміє протистояти агресії, психологічному тиску з боку боржників, уникати конфліктів або знижувати рівень їх напруженості та залучати фахівців ОВС, СБУ, ДМСУ, ДПА й інших до проведення виконавчих дій для забезпечення спільних інтересів. Відбір кадрів за цим принциповим підходом буде прогнозовано-програмованим, зі збереженням конкурсної основи зарахування на посаду державного виконавця. Вважаємо, що аналогічні вимоги слід висувати і до приватних виконавців, які повинні виконати акредитовану державою навчальну програму академічної юридичної освіти, пройти стажування та скласти іспит на отримання кваліфікації приватного виконавця. До них можуть бути висунуті й додаткові вимоги, наприклад, не можуть одержати ліцензію приватного виконавця особи, відсторонені від посад судді, нотаріуса чи державного виконавця, виключені з адвокатури та іншої юридичної роботи за вчинення дисциплінарних проступків.

Загальновідомо, що робота державного (приватного) виконавця під час примусового виконання судових рішень, особливо майнового характеру, має відповідати принципам законності, справедливості й гуманізму. Тому виконавчі дії

мають бути зафіксовані відеозаписом з метою виявлення правопорушень як з боку державного (приватного) виконавця, так і з боку осіб, стосовно яких здійснюється примусове виконавче провадження. Такий гласний спосіб роботи спрямований на можливість юридичної оцінки сторін у конкретній ситуації конфліктного характеру, де відеозапис може бути судовим доказом при відшкодуванні моральної та матеріальної шкоди, а також притягненні будь-якого порушника виконавчого провадження до належного виду юридичної відповідальності. У такий спосіб прокурор може прямо або опосередковано здійснювати нагляд за законністю. Ми згодні з думками А. Авторгова про те, що нагляд за законністю діяльності державного (приватного) виконавця з боку прокуратури є обґрунтованим (ст. 121 Конституції України) [4]. У зв'язку з цим зміни, унесені Законом України № 1095-IV від 10.07.2003 року до ст. 8 Закону України «Про виконавче провадження» щодо усунення нагляду прокуратури, є антиконституційними.

Звертаємо увагу й на те, що для належного реформування державної виконавчої служби доцільно провести кодифікацію норм стосовно виконавчого провадження в єдиний Кодекс виконавчого провадження, у якому доцільно визначитися зі статусами державного і приватного виконавців, системою та структурою виконавчих служб; завданнями, принципами, формами й функціями їх діяльності; взаємовідносинами з органами державної влади та правоохоронними органами України й зарубіжжя, корпоративними і приватними організаціями; способами та засобами урядового, міністерського, громадського контролю, а також прокурорського нагляду; застосуванням технічних засобів; залученням експертів та інших спеціалістів до проведення виконавчих дій; порядком і обсягами матеріально-технічного, фінансового й кадрового забезпечення; окресленням правового та соціального захисту. Одним із важливих аспектів зазначеного кодексу має бути визначення статусу інших учасників виконавчого провадження. Відомо, що кодифікація є ефективним засобом упорядкування діяльності будь-якої владної структури. Тому аналогічне упорядкування має бути розповсюджене й на державну виконавчу службу України.

На нашу думку, у Кодексі виконавчого провадження інститут приватних виконавців становить систему норм, які визначають внутрішню єдність і узгодженість добровільного об'єднання приватних виконавців за територіальним принципом: нижча ланка – приватні виконавці та їх об'єднання в колегії, виконавчі фірми, бюро й інші об'єднання виконавців, що діють відповідно до статутів об'єднань приватних виконавців. Вищим органом добровільних об'єднань приватних виконавців має бути 3<sup>ї</sup>зд зазначених осіб, делегати якого обираються від кожної області та міста у визначеній Кодексом пропорції: від районних міст – по 1 делегату, обласних – по 1 делегату від кожного району в місті та по 25 делегатів від мегаполісів. Виключною компетенцією 3<sup>ї</sup>зду (який збирається 1 раз на 2 роки) є внесення пропозицій щодо вдосконалення виконавчого провадження у правовому полі України й на міжнародному рівні; узгодження з вищими і центральними органами влади України внутрішньої та зовнішньої політики виконавчого провадження відповідно до урядових програмних документів і рішень 3<sup>ї</sup>зду.

Програмні та статутні документи об'єднань приватних виконавців повинні визначати загальні засади їх діяльності: верховенство права, примусовість і своєчасність виконання рішень судових та інших органів, добровільність

об'єднання, самоврядність, колегіальність, гласність, відкритість, поєднання партнерства й конкурентності з державними виконавцями, співробітництво з державними органами влади та громадськими організаціями (нотаріатом, адвокатурою, омбудсменом), конфіденційність, оплатність повноти та якості послуг виконавчого провадження. Для ефективності роботи приватної виконавчої служби доцільно запропонувати посаду помічника приватного виконавця з вищою юридичною освітою на контрактній основі. Сильна й незалежна приватна виконавча служба можлива лише за умов існування єдиної добровільної професійної організації приватних виконавців на вищезазначених засадах для ефективності здійснення примусового виконавчого провадження. Дієвість цього провадження повною мірою залежить від належного, своєчасного та якісного використання адміністративно-правових способів примусового виконання рішень майнового характеру.

Отже, для реального захисту прав та інтересів фізичних і юридичних осіб окресленими адміністративно-правовими способами примусового виконання судових рішень майнового характеру, для ефективної діяльності органів державної та приватної виконавчої служб України необхідна продумана, суворо визначена нормативно-правова база, створена на науково-прикладних засадах з урахуванням світових стандартів і досвіду здійснення виконавчого провадження.

Однією із засад судочинства Конституція України закріпила принцип обов'язковості судових рішень, який знайшов своє подальше відображення в Законі України «Про судоустрій та статус суддів» і процесуальних кодексах. Однак, незважаючи на це, єдиний підхід щодо розуміння цього принципу у вітчизняному законодавстві відсутній. Універсальність тлумачення зазначеної засади має важливе не лише теоретичне, а й практичне значення, оскільки в контексті практики Європейського Суду з прав людини обов'язковість судових рішень є однією з організаційно-правових гарантій доступності правосуддя та характеризує судову владу не лише з процесуального, а й організаційного боку [5].

Сучасний стан системи виконання судових рішень є незадовільним, і загалом вона не відповідає стандартам, прийнятим у сучасних європейських країнах. Про це свідчать, наприклад, висновки українських та міжнародних експертів, оприлюднені під час проведення «круглого столу» з питань запровадження в Україні недержавних форм виконання судових рішень. Дослідження здійснювалося за участю експертів Агентства Сполучених Штатів Америки з міжнародного розвитку (USAID), TACIS, Світового банку, МВФ, Ради Європи й інших фахових і експертних організацій. Як зазначається в оприлюднених під час «круглого столу» висновках, в Україні необхідно провести системну реформу органів, що здійснюють примусове виконання судових рішень. При цьому однією з причин незадовільного функціонування системи виконання судових рішень експерти називають дефектність системи права в Україні. Серед недоліків, зокрема, відзначається недосконала система законотворення, коли закони розробляються особами, які представляють інтереси політичного чи економічного сектора і не є професійними розробниками правових норм. Крім того, експерти відзначають суперечності та колізії правових норм, у тому числі коли підзаконні акти виходять за межі ідей, закладених у Конституції та законах. Незадовільним, на думку експертів, є також судове тлумачення правових норм, коли судді обмежуються буквальною пере-

дачею змісту, уникаючи з'ясування «духу закону», а також відсутність єдності у правозастосуванні [6].

Отже, завдання щодо вдосконалення інституту примусового виконання рішень є однією зі складових концепцій системного вдосконалення правосуддя. Цьому питанню на сьогодні приділяється значна увага з боку парламентарів спільно з працівниками Департаменту державної виконавчої служби Міністерства юстиції України, правових центрів, а також окремих науковців і практиків. Проводяться відповідні з'їзди, семінари, конференції, метою яких є розробка відповідної концепції реформування системи виконання рішень, зокрема проведення аналізу стану виконання судових рішень в Україні, вивчення європейського досвіду реформування системи примусового виконання рішень судів, дослідження проблемних питань виконавчого провадження й подальших шляхів його реформування.

Одним із таких важливих заходів стала конференція на тему «Реформа системи виконання судових рішень: виклики та перспективи». Слід зауважити, що участь у цій конференції взяли народні депутати України, представники органів державної влади, судової системи, науковці й провідні фахівці у сфері права, іноземні експерти та ЗМІ. Такий масштабний захід сприяв формуванню низки теоретичних положень подальшого розвитку системи виконання судових рішень, визначив основні засади і принципи її вдосконалення. Так, результатом обговорення стало концептуальне погодження позицій щодо визначення подальших пріоритетів у реформуванні системи примусового виконання рішень судів шляхом запровадження недержавної форми виконання судових рішень, удосконалення законодавства з питань виконавчого провадження, узгодження процедур виконавчого провадження та банкрутства. Стосовно позиції відомих юристів-практиків, які мають багатий досвід співпраці з органами державної виконавчої служби, то, наприклад, О. Алексєнко вважає за доцільне провести низку заходів, спрямованих на посилення захисту конституційних прав і свобод людини щодо належного виконання рішень судів:

- удосконалення процедур, пов'язаних із примусовим виконанням рішень судів (наприклад, перегляд механізму примусової реалізації майна державних підприємств та господарських товариств, у статутних фондах яких частка держави становить не менше ніж 25%; посилення судового контролю за виконанням судових рішень шляхом з'ясування розгляду скарг боржників на рішення, дії (бездіяльність) державних виконавців до виключної компетенції суду тощо);

- упорядкування повноважень державних виконавців як із метою недопущення ними зловживань під час здійснення виконавчого провадження, так і з метою надання їм окремих важелів для більш ефективного здійснення своїх повноважень (обмеження повноважень державних виконавців, реалізація яких призводить до затягування виконання рішень судів, під час здійснення виконавчого провадження; забезпечення реальної взаємодії Міністерства юстиції України з Міністерством внутрішніх справ України, Державною податковою адміністрацією та іншими органами державної влади; забезпечення безперешкодного доступу державних виконавців до майна боржників під час здійснення виконавчого провадження і звернення стягнення на майно й кошти боржників тощо);

- кодифікація норм, які регулюють питання виконання судових рішень, але водночас містяться в окремих нормативних актах (Цивільний кодекс, Господарський кодекс,

Закон України «Про іпотеку» тощо). Розробка єдиного документа, на кшталт Кодексу виконавчого провадження, може значно полегшити роботу як працівникам виконавчої служби, так і представникам сторін у судовому спорі.

Також О. Алексєнко вважає за доцільне поетапне провадження в Україні системи недержавної форми виконання рішень судів на основі тих положень, які викладені в проекті Закону України «Про присяжних виконавців», що фактично надасть стягувачам можливість самостійно вибирати особу, яка здійснюватиме відновлення їхніх порушених прав після прийняття відповідного судового рішення. У зв'язку з цим, безумовно, слід установити жорсткий контроль (можливо, шляхом ліцензування) над діяльністю присяжних виконавців [7].

**Висновки.** Отже, підсумовуючи зазначене, можна дійти таких висновків. До основних напрямів і завдань подальшого реформування системи примусового виконання судових рішень можна зарахувати такі:

- чітке визначення повноважень державних виконавців та забезпечення їх безперешкодної взаємодії з різними державними інституціями (Міністерство юстиції, Міністерство внутрішніх справ тощо);

- вивчення перспектив введення приватних виконавчих служб в Україні, дослідження особливостей їх функціонування в сучасних країнах світу;

- створення єдиної стратегії реформування системи виконання судових рішень, що має базуватися не лише на внесенні окремих змін у чинне законодавство, а й на принципово новому законодавчому підході, системному вдосконаленні законодавства в цій галузі із відповідним залученням до цього процесу фахівців, які мають практичний досвід діяльності в цій сфері.

Згідно зі ст. 10 Закону «Про Державну виконавчу службу», контроль за діяльністю державних виконавців здійснюють Міністерство юстиції України через Департамент державної виконавчої служби Міністерства юстиції України, а Головне управління юстиції Міністерства юстиції України в Автономній Республіці Крим, обласні, Київське та Севастопольське міські управління юстиції – через відповідні відділи державної виконавчої служби.

На сьогодні структурна й організаційна побудова Державної виконавчої служби не забезпечує ефективного функціонування цієї структури, оскільки, перебуваючи в підпорядкуванні Міністерства юстиції України, міністр якого за посадою є членом Кабінету Міністрів України, виникають сумніви стосовно неупередженості державних виконавців у частині виконання судових рішень, по яких відповідачем є Кабінет Міністрів України або один із центральних органів державної виконавчої влади. Отже, може бути порушено закріплений у Законі принцип неупередженості державного виконавця.

Для усунення цього недоліку необхідно вивести Державну виконавчу службу із підпорядкування Міністерства юстиції України та надати їй повноважень центрального органу виконавчої влади зі спеціальним статусом. Вважаємо за доцільне, щоб подання стосовно призначення на посаду кандидатури керівника цього органу вносилося Президентом України до Верховної Ради України, а сам

керівник цього органу був підзвітний і підконтрольний виключно Верховній Раді України.

Безумовно, через специфіку виконання судових рішень державні виконавці зустрічають різні перешкоди, які неможливо усунути в стислі строки повністю і якісно, оскільки це залежить від ефективності міжвідомчої співпраці з органами внутрішніх справ. На нашу думку, необхідно створити силовий підрозділ у складі Державної виконавчої служби України зі статусом правоохоронного органу, за прикладом податкової міліції, що є складовою Державної податкової служби України.

Розглядаючи питання реформування системи виконання судових рішень, насамперед, необхідно брати до уваги, що вирішення наявних проблем у цій сфері має бути комплексним, його не можна розглядати окремо від вирішення більш загальних проблем функціонування судової системи й системи юстиції загалом. Стосовно запозичення іноземного досвіду функціонування приватних виконавчих служб, то слід звернути увагу на деякі методологічні застереження: необхідно зважити не тільки на умови і способи створення відповідних органів у країнах романо-германського й англо-американського права, а й на їх відповідну адаптацію у свідомості суспільства, на фактор довіри населення, взаємодію та розмежування компетенції з державною виконавчою службою й іншими державними органами тощо. У свою чергу, саме поєднання особливостей національно-правового розвитку й тих стандартів, які були прийняті міжнародною спільнотою, допоможе досягти найкращих результатів у пошуку нових шляхів удосконалення та розвитку системи виконання судових рішень як важливої передумови подальшого здійснення судово-правової реформи, а отже, і підвищення загального рівня ефективності системи юстиції в Україні.

#### Список використаної літератури

1. Тези виступу Міністра юстиції М. Оніщука на парламентських слуханнях «Про стан правосуддя в Україні» (Київ, 18 березня 2009 р.) // Офіційний сайт Міністерства юстиції України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.minjust.gov.ua](http://www.minjust.gov.ua).
2. Салашний П. Державна виконавча служба: ефект присутності / П. Салашний // Правове видання. Юридичний журнал. – 2008. – № 6 (72). – С. 22–24.
3. Оніщук М. Українська юстиція: проблеми і пріоритети діяльності на шляху правової держави (до 90-річчя української юстиції) / М. Оніщук // Право України. – 2008. – № 11. – С. 4–9.
4. Авторгов А. Державна виконавча служба – псевдореформа та реформа / А. Авторгов // Юридична газета. – 2005. – № 23(59).
5. Хотинська О.З. Обов'язковість судових рішень як конституційна засада судочинства України : дис. ... канд. юрид. наук / О.З. Хотинська. – К., 2006.
6. Система виконання судових рішень в Україні не відповідає стандартам ЄС: Постатейні матеріали з офіційного сайту Міністерства юстиції України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.minjust.gov.ua](http://www.minjust.gov.ua).
7. Алексєнко О. Кроки з покращення роботи системи виконання судових рішень / О. Алексєнко // Постатейні матеріали з сайту інформаційно-аналітичного центру «ЛІГА» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://blog.liga.net>.

УДК 342.925:347.922:347.962

## НАДАННЯ НА ПРОХАННЯ ПОЗИВАЧА СЛУЖБОВЦЕМ АПАРАТУ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ ДОПОМОГИ В ОФОРМЛЕННІ ПОЗОВНОЇ ЗАЯВИ

**Олександр МИХАЙЛОВ,**  
асистент кафедри адміністративного і фінансового права  
Національного університету «Одеська юридична академія»

### SUMMARY

The short story of CAR of Ukraine is analysed – the office worker of instrument of administrative court can give a render in mounting an actional announcement at the instance of plaintiff, became a compromise variant the proposition of the members of working group that gave birth on preparation of project of CAR of Ukraine to borrow a German experience on this question. It is established that polarity of positions of scientists of administrative process, judges of HAC of Ukraine and plenum of the high specialized court in the satisfactions to define the legal nature of effectiveness of algorithm the office worker of instrument of administrative court of a request of the claimant for the help in mounting an actional announcement, testifies to embryonic (meristematic) development of definitions of p. 3rd of art.105 of CAR of Ukraine.

**Key words:** mounting an actional announcement, plaintiff, office worker of instrument of administrative court, administrative court.

### АНОТАЦІЯ

Проаналізована новела Кодексу адміністративного судочинства України – на прохання позивача службовцем апарату адміністративного суду може бути надана допомога в оформленні позовної заяви, стала компромісним варіантом, який запропонували члени робочої групи з підготовки проекту Кодексу адміністративного судочинства України під час обговорення пропозиції запозичити німецький досвід з цього питання. З'ясовано, що полярність позицій науковців, адміністративістів-процесуалістів, суддів Вишого адміністративного суду України й Пленуму Вишого спеціалізованого суду України щодо визначення правової природи дієвості алгоритму задоволення службовцем апарату адміністративного суду прохання позивача про допомогу в оформленні позовної заяви свідчить про ембріональний (меристематичний) розвиток дефініцій ч. 3 ст. 105 Кодексу адміністративного судочинства України.

**Ключові слова:** оформлення позовної заяви, позивач, службовець апарату суду, адміністративний суд.

**Постановка проблеми.** Сучасна практика надання правової допомоги, успадкована українською державою від попереднього тоталітарного режиму й навіть частково вдосконалена чинним законодавством незалежної України, не може відповідати європейським вимогам, а також зобов'язанням, які взяла країна при вступі до Ради Європи. На порядок денний постало питання щодо створення комплексної системи реалізації конституційного права кожного на правову допомогу, забезпечення належного виконання Україною її міжнародних зобов'язань у царині прав людини, запровадження європейських стандартів у питаннях надання правової допомоги та доступу до правосуддя. У всіх сферах правовідносин, у будь-якій галузі судочинства мав бути створений дієвий механізм повного або часткового фінансування правової допомоги за рахунок коштів Державного бюджету України.

Досягненню цієї мети була покликана й новела Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України) – надання на прохання позивача службовцем апарату адміністративного суду допомоги в оформленні позовної заяви.

**Ступінь наукової розробленості проблеми.** Дослідження проводилося на основі й з урахуванням робіт вітчизняних учених адміністративістів-процесуалістів, суддів Вишого адміністративного суду (далі – ВАС України): В.Б. Авер'янова, Н.В. Александрової, О.Д. Головенко, Е.Ф. Демського, І.О. Картузової, С.В. Ківалова, Р.О. Куйбіди, О.Н. Панченко, О.М. Пасенюка, Т.В. Руди, М.О. Сороки, О.І. Харитонової.

Нормативну базу дослідження становлять положення чинного адміністративного процесуального (судового) законодавства України.

**Мета та завдання дослідження.** Метою дослідження є визначення «розвинутості» новели КАС України – надання на прохання позивача службовцем апарату адміністративного суду допомоги в оформленні позовної заяви.

Поставлена мета зумовила вирішення такого завдання – дослідження розмаїття діаметрально протилежних позицій науковців, адміністративістів-процесуалістів, суддів ВАС України й Пленуму Вишого спеціалізованого суду у визначенні правової природи дієвості алгоритму задоволення службовцем апарату адміністративного суду прохання позивача про допомогу в оформленні позовної заяви.

Наукова новизна дослідження зумовлена актуальністю теми й полягає в тому, що вперше у вітчизняній юридичній науці на сторінках професійного видання з урахуванням положень Конституції України, КАС України, листа й постанови Пленуму ВАС України, полярності позицій науковців, адміністративістів-процесуалістів, суддів ВАС України встановлена «розвинутість» новели КАС України – надання на прохання позивача службовцем апарату адміністративного суду допомоги в оформленні позовної заяви.

**Виклад основного матеріалу.** Заступник голови ВАС України О.Н. Панченко, начальник Правового управління ВАС України В.К. Демченко та заступник начальника Управління – начальник відділу узагальнення судової практики ВАС України О.Д. Головенко під правовою допомогою в адміністративному судочинстві розуміють будь-яку допо-

могу правового характеру особам, які перебувають, перебували або в майбутньому будуть перебувати в публічно-правових відносинах стосовно таких відносин або їх реалізації. До суб'єктів, якими ця правова допомога може надаватися оплатно або безоплатно, належать такі:

- 1) адвокати;
- 2) інші фахівці в галузі права;
- 3) інші особи [7, с. 200].

Крім того, продовжують представники юридичної практики, законодавством України визначене коло суб'єктів, які можуть надавати правову допомогу, до яких, крім адвокатури та інших фахівців у галузі права, зараховані такі:

- службовці апарату адміністративного суду (представники державних органів, ст. 105 КАС України);
- суб'єкти підприємницької діяльності, які надають правову допомогу в порядку, визначеному законодавством України;
- об'єднання громадян для здійснення й захисту своїх прав і свобод (ч. 1 ст. 36 Конституції України) [5, с. 220].

Якщо позивач не володіє достатніми знаннями або з інших причин не може самостійно оформити позовну заяву, то на його прохання службовцем апарату адміністративного суду може бути надана допомога (ч. 3 ст. 105 КАС України).

С.В. Ківалов, О.І. Харитонова, І.О. Каргузова наголошують, що, безумовно, це буде зручно для звичайних громадян, які не вміють оформлювати юридичні документи, особливо для осіб похилого віку. Водночас таке положення в законодавстві на сьогодні є вимушеним, тому що забезпечити апарат кожного адміністративного суду хоча б одним службовцем, який надавав би таку допомогу всім, кому це необхідно, – це доволі складно й потребує чимало коштів. Проте до тих пір, поки не буде запроваджена можливість одержання доступної правової допомоги для всіх, сприяння працівників апарату адміністративного суду в оформленні позовної заяви є виправданим [8, с. 249–250].

На думку Е.Ф. Демського, ч. 2 ст. 105 КАС України встановлює важливе положення, передбачає забезпечення у штатно-посадовому розкладі апарату кожного адміністративного суду хоча б одного службовця, який надавав би таку допомогу [6, с. 307]. Науковець справедливо зазначає, що законодавець не встановлює, кому саме надається така допомога: особам незаможним; особам, які не володіють достатніми знаннями; особам похилого віку; особам, які з інших причин не можуть оформити позовну заяву. Безумовно, це зручно для громадян, забезпечення принципу права на судовий захист, гуманно й нарешті є виправданим в умовах відсутності можливості одержання доступної правової допомоги для всіх. Чим це викликано? Можливо, тим, що в адміністративному судочинстві в більшості випадків відповідачем є орган владних повноважень, а утвердження й забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ст. 3 Конституції України). Проте надання такої допомоги в сучасних умовах є нереальним. По-перше, утримання в апараті кожного адміністративного суду службовців, які надавали б таку допомогу всім, потребує чималих коштів. По-друге, відповідно до ч. 1 ст. 18 КАС України, як адміністративні суди певну категорію адміністративних справ розглядають місцеві загальні суди, у яких у штатно-посадовому розписі апарату суду не передбачається посади службовця з надання допомоги в оформленні позовної заяви. Крім того, надання допомоги в оформленні позовних заяв чи інших судових документів службовцями апарату суду в кримінальних, цивільних чи господарських провадженнях не передбачене [6, с. 307].

На думку заступника голови ВАС України О.Н. Панченко, начальника Правового управління ВАС України В.К. Демченко та заступника начальника Управління – начальника відділу узагальнення судової практики ВАС України О.Д. Головенко, зазначене вимагає конкретизації ч. 3 ст. 105 КАС України на нормативно-правовому рівні, що дасть змогу шляхом збільшення працівників апарату суду за допомогою введення до штату додаткових посад і їх заміщення фахівцями в галузі права здійснювати надання кваліфікованої, ефективної, оперативної, безкоштовної правової допомоги, що є підтвердженням реалізації одного з основних призначень адміністративного суду – захисту порушених прав, свобод і законних інтересів осіб. Водночас особа, яка здійснюватиме надання правової допомоги, має визначатися наказом голови суду [5, с. 220; 7, с. 205–206].

Слід погодитися з авторами тези під загальною редакцією голови ВАС України О.М. Пасенюка [5, с. 220; 7, с. 205–206], що на сьогодні існує невизначеність у тому, якими службовцями апарату адміністративного суду надається допомога в оформленні позовної заяви, що фактично є складовою надання правової допомоги. Не всі службовці апарату адміністративного суду обіймають посади юридичного профілю, мають відповідну освіту в галузі права та необхідний для цього досвід, ними можуть здійснюватися функції з матеріального, технічного, інформаційного й іншого забезпечення, що не передбачає наявності знань у сфері юриспруденції. Виходячи зі змісту норм ст. 16 КАС України (позитивний обов'язок держави), службовець апарату адміністративного суду, який на прохання позивача надає допомогу в оформленні позовної заяви, мусить бути фахівцем у галузі права, тобто мати юридичну освіту та відповідний професійний досвід.

Крім того, продовжують представники столичної юридичної спільноти, за наявності достатньо великої кількості звернень до адміністративного суду, яка має тенденцію до збільшення, службовець апарату адміністративного суду, що є фахівцем у галузі права, повинен мати змогу надавати вказану правову допомогу на постійній основі й мати матеріальне та технічне забезпечення робочого місця, зокрема пристосоване приміщення, персональний комп'ютер, копіювальну техніку, нормативно-правову базу, доступ до Internet-ресурсів тощо [5, с. 220; 7, с. 205–206].

Діаметрально протилежна окресленому «пізня» позиція голови ВАС України О.М. Пасенюка, офіційна позиція ВАС України, підтримана групою вчених, адміністративістів-процесуалістів.

У ч. 6 листа ВАС України «Про деякі питання практики застосування адміністративними судами норм Кодексу адміністративного судочинства України та інших нормативно-правових актів» від 25 липня 2007 р. № 09.1-22/688 Вищий спеціалізований суд на питання щодо порядку застосування ч. 2 ст. 105 КАС України стосовно надання службовцем апарату адміністративного суду допомоги в оформленні позовної заяви адміністративним судам України повідомив: «Із змісту частини другої статті 105 КАС України вбачається, що службовці апарату місцевого адміністративного суду можуть надавати на прохання позивача допомогу лише в оформленні позовної заяви, шляхом роз'яснення відповідності позовної заяви, зокрема, положенням статей 105, 106 КАС України, а не стосовно її змісту та правового обґрунтування. Службовець, який має право надавати таку допомогу, призначається наказом голови суду» [3].

З метою забезпечення однакового та правильного застосування й роз'яснення окремих положень КАС України Пленум ВАС України постановив: «Судам слід враховува-



ти, що за змістом частини другої статті 105 КАС України на прохання позивача службовцем апарату місцевого адміністративного суду може бути надана допомога в оформленні позовної заяви лише в частині роз'яснення вимог щодо відповідності позовної заяви положенням статей 105, 106 цього Кодексу, а не стосовно її змісту, обґрунтування чи виготовлення (друкування)» (п. 15 постанови Пленуму ВАС України «Про практику застосування адміністративними судами окремих положень Кодексу адміністративного судочинства України під час розгляду адміністративних справ» від 6 березня 2008 р. № 2) [4].

На думку голови ВАС України О.М. Пасенюка, таку норму запроваджено задля зручності для звичайних громадян, які не вміють оформляти юридичні документи. Службовець апарату може надати позивачеві допомогу лише технічного характеру. Ця допомога може полягати в такому:

- 1) наданні зразка чи бланка позовної заяви;
- 2) ознайомленні позивача з правилами підсудності й вимогами КАС України до позовної заяви та її оформлення;
- 3) наданні реквізитів для сплати судового збору, консультуванні щодо розміру й порядку оплати судових витрат тощо;
- 4) попередній перевірці правильності оформлення позовної заяви [9].

Крім того, ця допомога може полягати в консультуванні особи щодо її заповнення [5; 7, с. 109] – наданні допомоги в її оформленні, тобто про роз'яснення вимог закону до такого оформлення (ч. 2, 3 ст. 105 КАС) [11, с. 18], у попередній перевірці правильності складання позовної заяви тощо. При цьому консультації службовця апарату суду можуть стосуватися лише процесуальних аспектів оформлення позовної заяви, але не суті спору [10, с. 91, 93].

Р.О. Куйбіда, Т.В. Руда радять, якщо Ви не впевнені в достатності своїх знань щодо підготовки позовної заяви, тоді можете звернутися за правовою допомогою до адвоката чи іншого фахівця в галузі права. Крім того, Ви маєте право звернутися з проханням до службовця апарату суду (до якого Ви збираєтесь подати позов) про надання необхідних роз'яснень з цього питання щодо вимог процесуального закону або надання бланка позовної заяви (ч. 2, 3 ст. 105 КАС України), але пам'ятайте, що службовець не зможе Вам порадити, як саме обґрунтувати Ваші вимоги, чи проконсультувати по суті Ваші позовні вимоги [11].

Окрему науково-практичну цінність становить зазначене судьями Верховного Суду України, ВАС України, а також іншими висококваліфікованими спеціалістами в галузі адміністративного права [9], що положення про допомогу службовця апарату адміністративного суду в оформленні позовної заяви стало компромісним варіантом, який запропонували члени робочої групи з підготовки проекту КАС України під час обговорення пропозицій запозичити німецький досвід з цього питання. Як стверджує суддя ВАС України, співавтор проектів змін до КАС України М.О. Сорока, у Німеччині адміністративний позов може бути заявлений не лише в письмовій формі, а й усно – з письмовою фіксацією його керівним працівником канцелярії суду (§ 81 німецького Положення про адміністративні суди). Це сприяє доступності адміністративних судів для юридично неплідкованих громадян. Але, на думку М.О. Сороки, члени робочої групи остереглися переносити цей варіант в українські реалії, оскільки відразу постало питання про те, хто нести відповідальність за позовну заяву, яку службовець суду оформить з недолками, а також питання щодо необхідності збільшення апаратів судів. Перше питання спонукало до того, щоб закріпити у КАС України, що службовець

надає лише допомогу в оформленні позовної заяви, але не оформлює її сам. Друге питання зумовило обрання м'якої формули: службовець не повинен, а може (за наявності часу, необхідних знань та інших можливостей) надати таку допомогу. На жаль, наголошує М.О. Сорока, така формула не дає позивачеві права вимагати допомоги в оформленні заяви, а є лише добрим побажанням законодавця до організації роботи апарату в адміністративних судах [9].

**Висновки.** Новела КАС України – на прохання позивача службовцем апарату адміністративного суду може бути надана допомога в оформленні позовної заяви, стала компромісним варіантом, який запропонували члени робочої групи з підготовки проекту КАС України під час обговорення пропозицій запозичити німецький досвід з цього питання. Полярність позицій науковців, адміністративістів-процесуалістів, суддів ВАС України й Пленуму Вищого спеціалізованого суду у визначенні правової природи дієвості алгоритму задоволення службовцем апарату адміністративного суду прохання позивача про допомогу в оформленні позовної заяви свідчить про ембріональний (меристематичний) розвиток дефініції ч. 3 ст. 105 КАС України.

#### Список використаної літератури

1. Конституція України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР / Верховна Рада України // Офіційний веб-сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.
2. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 року № 2747-IV / Верховна Рада України // Офіційний веб-сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=2747-15>.
3. Лист Вищого адміністративного суду України «Про деякі питання практики застосування адміністративними судами норм Кодексу адміністративного судочинства України та інших нормативно-правових актів» від 25 липня 2007 року № 09.1-22/688 / Верховна Рада України // Офіційний веб-сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v\\_688760-07](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v_688760-07).
4. Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України «Про практику застосування адміністративними судами окремих положень Кодексу адміністративного судочинства України під час розгляду адміністративних справ» від 6 березня 2008 року № 2 / Вищий адміністративний суд України // Офіційний веб-сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.vasu.gov.ua/ua/plenum\\_vas.html?\\_m=publications&t=rec&id=2076&fp=41](http://www.vasu.gov.ua/ua/plenum_vas.html?_m=publications&t=rec&id=2076&fp=41).
5. Адміністративна юстиція України: проблеми теорії і практики. Настільна книга судді / за заг. ред. О.М. Пасенюка. – К. : Істина, 2007. – 608 с.
6. Демський Е.Ф. Адміністративне процесуальне право України : [навчальний посібник] / Е.Ф. Демський. – К. : ЮрінкомІнтер, 2008. – 496 с.
7. Адміністративне судочинство України : [підручник] / [О.М. Пасенюк (кер. авт. кол.), О.Н. Панченко, В.Б. Авер'янов та ін.] ; за заг. ред. О.М. Пасенюка. – К. : ЮрінкомІнтер, 2009. – 672 с.
8. Кодекс адміністративного судочинства України : [науково-практичний коментар] / [С.В. Ківалова, О.І. Харитоновна, О.М. Пасенюк, М.Р. Аракелян та ін.] ; за ред. С.В. Ківалова, О.І. Харитоновної. – Х. : ТОВ «Одіссей», 2005. – 552 с.
9. Науково-практичний коментар Кодексу адміністративного судочинства України / [О.М. Пасенюк (кер. авт. кол.), О.Н. Панченко, В.Б. Авер'янов та ін.] ; за заг. ред. О.М. Пасенюка. – К. : ЮрінкомІнтер, 2009. – 704 с.
10. Основи адміністративного судочинства в Україні : [навчальний посібник для юридичних факультетів та юридичних клінік] / за заг. редакцією Н.В. Александрової, Р.О. Куйбіди. – К. : Конус-Ю, 2006. – 256 с.
11. Путівник для учасника адміністративного процесу / автори-упорядники Р.О. Куйбіда, Т.В. Руда. – Київ, 2011. – 104 с.

УДК 342.5

## ВИЩІ ОРГАНИ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ ЯК СУБ'ЄКТИ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЙНИМ ПРАВОПОРУШЕННЯМ

Микола СИЧ,  
начальник

Управління державної служби боротьби з економічною злочинністю  
Головного управління Міністерства внутрішніх справ України в Чернігівській області

### SUMMARY

The analysis of the highest state authorities statutory powers and competence in the field of preventing and combating corruption is carried out. The specific features of their work in this area are highlighted. The statistical data on cases of corruption and offenses are presented.

**Key words:** higher authorities, preventing and combating corruption, corruption, anti-corruption expertise, anti-corruption strategy.

### АНОТАЦІЯ

Здійснено аналіз реалізації вищими органами державної влади законодавчо визначених повноважень та компетенцій у сфері запобігання та протидії корупції. Висвітлені особливості їхньої діяльності в цій сфері. Наведені статистичні дані щодо корупційних проявів та правопорушень.

**Ключові слова:** вищі органи державної влади, запобігання та протидія корупції, корупційні правопорушення, антикорупційна експертиза, антикорупційна стратегія.

**Постановка проблеми.** Подолання явища корупції є одним з пріоритетних напрямків державної політики України. Корупція гальмує повноцінне функціонування державного апарату та порушує принципи верховенства права. Тим самим здійснюється негативний вплив на моральний стан суспільства, йде дискредитація держави на міжнародній арені. У 2012 р. загальна сума збитків, завданих кримінальними корупційними правопорушеннями, становить 577, 8 млн грн, з них 527, 9 млн грн – державним інтересам [2, с. 12]. Такі наслідки корупційних явищ зумовлюють необхідність проведення активної протидії будь-яким проявам корупційних правопорушень у суспільстві. Першочерговим завданням правової держави в цій ситуації є розроблення відповідних законодавчих актів, а також визначення компетенції, функцій, відповідальності вищих органів державної влади у сфері протидії корупції. Важливе значення має своєчасне прийняття вищими органами державної влади владних дієвих рішень щодо реалізації антикорупційної політики.

**Стан дослідження.** Проблематика корупції та протидії їй все частіше потрапляють у коло інтересів вітчизняних науковців. Серед дослідників, що займаються вивченням питань протидії корупції та корупційним правопорушенням, виділимо М.І. Хавронюка, С.С. Рогульського, О.Г. Кальмана, О.В. Шевченко, В.Б. Авер'янова, В.С. Устінова. Розробці теоретичних основ проблематики присвячені праці Л.А. Аркуша, А.В. Гайдука, М.І. Камлика, А.І. Редька. Більш детально адміністративні аспекти боротьби з корупцією розглядають О.В. Терещук, Ю.П. Битяк, Д.Г. Заброта. В якості предмету великої кількості досліджень виступає соціальна та правова природа корупції. У цьому напрямку працюють І.Б. Коліушко, К.В. Сурков, В.І. Попов, П.М. Панкратова. Доцільно зазначити, що розглядом питання протидії корупції в системі державної служби займаються Б.В. Волженкін, О.В. Куракін, О.Я. Прохоренко, О.В. Ткаченко. Увага науковців зосереджена на актуальних

питаннях виявлення корупційних правопорушень, характеристики їхніх ознак, аналізі особливостей прояву в різних суспільних сферах, узагальненні накопиченого досвіду. Проте не достатньо дослідженим залишається питання повноважень та компетенції вищих органів державної влади як суб'єкта, що протидіє корупції. Поза межами вивчення цієї проблематики залишаються важливі аспекти організації протидії корупції. Це спричинено новітніми змінами в нормативному забезпеченні останньої. Зазначене зумовило вибір проблематики наукового дослідження.

**Виклад основного матеріалу.** Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 07.04.2011 № 3206–VI визначає суб'єктів, які здійснюють заходи щодо запобігання і протидії корупції. Відповідно до закону вони класифікуються по семи групах: 1) Президент України, Верховна Рада України, органи прокуратури України; 2) органи державної влади; 3) Кабінет Міністрів України, який спрямовує і координує роботу органів виконавчої влади щодо запобігання і протидії корупції; 4) спеціально уповноважений орган з питань антикорупційної політики, який утворюється Президентом України; 5) спеціально уповноважені суб'єкти у сфері протидії корупції; 6) суб'єкти, які беруть участь у запобіганні, виявленні, здійсненні заходів щодо припинення корупційних правопорушень, відновленні порушених прав чи інтересів фізичних та юридичних осіб, інтересів держави, а також в інформаційному і науково-дослідному забезпеченні здійснення заходів щодо запобігання і протидії корупції, у міжнародному співробітництві в цій сфері; 7) посадові і службові особи державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим, посадові особи місцевого самоврядування, юридичних осіб публічного права, їх структурних підрозділів [1].

В юридичній літературі науковцями здійснений аналіз діяльності вищих органів державної влади, які здійснюють запобігання та протидію корупції [5]. Розглянемо більш детально окремі їхні повноваження та компетенцію, зокрема

щодо розроблення та прийняття владних рішень у сфері протидії корупції.

*Президент України.* Провідною функцією Президента України в системі протидії корупції є визначення антикорупційної стратегії держави та утворення спеціально уповноваженого органу з питань антикорупційної політики (ч. 4 ст. 5 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції»). До його повноважень також відноситься затвердження порядку організації проведення спеціальних перевірок (ст. 11) та подача власних актів для проведення обов'язкової антикорупційної експертизи (ст. 15). Відповідно до ч. 2 ст. 22 цього Закону Президент України здійснює дострокове припинення повноважень посадової особи на посаді, звільнення у зв'язку з притягненням до відповідальності за корупційне правопорушення [1].

Розглянемо фактичні кроки Президента України щодо подолання корупції в Україні. Відповідно до Указу Президента України від 26.02.2010 №275/2010 [14] в Україні було створено Національний антикорупційний комітет. Іншим Указом від 01.09.2011 № 890/2011 [9] затверджено Положення про Національний антикорупційний комітет. Президент України очолює Комітет особисто. Серед основних завдань Комітету виділимо: здійснення системного аналізу стану протидії корупції в Україні, ефективності реалізації антикорупційної стратегії, заходів, що вживаються для запобігання і протидії корупції; підготовка пропозицій щодо поліпшення координації та взаємодії суб'єктів, які здійснюють заходи із запобігання і протидії корупції; підготовка пропозицій щодо забезпечення реалізації єдиної державної політики у сфері запобігання і протидії корупції.

На нашу думку, реалізація цих положень дозволить створити ефективну державну систему протидії корупції та поліпшити координацію між спеціально уповноваженими суб'єктами у сфері запобігання корупційних правопорушень. Проте GRECO («The Group of States against Corruption» – орган Ради Європи і США з антикорупційного моніторингу) у Додатку до Звіту про виконання рекомендацій Україною вказує, що цей орган не спроможний здійснювати ефективний та незалежний моніторинг імплементації антикорупційних стратегій та політики. Вказаний орган є достатньо представницьким, проте не має гарантій незалежності в прийнятті рішень, оскільки створюється при Президентові України, який призначає його членів та очолює його засідання [8].

Указом від 21.10.2011 № 1001/2011 Президент України з метою вдосконалення правових та організаційних засад запобігання та протидії корупції схвалив Національну антикорупційну стратегію на 2011–2015 рр. [11]. Вона прийнята з метою зменшення рівня корупції в Україні. У ній містяться рекомендації щодо подолання корупції шляхом усунення передумов її виникнення через впровадження превентивних заходів та зміцнення режиму законності. У документі висловлюється думка, що через формування в суспільстві негативного ставлення до корупції як до явища, котре становить загрозу суспільному життю, стає можливим подолання цього явища. Така протидія повинна відбуватися в тісній співпраці державних та громадських структур за участю міжнародних організацій. Першочерговими завданнями антикорупційної стратегії є окреслення кола причин і умов, що породжують корупцію та визначення шляхів її подолання, передбачається підвищення ступеня довіри до органів державної влади та органів місцевого самоврядування, інших державних структур. Згідно із Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції»

стосовно осіб, які претендують на зайняття посад, пов'язаних із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування проводиться спеціальна перевірка. Відповідним Указом Президента України від 25.01.2012 № 33/2012 [13] було затверджено порядок організації проведення спеціальної перевірки.

Створення Національного антикорупційного комітету та ухвалення Національної антикорупційної стратегії на 2011–2015 рр. покликані вирішити існуючі проблеми протидії корупції; усунути недосконалість системи органів, що протидіють корупції; забезпечити чітку державну антикорупційну політику.

*Верховна Рада України.* Законодавчий орган України у сфері протидії корупції приймає законодавчі акти, ратифікує міжнародні договори з питань її запобігання, приймає власні акти для проведення обов'язкової антикорупційної експертизи. Постановою Верховної Ради України від 04.12.2007 № 4–VI [6] створено Комітет з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією. Він здійснює законопроектну роботу, готує, попередньо розглядає питання, віднесені до повноважень Верховної Ради України та виконує контрольні функції у сфері протидії корупції. 07.04.2011 був прийнятий новий Закон про корупцію «Про засади запобігання і протидії корупції». У ньому зазначені основні принципи запобігання і протидії корупції; суб'єкти відповідальності за корупційні правопорушення; заходи, спрямовані на запобігання і протидію корупції; участь громадськості в заходах щодо запобігання і протидії корупції; відповідальність за корупційні правопорушення. Розглядаючи реальні кроки Верховної Ради України для подолання корупції в окремих галузях економіки відзначимо прийняття Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про здійснення державних закупівель» щодо впровадження процедури електронного реверсивного аукціону від 07.06.2012 № 4917–VI, що набув чинності 08.07.2012. Новий закон вводить наведену сучасну процедуру закупівель. Це впровадження надасть можливість зробити процес здійснення державних закупівель більш прозорими, зрозумілими та спрощеними. Це зменшить корупцію та створить конкурентне середовище для бізнесу. Запровадження системи електронних закупівель сприятиме економії бюджетних коштів [2, с. 81].

*Кабінет Міністрів України.* Діяльність центрального органу виконавчої влади України у сфері протидії корупції, як представника публічної адміністрації полягає в забезпеченні виконання прийнятих законодавчих актів, інших правових документів (постанов, указів, програм) та рішень вищестоящих органів та власних нормативно-правових актів. До найбільш ефективних урядових правових матеріалів віднесемо постанову «Питання запобігання та виявлення корупції в органах виконавчої влади» від 08.12.2009 № 1422 [7]. Її реалізація мала підвищити ефективність діяльності органів виконавчої влади у сфері запобігання та протидії корупції. Нею було затверджене Типове положення, що регулює порядок створення та функціонування в органах виконавчої влади департаментів, управлінь, відділів та секторів з питань запобігання та виявлення корупції. Виконання постанови мало сприяти створенню розгалуженої системи відповідних структур в органах виконавчої влади з метою підготовки, забезпечення та контролю за здійсненням заходів щодо запобігання корупції; проведення організаційної та роз'яснювальної роботи щодо запобігання, виявлення та протидії корупції. Створені структури (здебільшого підрозділи) повинні брати участь в інформаційному

і науково-дослідному забезпеченні здійснення заходів щодо запобігання та виявлення корупції та надавати методичну та консультативну допомогу з питань дотримання антикорупційного законодавства. Важливим напрямком їхньої діяльності є обов'язкове проведення організаційної та роз'яснювальної роботи щодо запобігання, виявлення та протидії корупції. Створення відповідних структур здійснюється за рішенням міністра, керівника іншого центрального органу виконавчої влади в центральному апараті міністерства або іншого центрального органу виконавчої влади, також в апараті обласної, Київської та Севастопольської міської держадміністрації. Стосовно територіальних органів виконавчої влади, то як альтернатива підрозділу може вводитися посада спеціаліста з питань запобігання та виявлення корупції.

З метою мінімізації корупційних ризиків в органах державної влади протягом 2012 р. активно залучалися представники підрозділів з питань запобігання та виявлення корупції, зокрема до комітетів з проведення закупівель товарів та послуг за державні кошти, конкурсних комісій з прийому на роботу тощо.

Для подолання корупції в органах державної влади передбачено здійснення ротации державних службовців, тобто періодичне переміщення працівників як по вертикалі, так і по горизонталі, які займають посади, що віднесено до переліку посад, де існує високий ризик прояву корупції.

Серед останніх законодавчих ініціатив, що стосуються антикорупційної політики держави виокремимо винесення Кабінетом Міністрів України 26.03.2013 на розгляд Верховної Ради України проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення здійснення фінансового контролю та урегулювання конфлікту інтересів» (реєстр. № 2608). Згідно з проектом пропонується запровадити здійснення перевірки відомостей, зазначених у деклараціях про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування [2, с. 82].

На нашу думку, реалізація такої норми дозволить ефективно протидіяти незаконному збагаченню держслужбовців. Одним із способів подолання корупції є посилення контролю за діяльністю працівників всіх органів владної вертикалі.

*Міністерство юстиції України.* Мін'юст України відповідно до покладених на нього завдань здійснює правову експертизу проектів законів, інших актів законодавства, які подаються на розгляд Кабінету Міністрів України, та проектів законів, які подаються на розгляд Верховної Ради України іншими суб'єктами права законодавчої ініціативи, нормативно-правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим. Особлива увага цього органу приділяється антикорупційній експертизі нормативно-правових актів державних органів та органів місцевого самоврядування. Під час проведення експертизи здійснюються виявлення та оцінка наступних корупціогенних факторів: це можливе нечітке визначення функцій, прав та обов'язків і відповідальності органів державної влади та місцевого самоврядування чи осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування; перевірка відсутності створення надмірних обтяжень для одержувачів адміністративних послуг, відсутності або нечіткості адміністративних процедур, відсутності чи недоліків конкурсних процедур [4]. У разі виявлення корупціогенних факторів Міністерство юстиції України вживає відповідно

до законодавства заходи щодо усунення державними органами та органами місцевого самоврядування зазначених правопорушень [10].

Відповідно до ст. 21 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» відомості про осіб, яких притягнуто до відповідальності за вчинення корупційних правопорушень, вносяться до Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні правопорушення, що формується та ведеться Міністерством юстиції України. Реєстр ведеться з метою: по-перше, забезпечення єдиного обліку осіб, які вчинили корупційні правопорушення; по-друге, визначення сфер державної політики та посад, пов'язаних з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, з найбільшими корупційними ризиками. Існування такого реєстру забезпечує проведення спеціальної перевірки відомостей про осіб, які претендують на зайняття посад, пов'язаних із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування [3].

Аналіз реалізації Національної антикорупційної стратегії свідчить, що оцінка її ефективності має ґрунтуватися на результатах виконання Державної програми щодо запобігання і протидії корупції на 2011–2015 рр., яка була затверджена Кабінетом Міністрів України постановою від 28.11.2011 № 1240 [2, с. 38]. Щорічно Міністерство Юстиції України звітує про її виконання, проводить моніторинг антикорупційної діяльності центральних органів державної влади, органів місцевого самоврядування, спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції.

Указом Президента України від 05.10.2011 № 964/2011 спеціально уповноваженим органом з питань антикорупційної політики тимчасово визначено Міністерство юстиції України [12]. Міністерство юстиції України з метою виявлення в проектах нормативно-правових актів норм, що можуть сприяти вчиненню корупційних правопорушень, розроблення рекомендацій стосовно їх усунення проводить антикорупційну експертизу проектів нормативно-правових актів. Згідно з наказом Міністерства юстиції України від 20.05.2010 № 1085/5 «Питання проведення експертизи на наявність корупціогенних норм» антикорупційна експертиза проектів нормативно-правових актів є невід'ємною частиною правової експертизи. Відповідно до статистичних даних у 2012 р. на правову експертизу до Міністерства юстиції надійшло 5153 проектів нормативно-правових актів. Серед недоліків, що виявляються під час такої експертизи, зазначимо неналежне визначення функцій, прав, обов'язків органів державної влади та місцевого самоврядування. Так стає можливим створення умов для виникнення конфлікту інтересів та можливостей для зловживання наданими повноваженнями. Слід додати, що за підсумками 2012 р. Міністерства юстиції України відзначило 22 проекти нормативно-правових актів, які містили корупційні ризики [2, с. 13–14].

Міністерством юстиції в січні 2012 р. організовано зустріч представників 24 громадських організацій України для обговорення шляхів реалізації Національної антикорупційної стратегії на 2011–2015 рр. та участі в цьому процесі інститутів громадянського суспільства. Обговорення відбулося в рамках круглого столу на тему: «Шляхи впровадження Національної антикорупційної стратегії на 2011–2015 рр. Роль інститутів громадянського суспільства», який був організований Міністерством юстиції за сприяння Всеукраїнської громадської організації «Всеукраїнська Спеціальна Колегія з питань боротьби з корупцією та організованою злочинністю». Серед іншого обговорювалася

можливість проведення громадської антикорупційної експертизи певних нормативних-правових актів [2, с. 88].

Отже, особлива роль Міністерства юстиції України полягає в удосконаленні національно антикорупційного законодавства та контролем якості за виконанням національних програм по боротьбі з корупцією. Діяльність центрального органу виконавчої влади спрямована на формування та забезпечення реалізації державної правової політики. Ефективна діяльність Мін'юсту України – запорука подолання корупції в майбутньому.

**Висновки.** Таким чином, вищі органи державної влади, а саме Президент України, Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, Міністерство юстиції України, відповідно до визначених законодавчими актами завдань, функцій та повноважень здійснюють активну державну політику у сфері протидії корупції, ними приймаються владні рішення щодо розроблення антикорупційної політики та антикорупційної стратегії, проведення антикорупційних експертиз законодавчих актів, удосконалення антикорупційного законодавства.

#### Список використаної літератури

1. Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 07.04.2011 № 3206–VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3206-17>.
2. Звіт про результати проведення заходів щодо запобігання і протидії корупції у 2012 році [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.kmu.gov.ua/control/ru/publish/article?art\\_id=246273601&cat\\_id=244276429](http://www.kmu.gov.ua/control/ru/publish/article?art_id=246273601&cat_id=244276429).
3. Наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження Положення про Єдиний державний реєстр осіб, які вчинили корупційні правопорушення» від 11.01.2012 № 39/5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/z0028-12>.
4. Наказ Мін'юст України «Про затвердження Методології проведення антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів» від 23.06.2010 № 1380/5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v1380323-10>.
5. Організація запобігання та протидії корупції в Україні : [навч. посібник] / С. М. Клімова, Т. В. Ковальова. – Х. : ХарPI НАДУ «Магістр», 2012. – 200 с.
6. Постанова Верховної Ради України «Про перелік, кількісний склад і предмети відання комітетів Верховної Ради України шостого скликання» від 04.12.2007 № 4–VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4-17>.
7. Постанова Кабінету Міністрів України «Питання запобігання та виявлення корупції в органах виконавчої влади» від 08.12.2009 № 1422 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1422-2009-п>.
8. Спільні перший та другий раунди оцінювання. Додаток до Звіту про виконання рекомендацій Україною. Прийнятий GRECO на 51-му пленарному засіданні (Страсбург, 23–27 травня 2011 року) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://crimcor.rada.gov.ua/komzloch/control/uk/publish/printable\\_article;jsessionid=82D86013815DB51B1084F37C9563D528?art\\_id=47859](http://crimcor.rada.gov.ua/komzloch/control/uk/publish/printable_article;jsessionid=82D86013815DB51B1084F37C9563D528?art_id=47859).
9. Указ Президента України «Питання Національного антикорупційного комітету» від 01.09.2011 № 890/2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/890/2011>.
10. Указ Президента України «Про затвердження Положення про Міністерство юстиції України» від 06.04.2011 № 395/2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/395/2011>.
11. Указ Президента України «Про Національну антикорупційну стратегію на 2011–2015 роки» від 21.10.2011 №1001/2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/documents/14092.html>.
12. Указ Президента України «Про першочергові заходи з реалізації Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 05.10.2011 № 964/2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/ru/documents/14044.html>.
13. Указ Президента України «Про Порядок організації проведення спеціальної перевірки відомостей щодо осіб, які претендують на зайняття посад, пов'язаних із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування» від 25.01.2012 № 33/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/33/2012/conv>.
14. Указ Президента України «Про утворення Національного антикорупційного комітету» від 26.02.2010 №275/2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/275/2010>.

УДК 347.735

## ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЮРИДИЧНИХ СКЛАДІВ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ БАНКІВСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Микола ЧЕРНОВ,

підполковник міліції,

заступник начальника відділу управління по боротьбі з організованою злочинністю  
Державного управління Міністерства внутрішніх справ в Одеській області

### SUMMARY

The views of scholars on administrative responsibility for banking offenses dealt with in the broad and narrow sense are investigated. The law of the banking offenses is analyzed by objective and subjective signs. The total, direct and generic, optional and additional items offense is determined. The classification of administrative offenses is presented. The social harm of administrative misconduct is installed. The methods of administrative offenses in the field of banking are identified. The characteristic of the subjective signs of the offense – subject and the subjective side is carried out. The issue of the need to determine the subject of the administrative offense CAO entities is considered.

**Key words:** banking, corporate administrative offenses, objective and subjective signs crime, social harm, fault of legal entity.

### АНОТАЦІЯ

Досліджуються погляди науковців щодо адміністративної відповідальності за банківські правопорушення, які розглядаються в широкому та вузькому розуміннях. Юридичний склад банківських правопорушень аналізується за об'єктивними та суб'єктивними ознаками. Визначається загальний, родовий і безпосередній, факультативний та додатковий об'єкти правопорушення. Наведено класифікацію складів адміністративних правопорушень. Встановлена суспільна шкідливість адміністративного проступку. Визначено способи адміністративних правопорушень у сфері банківської діяльності. Здійснено характеристику суб'єктивних ознак правопорушення: суб'єкта та суб'єктивної сторони. Розглянуто питання про необхідність визначення суб'єктом адміністративного правопорушення в Кодексі України про адміністративні правопорушення юридичних осіб.

**Ключові слова:** банківська діяльність, склад адміністративних правопорушень, об'єктивні та суб'єктивні ознаки правопорушень, суспільна шкідливість, вина юридичної особи.

**Постановка проблеми.** Адміністративні правопорушення у сфері банківської діяльності активно досліджують українські (А. Баришніков, Т. Власова, А. Гольцева, В. Грошева, М. Трипольська) та російські (В. Астаф'єв, М. Дем'янець, С. Мелешин) правники. Вони досліджують підстави та сутність адміністративного правопорушення, здійснюють їх класифікацію, розглядають склад цього правопорушення, його специфіку й особливості, порядок і процедуру реалізації. До спільних ознак банківського правопорушення відносять такі: винність діяння, порушення порядку здійснення банківської діяльності, юридичну відповідальність.

У юридичній літературі наводиться класифікація банківських правопорушень. Вона здійснюється правниками залежно від обраного критерію. Зокрема, М. Трипольська розподіляє банківські правопорушення на дві групи: 1) за формою зовнішнього виразу (на ті, що вчиняються у формі дії та ті, що вчиняються у формі бездіяльності); 2) за критерієм видового об'єкта банківського правопорушення: а) правопорушення у сфері ведення банківської звітності та інформування Національного банку України; б) порушення порядку здійснення банківських операцій; в) порушення ліцензійних умов; г) невиконання вимог Національного банку України; д) порушення економічних нормативів [1, с. 127–130].

Банківські правопорушення, на наш погляд, доцільно класифікувати на такі групи: 1) склад адміністративних правопорушень у сфері банківської діяльності, передбачені Кодексом України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП); 2) склад адміністративних правопорушень у сфері банківської діяльності, передбачені банківським законодавством і норматив-

но-правовими актами Національного банку України (далі – НБУ); 3) склад адміністративних правопорушень у сфері банківської діяльності, передбачені іншими законодавчими актами.

Адміністративні правопорушення у сфері банківської діяльності ми можемо розглядати у двох значеннях: у вузькому й широкому. Якщо ми зазначимо про правопорушення у сфері банківської діяльності в широкому розумінні, то в цьому разі мова повинна йти про правопорушення, що можуть бути вчинені як банківськими структурами, виходячи з виконання ними своїх повноважень та функцій, так і іншими фінансовими установами. У вузькому значенні під банківським правопорушенням слід розуміти неправне, винне діяння банківської установи, що полягає в порушенні встановленого порядку здійснення банківської діяльності, за яке діючим законодавством передбачено відповідальність.

**Мета та завдання статті.** Виходячи з того, що в юридичній літературі фактично відсутній конкретний аналіз складу адміністративних правопорушень у сфері банківської діяльності, здійснено спробу провести таке дослідження.

**Виклад основного матеріалу.** Розглянемо юридичний склад адміністративних правопорушень, у тому числі у сфері банківської діяльності. Під складом правопорушення в теорії права прийнято розуміти певну сукупність об'єктивних та суб'єктивних ознак, що характеризують конкретне протиправне діяння як правопорушення.

До об'єктивних ознак правопорушення відноситься об'єкт посягання, тобто ті суспільні відносини, які охороняються законодавством та на які відбувається посягання, і об'єктивна сторона, під якою розуміється зовнішній прояв

діяння. Ґрунтовна характеристика об'єкта адміністративних правопорушень наводиться О. Бандуркою, Ю. Битяком, Т. Гуржій, С. Ківаловим, В. Колпаковим, Т. Коломоєць, В. Сидоренко та іншими науковцями. Аналіз їхніх наукових праць свідчить про те, що однозначного тлумачення об'єкта адміністративного правопорушення немає. Щодо цього висловлюються різні думки. Об'єкт адміністративного проступку визначається і як суспільні відносини, що регулюються нормами різних галузей права й охороняються заходами адміністративної відповідальності [2, с. 28], і як суспільні відносини, які урегульовані нормами адміністративного законодавства й охороняються заходами адміністративної відповідальності [3, с. 14].

Наведемо визначення яке, на наш погляд, є найбільш узагальненими. Т. Гуржій об'єктом адміністративного проступку вважає «правовідносини, які складаються в різноманітних сферах суспільного життя (публічного адміністрування, підприємництва, власності та ін.) та охороняються законом про відповідальність за адміністративні проступки» [4, с. 273]. Учені-адміністративісти мають однакову думку щодо значення правильного визначення адміністративного правопорушення. Об'єкт адміністративного правопорушення, відмічає В. Сидоренко, впливає на встановлення адміністративної санкції. У практичному відношенні дозволяє передбачити суспільно шкідливі наслідки правопорушення, дати правильну кваліфікацію діяння, відмежувати його від інших суміжних посягань в економічній сфері, та тих, за які передбачено кримінальну відповідальність [5, с. 828]. Окрім того, значення об'єкта адміністративного правопорушення полягає в тому, що його встановлення дозволяє визначити коло суспільних відносин, які захищаються заходами адміністративної відповідальності, виявити його чи протиправний чи непротиправний характер, обсяг можливої чи припустимої шкоди [6].

Традиційно в правовій науці виділяється загальний, родовий і безпосередній об'єкти правопорушення. Загальним об'єктом правопорушення є всі суспільні відносини, які охороняються тим чи іншим галузевим законодавством і яким правопорушенням завдано шкоду (у нашому випадку, це група однорідних суспільних відносин, які охороняються законодавством про адміністративні правопорушення: суспільні відносини у сфері громадського порядку, власності, прав і свобод громадян, установлений порядок управління).

Родовим об'єктом є сукупність однорідних або тотожних суспільних відносин, які є невід'ємною, але самостійною частиною загального об'єкта, на який посягає правопорушення [3, с. 265]. Аналіз родового об'єкта дозволяє здійснити класифікацію правопорушень. Залежно від родового об'єкта адміністративні правопорушення розміщено в главах Особливої частини КУпАП.

У межах родового об'єкта розрізняється видовий об'єкт, ним є відокремлена група суспільних відносин, спільних для деяких проступків. За критерієм видового об'єкта всі банківські правопорушення можна поділити на такі групи: 1) правопорушення у сфері ведення банківської звітності та інформування НБУ; 2) порушення порядку здійснення банківських операцій; 3) порушення ліцензійних умов; 4) невиконання вимог НБУ; 5) порушення економічних нормативів.

Безпосередній об'єкт – це конкретне суспільне відношення, на яке посягає окремо взяте правопорушення, поставлене під охорону закону. Безпосередній об'єкт визначено в кожній окремо взятій статті КУпАП. Т. Коломоєць

підкреслює, що якщо загальний об'єкт адміністративного проступку не впливає на його класифікацію, то від чіткого й повного встановлення родового й безпосереднього об'єкта залежить точне встановлення ознак конкретного правопорушення, визначення його місця в Особливій частині КУпАП [7, с. 166].

Окремими правниками виділяється також додатковий і факультативний об'єкт. Під додатковим об'єктом розуміють суспільні відносини, яким завдано шкоду правопорушенням, проте які не є основним об'єктом правової охорони, а доповнюють його, під факультативним об'єктом – суспільні відносини, яким залежно від умов, що складаються, може бути завдана шкода [6].

Деякі адміністративні проступки посягають відразу на декілька об'єктів. Відзначимо також, що об'єкт адміністративного правопорушення не тотожний його предмету, під яким розуміються конкретні речі, щодо яких учинено правопорушення. Відмінність предмета від об'єкта полягає в тому, що об'єкт є в будь-якому правопорушенні, а предмет може й не бути, предмет є факультативним елементом об'єкта, об'єкт завжди має шкоду від правопорушення, а предмет частіше не страждає [6].

Склад адміністративного проступку є діалектичною єдністю об'єктивних і суб'єктивних елементів, відсутність будь-якого із них виключає наявність правопорушення в цілому. Склади адміністративних правопорушень класифікуються, залежно від критерію, на основні й кваліфіковані (за ступенем суспільної небезпеки), матеріальні й формальні (залежно від характеру шкоди), особисті й службові (залежно від суб'єкта проступку), однозначні й альтернативні (залежно від структури), на описові та бланкетні (залежно від особливостей конструкції) [8, с. 45].

До основних ознак адміністративного правопорушення відносяться такі:

- 1) адміністративне протиправне діяння (виражається в діянні чи бездіяльності);
- 2) суспільно-небезпечні наслідки діяння;
- 3) причинний зв'язок між протиправним діянням та суспільно-небезпечними наслідками.

Протиправне діяння може характеризуватися як просте одноактне; складне, що містить у собі декілька дій; складатися з альтернативних дій або зі збірних дій; бути тривалим діянням або продовжуваним правопорушенням [9, с. 42]. Подібну думку висловлює С. Кириленко, вказуючи, що протиправне діяння може бути простим і складним, підвидом складного проступку є збірний проступок, а також він виділяє триваюче й продовжуюче правопорушення. Триваюче й продовжуюче правопорушення не фіксується конкретним часом, а здійснюється протягом певного періоду [10, с. 220].

Факультативними ознаками є такі: 1) спосіб; 2) місце; 3) час; 4) засоби та знаряддя вчинення правопорушення; 5) обсяг заподіяної шкоди, 6) джерела адміністративного проступку. Факультативні ознаки об'єктивної сторони адміністративного правопорушення можуть, вказує Ю. Битяк, стати обов'язковими, якщо їх включено до конкретного складу проступку, а в інших випадках можуть визнаватися обставинами, що пом'якшують або обтяжують відповідальність [2, с. 177].

Суспільна шкідливість як ознака визначає, що адміністративний проступок завдає або може створити загрозу заподіяння шкоди об'єктам адміністративно-правової охорони. Усі протиправні діяння є шкідливими для суспільства, суспільно-небезпечними серед них визнаються ті, які вже

заподіяли або можуть завдати істотної шкоди суспільним відносинам. У разі притягнення особи до відповідальності з'ясовується наявність чи відсутність причинного зв'язку між шкідливими наслідками та її дією або бездіяльністю.

Суб'єктивні ознаки правопорушення включають суб'єкта правопорушення та суб'єктивну сторону, яка полягає в психічному ставленні суб'єкта до вчиненого діяння. Суб'єктом адміністративного проступку є фізична осудна особа, яка на момент вчинення адміністративного проступку досягла передбаченого законом віку адміністративної відповідальності. Спеціальними ознаками суб'єкта адміністративного проступку є ті, що характеризують службовий чи посадовий статус особи; громадянський статус; процесуальний статус; стан здоров'я; наявність додаткових обов'язків або обмежень, покладених публічною адміністрацією; наявність чи відсутність спеціального права; наявність права власності тощо [4, с. 288–289]. За загальним правилом спеціальні ознаки суб'єкта адміністративного правопорушення прямо зазначені в законі.

Суб'єктивна сторона становить внутрішній (психічний) аспект адміністративного проступку. Обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони правопорушення є вина, фактативною ознакою – мета. Встановлення ознак суб'єктивної сторони дозволяє здійснити кваліфікацію адміністративного проступку, обрання виду й розміру адміністративного стягнення. Під виною в теорії адміністративного права розуміють соціально негативне відношення особи до вчиненого нею протиправного діяння та його шкідливих наслідків. Вина суб'єкта адміністративного проступку може проявлятися у формі умислу та необережності.

Л. Лук'янцем пропонується додати до вже відомих зазначених форм вини такі форми, як намір і необачність. На його думку, намір має місце тоді, «коли особа усвідомлювала характер (або зміст) вчинюваного протиправного діяння й бажала його вчинення», необачність має місце, коли особа не бажала вчинення протиправного діяння, але вчинила його за умов, коли могла йі повинна була уникнути його вчинення» [11, с. 4]. Вину правопорушника визначають державно-владні органи, які мають відповідну компетенцію, вона може встановлюватися як у судовому, так і в позасудовому порядку. У разі невизнання своєї вини особа має право звернутися з позовом до суду, у разі погодження з правопорушенням – сплачує штраф.

Мета проступку адміністративістами визначається як уявний образ результату, до якого прагне винна особа, це її уявлення про ті наслідки, які повинні настати в результаті вчинення протиправного проступку. Мета адміністративного проступку має кваліфікуюче значення лише тоді, якщо прямо зазначена в диспозиції адміністративно-деліктної норми або чітко постає з її змісту [4, с. 292–293].

Більшістю науковців до фактативної ознаки адміністративного проступку відноситься мотив адміністративного правопорушення, під яким розуміють усвідомлене особою внутрішнє спонукання, яким вона керувалася під час вчинення проступку. В. Лунесєв зазначає, що, тільки вивчаючи дійсне бажання суб'єкта, можна зрозуміти його фактичне відношення до своїх дій та їх можливих наслідків, встановити його реальну вину [12, с. 62–63].

Об'єднання адміністративних правопорушень КУпАП в глави відбулося за родовим об'єктом. Так, про адміністративні правопорушення у сфері банківської діяльності зазначено в главі 12 «Адміністративні правопорушення в галузі торгівлі, громадського харчування, сфері послуг, у галузі фінансів і підприємницької діяльності».

Наведемо приклади юридичного складу окремих груп адміністративних правопорушень у сфері банківської діяльності, визначених КУпАП. Загальним об'єктом адміністративних правопорушень, визначених главою 12 КУпАП, є суспільні відносини, що регулюються та охороняються адміністративним законодавством України. Зазначений загальний об'єкт є єдиним для всіх адміністративних правопорушень. Родовим об'єктом є суспільні відносини, врегульовані законодавством у фінансовій сфері. Безпосереднім об'єктом є ті конкретні суспільні відносини, щодо яких здійснено правопорушення.

Суспільна шкідливість банківського правопорушення, на думку М. Трипольської, полягає «в тому, що порушення банками банківського законодавства завжди завдає реальної шкоди нормальному функціонуванню банківської системи, що призводить до порушення економічних інтересів держави та суспільства. Банківським правопорушенням може визнаватися не будь-яке діяння, спрямоване на досягнення об'єктивно суспільно шкідливого наслідку, а лише те діяння, яке є протиправним, тобто порушує норми чинного банківського законодавства» [1, с. 96].

Специфічні адміністративні делікти у сфері банківської діяльності можуть бути вчинені як активними діями (дія є активною поведінкою суб'єкта правопорушення, має вольовий та усвідомлений характер, суспільно шкідлива, спрямована на порушення вимог банківського законодавства, наприклад порушення порядку та строків виконання банківських операцій, встановлених правовими актами НБУ), так і бездіяльністю (невиконання або неналежне виконання суб'єктом імперативних законодавчих вимог банківського законодавства, зокрема недотримання банком нормативу обов'язкового резервування протягом календарного року).

Способи вчинення адміністративних правопорушень можуть бути різноманітними. Зокрема, якщо мова йде про підробку платіжних документів, то це може бути зміна інформації на магнітному носіїві, зміна графічного запису на карті, «вигладжування» пластмаси, якщо запис інформації виконано шляхом видавлювання, підробки підпису власника. Підробка може бути здійснена за допомогою спеціального технічного обладнання, комп'ютерних програмних засобів або в будь-який інший спосіб (дописка, підчистка, виправлення в паперових документах тощо).

Щодо способу адміністративних правопорушень у сфері банківської діяльності вкажемо таке: 1) більшість із них неможлива без відповідної попередньої підготовки, вивчення та оцінки обстановки в банківському секторі, створення умов, що будуть сприяти правопорушенню, прийняття заходів безпеки; 2) учинення цих правопорушень пов'язане з порушенням порядку здійснення банківської діяльності чи конкретних банківських операцій та інших угод, встановленого банківським законодавством й підзаконними нормативними актами НБУ. Більшість порушень легальності банківських дій здійснюється під прикриттям законних банківських операцій, унаслідок чого незаконний характер дій порушників має латентний характер.

Суб'єктом зазначених правопорушень у більшості випадків є посадові особи: керівники й посадовці банків та інших фінансових структур. Суб'єктивна сторона в зазначених суспільно шкідливих відносинах виражається в умисній формі вини. Для встановлення відповідальності за порушення у сфері банківської діяльності достатньо факту протиправності, доведення вини не завжди є обов'язковим, вина потребує доведення у випадках, коли застосовуються заходи кримінальної відповідальності.



Д. Лук'янець зауважує, що проблема вини щодо інституту адміністративної відповідальності фактично не знайшла свого критичного висвітлення в літературі, вважається, що вина є предметом дослідження переважно в науці кримінального права. Крім того, в окремих складах адміністративних правопорушень взагалі неможливо визначити форму вини. Здійснюючи градацію ступенів вини, він наводить чотири форми вини, характерні адміністративним правопорушенням із матеріальними складами (прямий умисел, непрямий умисел, необережність у формі самовпевненості, необережність у формі недбалості) і дві форми вини (намір, необачність), притаманні адміністративним складам із формальними ознаками [11, с. 3–6].

Усе частіше в юридичній літературі ставиться питання про вини саме юридичної особи. Її вини визначають як «суб'єктивне ставлення до правопорушення фізичних осіб, які входять до складу юридичної особи-порушника або перебувають із нею в іншому правовому зв'язку, що здебільшого має визначитися переважуючою волею, під якою передусім слід розуміти волю адміністрації (керівництва) юридичної особи, а саме її уповноважених посадових осіб, а також інших осіб, які мають право давати вказівки в межах юридичної особи та її структурних підрозділів» [13].

Науковцями неодноразово зауважувалося про необхідність визначення суб'єктом адміністративного правопорушення в КУпАП і юридичних осіб. КУпАП нібито не встановлює відповідальність юридичних осіб на рівні кодифікованого акта, проте зі змісту його статей це постає. Крім того, адміністративна відповідальність юридичних осіб уже передбачена іншими кодексами (Митним кодексом України, Господарським кодексом України), законами України, якими регулюються різні сфери суспільних відносин, у тому числі у сфері банківської діяльності («Про банки і банківську діяльність»), обігу цінних паперів («Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні»).

Питання про необхідність закріплення юридичної особи як суб'єкта адміністративної відповідальності ставлять В. Авер'янов, Ю. Битяк, І. Голосніченко, В. Іванцов, О. Зима, В. Колпаков, І. Коліушко, М. Михеєнко, І. Слубський та інші науковці. Вони пропонують визначити підстави та порядок притягнення юридичної особи до відповідальності, види правопорушень, за які вона може бути притягнута до адміністративної відповідальності. Найбільш ґрунтовно позиції науковців підсумував М. Удод, зробивши такий висновок: в адміністративному законодавстві поряд із фізичними особами потрібно передбачити і юридичну особу як суб'єкта правопорушення, до КУпАП доцільно включити принцип вини юридичної особи у вчиненні адміністративного правопорушення як обов'язкову умову притягнення її до адміністративної відповідальності [14].

Вважаємо, що КУпАП повинен включати загальні застави адміністративної відповідальності юридичних осіб із конкретною вказівкою на її підстави; перелік правопорушень, за які юридичних осіб може бути притягнуто до юридичної відповідальності; перелік стягнень, які можуть бути застосовані.

**Висновки.** Отже, юридичні склади правопорушення у сфері банківської діяльності мають типові складові, характерні для будь-якого адміністративного правопорушення:

об'єкт, об'єктивну сторону, суб'єкт, суб'єктивну сторону. До особливостей адміністративного правопорушення у сфері банківської діяльності віднесемо такі: 1) його здійснення у сфері фінансів; 2) посягання на економічні інтереси держави й суспільства; 3) визначення суб'єктом правопорушення посадову особу.

Адміністративні правопорушення у сфері банківської діяльності індивідуалізуються в КУпАП за безпосереднім об'єктом правопорушення. На нашу думку, виникла необхідність визнати юридичну особу суб'єктом адміністративного правопорушення в КУпАП.

### Список використаної літератури

1. Трипольська М.І. Правова характеристика фінансово-правових санкцій за фінансові правопорушення в банківській сфері та їх співвідношення з фінансово-правовою відповідальністю : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / М.І. Трипольська. – Запоріжжя, 2012. – 234 с.
2. Адміністративне право : [підручник] / [Ю.П. Битяк (кер. авт. кол.), В.М. Гарашук, В.В. Богущкий та ін.] ; за заг. ред. Ю.П. Битяка, В.М. Гарашука, В.В. Зуй. – 2-ге вид., переробл. та допов. – Х. : Право, 2012. – 656 с.
3. Колпаков В.К. Адміністративне право України : [підручник] / В.К. Колпаков, О.В. Кузьменко. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – 544 с.
4. Гуржій Т.О. Адміністративне право України : [навчальний посібник] / Т.О. Гуржій. – К. : КНТ, 2011. – 680 с.
5. Сидоренко В.В. Об'єкти адміністративних проступків у сфері економічної діяльності / В.В. Сидоренко // Форум права. – 2011. – № 2. – С. 828–832.
6. Макарейко Н.В. Адміністративне право : [конспект лекцій] / Н.В. Макарейко. – М. : Высшее образование, 2009. – 189 с.
7. Адміністративне право : [підручник] / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. – К. : Істина, 2009. – 480 с.
8. Колпаков В.К. Адміністративна відповідальність (адміністративно-деліктне право) : [навчальний посібник] / В.К. Колпаков. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 256 с.
9. Гаврилiшин А.П. Загальні засади адміністративної відповідальності за проступки в сфері торгівлі, фінансів та господарської діяльності / А.П. Гаврилiшин, А.П. Козирева, Н.М. Савчук // Юридичний вісник. Повітряне і космічне право : наукові праці Національного авіаційного університету. – К. : НАУ, 2007. – № 1. – С. 40–46.
10. Кириленко Є.С. Поняття та склад адміністративних правопорушень: запрошення до дискусії / Є.С. Кириленко // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 1–3. – С. 219–221.
11. Лук'янець Д.М. Вина як суб'єктивна підстава адміністративної відповідальності та проблеми її визначення / Д.М. Лук'янець // Адвокат. – 2004. – № 7. – С. 3–6.
12. Лунеев В.В. Суб'єктивное вменение / В.В. Лунеев. – М. : Спарк, 2000. – 70 с.
13. Костів М.В. Адміністративна правосуб'єктність юридичних осіб та особливості її реалізації в адміністративно-деліктних відносинах : автореф. дис. ... кандидата юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / М.В. Костів. – К., 2005. – 21 с.
14. Удод М.В. Адміністративна відповідальність юридичних осіб / М.В. Удод, О.Г. Літус // Вісник Академії митної служби України. Серія «Право». – 2010. – № 1. – С. 90–95.

## ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

УДК 347.795.4:351.814.2(477)

### ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА МЕХАНІЗМУ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ ПАСАЖИРА ЗА ДОГОВОРОМ ПЕРЕВЕЗЕННЯ ПОВІТРЯНИМ ТРАНСПОРТОМ

Дмитро АБРИКОСОВ,

здобувач

Запорізького національного університету

#### SUMMARY

In this article the author examines the existing mechanism of civil legal rights and interests of the contract of carriage passenger air transport and its effectiveness. A comparative legal analysis and value categories of passenger rights protection and the consequences of breach of obligations under the contract of carriage by air passengers. In the studied mechanism of civil liability (which is mainly manifested in damages and other means of compensation for property damage, compensation for moral (non-proprietary) damages) is recognized as one of the main, but not exclusive ways to protect passenger rights. The author also concludes unjustified recognition ways to protect sanctions and remedies, some of which are degrees of responsibility. Agrees with the statement that all methods of protection of civil rights under the contract of carriage of passengers by air and sanctions are legal consequences of breach of obligations of passengers by air. The study author concluded that the low efficiency of the existing mechanism to protect the rights of passengers the contract of carriage by air and the need for improvement.

**Key words:** contract, passenger, protection of civil rights, civil liability, penalty, methods of protection of civil rights protection mechanism.

#### АНОТАЦІЯ

У статті досліджено існуючий механізм цивільно-правового захисту прав та інтересів пасажирів за договором перевезення пасажирів повітряним транспортом та його ефективність. Проведено порівняльно-правовий аналіз та виявлено співвідношення категорій захисту прав пасажирів та наслідків порушення зобов'язань за договором перевезення пасажирів повітряним транспортом. У досліджуваному механізмі цивільно-правової відповідальності (яка має здебільшого прояв у відшкодуванні збитків та інших способів відшкодування майнової шкоди; відшкодування моральної (немайнової) шкоди) визнано одним з основних, але не виключних способів захисту прав пасажирів. Автор також доходить висновку про необґрунтованість визнання способів захисту санкціями та засобами захисту, окремі з яких є мірами відповідальності. погоджується з тезою, що всі способи захисту цивільних прав пасажирів за договором перевезення пасажирів повітряним транспортом та санкції є правовими наслідками порушення зобов'язань із перевезення пасажирів повітряним транспортом. На підставі дослідження зроблено висновок про низьку ефективність існуючого механізму захисту прав пасажирів за договором перевезення пасажирів повітряним транспортом та необхідність його вдосконалення.

**Ключові слова:** договір, пасажир, охорона, захист цивільних прав, цивільно-правова відповідальність, санкція, способи захисту, механізм захисту цивільних прав.

**Постановка проблеми.** Люди подорожували завжди, про що свідчить історія людства. Змінювалися відносини. Змінювалися технології. Змінювалися способи переміщення людей у просторі. Трансформувалися уявлення про права людини.

Серед проблем, які доводиться вирішувати народу України, найгострішою залишається проблема реалізації прав людини й громадянина.

Сьогодні, завдяки розвитку технологій, перевезення здійснюються здебільшого автомобільним, залізничним, морським, річковим, авіаційним (повітряним), тролейбусним, трамвайним транспортом та метрополітеном. Згідно з даними державної служби статистики України за 2013 рік було перевезено стільки осіб (в тис. чоловік): залізничним транспортом – 425 216,9; морським – 6 642,0; річковим – 631,1; автомобільним (автобуси) – 3 343 659,5; авіаційним – 8 107,2; трамвайним – 757 382,8; тролейбусним – 1 306 228,5; метрополітеном – 774 794,0 [1].

Сучасна цивілістика, розуміючи особливості різних видів транспорту, орієнтує свій регулятивний вплив на правовідносини з перевезення пасажирів з урахуванням технічних та технологічних властивостей кожного з них, осо-

бливостей їх експлуатації. Тенденція сучасної української цивілістики, орієнтованої на регулювання правовідносин приватноправовими засобами у сфері перевезень пасажирів, має свій особливий прояв.

З одного боку, перевезення пасажирів вже не сприймається як одна зі сфер чи видів діяльності в народному господарстві. В останні роки має місце усвідомлення того, що за своєю сутністю перевезення пасажирів є нічим іншим, як засобом переміщення людини в просторі. У процесі свого переміщення людина реалізує свої природні права – право на свободу пересування, що задекларовано в Загальній декларації прав людини, яка була прийнята й проголошена в резолюції 217А(III) Генеральної Асамблеї ООН від 10.12.1948 р., де в ст. 13 зазначено, що кожна особа має право вільно пересуватися й обирати собі місце проживання в межах кожної держави.

Стаття 33 Конституції України закріпила, що кожному, хто на законних підставах перебуває на території України, гарантується свобода пересування, вільний вибір місця проживання, право вільно залишати територію України, за винятком обмежень, які встановлюються законом.

Громадянин України не може бути позбавлений права в будь-який час повернутися в Україну [2].

Цивільний кодекс України в ст. 313 другої книги (стаття про право на свободу пересування) закріпив, що фізична особа має право на свободу пересування.

Фізична особа, яка досягла чотирнадцяти років, має право на вільне самостійне пересування територією України й на вибір місця перебування.

Фізична особа може бути обмежена в здійсненні права на пересування лише у випадках, встановлених законом.

Законом можуть бути встановлені особливі правила доступу на окремі території, якщо цього потребують інтереси державної безпеки, охорони громадського порядку, життя та здоров'я людей [3].

Наведені норми наочно доводять зміну вектора спрямованості цивільно-правової політики в Україні, її спрямованість на закріплення прав людини, їх охорону, забезпечення реалізації та захисту.

Зважаючи на зазначену особливість перевезень пасажирів різними видами транспорту та вплив її на специфіку правовідносин, автор зупинився на дослідженні особливостей правового регулювання перевезення пасажирів повітряним транспортом.

**Актуальність теми дослідження** зумовлена необхідністю формування механізму правового регулювання перевезення пасажирів повітряним транспортом, чільним елементом якого є механізм правового захисту прав пасажирів за договором перевезення повітряним транспортом.

Як зазначають А.М. Колодій та А.Ю. Олійник, право і свобода – це гарантовані чинним законодавством вид і міра можливої поведінки особи [4, с. 3].

Є.А. Лукашева під правом розуміє можливість людини, забезпечені певним процесом регламентації порядку його здійснення, а під свободою – сферу поведінки особи, куди держава не повинна втручатися [5, с. 84].

Суб'єктивне право може бути з достатнім рівнем реалізоване лише у випадку його охорони та наявного механізму захисту, гарантованого примусовою силою держави.

Підтримуючи позицію Г.В. Самойленка про визнання договору перевезення пасажирів одним із способів реалізації прав людини на свободу пересування, вважаємо думку про розуміння механізму захисту прав пасажирів одним із підвидів захисту прав людини в цілому [6, с. 47].

**Мета статті** – проаналізувати існуючий механізм захисту прав пасажирів за договором перевезення повітряним транспортом.

**Завдання:**

- дати загальну характеристику механізму правового регулювання правовідносин із перевезення пасажирів повітряним транспортом;

- охарактеризувати особливості механізму захисту прав пасажирів за досліджуваним договором;

- визначити елементи механізму захисту прав пасажирів за договором перевезення пасажирів повітряним транспортом та їхній зміст;

- порівняти зміст категорій способів захисту, санкцій, цивільно-правової відповідальності, наслідків невиконання зобов'язань та визначити ступінь їх співвідношення та взаємозв'язку;

- внести рекомендації щодо підвищення ефективності механізму цивільно-правового захисту прав пасажирів за договором перевезення пасажирів повітряним транспортом.

**Методи дослідження.** Були використані такі методи пізнання: діалектичний, системно-структурний, порівняльно-правовий методи. Аналіз норм чинного законодавства проведено за допомогою формально-логічного

методу (аналіз, синтез, аналогія, узагальнення, індукція, дедукція), що дозволило виявити неточності, прогалини та протиріччя, які існують у законодавстві України із захисту прав пасажирів за договором перевезення повітряним транспортом.

**Використані матеріали.** У процесі дослідження було використано статистичні дані Державної служби статистики України, проаналізовано нормативно-правові акти, спори, що виникають у зв'язку з порушенням прав пасажирів (справа № 359/12609/13-ц [7], № 756/5775/13-ц [8], № 359/12617/13-ц [9], № 1304/11145/2012 [10], № 761/1048/13-ц [11] та ін.), праці відомих вчених-цивілістів, які досліджували (досліджують) загальнотеоретичні питання, пов'язані з темою нашого дослідження, та вчених, роботи яких пов'язані з дослідженням суміжних тем, зокрема С. С. Алексєєва, О. В. Дзери, А. С. Довгерта, О. С. Іоффе, О. О. Красавчикова, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця, Є. О. Мічуріна, О. А. Пушкіна, Р. О. Халфіної, Є. О. Харитонова, Р. Б. Шишки, Г. В. Самойленка, О. М. Нечипуренка та інших науковців.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Про механізм правового захисту суб'єктивних цивільних прав у цивілістиці є невелика кількість цивілістичних досліджень. Однак останнім часом все більша увага приділяється саме механізму захисту прав сторін за договором, захисту прав споживачів тощо.

Науковці доходять згоди щодо єдиних підходів у розумінні механізму захисту прав особи як процесу, пов'язаного з низкою чинників. Він близький до розуміння правовідносин, цивільно-правової відповідальності, правовідносин цивільно-правової відповідальності, проте має свій інструментарій та спрямованість, що суттєво відрізняє його від зазначених категорій та інститутів цивільного права.

Діалектичний підхід дозволяє й вимагає одночасно розглянути захист прав пасажирів як процес та як правовідношення, яке має свій механізм правового регулювання.

Іншими словами, механізм захисту прав пасажирів функціонально існує як спеціальний елемент механізму правового регулювання, який має акцесорний (додатковий чи допоміжний) характер, який виникає шляхом порушення однією зі сторін своїх зобов'язань за договором перевезення пасажирів. У пасажирів виникає право на захист свого порушеного права в момент його порушення.

На цей випадок правовою нормою чи договором передбачений механізм захисту, який базується на приписах правових норм, закріплених у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України), який передбачає форми та способи захисту порушеного права, серед яких чільне місце займає відшкодування шкоди, у тому числі моральної. Такі способи в спеціальній літературі визначаються мірами цивільно-правової відповідальності. Юридичним фактом, що породжує правовідношення правового захисту, є факт порушення прав сторони (пасажирів) за договором повітряного перевезення.

Водночас варто звернути увагу на те, що зазначені можливості правового захисту, його форми та способи є лише передумовами, або, як їх ще інколи називають у цивілістиці, секундарним правом особи.

Наступною стадією є правовідношення цивільно-правової відповідальності, яка вже більше пов'язана із санкцією й полягає в застосуванні засобів державного примусу, передбаченого судовим рішенням на підставі звернення постраждалої особи до суду за захистом свого порушеного права.

Фактично відповідальність є результатом обраного стороною способу захисту свого порушеного права, передбаченого в ЦК України та договорі.

Наведена авторська позиція загальної характеристики механізму захисту прав пасажера ґрунтується на таких аргументах.

На нашу думку, правова категорія «механізм захисту прав та інтересів» пов'язана з категорією «механізм правового регулювання» та є її елементом. Вперше ґрунтовна наукова розробка категорії механізму правового регулювання з'явилася в працях М. Г. Александрова, який запропонував під механізмом правового впливу розуміти всю сукупність способів і форм здійснення права, втілення його норм у життя [12, с. 183].

С. С. Алексєєв зазначав, що процес правового регулювання містить три стадії: нормативну регламентацію правовідносин, дію норм права, реалізацію суб'єктивних прав і юридичних обов'язків [13, с. 34].

Зазначені особливості притаманні й механізму правового регулювання правовідносин із перевезення пасажирів, у тому числі повітряним транспортом.

Як визначив О. В. Малько, більшість солідаризується, що регулюванням є правове упорядкування за допомогою права як вплив на учасників правовідносин, що спрямований на впорядкування їхніх дій у потрібному напрямі впливом права на зазначені вище елементи правовідносин [14, с. 27].

С. О. Погрібний виділив такі елементи механізму правового регулювання: норми цивільного права; юридичні факти; суб'єктивні юридичні права та обов'язки, які мають суб'єкти правовідносин, що виникли на підставі юридичного факту; здійснення суб'єктивних юридичних прав та виконання суб'єктивних юридичних обов'язків; захист порушених цивільних прав та інтересів (цивільно-правова відповідальність) [15, с. 49].

Отже, для повного аналізу варто розпочати з дослідження правових норм, які закріплюють права пасажера (позитивне право), та норм, які надають останньому право на захист свого порушеного права.

До джерел правового регулювання перевезень пасажирів варто віднести Цивільний кодекс України (глава 64 «Перевезення»). Стаття 910 ЦК України дає визначення договору перевезення пасажера та багажу.

Стаття 911 ЦК України закріплює основні права пасажера:

1. Пасажир має право:

1) отримати місце в транспортному засобі згідно з придбаним квитком;

2) провозити з собою безоплатно одну дитину віком до шести років без права зайняття нею окремого місця;

3) купувати для дітей віком від шести до чотирнадцяти років дитячі квитки за пільговою ціною;

4) перевозити з собою безоплатно ручну поклажу у межах норм, встановлених транспортними кодексами (статутами);

5) зробити не більше однієї зупинки в дорозі з подовженням строку чинності проїзних документів (квитка) не більше ніж на десять діб, а в разі хвороби – на весь час хвороби;

6) відмовитися від поїздки, повернути квиток та отримати назад повну або часткову вартість квитка залежно від строку здавання квитка згідно з правилами, встановленими транспортними кодексами (статутами);

7) отримувати повну та своєчасну інформацію про час

та місце відправлення транспортного засобу за вказаним у транспортному документі (квитку) маршрутом.

2. Пасажир може мати також інші права, встановлені цим кодексом, іншими законами, транспортними кодексами (статутами), іншими нормативно-правовими актами та правилами, що видаються відповідно до них.

Безпосереднє регулювання відносин із перевезення пасажера повітряним транспортом здійснюється Повітряним кодексом України від 19.05.2011 р. [16], Правилами повітряних перевезень пасажирів і багажу від 30.11.2012 р. [17], прийнятими відповідно до вимог Регламенту Європейського Парламенту та Європейської Ради від 11.02.2004 р. «Про запровадження загальних правил компенсації та допомоги пасажирам у разі відмови в перевезенні та скасування чи тривалої затримки рейсів» [18], Монреальської конвенції про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень 1999 р. [19], на відміну від інших актів, якими врегульовано перевезення пасажирів іншими видами транспорту. Ці акти закріпили підстави, розміри та межі цивільно-правової відповідальності перевізника перед пасажиром.

Р. О. Халфіна зазначала, що юридичний факт породжує, змінює та припиняє правовідношення. Поведінка осіб-учасників правовідносин повинна відповідати нормам об'єктивного права, з якими пов'язані певні правові наслідки внаслідок юридичного факту (договору). Юридичний факт як такий, ставши підставою для цих наслідків, не впливає в подальшому на поведінку сторін. Проте договір продовжує існувати й регулює в межах, встановлених нормами об'єктивного права, поведінку учасників породженого ним правовідношення до тих пір, поки не буде досягнуто результату, на який спрямований договір. Із цього постає, що договір є не лише підставою виникнення правовідношення, але і його регулятором, який безпосередньо регулює поведінку сторін, визначає права та обов'язки учасників породженого ним правовідношення. Це впливає із сутності договору як домовленості сторін, як акту їхньої волі [20, с. 32].

В. Л. Яроцький зазначає, що самоорганізація приватно-правової царини визначає можливість набуття й безперешкодної реалізації суб'єктивних цивільних прав у межах забезпечуваного нормами цивільного права нормативного впливу, але в підсумку створюваного самими учасниками цивільних правовідносин із метою задоволення своїх інтересів. Самоорганізаційні засади функціонування цієї сфери зумовлені насамперед характером і колом охоплених нею відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні й майновій самостійності їхніх учасників. Урахування їхньої специфічності зумовлює закріплення юридичних конструкцій [21, с. 115].

Н. Г. Александров відмічав, що договір висувався як засіб виправдання права з точки зору індивідуальної свободи, яка для школи природного права служила вихідною аксіомою для теоретичних досліджень та аргументів. На його думку генетичне розуміння договору пов'язане з ідеєю встановлення цивільних прав та обов'язків не лише шляхом закріплення норми права, а й у результаті узгодженої правової діяльності людей, що породжує регулюючий ефект, подібний нормативному [22, с. 61].

Наразі ми не зупинятимемося на цивільно-правовій характеристиці й аргументації договору перевезення пасажера як публічного договору, який за способом укладання є договором приєднання, а фактично – споживчим договором, що достатньо повно аргументував Г. В. Самойленко.

Варто лише зазначити, що специфіка договору перевезення пасажирів як публічного договору про приєднання зумовлює специфіку встановлення окремих умов договору, умов про цивільно-правову відповідальність сторін договору. Звичайно, споживач (пасажир) не має можливості виражати свою волю й впливати на формування умов договору.

Це зумовлює «протікання» цивільних правовідносин із перевезення пасажирів за «сценарієм» перевізника, діяльність якого є нормативно регламентованою.

У випадку належного виконання умов договору перевізником зобов'язання з перевезення пасажирів припиняється через його виконання.

Питання про захист прав пасажирів, функціонування механізму захисту пов'язане виключно з неправомірною поведінкою перевізника, яка виражається в порушенні приписів ЦК України, Правил повітряних перевезень пасажирів і багажу, умов конкретного договору перевезення пасажирів.

Наведене дає підстави стверджувати, що механізм правового регулювання перевезень пасажирів є доволі складним явищем. Він обтяжений формуванням регулюючого відносини договору як публічного договору про приєднання. Специфіка відносин із перевезення пасажирів зменшує рівень саморегулювання правовідносин сторонами договору.

На думку Ю. А. Толстого, право на захист є реальною правовою можливістю, яка з'являється в разі правопорушення й реалізується в межах охоронного цивільного правовідношення [23, с. 98].

Як зазначає Я. В. П'янова, механізм захисту цивільних прав постає як система правових заходів, завдяки яким забезпечується відновлення порушених прав, усунення перешкод у реалізації прав тощо, тобто він (механізм) включає реалізацію наданих законом можливостей щодо здійснення приватною особою на свій розсуд захисту своїх прав та інтересів з обранням відповідних способів та засобів захисту прав [24, с. 167].

Загальна можливість права особи на захист передбачена ст. 15 ЦК України, згідно з якою кожна особа має право на захист свого цивільного права в разі його порушення, невизнання або оспорювання. Кожна особа має право на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства.

ЦК України закріплює юрисдикційні способи захисту цивільних прав судом (ст. 16), органом державної влади (ст. 17), нотаріусом (ст. 18), та неюрисдикційний спосіб – шляхом самозахисту (ст. 19).

Тлумачення змісту ст. 15 та ст. 20 ЦК України дає підстави стверджувати, що особа здійснює захист на власний розсуд, тобто за власною ініціативою.

Підтримуємо позицію Я. В. П'янової щодо бачення юридичної природи права на захист як секундарної правомочності, тобто як правомочності, яка полягає в праві особи захищати свої суб'єктивні цивільні права [24, с. 168]. Від носія зазначеного права залежить, чи скористається він своїм правом, чи ні.

Водночас виникає питання щодо категорії «правового інтересу», оскільки в темі статті нами означено дослідження механізму захисту прав та інтересів пасажирів за договором перевезення повітряним транспортом.

У науці сформувалося дві позиції. Згідно з першою позицією інтерес визнається складовою суб'єктивного права, його сутнісним моментом [25, с. 556], згідно з другою – є

зовнішнім щодо суб'єктивного права моментом, явищем, яке до складу суб'єктивного права не входить [26, с. 20; 27, с. 242].

Остання позиція підтримана в рішенні Конституційного Суду України від 01.12.2004 р. в справі № 18/рп/2004, у якій суд визнав, що «охоронюваний законом інтерес» треба розуміти як прагнення до користування конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом, як зумовлений загальним змістом об'єктивного й прямо не опосередкований у суб'єктивному праві простий легітимний дозвіл, що є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції України й законам України, суспільним інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загальноправовим засадам. Із цього постає, що охоронюваний законом інтерес особи може потребувати захисту нарівні із суб'єктивним цивільним правом.

Оскільки нами визнано договір перевезення пасажирів повітряним транспортом публічним договором, споживчим договором, щодо якого держава створила додаткові гарантії, вважаємо, що він більшою мірою, ніж звичайний цивільний договір, підданий нормативній регламентації (у тому числі завдяки специфіці технологічних особливостей транспорту, що вимагає додаткових заходів безпеки).

Як зазначає Г. А. Осетинська, суб'єктивні права споживачів характеризуються досить детальною законодавчою регламентацією, що здійснюється за допомогою імперативних норм, незважаючи на договірні підстави їх виникнення. Правам споживачів кореспондують обов'язки їхніх контрагентів – суб'єктів підприємницької діяльності (суб'єктів господарювання), обсяг яких чітко окреслено законом. Їх невиконання є підставою для застосування споживачами необхідних механізмів захисту [28, с. 73].

В. В. Богдан слушно зауважив, що організація захисту прав споживачів побудована на принципах цивільного права. Проте внаслідок правової нерівності учасників споживчого ринку регулювання відносин вона здійснюється переважно за допомогою імперативних норм, які забезпечують пріоритет споживача [29, с. 25]. Це стосується всіх відносин за участю споживачів, у тому числі й у сфері надання послуг повітряним транспортом.

У Правилах повітряних перевезень пасажирів і багажу від 30.11.2012 р. в окремих розділах достатньо детально розкривається зміст та послідовність виконання договору перевезення пасажирів повітряним транспортом. Так, розділ 2 містить глави 1 і 2, у яких закріплено загальні та спеціальні умови перевезення, розділ 3 – забезпечення якості перевезень пасажирів і багажу, 8 – обслуговування пасажирів на борту повітряного судна та в аеропорту, вимоги з техніки безпеки на борту повітряного судна, розділ 9 – перевезення осіб з обмеженими фізичними можливостями або інвалідів, перевезення дітей та вагітних жінок.

Водночас аналіз зазначених правил дає підстави для висновку, що останні закріплюють суб'єктивні права пасажирів, проте не передбачають санкцій за порушення всіх умов договору, а відповідно, і суб'єктивних прав та інтересів пасажирів, окрім компенсацій у разі відмови в перевезенні, скасуванні чи затримки рейсів та відшкодування шкоди, завданої життю чи здоров'ю пасажирів.

Отже, для захисту порушеного права пасажирів за договором перевезення повітряним транспортом варто посилатися на загальні положення ЦК України про захист цивільних прав та положення Закону України «Про захист

прав споживачів» [30], який регулює відносини між споживачами товарів, робіт і послуг та виробниками й продавцями товарів, виконавцями робіт і надавачами послуг різних форм власності, встановлює права споживачів, а також визначає механізм їх захисту та основи реалізації державної політики у сфері захисту прав споживачів. Стаття 22 зазначеного закону закріплює, що захист прав, передбачених законодавством, здійснюється судом. Під час задоволення вимог споживача суд одночасно вирішує питання щодо відшкодування моральної (немайнової) шкоди.

Як нами зазначалося вище, механізм захисту цивільних прав, зокрема прав пасажирів за договором перевезення повітряним транспортом, складається з певних елементів (норми, діяльність суб'єктів). Захист суб'єктивних цивільних прав здійснюється в певній формі із застосуванням відповідних засобів і способів захисту. А. П. Вершинін розглядає їх як окремі дії, спрямовані на захист прав, тобто різні елементи (або частини) діяльності із захисту суб'єктивних прав [31, с. 55].

Підсумовуючи різні підходи до співвідношення категорій міри захисту й міри відповідальності, звернемося до роботи Я. В. П'янової. Міри захисту та міри відповідальності мають спільну для них загальну спрямованість на попередження порушення або відновлення порушеного суб'єктивного цивільного права чи інтересу, що зумовлює єдину для них підставу застосування – порушення зобов'язаною стороною вимог закону чи договору. У цьому полягає їхня єдність. Зазначені категорії різняться за підставою застосування, функціями, принципами реалізації.

Міри відповідальності виконують попереджувальну, а потім вже відновно-компенсаційну функції, вони спрямовані на особисті особи-порушника. Міри ж захисту використовуються для відновно-компенсаційних цілей і спрямовані на використання їх постраждалою особою [24, с. 175].

Підтримуємо позицію С. С. Алексєєва, який поділяв способи захисту цивільних прав на міри відповідальності й міри захисту, які не пов'язані із застосуванням відповідальності [32, с. 378]. Згідно з положеннями ст. ст. 16, 17, 18, 19, 20 ЦК України особа може обрати як спосіб захисту порушеного права самозахист. Особа-порушник може самостійно відшкодувати збитки чи сплатити компенсацію постраждалій особі. Постраждала особа взагалі може не звертатися за захистом свого порушеного права.

Цілком логічно, що в цих випадках мова йде про правовідношення, які відмінні від правовідносин цивільної відповідальності, що мають місце у зв'язку з примусовим виконанням судового рішення.

Цивільно-правова відповідальність є (чи може бути) скорше продовженням, кінцевою стадією одного зі способів захисту права пасажирів. При цьому способи захисту (ст. 16 ЦК України) корелюються з положеннями ст. 611 ЦК України про правові наслідки порушення зобов'язання. Іншими словами, захист прав пасажирів можливий через застосування наслідків порушення зобов'язання, як це передбачено ст. 611 ЦК України (припинення зобов'язання, зміна умов зобов'язання, сплата неустойки, відшкодування збитків та моральної шкоди), або в інший доступний спосіб.

У своїх статтях ми вже неодноразово аргументували специфіку відповідальності авіаперевізника: вона має обмежений характер.

Відповідно до положень Монреальської конвенції 1999 р. відповідальність за шкоду, завдану життю чи здоров'ю

пасажирів, обмежується сумою в 100 000 спеціальних прав запозичення на кожного пасажирів.

На випадок, якщо пасажирів відмовлено в перевезенні проти їхньої волі, перевізник має виплатити їм компенсацію в таких розмірах: 250 євро – для рейсів дальністю до 1 500 кілометрів; 400 євро – для рейсів дальністю від 1 500 до 3 500 кілометрів; 600 євро – для рейсів дальністю понад 3 500 кілометрів.

Компенсації пасажирів у разі затримки рейсу правилами не передбачені. Разом із тим у главі 5 розділу 27 передбачено, що відповідальність перевізника за шкоду, заподіяну внаслідок затримки під час перевезення пасажирів будь-яких рейсів, обмежується сумою 4 694 спеціальних прав запозичення стосовно кожного пасажирів. Мова йде про обмеження відповідальності за завдану пасажирів шкоду (у тому числі й моральну).

Водночас аналіз судової практики [11] свідчить, що суди приймають рішення, якими відмовляють у відшкодуванні моральної шкоди, завданої внаслідок порушення умов за договором повітряного перевезення, базуючись на позиції Верховного Суду України, згідно з якою право на відшкодування моральної шкоди є в особи у випадку, передбаченому в актах національного законодавства (Правила перевезень пасажирів, Закон України «Про захист прав споживачів» не передбачають відшкодування моральної шкоди за договором про надання послуг).

Вважаємо таку позицію помилковою, оскільки завдання моральної шкоди, відповідно до положень ч. 2 ст. 509 ЦК України, є самостійною підставою виникнення зобов'язання.

**Висновки.** Діалектичний підхід дозволяє й вимагає одночасно розглянути захист прав пасажирів як процес та як правовідношення, яке має свій механізм правового регулювання.

Механізм захисту прав пасажирів функціонально існує як спеціальний елемент механізму правового регулювання, що має акцесорний (додатковий чи допоміжний) характер, який викликається до життя шляхом порушення однієї зі сторін своїх зобов'язань за договором перевезення пасажирів. У пасажирів виникає право на захист свого порушеного права в момент його порушення. На цей випадок правовою нормою чи договором передбачений механізм захисту, який базується на приписав правових норм, закріплених у ЦК України, який передбачає форми та способи захисту порушеного права, серед яких чільне місце займає відшкодування шкоди, у тому числі моральної. Останні в спеціальній літературі визначаються мірами цивільно-правової відповідальності. Юридичним фактом, що породжує правовідношення правового захисту, є факт порушення прав сторони (пасажирів) за договором повітряного перевезення.

У досліджуваному механізмі цивільно-правову відповідальність (яка має здебільшого прояв у відшкодуванні збитків та інших способів відшкодування майнової шкоди; відшкодування моральної (немайнової) шкоди) визнано одним з основних, але не виключних способів захисту прав пасажирів.

Можливості правового захисту, його форми та способи є лише передумовами, або, як їх ще інколи називають у цивільстиці, секундарним правом особи.

Відповідальність є результатом обраного стороною способу захисту свого порушеного права, передбаченого в ЦК України та договорі.

На підставі дослідження автором зроблено висновок про низьку ефективність існуючого механізму захисту

прав пасажирів за договором перевезення повітряним транспортом та необхідність його вдосконалення.

Пропонуємо закріпити в Правилах повітряних перевезень пасажирів і багажу норму, яка надасть право пасажирові на відшкодування моральної (немайнової) шкоди в межах суми 4 694 спеціальних прав запозичення стосовно кожного пасажирів (крім шкоди, завданої життю та здоров'ю пасажирів, оскільки на цей випадок передбачено відшкодування з межею в 100 000 спеціальних прав запозичення).

#### Список використаної літератури

1. Статистичні дані Державної служби статистики України про відправлення (перевезення) пасажирів за видами транспорту загального користування [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ukrstat.gov.ua>.
2. Конституція України від 28.06.1996 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80/page>.
3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15/page>.
4. Колодій А.М. Права, свободи та обов'язки людини і громадянина в Україні : [підручник] / А.М. Колодій, А.Ю. Олійник. – К. : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008.
5. Права человека : [учебник для вузов]. – М., 1999.
6. Samoilenko G.V. Features of regulatory and contractual regulation of legal relations on the carriage of passengers / G.V. Samoilenko // Вісник Запорізького Національного університету. – 2014. – № 1. – С. 47–53.
7. Справа № 359/12609/13-ц від 04.02.2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37020299>.
8. Справа № 756/5775/13-ц від 09.10.2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34482080>.
9. Справа № 359/12617/13-ц від 04.02.2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37020304>.
10. Справа №1304/11145/2012 від 22.02.2013 р. <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29615877>.
11. Справа № 761/1048/13-ц від 16.05.2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32387698>.
12. Александров Н.Г. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма / Н.Г. Александров. – М., 1961.
13. Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве / С.С. Алексеев. – М. : Юрид. лит., 1966.
14. Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве / А.В. Малько. – М. : Юрист, 2003.
15. Погрібний С.О. Механізм і принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : [монографія] / С.О. Погрібний. – К. : Правова єдність, 2009.
16. Повітряний кодекс України від 19.05.2011 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 48–49. – Ст. 536.
17. Правила повітряних перевезень пасажирів і багажу : затверджені наказом Міністерства інфраструктури України № 735 від 30.11.2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z2219-12/para17#n17>.
18. Про запровадження загальних правил компенсації та допомоги пасажирів у разі відмови у перевезенні та скасування чи тривалої затримки рейсів : Регламент (ЄС) Європейського Парламенту та Ради від 11.02.2004 р. № 261/2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_912](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_912).
19. Монреальська конвенція про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень 1999 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_594/page](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_594/page).
20. Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении / Р.О. Халфина. – М. : Юридическая литература, 1974.
21. Яроцкий В.Л. Нормативно-организационные и самоорганизационные основы правового регулирования гражданских отношений / В.Л. Яроцкий // Проблемы законности. – 2009. – № 100. – С. 114–122.
22. Александров Н.А. К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений / Н.А. Александров // Ученые записки ВШЮН. – М., 1947. – Вып. 6. – С. 61.
23. Гражданское право : [учебник]. – М., 1998.
24. Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар : в 2-х т. – Х. : ФО-П Колісник А.А., 2010. – Т. 1 : Загальні положення. – 2010.
25. Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву / О.С. Иоффе // Избранные труды по гражданскому праву. – М. : Статут, 2000.
26. Братусь С.Н. Субъекты гражданского права / С.Н. Братусь. – М. : Госюриздат, 1950.
27. Грибанов В.П. Интерес в гражданском праве / В.П. Грибанов // Осуществление и защита гражданских прав. – М. : Статут, 2000.
28. Осетинська Г.А. Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук / Г.А. Осетинська. – К., 2006.
29. Богдан В.В. Самозащита права как способ защиты прав потребителей в сфере торговли / В.В. Богдан // Юрист. – 2003. – № 2. – С. 25–27.
30. Про захист прав споживачів : Закон України від 12.05.1991 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 30. – Ст. 379.
31. Вершинин А.П. Способы защиты гражданских прав в суде : дис. ... докт. юрид. наук / А.П. Вершинин. – СПб., 1998.
32. Алексеев С.С. Проблемы теории права : [курс лекций] : в 2 т. / С.С. Алексеев. – Свердловск : Свердлов. юрид. ин-т, 1972.

УДК 347.9

## МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПРИОРИТЕТЫ ОПТИМИЗАЦИИ ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА В УКРАИНЕ

**Владимир БОБРИК,**

кандидат юридических наук, заведующий научным отделом  
Научно-исследовательского института частного права и предпринимательства имени академика Ф.Г. Бурчака  
Национальной академии правовых наук Украины

### SUMMARY

This article investigates the procedural bases of optimization of the civil proceeding in Ukraine through implementation of recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe as regards facilitation of the access to justice and the principles of civil procedure, established to improve the judicial system, into the civil procedural law of Ukraine. The author concludes on the need of the simplified procedure of litigation and accelerated court proceeding.

**Key words:** justice, civil process, civil proceeding, optimization, priorities, simplified proceeding, international priorities.

### АННОТАЦИЯ

В статье рассматриваются процессуальные основы оптимизации гражданского судопроизводства в Украине путем имплементации рекомендаций Комитета министров Совета Европы относительно путей облегчения доступа к правосудию и принципов гражданского судопроизводства, направленных на совершенствование судебной системы, в гражданское процессуальное законодательство Украины. Обосновывается вывод о необходимости введения процедуры упрощенного производства и ускоренного рассмотрения дела.

**Ключевые слова:** правосудие, гражданский процесс, цивилистическое судопроизводство, оптимизация, приоритеты, упрощенное разбирательство, международные приоритеты.

**Постановка проблемы.** Научное рассмотрение вопросов оптимизации цивилистического судопроизводства в Украине непосредственно связано с поиском и применением оптимальных способов и механизмов повышения эффективности деятельности судов гражданской юрисдикции. Результаты такого исследования приобретают важное практическое значение, поскольку отсутствие комплексных научных исследований, касающихся вопросов совершенствования регулирования указанного судопроизводства, а также условий, при которых оно способно наиболее полно выполнить свою социальную роль, становится препятствием на пути судебно-правовой реформы в Украине. Кроме того, адаптация законодательства Украины к законодательству Европейского Союза требует имплементации основных общепризнанных международных стандартов, в том числе и в сфере осуществления правосудия, которые могут качественно улучшить механизм судебной защиты частных прав в Украине. В первую очередь это касается путей облегчения доступа к правосудию и принципов гражданского судопроизводства.

**Степень разработки проблемы.** Отдельные вопросы оптимизации гражданского судопроизводства как в целом, так и через усовершенствования отдельных процессуальных институтов были предметом изучения таких известных ученых-процессуалистов, как М.С. Шакарян, М.И. Штефан, В.В. Ярков, С.В. Васильев, С.С. Бычкова, Н.А. Громошина, К.В. Гусаров, С.Л. Дегтярев, С.Ф. Демченко, М.А. Вихут, В.В. Комаров, В.А. Кройтор, А.Д. Крупчан, С.А. Курочкин, Т.В. Сахнова, Е.В. Слепченко, Д.Д. Луспеник, Т.Г. Морщакова, И.Л. Петрухин, И.В. Решетникова, В.И. Тертышников, Г.П. Тимченко, С.Я. Фурса, Е.А. Царегородцева, А.В. Цихоцкий и др. Однако в юридической литературе специально не исследовались через призму оптимизации и эффективности судопроизводства вопросы имплементации международных

стандартов отправления правосудия по гражданским делам, в частности рекомендации общеевропейских органов по улучшению гражданского судопроизводства в Украине. Поэтому перспективным направлением исследования в науке гражданского процессуального права является изучение и оценка рекомендаций Комитета министров Совета Европы с точки зрения целесообразности их внедрения в гражданское судопроизводство Украины, что и является целью этой статьи.

**Изложение основного материала.** Научный интерес для выбора приоритетных направлений оптимизации гражданского судопроизводства в Украине представляют прежде всего Рекомендация R (81) 7 Комитета министров Совета Европы государствам-членам относительно путей облегчения доступа к правосудию от 14 мая 1981 г. [1] и Рекомендация R (84) 5 от 28 февраля 1984 г. относительно принципов гражданского судопроизводства, направленных на совершенствование судебной системы [2].

Так, в Рекомендации R (81) 7, учитывая, что право на доступ к правосудию и справедливому рассмотрению судом, гарантированное ст. 6 Европейской конвенции по правам человека, является одним из основных признаков любого демократического общества, Комитет министров Совета Европы признает желательным принять все необходимые меры по упрощению процедуры во всех возможных случаях в целях облегчения доступа частных лиц к судам при одновременном соблюдении должного порядка отправления правосудия.

Исходя из указанного, Комитет министров Совета Европы рекомендовал государствам-членам принять все необходимые меры по информированию граждан о средствах защиты своих прав в суде, а также упрощению, ускорению и удешевлению судебного разбирательства по гражданским, торговым, административным, социальным или налоговым делам. Раскрывая содержание понятия «упрощения», Комитет министров обращает внимание на принятие



мер по облегчению или поощрению (где это целесообразно) примирения сторон до принятия дела к производству или же в ходе судебного разбирательства. Итак, речь идет о введении примирительных процедур (медиации). Как в российской, так и украинской правовой литературе активно обсуждаются перспективы внедрения примирительных процедур, которые должны проводиться судьей по ходатайству одной из сторон при отсутствии возражений другой стороны, или по их взаимному согласию, или по предложению суда при согласии сторон при подготовке дела к судебному разбирательству с целью урегулирования спора [3, с. 41; 4, с. 135]. Также высказываются мнения о введении обязательной стадии примирения в суде первой инстанции [5].

Высказывая свое мнение по этому поводу, следует отметить, что на данном этапе развития общества и судопроизводства в Украины введение примирительных процедур (медиации) в гражданском судопроизводстве Украины будет не целесообразным, поскольку в преимущественном большинстве дел приведет лишь к увеличению срока окончательного решения судом конфликта, чему может способствовать также и недобросовестное поведение ответчика с целью затянуть решение спора. При этом, согласно действующему гражданскому процессуальному законодательству Украины, стороны не лишены возможности достичь соглашения по мирному разрешению спора, заключить мировое соглашение и представить его на утверждение суда как в течение всего времени рассмотрения дела в судах всех инстанций, так и на стадии исполнительного производства.

В Рекомендации R (81) 7 Комитет министров Совета Европы приводит содержание понятия «ускорение рассмотрения» и рекомендует принять все возможные меры по максимальному сокращению сроков принятия решения. Для этого предлагает разработать механизм, позволяющий контролировать ход рассмотрения дела с самого его начала, а также меры по неопротестованным или бесспорным исковым требованиям с тем, чтобы окончательное решение принималось быстро, без ненужных формальностей, личных явок в суд или излишних расходов. Следовательно, сокращение сроков принятия решения связывается с активными полномочиями суда и ускоренными судебными процедурами рассмотрения бесспорных требований.

Следует признать, что эта рекомендация значительной мерой воплощена в гражданское процессуальное законодательство Украины в виде положений ч. 4 ст. 10, Раздел II ч. 2 ст. 160 Гражданского процессуального кодекса Украины, которые возлагают на суд инструктивные, обеспечительные и указательные полномочия, а также вводят приказное производство. Вместе с тем, существует еще большой резерв дальнейшего совершенствования гражданского процессуального регулирования в этой части, в том числе за счет усиления активных полномочий суда и возложения на последний обязанностей совершения процессуальных действий, направленных на обеспечение своевременного рассмотрения дела и недопущения необоснованного затягивания судебного процесса. Представляется, что для этого судья в определении об открытии производства по делу должен предупредить стороны об ограниченных сроках рассмотрения и разъяснить им обязанность предоставить все имеющиеся у них доказательства или сообщить о них суду, установив для этого определенный срок, а также разъяснить последствия их несвоевременного предоставления. Также предлагается предоставить суду полномочие

по собственному усмотрению определением об открытии производства привлекать к рассмотрению дела лиц, которые являются очевидными участниками спорных правоотношений и/или которых может касаться спор. Это должно создать действенные механизмы судебного контроля за ходом судебного разбирательства с самого его начала, в понимании Рекомендации R (81) 7.

Также Комитет министров Совета Европы предлагает предусмотреть упрощенное производство, избегая ненужных судебных заседаний и ограничив право обжалования, для исковых требований на незначительную сумму. Сразу же стоит заметить, что критерий малозначительности суммы исковых требований, по нашему убеждению, не может быть единственным и достаточным основанием для дифференциации судебных процедур и введения такой «особой процедуры», ведь остается без внимания критерии сложности дела и характера исковых требований. То есть, малозначительность цены иска еще не означает, что дело не требует рассмотрения в судебном заседании. Такая рекомендация Комитета министров Совета Европы может быть признана целесообразной, но ограничение права на обжалование может стать предпосылкой использования незаконного судебного решения как преюдициального в последующих спорах между сторонами. Поэтому эта рекомендация может быть реализована только при одновременном лишении принятых в таком особом порядке решений свойства преюдициальности с закреплением четкого перечня исковых требований, которые могут по выбору истца рассматриваться в таком порядке.

В Рекомендации R (84) 5 от 28 февраля 1984 г. признается необходимость обеспечить доступ сторон к упрощенным и более быстрым формам судопроизводства и защитить их от злоупотреблений или задержек, в частности, наделить суд полномочиями вести судопроизводство более эффективно. При этом отмечается следующее:

– судопроизводство должно состоять не более чем из двух судебных заседаний;

– суд должен обладать полномочиями принимать решение по делу на основе упрощенной процедуры и, если это необходимо, налагать на сторону штраф или принимать решение о возмещении убытков другой стороне;

– суд должен, по крайней мере, в ходе предварительного судебного заседания, а если возможно, и в течение всего разбирательства, играть активную роль в обеспечении быстрого судебного разбирательства. В частности, суд в пределах предмета судебного разбирательства должен обладать такими полномочиями, чтобы требовать от сторон предоставления объяснений, которые могут потребоваться, а также требовать дачи показаний свидетелями;

– суд первой инстанции должен иметь полномочия принимать решение с учетом характера дела, проведения письменного или устного судопроизводства или их сочетания, за исключением случаев, однозначно предусмотренных законом;

– требования сторон или возражения по делу, объяснения сторон должны предоставляться на максимально ранней стадии производства и в любом случае до окончания его предварительного этапа, если таковой существует;

– должны быть предусмотрены конкретные правила, которые ускоряют решение спора: в случаях, не терпящих отлагательства; в случаях, связанных с неоспариваемых правом и иском на небольшую сумму; в связи с ДТП; трудовыми спорами; алиментами. Для этого можно было бы использовать следующие меры: упрощенные методы нача-

ла разбирательства; проведение судебного разбирательства без заседаний или проведение только одного заседания; проведение исключительно письменного или устного рассмотрения в зависимости от обстоятельств; активное участие суда в ведении дела, вызова свидетелей и заслушивания показаний.

Приведенные международные рекомендации, по нашему мнению, в общем сводятся к повышению активной роли суда в руководстве процессом рассмотрения дела и касаются упрощения судебных процедур, а также ускорения судебного разбирательства гражданских дел.

Следует понимать, что реализация указанных рекомендаций в части упрощения судебных процедур возможна только с учетом неоднородности гражданских дел (как по характеру спора, так и по сложности). Вследствие этого, гражданское процессуальное законодательство должно предусматривать различные пути достижения целей правосудия, те или иные из которых будут оптимальными (наиболее приспособленными) для определенных категорий гражданских дел. В свою очередь, это требует дифференциации процессуальной формы рассмотрения дел в суде, разумного упрощения процесса с целью его ускорения, облегчения заинтересованным лицам реализации права на судебную защиту, уменьшение их судебных расходов. При этом дифференциация судебных процедур (видов судопроизводства) как направление оптимизации гражданского судопроизводства должна определяться прежде всего спецификой материально-правового предмета спора и сложности дела.

Учитывая вышеприведенные рекомендации Комитета министров Совета Европы, представляется целесообразным внедрение ускоренного судебного рассмотрения любого дела (независимо от характера спора, спорности, малозначительности предмета спора или сложности), т. е. когда суд на любом этапе будет вправе без вызова и/или заслушивания сторон немедленно принять решение в следующих случаях: а) иск является очевидно законным и обоснованным или наоборот; б) истцом будут приведены

обстоятельства, свидетельствующие о необходимости скорейшего разрешения дела.

**Выводы.** Обеспечение конституционного права на судебную защиту во многом зависит от имплементации в процессуальное законодательство Украины международных стандартов отправления правосудия по гражданским делам, которые позволят оптимизировать гражданское правосудие, создать действенные судебные процедуры ускоренного рассмотрения и упрощенного разбирательства гражданских дел, повысив тем самым оперативность судебной защиты.

#### Список использованной литературы

1. Рекомендация R (81) 7 Комитета министров Совета Европы государствам-членам относительно путей облегчения доступа к правосудию от 14 мая 1981 года // Официальный веб-сайт Верховного Совета Украины [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_133](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_133).
2. Рекомендация R (84) 5 Комитета министров Совета Европы государствам-членам относительно принципов гражданского судопроизводства, направленных на совершенствование судебной системы от 28 февраля 1984 года // Официальный веб-сайт Верховного Совета Украины [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994\\_126](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_126).
3. Мурадян Э.М. О принципах гражданского судопроизводства / Э.М. Мурадян // Современное право. – 2000. – № 6. – С. 39–44.
4. Захарьяшева И.Ю. Примирительные процедуры в арбитражном процессуальном законодательстве Российской Федерации (концептуальные основы и перспективы развития) : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 «Гражданский процесс; арбитражный процесс» / И.Ю. Захарьяшева. – Саратов, 2005. – 246 с.
5. Ясинок М.М. Чи може мати місце стадія примирення на рівні судів першої інстанції / М.М. Ясинок // Проблеми цивільного права та процесу : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті професора О.А. Пушкіна (23 травня 2009 р.). – Х. : Вид-во Харк. нац. ун-ту внутр. справ, 2009. – С. 329–331.

## МІСЦЕ ТРЕТЕЙСЬКОГО РОЗГЛЯДУ СЕРЕД АЛЬТЕРНАТИВНИХ СПОСОБІВ ВИРІШЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ СПОРІВ

Ілля БУТ,  
аспірант кафедри цивільного процесу  
Національного університету «Одеська юридична академія»

### SUMMARY

This article considers the basic types of alternative dispute resolution that have been applied abroad which are important both for the legal theory and practice. The mentioned methods, including their basic characteristics and orientation are classified by certain criteria allowing the author to determine the place of arbitration among other ways of alternative dispute resolution, and the existence of common points shows the close relationship of the arbitration with other competitive ways. However the characteristic features of arbitration qualitatively distinguish this way from others, justifying the autonomy and independence of the arbitral proceeding.

**Key words:** alternative dispute resolution, arbitration, classification, competitive ways.

### АНОТАЦІЯ

У статті досліджуються актуальні для юридичної теорії та практики способи альтернативного вирішення спорів, що знайшли своє застосування в зарубіжних країнах. Зазначені способи, враховуючи основні їх ознаки і спрямування, класифікуються за певними критеріями, що дає змогу автору чітко визначити місце третейського розгляду серед інших способів альтернативного вирішення спорів, а існування спільних рис указує на тісний зв'язок третейського розгляду з іншими змагальними способами. Однак характерні ознаки третейського розгляду якісно відрізняють цей спосіб від інших, на підставі чого обґрунтовується самостійність і незалежність третейського розгляду.

**Ключові слова:** альтернативне вирішення спорів, третейський розгляд, класифікація, змагальні способи.

**Постановка проблеми.** Одним із основоположних напрямів на шляху до створення правової держави є закріплення й гарантування захисту цивільних прав і законних інтересів шляхом звернення до судової влади, яка є, так би мовити, інституційною характеристикою правової держави, оскільки саме правосуддя забезпечує реалізацію принципу верховенства права в разі виникнення спору. Однак не слід абсолютизувати роль суду у вирішенні спорів, що неминує виникати у динаміці приватноправових відносин, оскільки це суперечить ідеї побудови громадянського суспільства в Україні, основними ознаками якого можна назвати якомога більшу автономію від держави (розмежування компетенції держави та суспільства), наявність інститутів самоорганізації й саморегуляції, динамічність системи, плюралізм тощо. За таких умов конституційне право кожного обирати та захищати свої права, свободи й законні інтереси будь-яким не забороненим законом способом, дає змогу суспільству формувати інститути захисту права, відмінні від судової влади. Саме таку нішу – між самоуправством і зверненням до суду – посідають альтернативні способи вирішення приватноправових спорів, які забезпечують оперативне, об'єктивне та компетентне вирішення спорів.

**Актуальність теми дослідження.** Паралельно з проведенням судової реформи потребує комплексного реформування система захисту прав і законних інтересів особи шляхом упровадження якісно нових методів захисту порушених, невизнаних чи оспорюваних прав, свобод чи інтересів громадян та юридичних осіб, що може бути реалізовано шляхом удосконалення чинного процесуального законодавства – створення можливості застосування способів альтернативного вирішення спорів як поза державною судовою системою, так і всередині неї. Застосування альтернативних судовому захисту способів вирішення при-

ватноправових спорів потребує визначення їх можливих видів (оскільки на законодавчому рівні більшість із них не знайшли свого закріплення), ознак і системних зв'язків. Враховуючи брак наукових досліджень та законодавчого регулювання, виникає необхідність детально дослідити можливі й уже наявні способи альтернативного розв'язання спорів, визначити місце серед них третейського розгляду як способу, що вже знайшов своє застосування при розгляді приватноправових спорів.

**Ступінь наукової розробки теми.** Питання впровадження та розвитку способів альтернативного вирішення спорів (далі – АВС) загалом і третейського розгляду зокрема відображено в працях вітчизняних та зарубіжних дослідників, серед яких слід виділити роботи Н.Л. Бондаренко-Зелінської, Д.Л. Давиденка, С.М. Довганчука, В.П. Козиревої, Н.А. Литвина, М.М. Мальського, Ю.Д. Притики, В.А. Рекуна, Г.В. Севастьянова, О.М. Спектор та ін. Однак зазвичай дослідження проблематики третейського розгляду виносяться за межі інших способів АВС, не прослідковується системність і взаємозв'язок таких способів, можливість їх поєднання тощо.

**Метою дослідження** є здійснення комплексного аналізу наявних у світовій практиці способів альтернативного вирішення приватноправових спорів, визначення місця третейського суду в цій системі як одного з найбільш ефективних способів вирішення юридичних конфліктів.

Для досягнення поставленої мети було поставлено такі головні завдання: дослідити види й особливості застосування наявних у світовій практиці способів альтернативного вирішення приватноправових спорів; визначити критерії для класифікації способів альтернативного вирішення спорів і здійснити таку класифікацію; окреслити основні ознаки, спільні риси та відмінності третейського розгляду, таким чином визначивши його місце серед способів.

**Виклад основного матеріалу.** Практика альтернативного вирішення цивільно-правових спорів (Alternative Dispute Resolution, скорочено – ADR), що вперше була впроваджена у США у 60-х роках ХХ століття як «приватне правосуддя» (private justice) та набула широкого застосування в багатьох розвинених країнах світу, серед яких Німеччина, Франція, Канада тощо. Також паралельно в закордонній практиці використовуються терміни EDE – Effective Dispute Resolution (ефективне розв'язання спорів) та Amicable Dispute Resolution (дружнє розв'язання спорів). В Україні також знайшли застосування окремі процедури альтернативного вирішення спорів (третейський розгляд, міжнародний комерційний арбітраж, переговори, обговорюється питання впровадження на законодавчому рівні медіації), однак слід констатувати, що значного поширення зазначені способи не набули.

Для визначення співвідношення третейського розгляду з іншими способами АВС, насамперед, необхідно визначити, що собою являє АВС, оскільки на законодавчому рівні в Україні цей інститут не закріплено, а в науковому середовищі відсутнє його однозначне розуміння, постає необхідність звернутися не тільки до досліджень вітчизняних науковців, а й до здобутків представників юридичної науки зарубіжних країн.

На сьогодні в науковій літературі на позначення цього інституту зустрічаються різні поняття: «альтернативне вирішення спорів», «альтернативні способи врегулювання конфліктів» тощо. Розглядаючи зазначене питання, Г.В. Севаст'янов вважає синонімічними поняття «способи АВС», «способи недержавного (приватного) вирішення спорів і врегулювання правових конфліктів», «інститути саморегулювання громадянського суспільства». У літературі також використовуються терміни «альтернативні процедури вирішення спорів» (Д.Л. Давиденко), «позасудові форми» й «досудові форми», що є більш вузькими. М.О. Рожкова пропонує застосовувати термін «позадержавне вирішення та врегулювання спорів», наголошуючи на тому, що запозичене поняття «АВС» не зовсім точно відображає сутність цього інституту, по-перше, через те, що не охоплює собою процедури, не пов'язані з вирішенням спору шляхом винесення обов'язкового для сторін рішення незалежною особою, таким чином залишаючи без уваги процедури, пов'язані не з врегулюванням спору, а з його ліквідацією, тобто досягнення сторонами взаємовигідного консенсусу (що здійснюється самими сторонами чи залученою особою – медіатором). А по-друге, не завжди процедури, що передбачають врегулювання спору, є альтернативою державному правосуддю та можуть бути застосовані водночас із судовим розглядом [1, с. 12]. У деяких наукових працях ідеться про альтернативні форми вирішення спорів, альтернативні засоби, методи чи процедури вирішення правових конфліктів (спорів) [2, с. 25–32]. На сьогодні у вітчизняній юридичній літературі на позначення цього інституту використовується саме поняття «альтернативне вирішення (розв'язання) спору».

У найширшому розумінні альтернативне вирішення спорів – це право вибору особою будь-якого незабороненого законом способу вирішення спору чи правового конфлікту залежно від ситуації. Такий підхід дає змогу включати до АВС не тільки судові й позасудові способи захисту, а й звернення до інших уповноважених законом органів – президента, органів виконавчої влади, омбудсмена тощо. Однак, найбільш усталеним у цьому контексті є таке розуміння АРС: 1) як *несудового* вирішення спорів, тобто аль-

тернативи державному правосуддю (широке розуміння). Таке розуміння надає можливість поєднувати собою всі способи вирішення спорів і врегулювання конфліктів (переговори, посередництво, третейський розгляд тощо), за винятком звернення сторін до суду, хоча, на думку Г.В. Севаст'янова, доцільніше говорити про «недержавне» вирішення спорів, цим самим підкреслюючи приватноправову природу інституту, та виключити з АВС, окрім суду, й інші державні юрисдикційні органи (органи виконавчої влади, прокуратура тощо) [3, с. 95]; 2) як способу вирішення спору, оснований тільки на досягненні компромісу – посередництво, переговори, примирення (вузьке розуміння), тобто третейський розгляд та арбітраж сюди не включається як такі, що використовують процесуальний, змагальний метод розв'язання спору із застосуванням норм права; 3) як комбінування способів чи моделювання власного способу, виходячи з конкретних обставин справи чи з урахуванням інтересів сторін – переговори-посередництво, арбітраж-посередництво тощо.

Альтернативним вирішенням спорів пропонується вважати погоджений вибір (застосування), виходячи з конкретної ситуації, наявного (медіація, третейський розгляд тощо) або спільного моделювання власного найбільш ефективного недержавного способу вирішення спору чи врегулювання правового конфлікту, способом, не забороненим законом, з метою досягнення необхідного правового результату (установлення суб'єктивних прав та обов'язків сторін) [2, с. 98].

Як правове явище АВС не є однорідним утворенням, на що вказує М.Е. Морозов, а складається з кількох великих блоків – способів АВС, тобто процедур, за допомогою яких досягається мета АВС та під якими розуміються відокремлені правові інститути, що мають загальну спрямованість на врегулювання правових конфліктів і подібні методи регулювання. Спільність права АВС полягає, насамперед, у подібному правовому режимі різних способів АВС, але кожен з них має свої особливості, пов'язані зі специфічним правовим режимом [4, с. 33–39].

Враховуючи принципи автономії волі сторін і свободи договору, сторони вправі обрати будь-який спосіб вирішення спору, а тому не існує вичерпного переліку способів АВС. Однак, аналізуючи закордонний досвід, де АВС є більш поширеним, можна, окрім третейського розгляду, визначити такі основні способи:

1) переговори – найпоширеніша й найпростіша з процедур, оскільки не потребує залучення третіх осіб і додаткових витрат, не має формалізованого порядку, дає змогу водночас застосовувати інший спосіб АВС чи звертатися за судовим захистом. Основним недоліком є неможливість примусового виконання досягнутих домовленостей;

2) попередня незалежна оцінка (early neutral evaluation) – допоміжна (відносно переговорів) процедура, що полягає в залученні відповідного експерта, спеціаліста в певній галузі права для надання висновку відносно можливих варіантів вирішення спору, шансів сторін у разі звернення до суду чи арбітражу та інших, поставлених питань (завичай стосується питань права). Такий висновок не має юридичної чи доказової сили й має лише оцінний рекомендаційний характер;

3) незалежний експертний висновок (expert determination) – на відміну від попередньої незалежної оцінки, залучення експерта має на меті здебільшого встановлення певних фактів (економічного, технічного, фінансового характеру тощо);

4) рекомендаційний арбітраж (non-binding arbitration) – запрошений арбітр надає власну оцінку доводам сторін, спираючись на досліджені під час прискореної арбітражної процедури докази. Процедура розгляду також не формалізована, а висновок арбітра не є обов'язковим та не підлягає примусовому виконанню;

5) медіація – переговори між сторонами за участі третьої незацікавленої особи, позбавленої права виносити обов'язкове для сторін рішення;

6) «маятниковий арбітраж» (pendulum arbitration) – спосіб АВС, відповідно до якого сторони по черзі надають власні варіанти мирової угоди, а арбітр обирає з них найбільш прийнятний. Різновидом такого способу є арбітраж останньої оферти (last offer arbitration), за яким сторони після дослідження обставин справи у визначеній послідовності викладають прийнятні умови примирення, а третейський суддя обирає ті, що вважає найбільш справедливими.

7) міні-суд (executive tribunal, mini-trial) – розгляд спору комісією, що складається з керівників компаній сторін під головуванням запрошеної нейтральної особи;

8) медіація-арбітраж та арбітраж-медіація – перша модель дає змогу медіатору в разі неможливості примирення сторін винести обов'язкове рішення як арбітра. Друга модель, навпаки, передбачає винесення арбітром рішення, яке залишається неоголошеним до завершення процедури медіації. У разі, якщо досягти консенсусу не вдалося, арбітр оголошує своє рішення, яке має обов'язкову силу, а в разі досягнення компромісу – рішення не оголошується та не набуває законної сили;

9) арбітраж з верхньою та нижньою межею (high-low arbitration) – різновид арбітражу, відповідно до якого арбітр може винести рішення в межах заздалегідь обумовленої сторонами суми, при чому до винесення рішення, арбітр зазвичай не знає, які саме обмеження в сумі встановлені сторонами;

10) приватний суддя (rent-a-judge, private judging) – процедура, що застосовується у США та полягає в розгляді спору суддею у відставці. Однак розгляд справи ведеться за процесуальним законодавством, як і в державному суді, винесене приватним суддею рішення є обов'язковим для сторін, відповідає статусу судового рішення та може бути оскаржено;

11) скорочений арбітраж (adjudication) – процедура, яка застосовується у Великобританії, полягає в прискореному розгляді спору запрошеною незалежною особою, у результаті якого виноситься проміжне рішення. Такий спосіб не вважається модифікацією арбітражу, а тому рішення не може бути примусово виконане, факт його наявності не обмежує сторін у застосуванні інших способів захисту своїх інтересів, а угода, окрім положень про застосування скороченого арбітражу, може додатково містити і третейське застереження [5, с. 78–93; 6]

Щоб визначити місце третейського розгляду в системі способів АВС, необхідно виділити певні види альтернативного вирішення спорів залежно від покладеного в основу класифікації критерію:

1) за належністю до тієї чи іншої сфери правового регулювання:

– публічні – пов'язані з урегулюванням спору в межах цивільного судочинства та нерозривно пов'язані з ним: способи, спрямовані на досягнення компромісу (досудові переговори, досудове чи судове посередництво), способи, спрямовані на винесення рекомендованого рішення (досу-

довий суд присяжних) та способи, спрямовані на винесення обов'язкового рішення (досудовий арбітраж, приватний суддя);

– приватні – способи АВС у вузькому розумінні, тобто ті, які застосовуються виключно за добровільного волевиявлення сторін – переговори, медіація (посередництво), арбітраж, на протипагу зверненню до суду;

2) за ознакою самостійності:

– самостійні (основні) – переговори, претензійний порядок, медіація, третейський розгляд;

– комбіновані (комплексні) – медіація-арбітраж, арбітраж-медіація, міні-суд, омбудсмен, приватна судова система та інші модифікації;

3) залежно від характеру конфлікту:

– спрямовані на розв'язання спорів про право (третейський розгляд, медіація-арбітраж);

– спрямовані на розв'язання когнітивних конфліктів (переговори, медіація);

4) залежно від наявності залучених до вирішення спору та/або розв'язання конфлікту незалежних осіб:

– без залучення незалежних осіб, тобто розв'язання спору самими сторонами (переговори, претензійний порядок);

– з їх залученням (медіація, третейський розгляд, попередня незалежна оцінка чи експертний висновок, міні-суд тощо);

5) залежно від обов'язковості рішення або рекомендації незалежної особи, яку залучають до вирішення спору та/або розв'язання конфлікту:

– полегшуючі (facilitative) – такі способи, участь у яких бере третя сторона, яка не має консультативних функцій, однак сприяє проведенню процедури врегулювання спору (посередництво);

– консультативні (advisory) – третя сторона наділена можливістю розгляду спору з метою надання рекомендацій щодо встановлення певних фактів і варіантів розв'язання спору;

– визначальні (determinative) – процедури, у яких третя сторона наділена правом розглядати спір із винесенням рішення, що потенційно може бути виконано в примусовому порядку [7, с. 2];

6) за головним принципом, що є основою методу, який використовують для досягнення результату:

– способи, під час яких спір розглядають за принципами змагальності й арбітрування (третейський розгляд, міжнародний комерційний арбітраж);

– способи, під час яких спір розглядають за принципами повного й усебічного врахування інтересів сторін спору та пошуку компромісного рішення (переговори, медіація, омбудсмен);

7) залежно від можливості застосування норм матеріального права:

– юрисдикційні, основані на застосуванні норм матеріального права (третейський розгляд, міжнародний комерційний арбітраж);

– неюрисдикційні, основані на погодженні інтересів сторін (переговори, медіація);

8) за обов'язковістю застосування: обов'язкові (обов'язковий претензійний порядок зі спорів, що впливають із договорів транспортування, вирішення колективних трудових спорів) та факультативні (добровільні), які ґрунтуються на домовленості сторін;

9) залежно від порядку застосування способів АВС (Г.В. Севастьянов):

– позаюрисдикційні (будь-який спосіб АВС) – незалежне застосування способів АВС як самостійних інститутів саморегулювання громадянського суспільства;

– доюрисдикційні (переговори, примирення, посередництво) – установлені законом чи угодою сторін та оснований на методи врегулювання правового конфлікту способи, застосування яких обов'язково передують зверненню до державних юрисдикційних органів;

– юрисдикційні – такі способи, застосування яких можливе після звернення до державних юрисдикційних органів до винесення ними рішення чи вже на стадії виконання;

10) залежно від методу, що застосовується для досягнення результату (Г.В. Севастьянов):

– із застосуванням методу «вирішення спору (винесення рішення)» чи «методу застосування норм права (змагальний)» – розгляд спору третейським судом чи міжнародним комерційним арбітражем;

– із застосуванням методу «врегулювання правового конфлікту (пошуку компромісу)» чи «узгодження інтересів сторін (досягнення консенсусу)», що застосовується самими сторонами чи залученою ними особою – посередництво (медіація), переговори;

– із застосуванням «рекомендаційного» методу (експертної оцінки) – арбітраж із рекомендаційним рішенням, міні-суд, спрощений суд присяжних, незалежна експертиза з рекомендаційним рішенням тощо;

– із застосуванням «змішаного (комбінованого)» методу – посередництво-арбітраж, арбітраж-посередництво тощо [8, с. 8; 9, с. 105–106].

Відповідно до Закону України «Про третейські суди», третейський суд – це недержавний незалежний орган, що утворюється за угодою або відповідним рішенням зацікавлених фізичних та/або юридичних осіб у встановленому законом порядку для вирішення спорів, які виникають із цивільних і господарських правовідносин [10]. Основним завданням інституту третейського судочинства є захист майнових і немайнових прав та охоронюваних законом інтересів фізичних і юридичних осіб унаслідок усебічного розгляду й вирішення спорів відповідно до чинного законодавства.

Порівнюючи третейський розгляд з іншими формами АВС, можна виділити як спільні риси, характерні всім чи декільком способам АВС, а також і суттєві відмінності. Найбільше розбіжностей третейського розгляду прослідковується порівняно з погоджувальними способами АВС. Відмінність третейського розгляду від попередньої незалежної оцінки та експертного висновку полягає в тому, що залучені спеціалісти чи експерти не вирішують питання права, установлюючи лише факти; ними не здійснюється розгляд обставин справи й доводів сторін; висновки експертів не тягнуть за собою юридичних наслідків – вони не можуть бути звернені до виконання, а слугують лише для встановлення певних обставин, важливих для подальшого розв'язання спору сторонами. Рекомендаційний арбітраж, хоча і проходить за спрощеною процедурою, подібною до третейського розгляду, все ж не тягне юридичних наслідків: винесене рішення є оцінкою позицій сторін на основі обмеженого ознайомлення арбітра з обставинами справи.

Третейський розгляд і медіація, хоча й полягають у залученні незалежної особи, мають різну спрямованість і методи. Медіація, на відміну від арбітражу, має на меті не винесення обов'язкового для сторін рішення, а врегулювання спору шляхом досягнення компромісу, тобто медіатор не оцінює обставини спору з позиції норм права та

не досліджує докази, а є посередником між сторонами, які самостійно визначають умови для припинення спору, що надалі оформлюється мировою угодою. Саме тому різняться й методи досягнення поставленої мети: змагальний в арбітражі та погоджувальний для медіації. Добровільність медіації полягає в тому, що сторони, по-перше, мають рівноправний статус і не займають позицію позивача чи відповідача, а по-друге, можуть у будь-який момент вийти в односторонньому порядку з процесу посередництва, тоді як у третейському розгляді позивач не може ухилитися від подачі позову до арбітражу, подавши його до державного суду, а відповідач – відмовитися від участі в третейському розгляді, якщо провадження в арбітражі вже розпочалося. Враховуючи вищенаведене, зазвичай, мирова чи інша угода, укладена в результаті медіації, не має самостійного значення: вона не може бути звернена до виконання шляхом видачі виконавчого документа. Деякі правові системи встановлюють можливості її примусового виконання як арбітражного рішення, якщо дотримано вимогу щодо затвердження судом чи нотаріального засвідчення (наприклад, Німеччина, де як посередник може бути нотаріус) або взагалі без дотримання додаткових вимог.

Зв'язок третейського розгляду з комбінованими способами АВС (примирливо-змагальними) прослідковується саме через запозичення певних елементів розгляду спору з класичного арбітражу: наявність арбітра, ухвалення ним рішення за результатами процедури дослідження позицій сторін і доказів; хоча в результаті таке рішення однаково не набуває обов'язкового характеру й не може бути виконане примусово (маятниковий арбітраж, арбітраж останньої оферти). Медіація-арбітраж та арбітраж-медіація, у свою чергу, характеризуються тим, що їм притаманна наявність обов'язкового рішення, винесеного арбітром, яке може бути примусово виконане в загальному порядку, що застосовується до арбітражних рішень. Однак таке рішення виконується примусово, якщо спір не вдалося вирішити шляхом медіації.

Змагальні способи АВС, до яких і входить третейський розгляд, мають спільні методи та мету. Така модифікація класичного арбітражу, як арбітраж з верхньою й нижньою межею, повністю відтворюючи процедуру розгляду спору третейським судом, має відмінність лише в обмеженні арбітра щодо суми, у межах якої може бути винесене рішення. Приватний суддя, у свою чергу, відповідно до законодавства США, виступає як суддя, а не арбітр, і застосовує процесуальне законодавство при розгляді справи, а винесене рішення за наслідками тотожне судовому рішення.

Третейському розгляді притаманні деякі риси, які ставлять окремим блоком цей спосіб АВС від інших, серед них можна навести такі:

– наявність чіткого законодавчого регулювання діяльності третейських судів та арбітражу. Наразі, це єдиний спосіб АВС, що знайшов своє законодавче закріплення (якщо не враховувати порядок досудового врегулювання спорів, закріплений у Розділі II Господарського процесуального кодексу України та спосіб вирішення трудових спорів примирною комісією і трудовим арбітражем). Окрім цього, діють положення та внутрішні регламенти постійно діючого третейського суду, обов'язкові для сторін;

– формалізований характер діяльності з розгляду спору – з усіх способів АВС третейський суд найбільше наближений до судового розгляду, як за процедурою, так і за методами. У практиці Європейського суду з прав людини діяльність третейського суду розглядається як форма здійснення

правосуддя нарівні з державними судами [11], а в правовій доктрині США через негнучкість процедури ставляться питання про неможливість подальшого включення до системи АВС [12];

– юрисдикційний характер діяльності третейського суду – арбітром вирішуються питання не тільки факту, а й права, із застосуванням чинного законодавства, без узгодження інтересів сторін і без мети припинення конфлікту;

– виключення з підвідомчості третейський судів у силу положень закону певних категорій спорів, хоча щодо інших способів АВС такі виключення відсутні;

– відсутність прямої залежності наслідків розгляду спору від готовності сторін співпрацювати: сторона не може в односторонньому порядку відмовитися від участі в арбітражі, сам факт укладення третейської угоди, яка відповідає вимогам закону, є перешкодою для судового вирішення цього спору.

Отже, третейський розгляд є самостійною формою розв'язання цивільно-правових спорів про право із залученням незацікавлених незалежних осіб, рішення яких є обов'язковим для сторін. Арбітражу притаманні як загальні принципи альтернативного вирішення спорів (рівності сторін, законності, диспозитивності), так і власні (принцип змагальності, арбітрування).

#### Список використаної літератури

1. Рожкова М.А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора / М.А. Рожкова. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 416 с.
2. Севастьянов Г.В. Концепция частного процессуального права (права альтернативного разрешения споров) / Г.В. Севастьянов // Третейский суд. – 2009. – № 1. – С. 25–32.
3. Севастьянов Г.В. Теоретические основы альтернативного разрешения споров: концепция частного процессуального права / Г.В. Севастьянов // Хрестоматия альтернативного разреше-

ния споров : [учебно-методические материалы и практические рекомендации] / сост. Г.В. Севастьянов. – СПб. : АНО «Редакция журнала «Третейский суд», 2009. – 528 с. – С. 91–121.

4. Морозов М.Э. Общее описание концепции частного процессуального права (права АРС) / М.Э. Морозов // Третейский суд. – 2009. – № 1. – С. 33–39.

5. Альтернативные способы разрешения споров между субъектами предпринимательской деятельности. – М. : Научный эксперт, 2013. – 272 с.

6. Roberts S. Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision-Making / S. Roberts, M. Palmer. – New York : Cambridge University Press, 2005 – 391 с.

7. Sourdin T. Alternative Dispute Resolution and the Courts / T. Sourdin. – Sydney : Federation Press, 2004. – 155 с.

8. Спектор О.М. Альтернативні способи вирішення цивільно-правових спорів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / О.М. Спектор ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2012. – 18 с.

9. Севастьянов Г.В. Теоретические основы альтернативного разрешения споров: концепция частного процессуального права / Г.В. Севастьянов // Хрестоматия альтернативного разрешения споров : [учебно-методические материалы и практические рекомендации] / сост. Г.В. Севастьянов. – СПб. : АНО «Редакция журнала «Третейский суд», 2009. – 528 с. – С. 91–121.

10. Про третейські суди : Закон України № 1701-IV від 11.05.2004 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2004. – № 35. – Ст. 412.

11. Рішення у справі «Regent Company проти України» від 3 квітня 2008 року : Європейський суд з прав людини [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85681>.

12. Sternlight, Jean R. Is Binding Arbitration a Form of ADR?: An Argument That the Term “ADR” Has Begun to Outlive Its Usefulness // Journal of Dispute Resolution. – 2000. – № 1. – С. 97–111.

УДК 347.463:347.795.3:351.814.2

## ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ВАНТАЖУ В ДОГОВОРІ ПЕРЕВЕЗЕННЯ НЕБЕЗПЕЧНИХ ВАНТАЖІВ

Ольга ЗЕМСКОВА,  
аспірант

Харківського національного університету внутрішніх справ

### SUMMARY

This article is about the special nature of the goods in the contract of carriage of dangerous goods, their influence on the content of the contract, the possible consequences of breach of contract or failure to comply with current legislation on the transport of dangerous goods. The classification of dangerous goods description of the contract of carriage of goods and the contract of carriage of dangerous goods as a form of contract of carriage of goods from a special legal regime.

The author concluded that the transport of dangerous goods, there is need for mandatory measures of legal regulation on the transport of dangerous goods that need to be fixed in the legal acts of civil legislation of Ukraine.

**Key words:** contract, dangerous goods, carriage of goods, protection of the public interest.

### АНОТАЦІЯ

У статті мова йде про особливий характер вантажів у договорі перевезення небезпечних вантажів, їх вплив на зміст договору, можливі наслідки при порушенні умов договору або недотриманні вимог чинного законодавства у сфері перевезення небезпечних вантажів. Дається класифікація небезпечних вантажів, характеристика договору перевезення вантажів і договору перевезення небезпечних вантажів як виду договору перевезення вантажів з особливим правовим режимом.

Зроблено висновок, що у сфері перевезення небезпечних вантажів існує необхідність установлення імперативних заходів правового регулювання правовідносин з перевезення небезпечних вантажів, які мають бути закріплені в нормативно-правових актах цивільного законодавства України.

**Ключові слова:** договір, небезпечні вантажі, перевезення вантажів, захист публічних інтересів.

**Постановка проблеми.** Актуальність теми дослідження зумовлена низкою об'єктивних факторів. Насамперед вона безпосередньо пов'язана з переорієнтацією спрямованості правового регулювання. За часів планової економіки орієнтація була на виробничу сферу. З прийняттям Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) у 2003 р. й введенням книги 2 ЦК України (особисті немайнові права фізичної особи) домінантною в цивілістиці стає людиноцентристська теорія [1].

По-друге, дослідження правовідносин із перевезення небезпечних вантажів на нових приватноправових засадах не здійснювалися, а тим паче через призму необхідності забезпечення прав людини.

По-третє, під час перевезень небезпечних вантажів мають місце ризики.

По-четверте, в Україні доволі частими є аварії, у результаті яких шкода завдається не лише учасникам конкретних правовідносин, а й третім особам (їх життю, здоров'ю, майну) й екології. Іншими словами, мова йде не лише про забезпечення доставки вантажу з особливими властивостями, а вантажу, потенційно спроможного завдати шкоду іншим особам чи навіть масовий делікт (вибухо-небезпечних, хімічних, радіоактивних, легкозаймистих та інших речовин).

По-п'яте, застосування диспозитивних засобів у сфері охорони зазначених благ є малоефективним.

По-шосте, наявність і рівень фактів завдання шкоди при перевезеннях небезпечних вантажів свідчить про неефективність наявного механізму правового регулювання цивільних правовідносин у цій сфері.

По-сьоме, відсутній механізм відшкодування шкоди внаслідок масового делікту чи екологічної катастрофи, а, відповідно, учасники цивільно-правових відносин потребують охорони та захисту своїх прав.

У зв'язку з цим **метою дослідження** є визначення особливостей правового режиму вантажу в договорі перевезення небезпечних вантажів, який передбачає певний порядок правового регулювання у сфері перевезення небезпечних вантажів.

Дослідження цієї теми базується на аналізі положень чинного законодавства у сфері правового регулювання перевезень небезпечних вантажів, наукових праць авторів, таких як М.М. Агарков, Ю.Г. Басін, С.М. Братусь, В.П. Грибанов, М.О. Тарасов, Р.О. Халфіна, А.Д. Кейлін, К.К. Яічков, М.Е. Ходунов, В.І. Серебровський, М.М. Николаєва, Ю.П. Битяк, Д.В. Зеркалов, Л.А. Коваль, О.М. Дубніков, В.В. Вітрянський, В.В. Луць, Є.Д. Стрельцова, І.В. Булгакова, Е.Ф. Демський. Але, слід зазначити, що саме питанням перевезення небезпечних вантажів не було приділено достатньої уваги.

**Виклад основного матеріалу.** Зобов'язальні правовідносини, що встановлюють юридично обов'язкові взаємозв'язки учасників, виникають, зокрема, з укладених ними договорів. У ЦК України договір визначається як угода двох або кількох осіб про встановлення, зміну або припинення цивільних прав або обов'язків (тобто дво- або багатостороння угода) (п. 1 ст. 626 ЦК України). Сторони можуть укласти договір як передбачений, так і не передбачений законом або іншими правовими актами, але такий, що не суперечить чинному законодавству. До зобов'язань, що виникли з договору, застосовуються загальні положення про зобов'язання (ст. 509–625 ЦК України), якщо інше не передбачено ЦК України і правилами по окремих видах договорів, які містяться в ЦК України.

За договором перевезення вантажу (ст. 909 ЦК України) одна сторона (перевізник) зобов'язується доставити довірений їй другою стороною (відправником) вантаж до пункту призначення й видати його особі, яка має право на одер-



жання вантажу (одержувачеві), а відправник зобов'язується сплатити за перевезення вантажу встановлену плату.

Договір перевезення є двостороннім, оскільки кожен з його учасників наділений правами й обов'язками, кожна сторона має право вимагати за свою дію відповідної дії від іншої сторони; відплатним, оскільки виконання перевізником обов'язку з переміщення вантажу передбачає визначену зустрічну дію з боку вантажовідправника (унесення провізної плати – ст. 916 ЦК України); строковим, оскільки строк його дії визначається строком виконання зобов'язання з перевезення (цей строк може бути встановлений як у нормативному порядку, так і за згодою сторін – ст. 919 ЦК України); реальним, оскільки зобов'язання перевізника з доставки в пункт призначення розповсюджується лише на вантаж, що був переданий йому відправником (зобов'язання перевізника виникає лише з моменту отримання останнім вантажу від відправника).

Такий договір має бути укладений у письмовій формі. Письмовою формою договору перевезення є такі: транспортна накладна (залізнична накладна, вантажна накладна – на повітряному транспорті, товарно-транспортна накладна – на автомобільному, коносамент – на морському). У транспортній накладній зазначаються відомості про вантаж (найменування, кількість, спосіб визначення ваги тощо), відправника, одержувача, відстань перевезення, вартість перевезення [2, с. 34].

Сторони в договорі перевезення – вантажовідправник і перевізник. Від вантажовідправників можуть виступати як організації, так і громадяни. На думку М.І. Брагинського, які перевізник найчастіше виступає спеціалізована (транспортна) організація. За договором перевезення вантажу перевізник зобов'язується доставити довірений відправником вантаж за призначенням і видати його одержувачу, а відправник – внести за перевезення встановлену плату. Сторони договору: вантажовідправник, перевізник, вантажоодержувач [3, с. 134].

Відповідно до ЦК України, договори перевезення належать до групи договорів про надання відплатних послуг. Саме глава 64 «Перевезення» розташована першою після глави 63 «Послуги. Загальні положення». Але так було не завжди: глава 63 «Послуги. Загальні положення» в ЦК України з'явився вперше, ЦК 1922 р. та ЦК 1963 р. взагалі не визначали договір про надання послуг як такий.

У договорі перевезення вантажу надання послуги з перевезення вантажу невіддільне від діяльності перевізника – послугонадавача. Крім того, корисний ефект перевезення полягає в самому процесі надання послуги перевезення й виражається в юридичних наслідках – у набутті прав та обов'язків вантажовідправника, перевізника, вантажоодержувача. Отже, договори перевезення вантажів (незалежно від виду перевезення) належать до групи цивільно-правових договорів про надання послуг [4, с. 361].

Істотною умовою договору є умова про предмет. Предметом договору є послуги щодо доставки довіреного перевізникові вантажу до пункту призначення. До таких послуг належать не лише саме переміщення вантажу, а й інші дії, зокрема, збереження, видача вантажу одержувачеві, завантаження та вивантаження вантажу.

С.І. Ожегов визначав, що «вантаж» – це товар, предмети, які приймаються для перевезення та направляються одержувачу [5].

Частина 4 ст. 909 ЦК України визначає, що Законом можуть бути передбачені особливості укладення й виконання договору перевезення вантажу, тобто договір перевезення

небезпечних вантажів є видом договору перевезення вантажу. У зв'язку з цим договір перевезення небезпечних вантажів безпосередньо має умови загального договору перевезення вантажів: двосторонньо зобов'язуючий, відплатний, строковий, реальний.

Законом, який регулює особливості укладення й виконання договору перевезення небезпечного вантажу, є Закон України «Про перевезення небезпечних вантажів» від 06.04.2000 р. № 1644-III.

Предметом договору перевезення небезпечних вантажів є безпосередньо надання транспортних послуг вантажоодержувачу щодо перевезення перевізником небезпечного вантажу від вантажовідправника.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про перевезення небезпечних вантажів» від 06.04.2000 р. № 1644, перевезення небезпечних вантажів – це діяльність, пов'язана з переміщенням небезпечних вантажів від місця їх виготовлення або зберігання до місця призначення, з підготовкою вантажу, тари, транспортних засобів та екіпажу, прийманням вантажу, здійсненням вантажних операцій і короткостроковим зберіганням вантажів на всіх етапах його переміщення. Під небезпечними вантажами в указаному Законі розуміються речовини, матеріали, вироби, відходи виробничої та іншої діяльності, які внаслідок притаманних їм властивостей за наявності певних факторів можуть під час перевезення спричинити вибух, пожежу, пошкодження технічних засобів, пристроїв, споруд та інших об'єктів, заподіяти матеріальні збитки та шкоду довкіллю, а також призвести до загибелі, травмування, отруєння людей, тварин, і які за міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, або за результатами випробувань в установленому порядку залежно від ступеня їх впливу на довкілля або людину зараховано до одного з класів небезпечних речовин.

Небезпечні речовини – речовини, що зараховані до певного класу. На сьогодні всі небезпечні вантажі класифіковані, кожному з них присвоєно порядковий номер ООН.

Номер ООН (UN) – чотиризначний цифровий ідентифікаційний номер, наданий небезпечному вантажу KE ООН з перевезення небезпечних вантажів і погоджений на глобальному рівні системи класифікації та маркування хімічних речовин Економічної і Соціальної Ради ООН. KE ООН – Комітет експертів з перевезення небезпечних вантажів Економічної і Соціальної Ради ООН.

Класифікація небезпечних вантажів визначається залежно від виду та ступеня небезпечності вантажу, а саме:

– клас 1 – вибухові речовини та вироби, які за своїми властивостями можуть вибухати, викликати пожежу з вибуховою дією, а також пристрої, що містять вибухові речовини, і засоби підривання, призначені для справляння піротехнічного враження;

– клас 2 – гази, зріджені охолодженням і розчинені під тиском, такі, що відповідають хоч би одній з таких умов:

- 1) абсолютний тиск пари при температурі 50 град. С рівно або вище за 3 кг/кв. см (300 кПа);
- 2) критична температура, нижча за 50 град. С;
- 3) стислі, критична температура яких нижча за -10 град. С;
- 4) зріджені, критична температура яких рівна або вища за -10 град. С, але нижча за 70 град. С;
- 5) зріджені, критична температура яких рівна або вища за 70 град. С;
- 6) розчинені під тиском;
- 7) зріджені переохолодженням;

8) аерозолі і стислі гази, що потрапляють під дію спеціальних розпоряджень;

– клас 3 – легкозаймисті рідини, суміші рідин, а також рідини, які містять тверді речовини в розчині або суспензії, які виділяють легкозаймисті пари, що мають температуру спалаху в закритому тиглі 61 град. С і нижче;

– клас 4.1 – легкозаймисті тверді речовини, здатні легко запалати від короточасної дії зовнішніх джерел займання й активно горіти;

– клас 4.2 – речовини, схильні до самозаймання, які у звичайних умовах транспортування можуть мимоволі нагріватися й запалати;

– клас 4.3 – речовини, що виділяють легкозаймисті гази при стиканні з водою;

– клас 5.1 – речовини, що окислюють, які самі по собі не горючі, але сприяють легкій займистості інших речовин і виділяють кисень при горінні, тим самим збільшуючи інтенсивність вогню;

– клас 5.2 – органічні пероксиди, які в більшості випадків горючі, можуть діяти як окислювальні речовини й небезпечно взаємодіяти з іншими речовинами, багато хто з них легко спалахує, чутливі до удару й тертя;

– клас 6.1 – токсичні речовини, здатні викликати отруєння при вдиханні (пари, пилу), потрапленні всередину або контакті зі шкірою;

– клас 6.2 – інфекційні речовини, речовини й матеріали, хвороботворні мікроорганізми, небезпечні для людей і тварин;

– клас 7 – радіоактивні матеріали;

– клас 8 – корозійні речовини, які викликають пошкодження шкіри, ураження слизистих оболонок очей і дихальних шляхів, корозію металів і пошкодження транспортних засобів, споруд або вантажів, а також можуть викликати пожежу при взаємодії з органічними матеріалами чи деякими хімічними речовинами;

– клас 9 – інші небезпечні речовини й вироби, з відносно низькою небезпекою при транспортуванні, не захищені до жодного з попередніх класів, але вимагають застосування до них певних правил перевезення і зберігання [6, ст. 1].

Необхідно відмітити, що договори перевезення небезпечних вантажів посідають особливе місце серед договорів перевезень, оскільки кожне таке перевезення містить у собі потенційну можливість аварії та як наслідок забруднення навколишнього середовища і спричинення шкоди життю та здоров'ю людей.

Перевезення вантажів здійснюється залізничним, автомобільним, морським, повітряним, річковим видами транспорту.

Згідно зі ст. 306 ЦК України загальні умови перевезення вантажів, а також особливі умови перевезення окремих видів вантажів (вибухових речовин, зброї, отруйних, легкозаймистих, радіоактивних та інших небезпечних речовин) визначаються цим Кодексом і виданими відповідно до нього транспортними кодексами, транспортними статутами й іншими нормативно-правовими актами.

Оскільки перевезення небезпечних вантажів здійснюються різними видами транспорту, для кожного з яких застосовуються свої норми і правила організації перевезень, оформлення документації, маркування, вимоги до рухомого складу й відповідальність персоналу в разі аварійної ситуації, тому доставка небезпечних вантажів по території України вказаними видами транспорту регулюється різною базою, нормативно-правовими актами, національними правилами по окремих видах транспорту, міжнародними

законами й угодами, загальними положеннями про ліцензування, нормами про вивіз, ввезення до України, а також транзит небезпечних вантажів через територію України.

Слід зазначити, що найбільша кількість надзвичайних ситуацій, особливо пов'язаних із загибеллю людей, припадає на транспорт, що свідчить про його високу потенційну небезпеку. Основним законом України, який регулює правовідносини у сфері перевезення небезпечних вантажів на транспорті, є Закон України «Про транспорт» від 10.11.1994р. № 232/94-ВР, що визначає правові, економічні, організаційні та соціальні основи діяльності транспорту.

Законодавство України визначає транспорт як важливу галузь суспільного виробництва [7, ст. 1], а перевезення небезпечних вантажів – специфічним видом перевезень, враховуючи потенційну небезпеку вантажів, які транспортуються. Тому до правовідносин у сфері перевезень небезпечних вантажів мають висуватися спеціальні, підвищені вимоги.

Правове регулювання діяльності транспорту має максимально сприяти перетворенню його в передову галузь суспільного виробництва, розвитку народного господарства, посиленню відповідальності за виконання договірних зобов'язань, забезпеченню схоронності вантажів, які перевозяться, безпеки руху й ліквідації аварійності, додержанню строків доставки вантажів, удосконаленню договірних відносин щодо перевезень, суворому дотриманню договірної дисципліни, поліпшенню експлуатаційної роботи на підприємствах транспорту.

Зазначене свідчить, що перевезення небезпечних вантажів є особливим перевезенням, а договір перевезення небезпечних вантажів є договором послуг щодо перевезення вантажів з особливим правовим режимом.

Необхідно відмітити, що небезпечні вантажі становлять невід'ємну частину сучасного торгового обігу будь-якої держави. Це об'єктивна необхідність розвитку виробничих відносин у силу різного роду їх потреб. Сучасна економіка в розрізі різних її галузей не мала б можливості в повному обсязі функціонувати без наявності необхідної кількості, наприклад, нафти та продуктів з неї. Жодна держава не в змозі на сьогодні обійтись без споживання природного газу й інших хімічних речовин, а значну частину виробничих відходів, на жаль, становлять речовини токсичні, які забруднюють навколишнє середовище, а, значить, несуть у собі певний ступінь потенційної небезпеки. «Більше половини вантажів, що перевозяться всіма видами транспорту у світі, є небезпечними вантажами – вибухонебезпечними, їдкими, займистими, токсичними та навіть радіоактивними за своїм характером, або вони можуть становити небезпеку іншим чином» [8].

У міру розвитку науки й техніки суспільство отримує можливість все більш активно та ефективно впливати на природу, забезпечувати здійснення безпечних перевезень небезпечних вантажів. У забезпеченні безпеки з прийняттям ЦК України у 2003 р. вирішальним стає людський фактор, тобто на перший план виходять аспекти, що стосуються життя та здоров'я людини.

Ст. 3 Конституції України передбачено, що людина, її життя та здоров'я визначаються соціальною цінністю і кожний має право на безпечне навколишнє середовище, що також передбачено ч. ч. 1, 2 ст. 281 ЦК України, згідно з якими фізична особа має невід'ємне право на життя, не може бути його позбавлена та має право захищати своє життя та здоров'я, а також життя та здоров'я іншої фізичної особи від протиправних посягань будь-якими

засобами, що не заборонені законом; ч. ч. 1, 2 ст. 283 ЦК України, відповідно до яких фізична особа має право на охорону свого здоров'я. При цьому охорона забезпечується системною діяльністю державних та інших організацій, що передбачені Конституцією України та законом; ч. 1, ч. 2 ст. 293 ЦК України, згідно з якими фізична особа має право на безпечне для життя та здоров'я навколишнє середовище. А діяльність фізичної та юридичної особи, що призводить до знищення, пошкодження, забруднення навколишнього середовища та спричиняє шкоду, підлягає припиненню у відповідному порядку [1, ст. ст. 281, 283, 293].

Отже, Конституція України тісно переплітається з нормами цивільного законодавства, де право громадян кореспондує з обов'язком держави забезпечувати охоронювані блага, у тому числі екологічну безпеку на території України.

Не зважаючи на заходи, що вживаються, фахівці-екологи називають екологічну ситуацію в країні катастрофічною. Непомірне техногенне навантаження вже призвело до того, що українці живуть у середньому менше, ніж жителі інших країн Європи [9].

Проте, які б закони не приймалися, вірогідність негативного впливу небезпечних вантажів, що перевозяться, на технічні пристрої, здоров'я людей і довкілля буде незначна тільки за умов дотримання всіх вимог нормативних актів, що регулюють цю діяльність.

Найбільшу безпеку такі вантажі становлять під час їх перевезення, де вони можуть зазнавати дії зовнішніх сил, таких як удар, тертя, висока температура й низка інших чинників, здатних викликати аварії та інші неконтрольовані процеси, результатом яких можуть стати різні техногенні катастрофи.

Слід зазначити, що кількість недовілок у роботі, аварійних ситуацій і «інцидентів» при перевезенні небезпечних вантажів практично не знижується, зберігаються ризики транспортних подій під час перевезення, тому без чіткого виконання приписів нормативно-правових актів, за допомогою яких усі етапи перевезення перетворюються на чіткі, зрозумілі, швидко здійснювані відрізки перевізного процесу, неможливо дотримувати екологічну безпеку, життя і здоров'я людей [10, с. 46].

На цей час основними нормативно-правовими документами, що забезпечують перевезення небезпечних вантажів в Україні, є Закон України від 06.04.2000 р. № 1644-III «Про перевезення небезпечних вантажів», Закон України «Про приєднання України до Європейської Угоди про міжнародне дорожнє перевезення небезпечних вантажів (ДОПНВ)» (2000 р.), Закон України «Про транспорт» від 10 листопада 1994 року №232/94-ВР, Наказ / Правила Міністерства внутрішніх справ України від 26.07.2004 р. № 822 «Про затвердження Правил дорожнього перевезення небезпечних вантажів» тощо.

Слід зазначити, що в усіх розвинутих країнах розроблені суворі правила, направлені на забезпечення безпеки перевезень небезпечних речовин і зниження наслідків можливих аварійних ситуацій при їх транспортуванні. Більше того, у зв'язку з великою кількістю міжнародних вантажних перевезень і можливими глобальними масштабами наслідків аварій з небезпечними речовинами, існують різні міжнародні угоди, які регулюють такі перевезення. Прикладом можуть бути такі документи: «Європейське соглашение о международной дорожной перевозке опасных грузов» (ДОПОГ), «Соглашение о межгосударственных перевозках опасных и разрядных грузов» (уклали колишні

радянські республіки, крім республік Прибалтики), «Рекомендации по перевозке опасных грузов» ООН та інші документи. Необхідно також зазначити, що більшість міжнародних перевезень небезпечних вантажів регламентується саме міжнародними угодами та рекомендаціями ООН, а в доповненні – документами тих країн, по території яких здійснюється перевезення.

Не зважаючи на закріплення в нормативно-правових актах цивільного законодавства України прав фізичних осіб щодо забезпечення безпеки, вони, на жаль, не містять безпосередньо самого механізму реалізації захисту прав. На етапі реалізації захисту прав важливу роль у механізмі правового регулювання перевезень небезпечних вантажів матимуть заходи державного впливу, закріплені нормативно в актах цивільного законодавства.

Слід відмітити, що при здійсненні перевезень небезпечних вантажів існують величезні ризики спричинення шкоди.

На думку радянського цивіліста Я.М. Магазинера, «договор есть не что иное как взаимная гарантия от рисков – принятие на себя тех рисков, которые могут возникнуть на пути исполнения. Именно в этом заключается всякая обязанность, тогда как право – это, наоборот, гарантия от рисков, стоящих на пути осуществления интересов. Иначе, право – это средство для гарантии субъекту определенных благ (от риска потерять их), как бы неблагоприятно сложились для него фактические обстоятельства (гарантия есть и для обязанного – предел требований), таким образом, блага управомоченного тоже ограничены и во всяком праве лицо юридически парализованный (ослабленный) риск, от которого право и стремится охранить управомоченного» [11, с. 292].

«В договорном обязательстве под риском понимается вероятность наступления не подлежащих компенсации за счет другой стороны обязательства убытков или иных расходов, условием возникновения которых не является вина лица, на чью имущественную сферу они будут отнесены в силу закона или договора» [12, с. 399].

С.Н. Братусь визначав: «Риск – осознанное при эксплуатации источника повышенной опасности допущение вероятных случайных событий, влекущих за собой отрицательные последствия для других лиц, и принятие этих последствий на себя владельцем источника повышенной опасности» [13, с. 34].

Найбільш широке визначення ризику надав О.А. Красавчиков, зазначивши, що «риск – это возможные невыгодные последствия» [14, с. 415].

У сучасній цивілістиці не приділено достатньої уваги дослідженню ризиків при перевезенні небезпечних вантажів, в зв'язку з цим безпека здійснення цивільних прав у сфері перевезень небезпечних вантажів потребує врегулювання.

**Висновки.** Розглядаючи правовий режим вантажу в договорі перевезення небезпечних вантажів, розуміючи всю відповідальність, яка лежить на учасниках процесів підготовки та здійснення перевезення, враховуючи бажання всіх заінтересованих осіб у мінімізації ризиків, приходимо до висновку про необхідність страхування цивільної відповідальності перевізників небезпечних вантажів і страхування самих небезпечних вантажів.

В умовах переходу до регулювання цивільних правовідносин на нових приватноправових засадах з'явилась потреба в нових підходах до розуміння сутності правовідносин у сфері перевезення небезпечних вантажів.

У зв'язку з цим необхідно переосмислити систему цінності благ, відносно яких суб'єкти вступають у правовідносини у сфері перевезення небезпечних вантажів, у тому числі й особливості їх правового регулювання.

Можливі аварії під час перевезення небезпечних вантажів закономірно приводять до висновку, що, рухаючись по шляху технічного прогресу, людина піддає себе все більшому ризику. Тому доцільно приділити увагу розробці заходів цивільно-правового характеру щодо посилення безпеки на транспорті, а саме: вимог до кожного з виду транспорту, яким перевозяться небезпечні вантажі, та вимог до діяльності безпосередньо самих перевізників небезпечних вантажів. Закріпити в нормах цивільного законодавства України вимоги, яким мають відповідати транспортні засоби, якими перевозяться небезпечні вантажі, та здійснювати відповідний контроль за їх дотриманням. На рівні нормативно-правових актів цивільного законодавства зобов'язати перевізників здійснювати діяльність із перевезення небезпечних вантажів тільки на підставі ліцензії, отримання якої передбачено Законом України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 01.06.2000 р. № 1775-III, а також постійно утримувати транспортні засоби в належному технічному стані, проходити обов'язковий технічний контроль і передбачити відповідальність перевізників небезпечних вантажів за невиконання правил безпеки й порушення вимог, яким така діяльність повинна відповідати.

Основною метою правового регулювання перевезення небезпечних вантажів є встановлення таких правил і норм, за яких процес перевезення небезпечних вантажів стане ефективним та безпечним як відносно учасників конкретних правовідносин, так і третіх осіб (їх життя, здоров'я, майна) й екології.

Слід зазначити, що в законодавстві відсутній механізм відшкодування шкоди внаслідок масового делікту або екологічної катастрофи, тому учасники цивільно-правових відносин потребують охорони та захисту своїх прав. У зв'язку з цим існує потреба в розробці ефективного механізму правового регулювання у сфері перевезення небезпечних вантажів.

Визначене свідчить про необхідність дослідження меж здійснення цивільних прав, включаючи обмеження відносно перевезень небезпечних вантажів. Тому, з метою забезпечення публічних інтересів, прав та інтересів третіх осіб, принцип свободи договору, закріплений у ст. 3 ЦК України, доцільно обмежити.

Отже, особливості правового режиму вантажу в договорі перевезення небезпечних вантажів зумовлюють специфіку останнього та впливають на його зміст, на який

суттєвий вплив мають імперативи, спрямовані на забезпечення публічних інтересів.

Враховуючи специфіку відносин, що виникають при перевезеннях небезпечних вантажів, договір перевезення небезпечних вантажів доцільно виділити із загального договору перевезення вантажів і закріпити в нормах цивільного законодавства у вигляді окремого договору надання послуг під час перевезення вантажів з особливим правовим режимом.

Отже, очевидно, що у сфері перевезення небезпечних вантажів існує необхідність установаження імперативних заходів правового регулювання правовідносин з перевезення небезпечних вантажів, які мають бути закріплені в нормативно-правових актах цивільного законодавства України.

#### Список використаної літератури

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003.
2. Морозов С.Ю. До питання про правову природу договору про організацію перевезень / С.Ю. Морозов. К., 2005.
3. Брагинський М.І. Договірне право. Договори про перевезення, буксирування, транспортної експедиції і інші послуги у сфері транспорту / М.І. Брагинський, В.В. Вітрянський. – М., 2006. – Книга 4.
4. Харитонов Є.О. Цивільне та сімейне право України : [підручник] / Є.О. Харитонов, Н.Ю. Голубєва. – Київ, 2009.
5. Ожегов С.І. Словник російської мови / С.І. Ожегов. – М., 1963.
6. Закон України «Про перевезення небезпечних вантажів» від 06.04.2000 р. № 1644-III // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2000.
7. Закон України «Про транспорт» від 10.11.1994 р. № 232/94-ВР // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1994.
8. Бордунов В.Д. Международное воздушное право : [учебное пособие] / В.Д. Бордунов. – М., 2007.
9. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://demoscope.ru/weekly/2009/0327/paporm01.php1>.
10. Хіміч А.А. Екологічна безпека як елемент національної безпеки / А.А. Хіміч. – К., 2002.
11. Магазинер Я.М. Советское хозяйственное право / Я.М. Магазинер. – Л., 1928.
12. Архипов Д.А. Опыт теории риска в договорном обязательстве / Д.А. Архипов. – М., 2005.
13. Братусь С.Н. Спорные вопросы теории юридической ответственности / С.Н. Братусь. – М., 1973.
14. Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. Категории науки гражданского права / О.А. Красавчиков. – М., 2005.
15. Шульженко Ф.П. Транспортне право : [навчальний посібник] / Ф.П. Шульженко, О.О.Гайдулін, Р.С. Кундрік. – К., 2005.

## ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ ПОЗИЧКИ ЯК ПІДСТАВИ ДЛЯ ВИНИКНЕННЯ ПРАВА НА БЕЗОПЛАТНЕ КОРИСТУВАННЯ РІЧЧЮ

Іван КАЛАУР,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права і процесу  
юридичного факультету

Тернопільського національного економічного університету

### SUMMARY

In the article was explored the legal nature of the loan contract and was defined his place among the other agreements aimed to the property transfers in uncompensated use. It was analyzed the criteria of selection loan contract in separate kind. In particular, special attention was paid to its gratuitousness. It was defined the features of loan contract and differences from similar contractual designs. Also author drafted the certain proposals for amendment to the Civil Code of Ukraine.

**Key words:** loan contract, legal nature of loan contract, features of loan contract, gratuitous use of property.

### АНОТАЦІЯ

У статті розкрито правову природу договору позички та з'ясовано його місце в системі інших договорів, спрямованих на передавання майна в користування. Проаналізовано критерії виокремлення договору позички в самостійний вид, зокрема, особливу увагу приділено такій його невід'ємній рисі, як безоплатність. З метою з'ясування сутності договору позички також розкрито його характерні ознаки та проведено розмежування з подібними договірними конструкціями. Наголошено на недосконалому цивільно-правовому регулюванні відносин щодо безоплатного передавання речей у тимчасове користування. З огляду на це, розроблено конкретні пропозиції та обґрунтовано необхідність унесення відповідних змін до Цивільного кодексу України.

**Ключові слова:** договір позички, правова природа договору позички, ознаки договору позички, безоплатне користування майном.

**Постановка проблеми.** У результаті реформування системи зобов'язального права України відбулось зростання ролі цивільно-правового договору як одного з найефективніших правових засобів опосередкування майнових відносин, зокрема передавання майна в користування. Договори, спрямовані на передавання майна в користування, є досить різноманітними й відрізняються своєю специфікою, зумовленою певними системними ознаками. Так, серед них за ознакою сплатності виділяють оплатні (різновиди договору найму, оренди) і безоплатні договори, до яких належить договір позички. Важлива роль останнього пояснюється його широким використанням як фізичними, так і юридичними особами. Крім того, незважаючи на те що сфера застосування договору позички є дещо обмеженою (зокрема, досить рідко використовується в підприємницькій діяльності), він набуває значного поширення в побутових відносинах і в галузі культури й мистецтва.

Договору позички присвячена глава 60 (ст. ст. 827–836) Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [1]. Водночас, можна стверджувати, що цивільно-правове регулювання вказаних правовідносин є досить поверховим, оскільки на законодавчому рівні залишились не закріпленими більшість специфічних особливостей договору позички, які відрізняють його від інших договірних конструкцій. Це, у свою чергу, призводить до неоднозначного застосування та тлумачення норм законодавства й виникнення низки непорозумінь у правозастосовній практиці. Зокрема, дедалі частіше виникає чимало питань щодо відмежування договору позички від інших подібних правових інститутів, а саме: позики, майнового найму, дарування тощо.

До того ж особливості цивільно-правового регулювання договору позички як окремого виду договору, спрямованого на передачу майна в користування, залишаються поза

увагою дослідників. З огляду на це, фундаментальні напрацювання з означеного питання серед робіт українських науковців практично відсутні. Виняток становить дисертаційне дослідження В.О. Гончаренко на тему «Договір позички за римським приватним правом та його рецепція у сучасному цивільному законодавстві України» 2005 р. [2], у якому автор розкрила поняття, зміст і характерні ознаки договору позички (commodatum) за римським приватним правом і цивільним законодавством України, а також визначила характер і ступінь рецепції римсько-правових ідей, підходів та рішень щодо цього договору в цивільному законодавстві України.

Також потрібно відмітити, що й інші науковці у своїх працях торкалися окремих аспектів правової природи та нормативно-правового регулювання договору позички як підстави виникнення зобов'язання про передавання майна в безоплатне тимчасове користування. Серед них можна назвати таких, як О.В. Воронова [3], Н.А. Д'ячкова [4], Ф.А. Тучин [4], С.М. Лепех [5], М.В. Парасюк [6], В.В. Посполітак [7] та ін. Проте дослідження названих науковців лише опосередковано торкалися порушеної проблеми й розкривали її під час вирішення інших проблемних питань науки цивільного права, що зумовлює теоретичну та практичну необхідність більш детального аналізу правової природи договору позички як підстави виникнення права безоплатного користування чужим майном.

**Метою статті** є з'ясування правової природи, ознак та особливостей цивільно-правового регулювання договору позички як підстави виникнення зобов'язання щодо передавання речей у користування, а також його відмежування від подібних договірних конструкцій.

**Викладення основного матеріалу.** Договір позички має давню історію і був виокремлений ще в римському

приватному праві (приблизно в I ст. н. е.) через необхідність оформлення відносин з безоплатного передавання речей у тимчасове користування. В українському законодавстві вперше цей договір під назвою «договір безоплатного користування» з'явився у ЦК УРСР 1963 р. [8], де йому була присвячена глава 27. На сьогодні основні положення щодо правового регулювання вказаних правовідносин містяться в главі 60 ЦК України, а також в ст. 22 Закону України «Про бібліотеки і бібліотечну справу» [9], ст. 17 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» [10], ст. 16 Закону України «Про благодійництво та благодійні організації» [11], ст. 43 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» [12] та інших нормативних актах.

Відповідно до ст. 827 ЦК України, за договором позички одна сторона (позичкодавець) безоплатно передає або зобов'язується передати другій стороні (користувачеві) річ для користування протягом встановленого строку. Як ми бачимо, своєрідність договору позички полягає в тому, що, передаючи річ у користування, позичкодавець не отримує зустрічного задоволення, прямої вигоди. З огляду на це, безоплатність як системоутворювальний фактор стала причиною виділення договору позички як самостійного виду договорів про передавання майна в користування.

Водночас на сьогодні склалася ситуація, за якої досить часто поняття позичка ототожнюється з поняттям позика. В українській мові «позика», «позичка» є словами однокореневими і походять від слова «позичати», яке означає одержувати/передавати певну річ на якийсь час, як у позику, так і в користування. Така зовнішня схожість понять не впливає на правову відмінності, що існують між ними. Для подолання негативного явища ототожнення двох різних правових конструкцій, що досить часто має місце (особливо на побутовому рівні), на нашу думку, серед іншого, потрібно не допускати використання в чинному законодавстві відповідних паронімів. З огляду на це, доцільною є зміна назви договору позички на «договір безоплатного користування», як це було передбачено ЦК УРСР 1963 р., оскільки саме безоплатність користування переданою річчю є однією з основних ознак, яка дає змогу виділити цей договір як самостійний вид.

Надалі для вирішення поставлених завдань потрібно розкрити правову природу, виділити специфічні ознаки договору позички, дослідити його елементи та провести розмежування з подібними договірними конструкціями. Насамперед розглянемо найпоширеніші класифікації договорів і місце серед них договору позички, що дасть змогу глибше зрозуміти його правову природу.

Договір позички є одним із видів цивільно-правових договорів, спрямованих на тимчасове передавання майна в користування. Об'єднання таких договорів в одну групу має нормативно-правове обґрунтування, оскільки ознака спрямованості є основою для формування правової бази, принципово відмінної від регулювання відносин, що мають іншу спрямованість (передавання майна у власність, виконання роботи й надання послуги тощо) [3, с. 58]. Отже, цивільно-правовий договір позички є домовленістю двох або більше сторін, яка спрямована на встановлення цивільних прав і обов'язків щодо тимчасового безоплатного користування індивідуально-визначеною річчю.

Залежно від зазначення підстави (цілі) договору для його дійсності, де чітко визначено підстави для їх укладення, називаються каузальними (від лат. *causa* – причи-

на). Дійсність такого договору залежить від законності й досяжності мети. Абстрактними вважаються договори, де не визначено підстав для їх здійснення. Абстрактний договір є дійсний у будь-якому випадку, якщо дотримано його форму. Виходячи з цього, договір позички є каузальним, оскільки в ньому можна визначити чітку підставу для укладення – передача речі в тимчасове безоплатне користування іншій особі.

Враховуючи спосіб виникнення, розрізняють реальні, консенсуальні й формальні договори. Реальним є договір, який вважається укладеним не з моменту досягнення сторонами згоди, а з моменту здійснення певної дії, передачі майна. Консенсуальний договір – це договір, для укладення якого достатньо досягнення сторонами згоди за всіма його істотними умовами. Для укладання формального договору необхідні два моменти: узгодження волевиявлення сторін (консенсус) і вираження волі в певній формі, що визначена законом. З урахуванням вищевикладеного, а також виходячи з визначення договору, закріпленого в ст. 827 ЦК України й вимог до форми договору позички (ст. 828 ЦК України), залежно від конкретних умов він може бути як реальним, так і консенсуальним чи формальним.

Залежно від розподілу обов'язків між сторонами договори поділяють на односторонні та двосторонні (синалагматичні). Двосторонніми визнаються договори, у яких обидві сторони несуть взаємні обов'язки, а односторонніми визнаються договори, де лише одна сторона несе обов'язки, а інша має лише права й не несе обов'язків. Відповідно до ст. 626 ЦК України, договір є одностороннім, якщо одна сторона бере на себе обов'язок перед другою стороною вчинити певні дії або утриматися від них, а друга сторона наділяється лише правом вимоги, без виникнення зустрічного обов'язку щодо першої сторони. Як убачається, договір позички матиме синалагматичний характер, якщо він буде укладений за моделлю консенсуального договору або формального договору без попереднього передавання речі в користування. У таких випадках позичкодавець зобов'язаний передати річ у користування, а користувач – повернути її.

Відповідно, договір позички буде одностороннім у випадку, коли він укладається за моделлю реального або формального з передаванням речі в користування до моменту досягнення згоди контрагентів у встановленій формі. Це пояснюється тим, що в таких випадках, передавши річ у користування (а за формальної моделі договору додатково досягнувши згоди в установленій формі), позичкодавець надалі має тільки права, а користувач – тільки обов'язки.

Оскільки договір позички передбачає передачу майна в тимчасове користування, він є строковим договором. Проте чітких правил щодо встановлення строку глава 60 ЦК України не містить, а отже, договір позички може укладатися як на визначений, так і на невизначений строк. При цьому строк у договорі позички не може вважатись істотною умовою, а є звичайною умовою для цього виду договорів, згідно зі ст. 831 ЦК України, якщо сторони не встановили строку користування річчю, він визначається відповідно до мети користування нею. Тобто, якщо сторони не обумовили строк користування майном, договір не вважається неукладеним, а діє протягом строку, достатнього для досягнення мети, котру сторони мали на увазі при передачі речі. Так, якщо позичкодавцем було надано в користування приміщення для проведення благодійної акції, це приміщення має бути звільнене й повернено власнику відразу після закінчення благодійного заходу тощо. Якщо

ж строк користування річчю не встановлений у договорі та не може бути визначений метою користування річчю, він вважається укладеним на невизначений строк.

За наявності зустрічного задоволення (оплатністю) договори ділять на оплатні й безоплатні. Зміст більшості договірних цивільних правовідносин передбачає взаємне майнове надання його учасникам. У ринковому обігу укладаються також і угоди, за якими одна сторона зобов'язується надати певне майно іншій стороні без отримання від неї плати або іншого зустрічного задоволення – безоплатні договори. Саме до таких належить договір позички.

Зазначимо, що водночас із безоплатністю договору позички не можна говорити про повну відсутність для позичкодавця майнового інтересу, який може виявлятися у непрямих вигодах. Так, однією з переваг для позичкодавця може бути те, що, передавши в безоплатне користування своє майно, він звільняє себе як власника від тягаря утримання цього майна, оскільки такий обов'язок у більшості випадків переходить до користувача. Іншим прикладом може бути використання договору позички для опосередкованого забезпечення власникові зберігання майна та догляду за ним. Також указана договірна конструкція часто використовується з метою рекламування переданих у тимчасове безоплатне користування товарів позичкодавця тощо.

У науковій літературі безоплатний характер договору позички має дискусійний характер, оскільки деякі науковці передбачають можливість існування не лише безоплатної моделі договору позички, а й оплатної. Такий висновок робиться на підставі ч. 2 ст. 827 ЦК України, згідно з якою користування річчю вважається безоплатним, якщо сторони прямо домовилися про це або якщо це випливає із сутності відносин між ними. Тобто, в усіх інших випадках договір позички буде оплатним [13, с. 272].

З такою позицією важко погодитись, оскільки саме безоплатність є конститутивною ознакою договору позички, яка, серед інших, стала підставою для виокремлення його як самостійного виду договорів, спрямованих на передачу майна в користування. З огляду на це, вона не повинна обумовлюватись сторонами, оскільки витікає з самої природи договору. Так, у разі включення до договору позички умови про оплату, на нашу думку, виникатиме саме договір майнового найму (оренди), а не оплатної позички. За такої ситуації взагалі зводиться нанівець мета виокремлення самостійної договірної конструкції позички.

Для того щоб не виникало неправильного уявлення про можливість існування оплатного договору позички, О.В. Воронова пропонує викласти ч. 1 ст. 827 ЦК у такій редакції: «За договором позички одна сторона (позичкодавець) передає або зобов'язується передати другій стороні (користувачеві) річ у тимчасове користування без зустрічного майнового чи іншого надання другою стороною (користувачем)» [3, с. 61]. Така пропозиція, на нашу думку, є не доцільною, оскільки легальне визначення договору позички містить узагальнювальну ознаку передачі речі в користування. Тобто, у запропонованій редакції відбувається лише заміна: 1) слова «безоплатно» на словосполучення «без зустрічного майнового чи іншого надання другою стороною (користувачем)», що фактично не змінює змісту дефініції договору позички; 2) словосполучення «користування протягом установленого строку» – на «тимчасове користування», що також є тотожними поняттями.

Більш доцільним, на наш погляд, вважається виняток ч. 2 ст. 827 ЦК України, оскільки вже саме обрання контра-

гентами для врегулювання майнових відносин між ними конструкції договору позички, передбачає спрямованість їхньої волі й волевиявлення на безоплатне передання майна в користування. Тобто, така визначальна ознака договору позички, як безоплатність, виходячи з його правової природи, не потребує додаткової обумовленості між сторонами.

Крім порушених проблем, звертають на себе увагу й інші актуальні питання законодавчого визначення дефініції договору позички. Так, В.О. Гончаренко зазначає, що у визначенні вказаного договору в ЦК України є певні недоліки, зокрема, у ньому відсутня вказівка на стан речі, у якому вона підлягає поверненню з огляду на це, пропонується у визначенні договору позички ввести вказівку на те, що річ підлягає поверненню позичкодавцеві у стані, у якому особа її отримала, з урахуванням нормального зношення, чи у стані, указаному в договорі [2, с. 9–10]. Така пропозиція, на нашу думку, є не зовсім виправданою, оскільки обов'язок користувача повернути річ після закінчення строку договору в такому самому стані, у якому вона була на момент її передачі, передбачений у п. 3 ч. 2 ст. 833 ЦК України. До того ж конкретизувати в дефініції договору окремі обов'язки однієї зі сторін і робити її не виправдано громіздкою немає жодної необхідності.

Жваву дискусію в наукових колах викликає також положення ч. 3 ст. 827 ЦК України, згідно з яким до договору позички застосовуються положення глави 58 ЦК України про найм (оренду) майна. Враховуючи, що вказана норма не містить будь-якого обмеження чи уточнення, складається враження, що до договору позички застосовуються в повному обсязі всі положення стосовно оплатного користування майном при договорі найму (оренди). Однак такий хід думок є помилковим, інакше не було б необхідності виокремлення й законодавчого закріплення договору позички як самостійної договірної конструкції.

Для розв'язання порушеної проблеми науковцями пропонуються різні шляхи її розв'язання. Зокрема, О.В. Воронова пропонує ч. 3 ст. 827 ЦК України викласти в такій редакції: «До договору позички застосовуються положення глави 58 цього Кодексу, якщо це не суперечить безоплатній природі відносин, що випливають з цього договору» [3, с. 62]. Більш виправданою з погляду юридичної техніки нормотворення є пропозиція В.О. Гончаренко, яка пропонує перелічити в ч. 3 ст. 827 ЦК України конкретні норми глави 58 ЦК України, що можуть застосовуватись до договору позички, і викласти вказану норму в такій редакції: «До договору позички застосовуються положення, передбачені частинами 1 та 3 ст. 760, ст. ст. 761, 763, 765, 767, 769, частиною 2 ст. 770, ст. ст. 771–776, 778–780, частиною 1 ст. 785, ст. ст. 786, 792–796, 798–805 цього Кодексу» [2, с. 10].

Розкриття правової природи договору позички буде не повним без з'ясування його характерних ознак. Враховуючи вищевикладене, можна виокремити такі його специфічні риси. Насамперед, потрібно відзначити, що договір позички спрямований на передачу речей у тимчасове користування, що поєднує його з усіма договорами, які опосередковують передачу майна в тимчасове користування й відмежовує від договорів іншої спрямованості.

Другою ознакою є те, що договір позички спрямований на передачу в тимчасове користування не будь-якого об'єкта цивільних прав, а лише речі, визначеної індивідуальними ознаками, тобто наділеної тільки їй властивими ознаками, що вирізняють її з-поміж інших однорідних ре-

чей, індивідуалізуючи її (абз. 1 ч. 1 ст. 184 ЦК України). Указаний висновок витікає з п. 3 ч. 2 ст. 833 ЦК України, який передбачає обов'язок користувача повернути річ після закінчення строку договору в такому самому стані, у якому вона була на момент її передавання. У цьому виявляється така властивість речі, визначеної індивідуальними ознаками, як незамінність (абз. 2 ч. 1 ст. 184 ЦК України). У цьому контексті варто відмітити, що речі як предмет договорів ще в римському приватному праві ділилися на індивідуально визначені й визначені родовими ознаками, залежно від чого передбачався різний порядок виконання договорів і наслідки їх невиконання. У зобов'язаннях щодо передачі індивідуально визначених речей об'єктом зобов'язання була не будь-яка річ, а річ з певними, притаманними лише їй ознаками.

Третьою ознакою є безоплатність. Саме вона набуває вирішального значення для формування відповідного договірної типу та дає змогу відмежувати договір позички від інших договорів, спрямованих на передавання майна в тимчасове користування.

Четвертою ознакою є особливий суб'єктний склад. Так, відповідно до ч. 2 ст. 829 ЦК України, юридична особа, яка здійснює підприємницьку діяльність, не може передавати речі в безоплатне користування особі, котра є її засновником, учасником, керівником, членом її органу управління або контролю. Крім того, відповідно до п. 2.1 та абз. 3 п. 3.1 Типових правил користування бібліотеками в Україні, затверджених Наказом Міністерства культури від 05 травня 1999 р. № 275 [14], користувачами за договором позички можуть бути не лише повнолітні, а й неповнолітні та малолітні особи.

П'ятою ознакою є те, що договір позички укладається відповідно до мети, визначеної в договорі, а саме – користування річчю лише за її цільовим призначенням.

Деякі автори пропонують також виділяти й інші основні ознаки договору позички, зокрема, строковість [6, с. 95]. На нашу думку, така ознака не є специфічною лише для цього виду договорів і не впливає на їх індивідуалізацію, а тому не повинна належати до основних.

Розкривши характерні для договору позички риси, надалі потрібно здійснити його відмежування від подібних договірних конструкцій, що має неабияке значення не лише в теоретичному аспекті, а й для правильного застосування норм чинного законодавства на практиці. Так, насамперед, потрібно проаналізувати відмінності з договором позички, який є досить схожим як за назвою, так і за деякими притаманними йому ознаками, що досить часто створює конфліктні ситуації й непорозуміння між учасниками цивільних правовідносин, а також у сфері правосуддя. Наприклад, у рішенні Приморського районного суду м. Одеси від 16 березня 2011 р. щодо справи № 2-295/11 про стягнення заборгованості (коштів і відсотків за користування ними) терміни «позика» та «позичка» вживаються як рівнозначні, оскільки в тексті вказаного документа можна знайти посилання на один і той самий договір, який в одному випадку зазначається як «договір позички № К 0607261620», а в іншому – як «договір позики № К 0607261620» [15]. Незважаючи на це, під час вирішення справи суд керувався саме нормами, що стосуються договору позички, а не позички.

Враховуючи вищевикладене, потрібно охарактеризувати специфічні особливості, які дають змогу розрізнити два вказаних договори. Їх декілька.

По-перше, за договором позички річ передається в користування з умовою повернення тієї самої речі, при чому

право власності на неї зберігається за позичкодавцем (п. 3 ч. 2 ст. 833 ЦК України). Натомість, при позиції гроші або інші речі передаються позичальнику у власність, а поверненню підлягають кошти в такій самій сумі або речі, визначені родовими ознаками, у такій самій кількості, такого самого роду та такої самої якості, що були передані позичальнику позичкодавцем (ч. 1 ст. 1049 ЦК України).

По-друге, виходячи з вищевказаного, за загальним правилом за договором позички, якщо інше не передбачено домовленістю між сторонами, плоди й доходи від речі, переданої в безоплатне користування, належать позичкодавцю як власнику речі, а не користувачеві. При позиції ж навпаки, позичальник, як власник переданого майна, отримує право власності й на доходи, які це майно приносить.

По-третє, предметом договору позички є неспоживні речі, визначені індивідуальними ознаками, натомість, у позику передаються кошти або інші речі, визначені родовими ознаками (ст. 1046 ЦК України).

По-четверте, договір позички, виходячи з його правової природи, завжди є безоплатним, а договір позики може бути як оплатним, так і безоплатним.

По-п'яте, на відміну від договору позички, який може бути реальним, консенсуальним чи формальним, до позики застосовується лише конструкція реального або формального договору.

По-шосте, до договору позички можуть застосовуватися норми глави 58 ЦК України (майновий найм (оренда)), а до договору позики ці норми не застосовуються.

У правозастосовній практиці також часто зустрічаються випадки ототожнення договору позички з кредитним договором, за яким, відповідно до ч. 1 ст. 1054 ЦК України, банк або інша фінансова установа (кредитодавець) зобов'язується надати кошти (кредит) позичальникові в розмірі та на умовах, установлених договором, а позичальник зобов'язується повернути кредит і сплатити проценти. Наприклад, як впливає з рішення Сихівського районного суду м. Львова від 20 січня 2012 р. щодо справи № 2-2688/11 про стягнення заборгованості за кредитним договором, сторони при укладенні додаткової угоди до основного кредитного договору щодо зміни розміру процентів за користування коштами, використовували саме термін позичка, що не відповідає правовій природі вказаних договірних правовідносин [16]. Так, основною відмінністю вказаних договорів є ознака оплатності, оскільки за користування кредитом позичальник зобов'язаний сплачувати проценти. По-друге, на відміну від договору позички, за яким у безоплатне користування передаються індивідуально-визначені речі, предметом кредитного договору є саме кошти, які надаються позичальникові у власність. Крім того, кредитодавцем може бути лише банк або інша фінансова установа, тоді як сторонами позички можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, крім винятків, чітко встановлених законодавством.

Договір позички має також спільні риси з договором зберігання, оскільки їх предметом є речі, визначені індивідуальними ознаками, які повертаються власнику. Однак якщо в договорі зберігання річ передається для зберігання, то в договорі позички – у користування. За загальним правилом користування річчю, переданою на зберігання, є порушенням договору, а в позиції таке користування є основною метою договору [4, с. 293]. Отже, головною відмінною ознакою договору позички та договору зберігання є зв'язок інтересів сторін договору. За договором позички передача речі здійснюється в інтересах особи, яка отримує



річ (користувача), а за договором зберігання передача речі забезпечує інтереси саме тієї сторони, яка передає річ (поклаждавця).

Наступним договором, який має схожість з позичкою за ознакою безоплатності, є дарування. Однак основна відмінність між ними полягає в тому, що при даруванні майно переходить у власність обдарованого, а при позичці переходу права власності не відбувається. По-друге, передачею речі обдарованому договірні відносини між сторонами припиняються, тоді як у договорі позички з моменту передачі речі вони, зазвичай, лише виникають.

Найбільш близький договір позички до договору майнового найму, за яким майно також передається в тимчасове користування. Саме тому до договору позички застосовуються положення глави 58 ЦК України, які не суперечать сутності вказаного договору. Проте головною відмінністю договору позички від договору найму (оренди) є саме безоплатний характер першого, тоді як оплатність другого є його істотною умовою.

**Висновки.** Підсумовуючи вищевикладене, можна зробити висновок, що договір позички належить до цивільно-правових договорів, спрямованих на тимчасове передавання майна в користування, є казуальним, безоплатним, строковим, а також залежно від конкретних умов – реальним, консенсуальним або формальним. Договір позички може бути таким: 1) синалагматичним, якщо він укладений за моделлю консенсуального договору або формального договору без попереднього передавання речі в користування; 2) одностороннім – у випадку, коли він укладається за моделлю реального або формального з передаванням речі в користування до моменту досягнення згоди контрагентів у встановленій формі.

Договір позички істотно відрізняється від подібних правових інститутів, що доводить правильність виокремлення норм, які його регулюють, в окрему главу ЦК України. При цьому безоплатність є конститутивною ознакою договору позички, яка, серед інших, стала підставою для виділення його як самостійного виду договорів, спрямованих на передавання майна в користування. Саме тому вона не повинна обумовлюватись сторонами, оскільки витікає з самої природи договору. З огляду на це, доцільним є виняток ч. 2 ст. 827 ЦК України. Крім того, ефективне правове регулювання відносин з безоплатної передачі речей у тимчасове користування вимагає вдосконалення низки норм глави 60 ЦК України, що потребує подальших наукових досліджень у напрямі розробки безспірних моделей правового регулювання договору позички.

#### Список використаної літератури

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. (зі змінами і доповненнями) // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.

2. Гончаренко В.О. Договір позички за римським приватним правом та його рецесія у сучасному цивільному законодавстві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. : спец. 12.00.03. / В.О. Гончаренко ; Одеська національна юридична академія. – О., 2005. – 21 с.

3. Воронова О.В. Договори, спрямовані на безоплатне передавання майна в користування / О.В. Воронова // Держава та регіони. Серія «Право». – 2010. – № 1. – С. 58–64.

4. Д'ячкова Н.А. Договір позички / Н.А. Д'ячкова, Ф.А. Тучин // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – Харків, 2011. – № 1 (52). – С. 289–295.

5. Лепех С.М. Поняття договорів позики, кредиту та позички за законодавством України / С.М. Лепех // Актуальні проблеми держави і права : збірник наукових праць. – Одеса : Юридична література, 2002. – Випуск 13. – 224 с.

6. Парасюк М.В. Місце та роль позички у договірних відносинах / М.В. Парасюк // Митна справа. – 2011. – № 1(73). – Ч. 2. – С. 94–96.

7. Посполітак В.В. Договір позички в Цивільному кодексі УРСР та Цивільному кодексі України: порівняльний аспект / В.В. Посполітак // Українське право. – 2003. – Ч. 1. – С. 164–170.

8. Цивільний кодекс України від 18.06.1963 р. (утратив чинність) // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1963. – № 30. – Ст. 463.

9. Про бібліотеки і бібліотечну справу : Закон України від 27.01.1995 р. № 32/95-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1995. – № 7. – Ст. 45.

10. Про свободу совісті та релігійні організації : Закон України від 23.04.1991 р. № 987-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 25. – Ст. 283.

11. Про благодійництво та благодійні організації : Закон України від 16.09.1997 р. № 531/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 46. – Ст. 292.

12. Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності : Закон України від 15.09.1999 р. № 1045-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 45. – Ст. 397.

13. Научно-практический комментарий к гражданскому законодательству Украины : в 4 т. / [А.Г. Ярема, В.Я. Карabanь, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань]. – К. : А.С.К., 2005. – Т. 3. – 928 с.

14. Про затвердження Типових правил користування бібліотеками в Україні : Наказ Міністерства культури України від 05.05.1999 р. № 275 // Офіційний вісник України. – 1999. – № 28. – Ст. 1444.

15. Рішення Приморського районного суду м. Одеси від 16.03.2011 р. по справі № 2-295/11 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/15395060>.

16. Рішення Сихівського районного суду м. Львова від 20.01.2012 р. по справі № 2-2688/11 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/21847957>.

УДК 347.4

## ХАРАКТЕРИСТИКА ОКРЕМИХ СПОСОБІВ ЗАХИСТУ МАЙНОВИХ ПРАВ СТОРІН У ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ

Дарина КУШЕРЕЦЬ,

кандидат економічних наук, доцент кафедри менеджменту зовнішньоекономічної діяльності  
Університету сучасних знань

### SUMMARY

The article investigates some ways to protect the property rights of the parties civil contracts and establishing patterns of use of each of them in different types and groups of contracts. The examples of judicial practice reveals the characteristics of the recognition of the transaction invalid as a means of protection of rights of contractual relations, studied category fictitious, worthless and disputed transactions, their differences and similarities, as well as the importance of these institutions for the judicial protection of property rights of the parties of a civil contract. The specific features of the application in a contractual relationship of ways to protect the suspension obligation to enforce the obligation in kind and restore the situation existing before the breach. Based on the research the author's definition of termination of contractual obligation, as a way to protect property rights.

**Key words:** legal obligation, civil contract, disputed transaction, void transaction, sham transaction, enforcement of obligation in kind, proprietary methods of protection, termination liability.

### АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена дослідженню окремих способів захисту майнових прав сторін цивільно-правового договору та встановленню закономірностей застосування кожного із них у різних видах і групах договорів. На прикладах судової практики розкрито характерні особливості визнання правочину недійсним як способу захисту прав учасників договірних відносин, досліджено категорії фіктивного, нікчемного й оспорюваного правочинів, їх спільні та відмінні риси, а також значення цих інститутів для судового захисту майнових прав сторін цивільно-правового договору. Висвітлено особливості застосування в договірних правовідносинах таких способів захисту, як припинення зобов'язання, примусове виконання обов'язку в натурі та відновлення становища, яке існувало до порушення. На підставі дослідження запропоновано авторське визначення поняття припинення договірних зобов'язання як способу захисту майнових прав.

**Ключові слова:** цивільно-правове зобов'язання, договір, оспорюваний правочин, нікчемний правочин, фіктивний правочин, примусове виконання обов'язку в натурі, речово-правові способи захисту, припинення зобов'язання.

**Постановка проблеми.** Складовими динаміки зобов'язальних правовідносин завжди є або можуть бути такі стадії: виникнення, зміна правовідношення, виконання суб'єктивних обов'язків, порушення зобов'язань і їх захист, припинення зобов'язань. У будь-якому разі зобов'язальні правовідношення як мінімум мають дві стадії: виникнення й припинення зобов'язання, а наявність інших залежить від виконання чи невиконання його суб'єктами обов'язків та інших обставин [1, с. 96]. Водночас способи захисту майнових прав сторін договірних зобов'язання в наявній цивільно-правовій літературі розглядаються більшістю вчених через призму окремих проблем або у зіставленні з окремими правовими інститутами.

**Актуальність теми дослідження** зумовлена тим, що на сьогодні цивілістичною наукою напрацьовані матеріали щодо способів захисту прав різних видів правовідносин, наприклад, речово-правові способи захисту. Окремо наявні напрацювання стосовно стягнення відсотків, пені, застосування заходів щодо присудження виконання обов'язку в натурі, припинення зобов'язання тощо. Теорія способів захисту прав сторін цивільно-правового договору на сьогодні лише будується в межах навчальної літератури, що зумовлює необхідність детального й комплексного вивчення цього інституту.

**Стан дослідження.** Наукові дослідження способів захисту майнових прав сторін у договірних зобов'язаннях здійснювалось багатьма вченими-цивілістами, серед яких І.В. Болокан, М.А. Рожкова, О.В. Кот, О.М. Жорнік, Р.О. Стефанчук, Н.В. Коробцова, А.М. Сичевська, І.В. Венедиктова, І.О. Дзера, О.М. Гуліда, В.І. Крат та інші.

**Метою і завданням дослідження** є вивчення специфіки застосування окремих способів захисту майнових прав сторін у договірних зобов'язаннях і встановлення закономірностей кожного з них для різних видів і груп цивільно-правових договорів.

**Викладення основного матеріалу.** Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) реалізував у своїх нормах конституційне положення ст. 55 Основного Закону України, відповідно до якого права і свободи людини та громадянина захищаються судом. Сторона цивільно-правового договору має право на захист свого майнового права в разі його порушення іншою стороною. На практичну реалізацію вищевказаного положення в ст. 16 ЦК України законодавцем було подано доволі розширений перелік способів захисту цивільних прав та інтересів судом, більшість з яких може використовуватися для захисту учасниками договірних правовідносин. До таких способів захисту, прямо передбачених ЦК України, на думку О.В. Кота, можна зарахувати такі: визнання правочину недійсним; відновлення становища, яке існувало до порушення; примусове виконання обов'язку в натурі; зміна правовідношення; припинення правовідношення; відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; відшкодування моральної шкоди [2, с. 204].

І.В. Болокан, досліджуючи питання зобов'язально-правових і спеціальних засобів захисту права власності в підприємницькій діяльності, запропонувала ввести в науковий обіг поняття договірних зобов'язально-правових засобів захисту, які можна визначити як конкретні, передбачені законом або договором вимоги, що можуть бути висунуті

суб'єктами підприємницької діяльності до контрагентів у разі порушення умов укладеного договору [3, с. 5]. На її думку, у договірних зобов'язаннях кредитор може захистити свої права шляхом:

- примусу боржника виконати обов'язок у натурі, наприклад, передати кредиторіві майно у власність;
- розірвання договору;
- застосування мір відповідальності, передбачених договором. Необхідність або можливість застосування договірних зобов'язально-правових засобів захисту виникає в разі порушення контрагентом умов укладеного ним договору [4].

Водночас ч. 2 ст. 16 ЦК України передбачає право суду захистити цивільне право або інтерес у будь-який спосіб, установлений договором або законом, що, у свою чергу, надає право сторонам вказати особливі способи захисту своїх майнових прав у разі їх порушення контрагентом шляхом зазначення в умовах договору певних заходів впливу, які узгоджуються сторонами й набувають статусу обов'язкових. Можна повністю погодитись з думкою О.В. Кота, що останнє положення цілком відповідає принципам свободи договору, свободи підприємницької діяльності, що належать до головних принципів побудови ринкової економіки та стабільного торговельного обігу [5].

Практичною ілюстрацією вищевказаної законодавчої норми є положення ч. 2 ст. 592 ЦК України, відповідно до якої заставодержатель має право вимагати дострокового виконання зобов'язання, забезпеченого заставою, а в разі не задоволення його вимоги звернути стягнення на предмет застави: заставодавець порушив правила про наступну заставу; заставодавець порушив правила про розпорядження предметом застави; в інших випадках, визначених договором.

Також, відповідно до ч. 1 ст. 659 ЦК України, продавець зобов'язаний попередити покупця про всі права третіх осіб на товар, що продається (права наймача, право застави, право довічного користування тощо). У разі невиконання цієї вимоги покупець має право вимагати зниження ціни або розірвання договору купівлі-продажу, якщо він не знав і не міг знати про права третіх осіб на товар.

Ст. 670 ЦК України дає право покупцеві вимагати передачі кількості товару, якої не вистачає, або відмовитися від переданого товару та його оплати, а якщо він оплачений – вимагати повернення сплаченої за нього грошової суми в разі передачі продавцем покупцеві меншої кількості товару, ніж це встановлено договором купівлі-продажу.

Правовими наслідками відкликання товару в покупця, указаними в ст. 681-1 ЦК України, є право покупця вимагати від продавця або виготовника за своїм вибором: безоплатного усунення недоліків товару в розумний строк; повернення сплаченої за товар грошової суми; заміни товару на такий самий товар або на аналогічний товар із наявних у продавця (виготовника).

У цьому разі вищевказані способи захисту ст. 16 ЦК України не містять, однак вони можуть застосовуватись стороною договору самостійно та є застосуванням ним неюрисдикційної форми захисту майнових прав.

Не зазначені в законі й договорі способи захисту майнових прав сторонами цивільно-правового договору застосування судами не підлягають. Зокрема, відповідно до п. 8 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» вимога про визнання правочину (договору) неукладеним не відповідає

можливим способам захисту цивільних прав та інтересів, передбачених законом. Суди мають відмовляти в позові з такою вимогою. У цьому разі можуть заявлятися лише вимоги, передбачені главою 83 книги п'ятої ЦК України.

Не зважаючи на вищевказане роз'яснення вищого судового органу, подача позовів до судів загальної юрисдикції із зазначеною позовною вимогою є досить частим явищем і на сьогодні. Так, рішенням Маловисківського районного суду Кіровоградської області від 07 червня 2012 р., ухваленим у цивільній справі № 1112/1305/12 ОСОБИ\_1 було відмовлено в задоволенні позову до ОСОБИ\_2 про визнання розписки про передачу боргу неукладеною [6]. Як зазначено у вступній частині рішення, позивач звернувся до суду з цим позовом 28 березня 2012 р. (тобто, майже через два з половиною роки після прийняття Пленумом Верховного Суду України вищевказаної постанови), указавши як підставу до захисту свого порушеного права відсутність факту передачі грошей.

У цивільній справі № 361/5762/13-ц, розглянутій 06 листопада 2013 р. Броварським міськрайонним судом Київської області, підставою для відмови в захисті майнових прав сторони договору стало неправильне обрання позивачем способу захисту при зверненні до суду з позовом. Відмовляючи в задоволенні позовних вимог, суд зазначив, що такого способу захисту цивільного права, як визнання недійсним права вимоги за кредитним договором, не існує [7].

Рішенням Орджонікідзевського районного суду м. Запоріжжя від 19 липня 2012 р. було задоволено позов Відкритого акціонерного товариства «Запоріжжяобленерго» до ОСОБИ\_3 про визнання договору про користування електричною енергією укладеним у редакції енергопостачальника. Підставою до подачі позову стало те, що 30 серпня 2011 р. між позивачем і відповідачем було укладено типовий договір № 10910185 про користування електричною енергією із застереженнями з боку споживача про наявність заперечень щодо окремих умов договору. 05 вересня 2011 р. позивачем отримано від відповідача протокол розбіжностей до договору від 30 серпня 2011 р., з пропозиціями якого позивач не погодився та просив суд вважати договір про користування електричною енергією між ним та ОСОБОЮ\_3 укладеним у редакції енергопостачальника. Колегією суддів судової палати в цивільних справах апеляційного суду Запорізької області вищевказане рішення було скасовано й ухвалено нове, яким відмовлено ВАТ «Запоріжжяобленерго» в задоволенні позову. Причиною свого рішення апеляційний суд зазначив відсутність у чинному законодавстві України та в укладеному між сторонами договорі такого способу захисту, як визнання в судовому порядку договору, укладеному в певній редакції [8].

Разом з тим деякі суди, всупереч керівним роз'ясненням Пленуму Верховного Суду України, визнають належним способом захисту майнових прав сторони договору визнання правочину неукладеним. Так, рішенням Міжгірського районного суду Закарпатської області, датованим 28 лютого 2014 р., було задоволено позов прокурора, поданий в інтересах Закарпатської об'єднаної України товариства мисливств та рибалок до Міжгірської селищної ради, про визнання неукладеним договору тимчасового користування земельною ділянкою. Суд першої інстанції мотивував своє рішення тим, що договір не містить усіх обов'язкових умов договору, а також підпису сторони [9].

На нашу думку, справжніми підставами прийняття такого завідомо неправильного рішення (яке залишається

чинним і на сьогодні, оскільки в апеляційному порядку оскаржено не було) стали два психологічні фактори: подача позову прокурором як особою, котра користується особливим правозахисним авторитетом серед правоохоронних органів, а також визнання відповідачем позову, що остаточно переконало суд у правильності обраного ним способу захисту майнового права.

Повертаючись до характеристики способів захисту майнових прав сторін у договірних зобов'язаннях, зупинимось детальніше на найпоширеніших із них.

Визнання правочину недійсним як спосіб захисту майнових прав учасників договірних відносин є порівняно новим інститутом цивільного права, оскільки ЦК УРСР 1963 р. прямо не визнавав його способом, за допомогою якого сторона могла б захистити своє порушене право. В українській мові термін «недійсний» має таке значення: який не має законної сили; який не існує; не реальний. Недійсність правочину зумовлюється наявністю дефектів його елементів: 1) дефекти (незаконність) суб'єктного змісту правочину; 2) дефекти недотримання форми; 3) дефекти суб'єктного складу; 4) дефекти волі – невідповідність волі та волевиявлення [10, с. 34].

Ст. 215 ЦК України розглядає дві категорії правочинів, які не створюють для сторін юридичних наслідків: нікчемний правочин, визнання якого судом не вимагається через визнання його недійсності законом; оспорюваний правочин, який може бути визнаний недійсним у судовому порядку в тому випадку, коли одна зі сторін або інша заінтересована особа належними доказами заперечить його дійсність на підставах, установлених законом. Пункт четвертий Постанови Пленуму Верховного Суду України № 9 від 6 листопада 2009 р. «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» звертає особливу увагу на необхідність розмежування вказаних видів недійсності правочинів.

До нікчемних правочинів можуть бути зараховані договори, які було укладено сторонами з порушенням визначеної для них законом форми (у разі недодержання сторонами вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору (ч. 1 ст. 220 ЦК України), укладені особою з перевищенням меж наданого їй обсягу дієздатності (наприклад, правочин, який учинено малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності в разі відсутності його схвалення батьками (усиновлювачами) або одним із них, з ким вона проживає, або опікуном (ч. 2 ст. 221 ЦК України)).

До оспорюваних правочинів можуть бути зараховані договори юридичної особи, учинені нею без відповідного дозволу (ліцензії) (ст. 227 ЦК України), договори, укладені під впливом помилки (ст. 229 ЦК України), обману (ст. 230 ЦК України) чи насильства (ст. 231 ЦК України), договори, укладені в результаті зловмисної угоди представників сторін (ст. 232 ЦК України).

Водночас доволі цікавим є підхід законодавця відносно правового статусу фіктивного правочину, яким, згідно ч. 1 ст. 243 ЦК України, визнається правочин, учинений без наміру створення правових наслідків, які ним зумовлювалися. Частина друга вказаної статті містить імперативне правило, відповідно до якого фіктивний правочин визнається судом недійсним. У цьому випадку ЦПК не передбачає автоматичної нікчемності фіктивного правочину, однак суд в обов'язковому порядку повинен визнавати його недійсним. Така неоднозначна на перший погляд ситуація спричинена самою природою фіктивного правочину, оскільки, як зазначено в п. 24 Постанови Пленуму Верховного Суду

України № 9 від 6 листопада 2009 р. «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» для визнання правочину фіктивним необхідно встановити наявність умислу всіх сторін правочину. Судам необхідно враховувати, що саме по собі невиконання правочину сторонами не означає, що укладено фіктивний правочин. У разі якщо на виконання правочину було передано майно, такий правочин не може бути кваліфікований як фіктивний.

Отже, перед визнанням правочину фіктивним суд обов'язково має встановити наявність умислу у сторін на його укладення, а також відсутність факту передачі майна на його виконання, що, у свою чергу, зумовлює неможливість автоматичного визнання правочину нікчемним.

Згідно зі ст. 216 ЦК України, недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю. У разі недійсності правочину кожна зі сторін зобов'язана повернути другій стороні в натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення, зокрема тоді, коли одержане полягає в користуванні майном, виконаній роботі, наданій послугі, відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування. Якщо у зв'язку з учиненням недійсного правочину другій стороні або третій особі завдано збитків і моральної шкоди, вони підлягають відшкодуванню винною стороною. Правові наслідки недійсності нікчемного правочину, які встановлені законом, не можуть змінюватися за домовленістю сторін.

Відновлення становища, яке існувало до порушення як способу захисту майнових прав сторін цивільно-правового договору має свої особливості, зумовлені предметом такого договору. Для подання такого позову необхідно, щоб суб'єктивне право не було припинене і його можна було відновити шляхом усунення наслідків правопорушення [11].

Так, рішенням Каланчацького районного суду Херсонської області від 29 жовтня 2012 р., ухваленим у цивільній справі № 2112/1511/2012, було задоволено позовні вимоги фізичної особи до Товариства з обмеженою відповідальністю «Каланчацький водоканал» про припинення дії, що порушує право, й відновлення становища, яке існувало до порушення права. Суд зобов'язав Товариство з обмеженою відповідальністю «Каланчацький водоканал» відновити водопостачання до помешкання ОСОБИ\_1 за адресою місця проживання позивача [12].

У договірному праві цей спосіб захисту може виявлятися також у вимогах про застосування наслідків недійсного правочину. Зокрема, рішенням Алуштинського міського суду Автономної Республіки Крим від 07 жовтня 2013 р. було вирішено спір між фізичними особами про визнання правочину й договору дарування квартири недійсним, відновлення становища, що існувало до порушення. У цій цивільній справі було з'ясовано, що відповідач, будучи дружиною спадкодавця позивача, за життя свого чоловіка відчужила спільне нерухоме майно без його згоди. Після смерті спадкодавця, позивач звернувся до нотаріальної контори із заявою про прийняття спадщини після смерті батька та дізнався, що спадкова квартира відчужена, а тому просив суд визнати договір дарування квартири недійсним і анулювати, а також відновити становище, що існувало до його порушення, повернувши в початкове положення майно, яке існувало до оспорюваного правочину дарування. Обґрунтовуючи своє рішення показами свідків, висновком почеркознавчої експертизи й застосовуючи положення ч. 1

ст. 216 ЦК України, відповідно до якого в разі недійсності правочину кожна зі сторін зобов'язана повернути другій стороні в натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, суд дійшов висновку, що померлий спадкодавець не мав волевиявлення та не давав згоди на відчуження спірної квартири, ухваливши рішення про визнання недійсним договору дарування квартири і приведення сторін скасованого договору в первісний стан, повернувши у власність позивачу житло [13]. Водночас суд першої інстанції, ухвалюючи вищевказане рішення, застосував лише спеціальну норму ст. 216 ЦК України, не зазначаючи про застосування загальної норми, зазначеної в ст. 16 Кодексу.

Примусове виконання обов'язку в натурі є тим способом захисту майнових прав фізичних і юридичних осіб, який притаманний тільки договірному праву, оскільки може застосовуватись лише в тих випадках, коли сторона зобов'язана була вчинити певні дії відносно свого контрагента, але відмовилась або уникає можливості виконати його. З цього випливає, що цей спосіб захисту застосовується за обов'язкової наявності як мінімум двох сторін: сторона, яка зобов'язана вчинити певні дії, і сторона, яка має право вимагати вчинення певних дій, що свідчить про застосування такого способу виключно за наявності зобов'язальних правовідносин між позивачем та відповідачем.

Як засвідчує судова практика, примусове виконання обов'язку в натурі може мати місце при невиконанні обов'язку сплатити кошти за виконану роботу (за договором підряду), передати річ кредитору (за договорами купівлі-продажу, міни, поставки, дарування з обов'язком передати річ у майбутньому), виконати роботи чи надати послуги (за договорами про виконання робіт і надання послуг), а також вчинити інші дії, передбачені умовами укладеного договору.

Зокрема, рішенням Красноперекіпського міськрайонного суду Автономної Республіки Крим від 01 лютого 2010 р. було задоволено позов ОСОБИ\_1 до ОСОБИ\_2, про примусове виконання обов'язку за договором купівлі-продажу квартири. Позивачка звернулася до суду з позовною заявою про визнання ОСОБИ\_2 таким, що втратив право на користування жилим приміщенням, посилаючись на те, що відповідач за договором купівлі-продажу квартири у 2004 р. продав квартиру, виселився з указаного жилого приміщення, але залишається бути прописаним (зареєстрованим проживаючим) на цій жилій площі. При цьому договір купівлі-продажу квартири в п. 10 містить умову у вигляді зобов'язання продавця житла до 01 грудня 2004 р. виписатися з відчуженої квартири. Суд, керуючись ч. 2 ст. 16 і ст. 526 ЦК України, вирішив, що в порядку захисту порушеного права позивачки можливе примусове виконання цього обов'язку шляхом зняття відповідача з реєстрації у вищевказаній квартирі [14].

Припинення договірних зобов'язань як спосіб захисту майнових прав сторін договору має особливості свого практичного застосування.

Чинний ЦК України містить низку статей, які регулюють припинення цивільно-правового договору й, відповідно, породженого ним зобов'язального правовідношення, визначаючи правові наслідки цього юридичного факту. Водночас дефініція поняття «припинення зобов'язання» не знайшло свого закріплення в нормах цього кодифікованого акта. Крім того, ЦК України містить загальні норми, які стосуються припинення зобов'язань, і спеціальні норми припинення окремих договірних зобов'язань, що на прак-

тиці часто створює колізійні ситуації при виборі правової норми, яка підлягає застосуванню до правовідносин. Це підтверджується й судовою практикою, що останнім часом все частіше вирішує питання моменту припинення договірних зобов'язань, котрі випливають із договорів поруки, застави, іпотеки, кредиту тощо.

У ЦК України в низці норм уживаються також поняття «розірвання договору» та «відмова від договору», тоді як у Цивільному, так і в Господарському кодексах України відсутнє загальне їх визначення, а також будь-яке загальне розуміння цих понять, яке можна було б визначити, виходячи з інших правових норм.

Для ґрунтовного й усебічного дослідження зазначеного питання слід насамперед установити правову природу такого явища, як «припинення зобов'язання», та його співвідношення з поняттями «розірвання договору» і «припинення договору».

Є.О. Харитонов припинення зобов'язання визначає як «ліквідацію з передбачених законом або договором підстав існування суб'єктивних прав і обов'язків, які становлять його зміст», що найчастіше відбувається при виконанні зобов'язання [15, с. 523]. Аналогічної позиції дотримується й колектив авторів підручника «Цивільне право України» за редакцією О.В. Дзери та Н.С. Кузнецової [16, с. 721].

Російські вчені визначають припинення зобов'язання як ліквідацію юридичного зв'язку між його учасниками, що виражається в завершенні існування їхніх суб'єктивних прав та обов'язків, які становлять зміст конкретного зобов'язального правовідношення [17, с. 616].

У розумінні авторів підручника «Цивільне право України» під редакцією Я.М. Шевченко за своєю понятійною сутністю припинення зобов'язання може бути ототожене із закінченням (зникненням) правового зв'язку між його конкретними суб'єктами. При цьому питання припинення зобов'язання, на думку вчених, постає лише тоді, коли зникає початковий вид зобов'язальних зв'язків, що не пов'язано зі зміною такого зобов'язання [18, с. 679–680].

Розглядаючи дві вищевказані дефініції, можна відмітити їх тотожність. У договірному зобов'язанні двох суб'єктів поєднує між собою існування взаємних прав і обов'язків відносно один одного. Отже, ліквідація підстав існування суб'єктивних прав і обов'язків означає, по суті, і ліквідацію (припинення, закінчення) юридичного зв'язку між його учасниками.

Ю.Л. Сенін схиляється до думки, що припинення зобов'язання за своїм змістом означає те, що з відповідного моменту боржник перестає бути боржником, а кредитор – кредитором, унаслідок чого будь-які вимоги, які кредитор раніше міг заявити боржникові, виходячи з такого зобов'язання, стають безпідставними [19, с. 31]. У цьому випадку таке твердження, на нашу думку, дещо не узгоджується з приписами ч. 5 ст. 653 ЦК України, оскільки не відображає винятку з цього правила. Відповідно до вищевказаної норми, якщо договір змінений або розірваний у зв'язку з істотним порушенням договору однією зі сторін (а розірвання договору в силу частини другої цієї статті припиняє зобов'язання сторін), друга сторона може вимагати відшкодування збитків, завданих зміною або розірванням договору. На додаток ч. 4 ст. 631 ЦК України містить імперативну норму, відповідно до якої закінчення строку договору не звільняє сторони від відповідальності за його порушення, яке мало місце під час дії договору.

З огляду на це, говорити про безпідставність будь-яких вимог, які кредитор раніше міг заявити боржникові, вихо-

дячи із припиненого зобов'язання, є дещо помилковим. Як слушно вказує стосовно цієї ситуації Ю.В. Паскевич, аналіз чинного законодавства дає змогу стверджувати, що закінчення строку дії договору є підставою припинення зобов'язальних правовідносин між сторонами в повному обсязі лише в разі належного виконання умов договору. У випадку ж порушень умов договору кредитор має право притягнути до відповідальності боржника незалежно від спливу строку дії договору з урахуванням позовної давності, що застосовується до його вимог [20, с. 94].

У свою чергу, А.М. Блашук вважає, що припинення зобов'язання є самостійною стадією динаміки зобов'язальних правовідносин і входить до неї разом із такими стадіями розвитку зобов'язальних правовідносин, як виникнення та зміна правовідношення, виконання суб'єктивних обов'язків, порушення зобов'язання і його захист. При цьому припинення зобов'язання поряд із його виникненням, на думку вченого, є обов'язковою стадією будь-якого цивільного правовідношення [21, с. 9]. Тотожної позиції дотримується й О.І. Міхно, визначаючи припинення договору як самостійну стадію динаміки договірних правовідношення [22, с. 10].

С.А. Сліпченко та В.А. Кройтор припиненням зобов'язання визначають такий правовий стан, при якому в силу певних юридичних фактів правовідношення припиняє своє існування, тобто суб'єктивні права й обов'язки, які пов'язували боржника і кредитора, припиняються [23, с. 76].

Підсумовуючи подані напрацювання науковців-правників слід відзначити, що теоретичне розуміння природи припинення зобов'язання ґрунтується на зникненні між суб'єктами тих правових зв'язків, які їх поєднували в процесі існування такого зобов'язання. Механізм такого зникнення визначається вченими через ліквідацію, закінчення чи зникнення (що є тотожними поняттями) цивільних прав та обов'язків у зобов'язанні.

Так, рішенням Богунського районного суду м. Житомира від 24 липня 2013 р. було задоволено позов ОСОБИ\_1 до Житомирського обласного спеціалізованого ремонтно-будівельного підприємства протипожежних робіт про розірвання договору та стягнення сплаченого авансу. У своєму рішенні суд послався на положення ст. 849 ЦК України, яка дає право замовнику відмовитись від договору, якщо підрядник своєчасно не розпочав роботи або виконує її настільки повільно, що закінчення її у строк стає явно неможливим, а також ч. 1 ст. 872 ЦК України, яка передбачає право замовника вимагати за своїм вибором розірвання договору й відшкодування збитків, якщо підрядником були допущені істотні відступи від умов договору побутового підряду або інші істотні недоліки в роботі, виконаній із матеріалу замовника [24]. Рішенням суду договір підряду було розірвано, однак використання судом двох різних правових підстав свідчить про плутанину в судовій практиці щодо застосування термінів «відмови від договору» та «розірвання договору».

Виходячи із вищевикладеного, припиненням договірних зобов'язання, на нашу думку, слід вважати спричинену визначеним законом переліком юридичних фактів ліквідацію взаємних прав та обов'язків сторін договору, не пов'язане зі зміною його умов.

Аналізуючи норми основного кодифікованого акта цивільного законодавства, можна помітити, що законодавець остаточно не визначився з питанням: до якої юридичної категорії слід зарахувати інститут припинення договірних зобов'язань.

Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 611 ЦК України, припинення зобов'язання може бути одним із правових наслідків порушення зобов'язання, що встановлюється договором або законом. Виходячи з диспозиції вищевказаної норми, припинення зобов'язання в цьому разі може відбуватись лише в певних випадках – унаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору. Можна говорити про те, що наведений приклад є ілюстрацією зарахування інституту припинення зобов'язання до способів охорони майнових прав сторін у договорі, оскільки його застосування спрямоване на усунення в майбутньому негативних майнових наслідків для однієї або обох сторін і є результатом законної поведінки з контрагентів – односторонньої відмови від зобов'язання, яка передбачена договором або законом, чи розірвання договору, що також може бути в межах правового поля. У цьому випадку відсутній елемент протиправності, а тому говорити про припинення договірних зобов'язання з підстав, передбачених п. 1 ч. 1 ст. 611 ЦК України, як способу захисту майнових прав буде юридично неправильно.

**Висновки.** Отже, способи захисту майнових прав сторін у договірних зобов'язаннях мають свою специфіку застосування залежно від виду договору та його предмета, що, у свою чергу, впливає на обрання стороною конкретного виду захисту у правовідносинах, що виникли. Серед способів захисту майнових прав фізичних і юридичних осіб, притаманних тільки договірному праву, можна визначити лише примусове виконання обов'язку в натурі.

#### Список використаної літератури

1. Блашук А.М. Поняття та права природа припинення цивільно-правового зобов'язання / А.М. Блашук // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2004. – № 4. – С. 93–98.
2. Кот О. Способи захисту сторін договору в приватному праві України / О. Кот // Приватне право. – 2013. – № 2. – С. 203–210.
3. Білокан І.В. Зобов'язально-правові та спеціальні засоби захисту права власності в підприємницькій діяльності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / І.В. Білокан. – К., 2008. – 20 с.
4. Білокан І.В. Зобов'язально-правові засоби захисту прав сторін у договірних відносинах / І.В. Білокан [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.stationline.org.ua/pravo/76/12179-zobov-yazalno-pravovi-zasobi-zaxistu-pravstorin-u-dogovirnix-vidnosinax.html>.
5. Кот О. Захист прав учасників договірних відносин / О. Кот // Юридичний журнал «Юстиніан». – 2005. – № 2. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1582>.
6. Рішення Маловісківського районного суду Кіровоградської області від 07.06.2012 року у справі № 1112/1305/12 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24537610>.
7. Рішення Броварського міськрайонного суду Київської області від 06.11.2013 р. у справі № 361/5762/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34716640>.
8. Рішення Апеляційного суду Запорізької області від 26.09.2012 р. у справі № 22 -4879/ 12 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26212865>.

9. Рішення Міжгірського районного суду Закарпатської області від 28.02.2014 р. у справі № 706/15/2012 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38799666>.
10. Жорнік О.М. Застосування поняття недійсності правочину та її види у цивільному судочинстві / О.М. Жорнік // Адвокат. – 2012. – № 9 (144). – С. 33–36.
11. Аналіз судової практики застосування статті 16 ЦК України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://gmm.vn.court.gov.ua/sud0205/analiz/27576/>.
12. Рішення Каланчацького районного суду Херсонської області від 29.10.2012 р. у справі № 2112/1511/2012 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27735482>.
13. Рішення Алуштинського міського суду Автономної Республіки Крим від 07.10.2013 р. у справі № 101/622/13-ц // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34074275>.
14. Рішення Красноперекопського міськрайонного суду Автономної Республіки Крим від 01.02.2010 р. у справі № 2-110/10 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/7924508>.
15. Харитонов Є.О. Цивільне та сімейне право України : [підручник] / Є.О. Харитонов, Н.Ю. Голубєва. – К. : Правова єдність, 2009. – 968 с.
16. Цивільне право України : [підручник] : у 2 кн. / [О.В. Дзера, Д.Б. Боброва, А.С. Довгерт та ін.] ; за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової. – 2-е вид., доп. і перероб. – К., 2004. – Кн. 2. – 2004. – 736 с.
17. Гражданское право : [учебник] : в 3 т. / [Н.Д. Егоров, И.В. Елисеев и др.] ; под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – 6 изд., перераб. и доп. – М., 2005. – Т. 1. – 2005. – 744 с.
18. Цивільне право України: Академічний курс : [підручник] : у 2 т. / за заг. ред. Я.М. Шевченко. – 2-ге вид., доп. і перероб. – К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. – Т. 1 : Загальна частина. – 2006. – 696 с.
19. Сенін Ю.Л. Підстави припинення зобов'язань та місце новації серед цих підстав / Ю.Л. Сенін // Вісник Верховного Суду України. – 2012. – № 3. – С. 30–35.
20. Паскевич Ю.В. Припинення договору найму (оренди): окремі теоретичні аспекти / Ю.В. Паскевич // Юридичний вісник. – 2013. – № 3 (28). – С. 92–96.
21. Блашук А.М. Припинення договірних зобов'язань у цивільному праві України : автореферат дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / А.М. Блашук. – К., 2006. – 22 с.
22. Міхно О.І. Припинення договору за цивільним законодавством України : автореферат дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О.І. Міхно. – К., 2007. – 26 с.
23. Гражданское право Украины. Часть II : [учебное пособие] / под ред. С.А. Слипченко, В.А. Кройтор. – Х. : Эспада, 2000. – 399 с.
24. Рішення Богунського районного суду м. Житомира від 24.07.2013 р. у справі № 2/295/1224/13 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32845856>.

УДК 347.238

## ПРАВОВИЙ РЕЖИМ СПІЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА НЕРУХОМЕ МАЙНО

Андрій ЛОЗОВИЙ,

здобувач кафедри цивільного права № 2

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

### SUMMARY

Legal nature of legal regime of joint ownership on immovable property is being analyzed in the article. The definition of such a regime is offered. Static and dynamic forms of legal regime of joint ownership on immovable property are differentiated and researched. The author proves existence of legal regimes of common and specific usage as well as definite and indefinite property within general legal regime of joint ownership on immovable property. The appropriate legal regimes are being analyzed and their specific signs and differences are certain. The author is concluding that regime of common usage may be inherent for joint common ownership on immovable property as well as for joined share ownership on such an object. But specific usage may be inherent only for joined shared ownership on immovable property.

**Key words:** immovable property, joint ownership, legal regime.

### АНОТАЦІЯ

Аналізується природа правового режиму спільної власності на нерухоме майно, пропонується його визначення. Розмежовується та досліджується статична й динамічна складові правового режиму спільної власності на нерухомість. Обґрунтовується існування в межах режиму спільної власності на об'єкти нерухомого майна окремих режимів конкретного та загального користування річчю, а також режимів визначеної й невизначеної власності. Аналізуються відповідні правові режими, визначено їх спільні ознаки та розбіжності. Робиться висновок, що режим загального користування може бути властивий як спільній сумісній, так і спільній частковій власності, тоді як режим конкретного користування – лише спільній частковій власності.

**Ключові слова:** нерухомість, спільна власність, правовий режим.

**Постановка проблеми.** Правовий інститут спільної власності на нерухоме майно має дуже довге коріння, адже виник майже водночас із розмежуванням речей на рухомі й нерухомі. Історичні джерела дають змогу стверджувати, що спільна власність на знаряддя праці була основою суспільного виробництва первинних об'єднань людей, базис яких закладався на родоплеменних зв'язках. Більше того, наявні реальні передумови для того, щоб стверджувати, що спільна власність виникла задовго до виокремлення приватної власності, яка пов'язується з відстороненням окремих соціальних груп від засобів виробництва.

Проте, незважаючи на таку довгу історію розвитку інституту спільної власності, його еволюція триває й на сьогодні, а тому, зазнаючи впливу динаміки розвитку правової системи України загалом та окремих її інститутів зокрема, інститут спільної власності також перебуває в постійному розвитку. Комплексний характер положень, що регламентують відносини спільної власності, а також особливості нерухомості, зокрема, як об'єкта відносин спільної власності формують низку специфічних ознак, властивих відносинам спільної власності на нерухомість, що в цілому становлять відповідний правовий режим.

Зазначене питання не ставало предметом комплексного науково-юридичного аналізу, що не дає змоги використовувати відповідні результати в подальших наукових дослідженнях і ускладнює правильне правове усвідомлення відповідних суспільних відносин та застосування положень законодавства. У зв'язку з цим окреслені питання є актуальними й цінними як з теоретичного, так і практичного погляду.

Відносини спільної власності ставали предметом наукових досліджень таких учених юристів, як Т.О. Ариванюк, К.М. Глиняна, Н.С. Кузнецова, Р.А. Майданик, І.П. Малютіна, О.І. Сафончик, І.В. Спасибо-Фатєєва, С.Я. Фурса,

Н.Ю. Христенко, Ю.Ю. Цал-Цалко, А.О. Шевирін, В.Л. Яроцький та інші.

**Метою статті** є правовий аналіз природи режиму спільної власності на нерухоме майно, його особливостей, елементів, а також окремих підвидів.

**Виклад основного матеріалу.** Як це не дивно, однак, незважаючи на значний вплив радянського підходу до регулювання спільної власності, Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) є типовим кодексом, складеним для регулювання капіталістичних відносин.

Слід звернути увагу, що, незважаючи на прогресивний характер, положення ЦК України не містять визначення спільної власності. Частина перша ст. 355 ЦК України лише містить положення, відповідно до якого майно, що є у власності двох або більше осіб (співвласників), належить їм на праві спільної власності (спільне майно).

При цьому частиною другою зазначеної статті визначаються види спільної власності – спільна часткова або спільна сумісна [1, ст. 355].

Враховуючи наведене, виникає питання, чим саме характеризується спільна власність осіб на об'єкти нерухомого майна та інші об'єкти цивільного обігу, адже в межах існування такого виду власності у співвласників виникають певні права й обов'язки, які пов'язані саме з тим, що вони разом володіють однією нерухомою річчю. У юридичній літературі таке явище прийнято називати «правовий режим». Водночас слід зазначити, що, незважаючи на достатню дослідженість питання правового режиму в юридичній літературі, воно, тим не менше, є досить багатограним і переважно використовується в публічно-правових сферах юриспруденції [2; 3; 4; 5], а положення чинного законодавства не містять його визначення [6, с. 31].

Слово «режим» (походить від фр. regime або лат. regimen – управління) може означати сукупність засобів,



заходів, норм, що використовуються для досягнення певної мети [3, с. 10], або державний лад, спосіб управління, точно встановлений порядок чого-небудь, умови діяльності, роботи, існування чого-небудь [5, с. 15].

Якщо проаналізувати праці вчених юристів – представників публічно-правового блоку й учених – теоретиків права, можна дійти висновку, що «стрижнем» розуміння поняття «правовий режим», який пронизує відповідні праці, є його «прив'язка» до механізму правового регулювання суспільних відносин. У такому разі юристи зазначають, що реалізація механізму правового регулювання здійснюється через особливі комплекси юридичних засобів, які нерідко позначаються як правовий режим [2, с. 28]. У зв'язку з цим правовий режим є нічим іншим як порядком регулювання, вираженим у комплексі правових засобів, що характеризують поєднання взаємодіючих дозволів, заборон, а також позитивних зобов'язань, які створюють особливе правове регулювання [5, с. 16; 7, с. 71]. При цьому навіть у зазначеному ракурсі правовий режим певним чином диференціюється на різні види. Правовий режим у такому розумінні може розглядатися як різновид соціального режиму або порядок регулювання [2, с. 28–29].

Водночас слід відмітити, що при дослідженні природи правового режиму більшість учених також, ніби мимохідь, звертаються до його об'єктових і суб'єктних характеристик, тим самим непрямо визнаючи, що правовий режим хоча і являє собою інструментарій правового регулювання на макрорівні, тим не менше в конкретних правових відносинах специфікується у зв'язку з його «прив'язкою» до об'єкта правовідносин або його суб'єкта. Отже, по суті, на рівні таких правовідносин правовий режим зумовлюється специфікою об'єкта або суб'єкта. З цього приводу найбільш вдало для приватноправової сфери інтерпретацію правового режиму пропонує Е.Ф. Шамсунова. В одній зі своїх робіт І.М. Отрош, посилаючись на вчену, зазначає, що вона розглядає поняття правовий режим у двох розуміннях – широкому та вузькому. У широкому розумінні правовий режим являє собою особливий порядок законодавчого регулювання діяльності, дій або поведінки фізичних і юридичних осіб у різних сферах суспільних відносин; у вузькому – це закріплене в нормах права особливе поєднання юридичного інструментарію (юридичних засобів), що характеризується наявністю певних умов, конкретністю (визначеністю) суспільних відносин, зв'язком з певним об'єктом і переслідуванням сприятливої, корисної для суспільства та держави мети [6, с. 32].

Отже, можна зробити висновок, що публічно-правова сторона правового режиму найбільш яскраво розкривається в широкому розумінні, а приватноправова – у вузькому.

Повертаючись до об'єктових і суб'єктних правових режимів, слід зазначити, що при дослідженні питання правового режиму та його відмежування від правового статусу й правового положення Н.В. Якимчук звернула увагу саме на суб'єктну його властивість, у зв'язку з чим дійшла висновку, що він більшою мірою позначає принципи, умови та правові межі реалізації суб'єктом його правового статусу, передусім прав і обов'язків, визначених у законодавстві [5, с. 16].

Стосовно режимів об'єкта в юридичній літературі вже загальноприйнятою можна вважати думку щодо існування певного правового режиму нерухомого майна. Б.А. Яськів, посилаючись в одній зі своїх робіт на С.С. Алексєєва, зазначає, що «режим об'єкта» є скороченим словесним позначенням порядку регулювання, що виражається в характері й обсязі прав відносно цього об'єкта [7, с. 71]. Подібної

позиції підтримується і Д.М. Бахрах, на думку якого правовий режим являє собою комплекс суспільних відносин певного виду діяльності, закріплений юридичними нормами та забезпечений сукупністю юридично-організаційних засобів [4, с. 28].

У сфері обігу нерухомого майна об'єктовий правовий режим найбільш поширений у положеннях законодавств і працях, присвячених обігу земельних ресурсів. Під правовим режимом земель у юридичній літературі прийнято розуміти певне теоретичне поняття, яке узагальнює правову характеристику землі як об'єкта права й містить указівку на коло важливих правових відносин, що виникають стосовно землі [8, с. 28], або особливий диференційований порядок регулювання життєдіяльності в межах категорії земель, якій реалізується шляхом установалення суб'єктами стимулів і обмежень в галузі раціонального використання й охорони земель, а також особливостей управління цією територією в порядку, визначеному містобудівельним, земельним, екологічним та іншим законодавством, а також нормативно-правовими актами органів місцевого самоврядування [9, с. 375].

Якщо ми звернемося до поняття «правовий режим спільної власності на об'єкти нерухомого майна», то в такому разі саме формулювання дає нам змогу стверджувати, що такий режим є об'єктово-суб'єктним, оскільки пов'язується як з об'єктами нерухомого майна, що перебувають у спільній власності, так і правовим статусом співвласників, тобто наявністю в них певного кола прав та обов'язків певного обсягу.

Враховуючи наведене, можна погодитися з правовою позицією, відповідно до якої в загальному вигляді правовий режимом майна є, по-перше, сукупність таких елементів як певний порядок регулювання, виражений через комплекс взаємозалежних правових засобів регулювання майнових відносин; по-друге, він складається стосовно певного об'єкта регулювання; по-третє, включає певну мету або спрямованість правового регулювання [10, с. 284].

Стосовно правового режиму спільної власності на об'єкти нерухомого майна його можна визначити як урегульований положеннями актів законодавства порядок виникнення, зміни та припинення спільної власності суб'єктів цивільних правовідносин на об'єкти нерухомості, а також порядок реалізації зазначеними суб'єктами своїх прав та обов'язків щодо один одного та третіх осіб з приводу спільного майна.

Такий підхід, на нашу думку, найбільш повно підкреслює особливості правового режиму спільної власності в аспекті нерухомості як об'єкта його виникнення і правильно розташовує акценти з погляду вузького розуміння правового режиму.

Будучи складним явищем, правовий режим конкретизується в окремих юридичних зв'язках між особами, що опосередковується їх правами та обов'язками, а також специфікою цивільного обігуспроможності нерухомого майна.

Зважаючи на це, ми переконані, правовий режим спільної власності на об'єкти нерухомого майна можна відобразити в структурно-системному вигляді, що розкриває його статичну складову, а в динамічному ракурсі являє собою певний процес.

У першому розумінні правовий режим є набором елементів, що входять до його складу, до яких традиційно зараховують об'єкт, суб'єкт і зміст, тобто права й обов'язки сторін правовідносин – співвласників. У свою чергу, динамічний ракурс правового режиму позначає стадії його ви-

никнення, розвитку та припинення й фактично складається з трьох зазначених стадій.

Стосовно підстав виникнення права спільної власності вирішено в положеннях законодавства досить неоднозначно. Зокрема, частиною третьою ст. 355 ЦК України встановлено, що право спільної власності виникає з підстав, не заборонених законом, однак власне причини виникнення передбачені лише щодо виникнення права спільної сумісної власності.

Відповідно до частини третьою ст. 368 ЦК України, майно, набуто подружжям за час шлюбу, є їхньою спільною сумісною власністю, якщо інше не встановлено договором або законом.

При цьому частиною четвертою зазначеної статті ЦК України визначено, що майно, набуто в результаті спільної праці й за спільні кошти членів сім'ї, є їхньою сумісною власністю, якщо інше не встановлено договором, укладеним у письмовій формі [1, ст. ст. 355, 368].

Отже, положення ЦК України (ст. 355) чітко ставлять в основну спільної власності саме її часткову складову, визначаючи, що майно перебуває у спільній частковій власності, якщо інше не передбачено положеннями законодавства. При цьому положення ст. 368 ЦК України дають змогу стверджувати, що спільна сумісна власність виникає переважно з родинних зв'язків, а також у стосунках подружжя. В іншому випадку слід вважати, що з приводу спільного нерухомого майна виникає спільна часткова власність.

Якщо порівняти режими спільної власності на нерухоме майно, то можна зробити висновок, що спільна сумісна власність характеризується меншою ідентифікацією зв'язків між співвласниками стосовно нерухомої речі, ніж спільна часткова власність. Зокрема, сутність спільної сумісної власності полягає в тому, що співвласники спільно на рівних правах з рівними правомочностями користуються спільним майном, не прив'язуючи таке володіння до умовних ідеальних частин. Стосовно спільної часткової власності при реалізації відповідних повноважень співвласники так само можуть користуватися майном на рівних правах, однак при цьому усвідомлюючи, що фактично конкретному співвласникові може належати частина нерухомого майна, що є більшою від частини іншого співвласника, а якщо співвласників кілька, то визначення частини в праві на спільне нерухоме майно характеризується відносністю. Відносність означає, що співвласники визначили частки в праві на об'єкт нерухомого майна і, як результат, можуть їх співвіднести між собою вартістю та ідеальним обсягом (кількістю).

Стосовно власне динамічної складової режиму спільної власності на об'єкти нерухомого майна вона конкретизується підставами виникнення, зміни та припинення.

Виникнення режиму спільної власності традиційно відбувається внаслідок дії юридичних фактів. Конкретні підстави виникнення залежать від характеру режиму, однак традиційною підставою виникнення режиму спільної власності є правочини. Для режиму спільної сумісної власності характерним є набуття права власності на підставі цивільно-правових угод. Як вдало зазначила Н.Ю. Христенко у своєму дисертаційному дослідженні, присвяченому розгляду права спільної сумісної власності фізичних осіб, за суб'єктивним складом право спільної сумісної власності ділиться на кілька видів, а саме: сумісна власність подружжя; сумісна власність батьків і дітей; сумісна власність членів особистого селянського господарства; сумісна власність членів сім'ї приватизованої квартири; спільна сумісна власність членів об'єднання співвласників багатоквар-

тирного будинку [11, с. 11]. Враховуючи наведене, можна зробити висновок, що передумовами виникнення режиму спільної власності є наявність певного роду юридичних зв'язків між співвласниками, наприклад у зв'язку зі шлюбом або утворенням особистого селянського господарства. У такому разі після настання відповідних обставин подружжя, набуваючи у власність об'єкт нерухомого майна, автоматично стає його співвласниками, тобто щодо всього майна, придбаного подружжям, автоматично виникає режим спільної власності, звичайно, крім випадків, передбачених ст. 57 Сімейного кодексу України [12, с. 11]. При цьому слід звернути увагу, що, відповідно до прийнятої в юридичній науці позиції, яка ґрунтується на положеннях законодавства, режим спільної сумісної власності виникає й щодо нерухомого майна, самотого особами під час перебуванні у фактичних шлюбних стосунках, оскільки такі стосунки є шлюбними за своєю сутністю, однак не мають лише необхідної формалізації (державної реєстрації) [13, с. 481; 14, с. 42; 15, с. 136].

Стосовно спільної часткової власності підставами виникнення відповідного правового режиму є визначення часток у спільному майні, що належить декільком особам на праві спільної сумісної власності, створення або придбання об'єктів нерухомого майна кількома особами.

Для практики правозастосування слід звернути увагу на положення частини першої ст. 357 ЦК України, відповідно до якої частки у праві спільної часткової власності вважаються рівними, якщо інше не встановлено за домовленістю співвласників або законом [1, ст. 357]. На наше переконання, зазначене нормативне положення слід сприймати як стимул для співвласників формалізувати свої відносини власності й визначити частини в праві на спільний об'єкт власності під час оформлення відповідних прав. Ідеться про те, що «рівність часток» руйнує ринковий підхід до обігу нерухомого майна і підриває його економічну складову, адже в такому разі якщо сторони, які, наприклад, спільно здійснювали будівництво об'єкта нерухомого майна, вклали в його фінансування різні за обсягом кошти, однак не вирішили питання щодо часток, то стають власниками об'єкта в рівних частках, що суперечить принципу справедливості.

Стосовно зміни режиму спільної власності слід зазначити, що вона відбувається в тому випадку, коли, наприклад, режим спільної сумісної власності змінюється на режим спільної часткової.

Слід розмежовувати припинення режиму від його зміни. Зокрема, у разі визначення співвласниками частки в ньому, то така операція лише конкретизує правовий режим спільної власності, перетворюючи його з режиму спільної сумісної на спільну часткову власність. У тому ж випадку, коли сторони ділять майно в натурі, то відбувається припинення режиму спільної власності, адже кожна особа в результаті поділу отримує свою частину майна і стає її одноосібним власником або отримує грошову компенсацію.

Як правило, у порядку припинення режиму спільної власності закладається суб'єктивний критерій. Це означає, що спільна власність припиняється тоді, коли власником об'єкта нерухомого майна стає одна особа або кожен отримує в натурі свій об'єкт і стає його одноосібним власником. Якщо ж у нерухомої речі є кілька власників і один із них у результаті виділення частини об'єкта в натурі отримує її у власність, в інших співвласників може залишатися спільна часткова власність на нерухоме майно, з якого було зроблено виділення.

Як ми зазначали, зі статичного погляду режим спільної часткової власності становлять об'єкт, суб'єкт і зміст.

Слід зазначити, що суб'єктами режиму спільної власності на об'єкти нерухомого майна, незалежно від того, чи є така власність спільною частковою або спільною сумісною, можуть бути фізичні та юридичні особи, держава, а також територіальні громади (частина друга ст. 356 та частина друга ст. 368 ЦК України) [1, ст. ст. 356, 368].

Стосовно об'єктів режиму спільної власності на об'єкти нерухомого майна ними, відповідно, є об'єкти нерухомості. Особливим об'єктом режиму спільної власності може бути об'єкт незавершеного будівництва, який уже досить тривалий час розглядають як один із різновидів об'єктів нерухомого майна [16, с. 121; 17, с. 233].

Слід зазначити, що практика правозастосування, поширена на початку 90-х років ХХ століття щодо об'єктів нерухомого майна, призвела до ситуації, коли співвласники складних нерухомих речей, зокрема цілісних майнових комплексів, маючи формально частку в праві, фактично володіють окремою частиною такої нерухомості. Більше того, правочини, які вчинялися в зазначений період часу, передбачали, що, відчужуючи частку в праві, співвласник відчужує конкретну частину спільного об'єкта нерухомого майна в натурі, який «прив'язаний» до цієї частки. У реаліях сьогодення така практика без перебільшення є хибною, адже частина в праві спільної власності на нерухомість не забезпечує володіння на праві власності відповідною частиною спільної речі. В іншому випадку ця частина перебувала б у приватній власності однієї особи, що виключає її перебування у складі спільного майна.

Однак, незважаючи на це, «прив'язка» частки в праві до окремої частини спільного майна все ж таки може мати місце, проте в дещо специфічній формі. Аналіз положень законодавства, зокрема частин другої – четвертої ст. 358, ст. ст. 361 та 369 ЦК України дає змогу стверджувати щодо наявності в межах режиму спільної власності на об'єкти нерухомого майна режимів конкретного й загального користування річчю.

Так, частинами другою – четвертою ст. 358 ЦК України встановлено, що співвласники можуть домовитися про порядок володіння та користування майном, що є їхньою спільною власністю. При цьому кожен із співвласників має право на надання йому у володіння та користування тієї частини спільного майна в натурі, яка відповідає його частці в праві спільної часткової власності. У разі неможливості цього він має право вимагати від інших співвласників, які володіють і користуються спільним майном, відповідної матеріальної компенсації.

Якщо договір між співвласниками про порядок володіння та користування спільним майном посвідчений нотаріально, він є обов'язковим і для особи, яка придбає згодом частку в праві спільної часткової власності на це майно [1, ст. 358].

Стосовно спільної сумісної власності, відповідно до положень ст. 369 ЦК України, встановлено, що співвласники майном, яке є у спільній сумісній власності, володіють і користуються ним спільно, якщо інше не визначено домовленістю між ними. При цьому розпорядження майном, що є в спільній сумісній власності, здійснюється за згодою всіх співвласників [1, ст. 369]. Отже, положення чинного законодавства чітко розмежували режими конкретного та загального користування. Загальне користування й володіння полягають у тому, що співвласники на етапі його встановлення, як правило, ще не визначили частки в праві, а

тому діють відповідно до презумпції їх рівності. У зв'язку з цим, вони володіють і користуються спільним майном на рівних правах без «прив'язки» таких прав до окремих частин об'єкта. Стосовно конкретного користування воно переважно властиве відносинам спільної часткової власності, коли співвласники знають частину кожного з них у праві на спільне майно, а тому можуть «прив'язати» її до користування конкретною частиною такого майна. Водночас слід звернути увагу на те, що така «прив'язка», відповідно до положень чинного законодавства, є умовною і не впливає на поділ майна в майбутньому. У результаті такого поділу співвласники можуть отримати інші частини об'єкта, ніж ті, якими користувалися відповідно до режиму індивідуального користування [18, с. 279].

Режим загального користування може бути властивий як спільній сумісній, так і спільній частковій власності, тоді як режим конкретного користування – лише спільній частковій власності.

Враховуючи наведене, виникає питання, якщо законодавством виділяються такі режими, то чому все ж таки не можна відчужувати частину в праві спільної власності на об'єкт нерухомого майна з «прив'язкою» до відповідної частини самого об'єкта нерухомості? На нашу думку, на сьогодні це можливо лише з використанням механізмів переходу прав за договорами про порядок користування спільним майном, тобто якщо з відчуженням ідеальної частки відступаються і права за договором про порядок користування об'єктами нерухомого майна, відповідно до частини четвертої ст. 358 ЦК України.

Водночас, на нашу думку, слід удосконалити цивільне законодавство й передбачити можливість осіб відчужувати частку в праві спільної власності на об'єкти нерухомого майна з «прив'язкою» до конкретної частини нерухомості, однак лише за умови, що така частина входить до складу адитивного об'єкта нерухомості. Іншими словами, необхідно внести зміни до ЦК України та Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», якими передбачити можливість цивільного обігу та реєстрації прав власності на окремо визначену частину складного нерухомого майна з установленням її еквівалента в праві спільної часткової власності.

Умовно такий режим у межах спільної часткової власності можна назвати режимом визначеної власності. На відміну від режиму невизначеної власності, він фіксує частку в праві спільної часткової власності й міцно в юридичному сенсі «прив'язує» її до конкретного об'єкта нерухомого майна, що входить до складу складної нерухомої речі. У результаті, відчуження частки означає перехід права власності до набувача на конкретно визначену частину об'єкта нерухомості. У свою чергу, режим невизначеної власності, так само може супроводжуватися «прив'язкою» частки в спільному майні до частини такого майна, однак при відчуженні частки в праві спільної власності до набувача переходять права та обов'язки відчужувача, закріплені угодою про порядок володіння й користування спільним майном.

Отже, у межах загального режиму спільної власності на об'єкти нерухомого майна можуть мати місце окремі режими – конкретного або загального користування, а також режими визначеної та невизначеної власності.

На завершення розгляду зазначеного питання слід зазначити, що режим визначеної власності за своєю природою схожий на одноосібну власність, коли одна особа є власником певної речі, однак його практичне використання

є набагато ширшим та ефективнішим у сучасних умовах недосконалості законодавства у сфері обігу нерухомого майна. Ідеться про ті випадки, коли фізичним особам, наприклад, на праві спільної власності належить так званий «будинок на два хазяїна». Будучи його співвласниками, вони можуть претендувати на отримання земельної ділянки під будинком у користування або у власність, відповідно до ст. 120 Земельного кодексу України. Крім того, у спільній власності перебувають і комунікативні системи, що забезпечують водо-, газо-, електропостачання тощо. Якщо ж такі особи ділять будинки на дві квартири (з яких він, по суті, і складається, бо в більшості випадків для цього не потрібно проводити реконструкцію), вони не зможуть претендувати на землю під ними, і, крім того, одразу виникає питання щодо обслуговування відповідних комунікацій і їх правового статусу, адже, по суті, їх необхідно передавати на утримання відповідної житлово-комунальної організації. При цьому слід акцентувати увагу на тому, що на сьогодні зміна типу об'єкта нерухомого майна може відбуватися виключно в результаті його реконструкції або фізичного чи юридичного поділу, виділення або об'єднання об'єктів нерухомості. Враховуючи наведене, режим визначеної власності може розглядатися як ефективний вихід з питання обмеженості спільної власності та її загального характеру, що не задовольняє інтереси учасників економічних відносин власності.

Стосовно витрат на утримання об'єктів нерухомого майна та їх оподаткування має працювати складана система, відповідно до якої сторони сплачують витрати й податки відповідно до тих площ, що перебувають у їх власності з урахуванням типу об'єкта, права спільної власності на який у них існують.

Повертаючись до питання змісту режиму спільної власності на об'єкти нерухомого майна, слід ще раз наголосити, що його становлять юридичні зв'язки між співвласниками об'єкта нерухомості відносно один до одного, а також юридичні зв'язки співвласників з іншими учасниками цивільного обігу. Відповідні юридичні зв'язки є нічим іншим як взаємними правами й обов'язками.

Характеристика змісту конкретного правового режиму переважно залежить від положень цивільного законодавства, які й визначають зміст прав та обов'язків, якими наділені співвласники нерухомого майна.

Умовно такі права й обов'язки можна поділити на внутрішні, тобто ті, що виникають між співвласниками стосовно спільного майна, а також зовнішні – ті, що виникають між співвласниками та третіми особами [19, с. 7; 18, с. 278].

Відносно внутрішніх прав і обов'язків варто погодитися, що вони мають абсолютний характер через те, що в їх основу все ж таки покладено право власності. Як було зазначено, співвласники майна можуть самостійно визначити порядок користування таким майном, тим самим установивши конкретний режим стосовно нього в межах режиму спільної власності. Особливість полягає лише в тому, що в межах спільної сумісної власності користування спільною річчю або її окремими частинами не «прив'язується» до частини в праві. Водночас з природи абсолютних прав випливає, що здійсненню співвласниками своїх прав стосовно спільного майна не може перешкоджати воля чи дія інших учасників цивільного обігу (необмежене коло таких суб'єктів).

У цьому ключі відносини спільної власності мають свої особливості. Зокрема, через те що спільна сумісна власність чітко не визначає обсягу права кожного зі спів-

власників на спільну річ, цілком логічним є необхідність спільного вирішення юридичної долі такої речі. Зазначене повністю й однозначно відображено в ст. 369 ЦК України. Стосовно спільної часткової власності ст. 361 ЦК України визначено, що співвласник має право самостійно розпорядитися своєю часткою в праві спільної часткової власності [1, ст. 362]. Особливістю є лише те, що інші співвласники мають переважні права на придбання інших часток у праві на спільне майно, якщо хтось із співвласників їх відчужує. Порушення переважного права співвласників на майно може бути підставою для звернення до суду [1, ст. 362], і в такому разі суди в більшості випадків задовольняють позови й переводять права за договором купівлі-продажу частки на позивачів [20].

Отже, у межах режиму спільної часткової власності на об'єкти нерухомого майна у співвласників може існувати те, що Г.Г. Харченко назвав «речовий інтерес». Сутність такого інтересу полягає в бажанні отримати у власність ще й частину в праві спільної часткової власності іншого співвласника й тим самим збільшити свою частку. У межах режиму можуть мати місце й конфлікти інтересів, якщо в рамках одних правовідносин складаються однакові інтереси [21, с. 327], однак вирішуються вони саме волею відчужувача, який вправі самостійно обрати покупця серед співвласників при їх конкуренції. Переважне право співвласника на придбання частки до оголошення про її відчуження є речовим інтересом, а з моменту оголошення – суб'єктивним правом. Цілком логічно, що такому праву кореспондує обов'язок відчужувача, який характеризується конкретно належною визнаною законодавцем необхідною для забезпечення, реалізації та розвитку інтересів інших співвласників поведінкою [22, с. 128].

Переважне право співвласників є обмеженням прав співвласника, який бажає відчужити свою частку в праві спільної власності. Таке обмеження за Д. Мейером стосується не всього права, а лише певної його частини, а саме – правомочності розпорядження, що й визначає специфіку прав такого співвласника [23, с. 104]. Таке право розпорядження, як зазначала Ю.А. Ушакова, є не повним, оскільки зобов'язує власника при його здійсненні враховувати інтереси інших осіб [24, с. 133].

**Висновки.** Узагальнюючи вищевикладене, слід зазначити, що на сучасному етапі розвитку правової системи України простежується бурхливий розвиток інституту спільної власності та його розкриття з позицій правових нововведень. Якщо раніше визначальною сферою застосування нормативних положень щодо спільної власності були стосунки подружжя, то тепер вони поширилися й на сферу відносин бізнесу, зокрема в частині спільного будівництва об'єктів нерухомості з використанням інститутів спільного інвестування, інструментів інвестування фізичними особами в будівництво житла тощо [25, с. 4]. Зважаючи на наведене, можна констатувати, що поступово у відносини спільної власності проникають публічно-правові елементи правової матерії.

Навіть реформа системи державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, проведена на початку 2013 року, залишила невирішеними низку питань практики правозастосування у сфері обігу нерухомості. У такому ключі як вихід із ситуації, що склалася, і водночас прогресивним кроком у розвитку правової регламентації цивільного обігу нерухомості може стати запровадження на рівні відповідних положень законодавства пропозиції щодо правових режимів конкретного й загального корис-

тування, а також визначеної та невизначеної власності. Однак вирішення цього питання повністю залежить від позиції законодавця.

### Список використаної літератури

1. Цивільний кодекс України : станом на 01 листопада 2014 року // Відомості Верховної Ради України – 2003. – №№ 40–44. – Ст. 356. (із змінами).
2. Коссе Д.Д. Правовий режим та механізм правового регулювання: ознаки та співвідношення / Д.Д. Коссе // Держава і право: збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. – 2009. – Вип. 44. – С. 25–31.
3. Крупа Л. К вопросу о юридическом содержании понятия специальный правовой режим / Л. Крупа // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 2. – С. 10–13.
4. Спаський А. Категорія «правовий режим»: підходи до інтерпретації / А. Спаський // Право України. – 2008. – № 4. – С. 27–30.
5. Якимчук Н. Поняття «правовий статус», «правове положення», «правовий модус» та «правовий режим»: теоретико-правовий аналіз / Н. Якимчук // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2013. – № 3. – С. 11–18.
6. Отрош І.М. Особливості правового режиму нерухомості як об'єкта цивільних прав / І.М. Отрош // Вісник Національного університету внутрішніх справ. – 2011. – Вип. 54. – С. 31–40.
7. Яськів Б.А. Правовий режим майна акціонерного товариства / Б.А. Яськів // Юридична наука. – 2011. – № 6. – С. 68–76.
8. Сидор В.Д. Правовий режим земель в земельному законодавстві України / В.Д. Сидор // Адвокат. – 2010. – № 8. – С. 27–31.
9. Комарова О.С. Поняття та правовий режим земельних ділянок комунальної власності / О.С. Комарова // Форум права. – 2011. – № 3. – С. 372–384. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2011-3/11kockfv.pdf>.
10. Смялянець Г.Є. Правовий і державний режими: поняття і співвідношення / Г.Є. Смялянець // Актуальні проблеми держави і права : збірник наукових праць. – Одеса : Юридична література, 2005. – Вип. 24. – С. 283–286.
11. Христенко Н.Ю. Право спільної сумісної власності фізичних осіб : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Н.Ю. Христенко. – К., 2006. – 24 с.
12. Овчатова-Редько А.О. Майнові правовідносини жінки та чоловіка, які перебувають у фактичному шлюбі, за законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / А.О. Овчатова-Редько. – О., 2009. – 24 с.
13. Валах В.В. Спадкування фактичного подружжя за законом / В.В. Валах // Актуальні проблеми держави і права : збірник наукових праць – Одеса : Юридична література, 2011. – Вип. 57. – С. 479–484.
14. Дякович М.М. Правове регулювання «фактичних шлюбних відносин» / М.М. Дякович // Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 2. – С. 37–43.
15. Овчатова-Редько А.О. Основні риси «фактичного» шлюбу за сімейним законодавством України / А.О. Овчатова-Редько // Актуальні проблеми держави і права : збірник наукових праць – Одеса : Юридична література, 2008. – Вип. 38. – С. 132–137.
16. Богатырев Ф. Как дальше регулировать оборот недвижимости (Обсуждение Концепции развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе) / Ф. Богатырев // Хозяйство и право. – 2003. – № 11. – С. 121–123.
17. Козлов Р.Ю. Правовий статус об'єкта незавершеного будівництва / Р.Ю. Козлов // Держава і право : збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. – 2002. – Вип. 17. – С. 228–233.
18. Сафончик О.І. Проблемні питання реалізації права спільної часткової власності за законодавством України / О.І. Сафончик // Актуальні проблеми держави і права : збірник наукових праць – Одеса : Юридична література, 2010. – Вип. 56. – С. 277–283.
19. Ариванюк Т.О. Правове регулювання відносин власності між подружжям : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Т.О. Ариванюк. – К., 2002. – 17 с.
20. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua>.
21. Харченко Г.Г. Речовий інтерес у цивільному праві / Г.Г. Харченко // Держава і право : збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. – 2010. – Вип. 50. – С. 323–328.
22. Гнатушенко Ю.В. Юридичний обов'язок як складова змісту правовідносин / Ю.В. Гнатушенко // Держава і право : збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. – 2007. – Вип. 38. – С. 123–128.
23. Мічурін Є. Обмеження прав осіб щодо володіння, користування, розпорядження майном / Є. Мічурін // Право України. – 2006. – № 12. – С. 103–108.
24. Ушакова Ю.А. Право розпорядження як елемент змісту права власності / Ю.А. Ушакова // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2008. – № 9 (83). – С. 127–133.
25. Яворська О.С. Правовий статус суб'єктів спільного інвестування / О.С. Яворська // Часопис Академії адвокатури України. – 2013. – № 19. – С. 1–5.

УДК 347.27.(01)

## РІШЕННЯ СУДУ ЯК ПІДСТАВА ДЛЯ ЗВЕРНЕННЯ СТЯГНЕННЯ НА ЗАСТАВЛЕНЕ НЕРУХОМЕ МАЙНО

Вікторія РАШКІВСЬКА,  
здобувач кафедри цивільного права і процесу  
Національної академії внутрішніх справ

### SUMMARY

This article is devoted to the investigation procedure of foreclosure on the mortgaged property by a court. The article analyzes the judicial decisions made in violation of applicable law and errors that are allowed by the courts in cases concerning foreclosure real estate. Attention is paid to the court decision on the stage of enforcement.

**Key words:** mortgage, bail, real estate, civil law, foreclosure real estate, decision to foreclose on real property, enforcement proceedings.

### АНОТАЦІЯ

Статтю присвячено дослідженню процедури звернення стягнення на заставлене майно на підставі рішення суду. У статті проаналізовано судові рішення, винесені з порушенням вимог чинного законодавства, та помилки, які допускаються судами при розгляді справ щодо звернення стягнення на нерухоме майно. Приділено увагу виконанню рішення суду на стадії виконавчого провадження.

**Ключові слова:** іпотека, застава, нерухоме майно, цивільне право, звернення стягнення на нерухоме майно, рішення про звернення стягнення на нерухоме майно, виконавче провадження.

**Постановка проблеми.** Актуальність вивчення справ з кредитно-банківських правовідносин полягає в тому, що учасниками цих відносин є широке коло як фізичних, так і юридичних осіб. Окрім того, ці правовідносини регулюються цілою низкою законів та підзаконних нормативних актів, які постійно зазнають змін, що також має вплив на стабільність судової практики та повинно враховуватися судами. Статистичні дані свідчать про те, що найбільша кількість позовів стосувалася саме звернення стягнення на предмети іпотеки, якими в більшості випадків були житлові приміщення та земельні ділянки, а також позовів щодо укладення, виконання, розірвання та визнання недійсними договорів іпотеки [1, с. 66–67].

Практика застосування норм законодавства щодо звернення стягнення на заставлене нерухоме майно свідчить, що немає єдиного застосування судами зазначених норм. До того ж, розглядаючи такі категорії суперечок, суди застосовують норми, які регулюють такі відносини в різних площинах. Можливо, саме наявність великого масиву нормативно-правових актів призводить до застосування різних підходів правового регулювання одних і тих самих питань і негативно впливає на судову практику та практику роботи державної виконавчої служби.

Мабуть, це викликано тим, що раніше поняття застави нерухомого майна розглядалося переважно як категорія більш теоретична, а нині (як юридичний інструмент) вона має дещо інше змістове навантаження й тому законодавство виявилось не пристосованим до регулювання відносин, що виникають під час реалізації механізму звернення стягнення на нерухоме майно.

Тому саме недосконалість правового регулювання питань звернення стягнення на заставлене майно створює умови, за яких фактично обидві сторони потрапляють у невідповідні для кожної з них ситуації.

**Мета статті** є спроба проаналізувати звернення стягнення на заставлене нерухоме майно на підставі рішення суду, аналіз найбільш поширених помилок, які допуска-

ються при прийнятті рішення по справі та подальшої реалізації судового рішення на стадії виконавчого провадження.

**Виклад основного матеріалу.** Відповідно до законодавства України судовий порядок є загальним правилом. Так, заставадержатель має переважне право на задоволення вимог за рахунок майна боржника-заставадавця. Законом України «Про заставу» передбачено, що звернення стягнення на заставлене майно здійснюється за рішенням суду або третейського суду, на підставі виконавчого напису нотаріуса, якщо інше не передбачено законом або договором застави [2, с. 1].

Верховний Суд України у своєму листі від 07.10.2010 «Узагальнення судової практики розгляду цивільних справ, що виникають з кредитних правовідносин 2009–2010 роки» зазначає, що звернути стягнення на предмет іпотеки на підставі рішення суду можна будь-яким способом: як реалізацією предмета іпотеки шляхом публічних торгів, так і продажем іпотекодержателем предмета іпотеки будь-якій особі-покупцеві, а також, як показує судова практика, придбанням іпотекодержателем права власності на предмет іпотеки» [3, с. 1].

Таким чином, Верховний Суд України визначив шляхи звернення стягнення на заставлене майно, які в подальшому найдуть відображення в судовому рішенні. Зокрема, отримання права власності на предмет іпотеки та продаж предмета іпотеки на прилюдних торгах або продаж третій особі.

Але в період 2009–2010 рр. була зовсім інша ситуація, практика Верховного Суду України вказувала на можливість застосування лише прилюдних торгів та процедури продажу як способів звернення стягнення на предмет іпотеки в судовому порядку. У більшості випадків ВСУ стояв на позиції неможливості звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом визнання за іпотекодержателем права власності на предмет іпотеки за рішенням суду. Така правова позиція обґрунтовувалась тим, що стаття 39 Закону передбачає лише два шляхи звернення стягнення на предмет іпо-

теки в судовому порядку – прилюдні торги або процедура продажу. А тому, переглядаючи справи в касаційному порядку, Верховний Суд дійшов висновку, що «законом не передбачено визнання та реєстрації права власності на нерухоме майно, що є предметом іпотеки, на підставі рішення суду» (ухвала ВСУ від 02.09.2009 у справі № 6–22522св08, постанова ВСУ від 22.12.2009 у справі №3–5551к09, постанова ВСУ від 26.01.2010 у справі № 38/126–09, ухвала ВСУ від 27.01.2010 у справі № 6–27450св09, ухвала ВСУ від 17.03.2010 у справі № 6–26589св09, ухвала ВСУ від 26.05.2010 у справі № 6–18598в09). Хоча в деяких випадках (ухвала ВСУ від 27.05.2009 у справі № 6–8565св09) Верховний Суд, керуючись положеннями статті 16 Цивільного кодексу України та статей 36, 37 Закону України «Про іпотеку», дійшов висновку, що «передбачені законом позасудові способи реалізації прав іпотекодержателя не виключають можливості захисту його права в судовому порядку при наявності такого застереження».

Таким чином, у листі від 07.10.2010 «Узагальнення судової практики розгляду цивільних справ, що виникають із кредитних правовідносин» Верховний Суд встановив загальну для всіх судів позицію та вказав на можливість звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом набуття права власності на предмет іпотеки за рішенням суду. Свою позицію Суд обґрунтував так: якщо іпотечний договір містить застереження щодо права іпотекодержателя звернути стягнення на предмет іпотеки шляхом визнання його права власності, то сторони погодили такий спосіб звернення і він може бути застосований у судовому порядку відповідно до статті 16 ЦКУ. ВСУ зазначив, що «було б нелогічно, що сторони за законом можуть це питання врегулювати в позасудовому порядку, але позбавлені цього права в судовому порядку за рішенням суду».

Після того, як Верховним Судом було висловлено нову позицію з цього питання, суди в більшості випадків приходили до висновку про можливість захисту прав іпотекодержателя способами, визначеними Законом України «Про іпотеку» як позасудові, та визнавали за ними право набути у власність або продати будь-якій третій особі предмет іпотеки за рішенням суду (постанова ВГСУ від 15.11.2010 у справі № 15/27, постанова ВГСУ від 09.03.2011 у справі № 45/299–10, постанова ВГСУ від 23.08.2011 у справі № 32/522) [3, с. 1].

Варто також зазначити, що правом іпотекодержателя на продаж предмета іпотеки будь-якій третій особі згідно з частиною 1 статті 38 Закону України «Про іпотеку» передбачено звернення стягнення за договором про задоволення вимог іпотекодержателя (застереженням в іпотечному договорі) або рішенням суду.

У разі звернення стягнення на предмет застави через рішення суду, окрім процесуальних положень, будуть також застосовуватися окремі положення Закону України «Про іпотеку».

Так, саме стаття 39 Закону України «Про іпотеку» визначає порядок реалізації предмета іпотеки за рішенням суду. Вказана стаття визначає, що в разі задоволення судом позову про звернення стягнення на предмет іпотеки в рішенні суду зазначаються:

- загальний розмір вимог та всі його складові, що підлягають сплаті іпотекодержателю з вартості предмета іпотеки;
- опис нерухомого майна, за рахунок якого підлягають задоволенню вимоги іпотекодержателя;
- заходи щодо забезпечення збереження предмета іпотеки або передачі його в управління на період до його реалізації, якщо такі необхідні;

– спосіб реалізації предмета іпотеки шляхом проведення прилюдних торгів або застосування процедури продажу, встановленої статтею 38 цього Закону;

– пріоритет та розмір вимог інших кредиторів, які підлягають задоволенню з вартості предмета іпотеки;

– початкова ціна предмета іпотеки для його подальшої реалізації [4, с. 2].

Пленум Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у ч. 2 п. 45 Постанови від 30.03.2012 № 5 «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин» роз'яснив, що резолютивна частина рішення суду в разі задоволення позову про звернення стягнення на предмет іпотеки має відповідати вимогам як статті 39 Закону України «Про іпотеку», так і положенням п. 4 ч. 1 статті 215 ЦПК. Зокрема, у ньому в обов'язковому порядку має зазначитись: загальний розмір вимог та всі його складові, що підлягають сплаті іпотекодержателю з вартості предмета іпотеки; спосіб реалізації предмета іпотеки – шляхом проведення прилюдних торгів або застосування процедури продажу шляхом надання права іпотекодержателю на продаж предмета іпотеки; початкова ціна предмета іпотеки для його подальшої реалізації (при цьому суд може зазначити, що початкова ціна встановлюється на рівні, не нижчому за звичайні ціни на цей вид майна, на підставі оцінки, проведеної суб'єктом оціночної діяльності/незалежним експертом на стадії оцінки майна під час проведення виконавчих дій).

Також у вказаній постанові суд відзначив, що суд має належним чином мотивувати рішення, співставити обставини зі змістом цього поняття, визначитись, чи не суперечить його застосування загальному змісту та призначенню права, яким урегульовано конкретні відносини (зокрема, про право на першочергове задоволення вимог за рахунок предмета застави), та врахувати загальні засади цивільного законодавства – справедливість, добросовісність та розумність (п. 6 ч. 1 статті 3 ЦК).

При цьому суд не може одночасно звернути стягнення на предмет іпотеки та стягнути суму заборгованості за кредитним договором. У такому випадку суд має зазначити в резолютивній частині рішення лише про звернення стягнення на предмет іпотеки із зазначенням суми заборгованості за кредитним договором, а сам розрахунок суми заборгованості має наводитись у мотивувальній частині рішення. Винятком є ситуація, коли особа позичальника є відмінною від особи іпотекодавця з урахуванням положення статті 11 Закону України «Про іпотеку» (або статті 589 ЦК щодо заставодавця).

Так, пленум Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ у вказаній Постанові роз'яснив: якщо за судовим рішенням з відповідача стягнуто кредитну заборгованість, то судом не може бути змінений спосіб виконання такого рішення на звернення стягнення на предмет іпотеки, оскільки виконання рішення суду про стягнення заборгованості має виконуватись за рахунок усього майна, що належить боржнику (ч. 2 п. 45) [5, с. 1].

Таким чином, законодавством чітко передбачено, що судам необхідно зазначати в судовому рішенні при стягненні заборгованості та зверненні стягнення на предмет іпотеки. Але, матеріали узагальнення показали, що при розгляді справ щодо звернення стягнення на іпотечне майно суди припускаються ряду помилок, серед яких:

1) Відсутність у рішенні суду першої інстанції та апеляційної інстанції обов'язкових умов, передбачених ч. 1 ст.

39 Закону України «Про іпотеку». Так суди не зазначають початкову ціну продажу, спосіб звернення стягнення на предмет іпотеки та інше. Тому в подальшому такі рішення скасовуються, а справа направляється на новий розгляд.

Так, рішенням Дарницького районного суду м. Києва від 02.02.2011 задоволено позов ПАТ «Імексбанк» до В.А. Лавренчука, звернуто стягнення заборгованості за кредитним договором у розмірі 780311,16 грн. на предмет іпотеки – земельну ділянку.

В резолютивній частині рішення суд всупереч вимогам ст. 39 Закону України «Про іпотеку» не зазначив початкову ціну предмету іпотеки – земельної ділянки – для її подальшої реалізації. Рішенням Апеляційного суду м. Києва від 08.06.2011 рішення суду першої інстанції змінено, встановлено початкову вартість предмету іпотеки не нижче за 90% вартості предмету іпотеки, яка складає 647 662,50 грн.

Рішенням Шевченківського районного суду м. Києва від 02.11.2010 задоволено позов ПАТ «УкрСиббанк» до Г.П. Гриневич про звернення стягнення на предмет іпотеки. У резолютивній частині рішення суд зазначив про звернення стягнення заборгованості за кредитним договором на квартиру та на машиномісце та всупереч вимог ст. 39 Закону України «Про іпотеку» не зазначив спосіб реалізації предметів іпотеки, початкову ціну предметів іпотеки для їх подальшої реалізації, але суд апеляційної інстанції на це уваги не звернув, не вийшов за межі апеляційного оскарження та своєю ухвалою від 22.02.2011 залишив рішення суду першої інстанції без змін.

Але в цьому випадку відповідальність покладається і на Позивача як на особу заінтересовану у винесенні правильного рішення. Тому важливим є правильне формулювання позовних вимог із зазначенням способу звернення стягнення на предмет іпотеки, початкової ціни для подальшої реалізації, загального розміру вимог кредитора, а також визначення переліку необхідних повноважень для здійснення перереєстрації права власності на іпотекодержателя або продажу ним предмета іпотеки від імені іпотекодавця. Це дозволить іпотекодержателю реалізувати своє право на звернення стягнення на предмет іпотеки та уникнути проблем з переоформленням права власності при укладенні та нотаріальному посвідченні договору від імені іпотекодавця, а також при отриманні необхідних документів для відчуження предмета іпотеки [6, с. 1].

2) Помилки, що стосуються оцінки майна – предмета іпотеки. В одних випадках в якості ціни позову береться початкова вартість, яка зазначена в договорі, в інших – встановлена вартість предмета іпотеки на час розгляду справи при видачі витягу із державного реєстру. При вирішенні цих питань суди мають виходити з того, що ціна предмета іпотеки встановлюється в самому договорі. Якщо при розгляді справи сторони з такою оцінкою погоджуються, то в суду немає підстав її не приймати до уваги, оскільки вона є умовою договору. Якщо між сторонами виникає спір щодо такої оцінки, то в залежності від того, яка сторона її оспорує, вона зобов'язана за змістом ч. 3 статті 10 ЦПК України довести інший його розмір, зокрема клопотання про призначення та проведення відповідної судової експертизи.

У судовій практиці виникають питання визначення судом початкової ціни предмета іпотеки. І тут немає єдності. Одні суди визначають початкову ціну для реалізації, враховуючи вартість, яку сторони вже узгодили в договорі іпотеки. Водночас не враховується час, що минув із моменту укладення договору. Деякі суди встановлюють початкову

ціну для реалізації предмета іпотеки за результатами оцінки, проведеної незалежним оцінювачем, на дату пред'явлення позову в суд або на дату ухвалення рішення про звернення стягнення на предмет іпотеки. По-третє, деякі суди вирішення питання початкової ціни для подальшої реалізації предмета іпотеки передають на стадію виконання рішення суду [7, с. 122].

3) Суди, розглядаючи справи з позовними вимогами про звернення стягнення на заставлене (іпотечне) нерухоме майно, у мотивувальній частині рішень посилаються на норми Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень», не звертаючи уваги на те, що згідно із статтею 1 цього Закону ним визначається правовий режим регулювання обтяжень рухомого майна. Таким чином, суди, вирішуючи правильно по суті спір, застосовують закон, який регулює інші правовідносини.

4) Перешкодою в задоволенні позову про звернення стягнення на предмет іпотеки може стати посилення на відсутність у боржника правостановлюючих документів на таке майно.

5) Існують справи про визнання недійсними договорів іпотеки чи застави за зверненням одного з подружжя, мотивуючи відсутністю їх згоди на укладення такого договору.

6) У ході розгляду справ, що виникають з кредитних правовідносин, також виникають деякі складності при стягненні заборгованості за кредитним договором за наявності виконавчого напису нотаріуса, вчиненого в ході досудового вирішення спору за цим договором.

Так, рішенням Печерського районного суду м. Києва від 23.06.2010 відмовлено в позові ПАТ «ОТП Банк» до І.А. Шумова про стягнення заборгованості за кредитним договором. Відмовляючи в задоволенні позову про стягнення заборгованості за кредитним договором, суд виходив з того, що кредитний договір, укладений сторонами, забезпечений іпотекою. Позивачем обрано спосіб захисту порушеного права через вчинення виконавчого напису про звернення стягнення на предмет іпотеки, який ніким не скасований, залишається чинним, відкрито виконавче провадження, на його виконання і задоволення позову про стягнення заборгованості потягне за собою повторне стягнення боргу з відповідача. З таким висновком суду першої інстанції не погодився апеляційний суд та своїм рішенням від 19.01.2011 скасував рішення суду в цій частині та ухвалив нове про стягнення з відповідача суми заборгованості за кредитним договором. При цьому апеляційна інстанція встановила, що за виконавчим написом борг не погашено і виконавче провадження не завершено, та дійшла висновку, що вчинення виконавчого напису нотаріусом – про звернення стягнення на предмет іпотеки – не звільняє відповідача від обов'язку виконати зобов'язання та не є перешкодою для стягнення наявної заборгованості в судовому порядку [6, с. 122].

7) Відсутність у Законі України «Про іпотеку» чіткої процедури виселення мешканців при зверненні стягнення на предмет іпотеки викликає складності при вирішенні судами вимог іпотекодержателів про виселення мешканців. Зокрема, спірним є питання щодо застосування ч. 2 статті 39 у контексті вимог статті 40 вказаного ж Закону та ч. 3 статті 109 ЖК України.

Крім того, ч. 4 статті 9 ЖК України передбачає, що ніхто не може бути виселений із займаного жилого приміщення або обмежений у праві користування жилим приміщенням інакше як з підстав і порядку, передбачених законом [8, с. 1]. При винесенні рішення суду про звернення стяг-



нення на жиле приміщення слід пам'ятати, що статтею 39 Закону України «Про іпотеку» передбачено, що одночасно з рішенням про звернення стягнення на предмет іпотеки суд за заявою іпотекодержателя вправі винести рішення про виселення мешканців [4, с. 2].

Законодавець також встановлює певний порядок дій для банку: після прийняття рішення про звернення стягнення у переданий в іпотеку житловий будинок чи житлове приміщення всі мешканці зобов'язані на письмову вимогу іпотекодержателя або нового власника добровільно звільнити житловий будинок чи житлове приміщення протягом одного місяця з дня отримання цієї вимоги. Якщо мешканці не звільнять житловий будинок або житлове приміщення у встановлений або інший погоджений сторонами строк добровільно, їх примусове виселення здійснюється на підставі рішення суду [3, с. 4]. Аналогічний порядок щодо виселення всіх громадян, що мешкають у житловому будинку або житловому приміщенні, на які звернуто стягнення як на предмет іпотеки, передбачено в ч. 3 статті 109 ЖК України. Вимога про добровільне звільнення житлового приміщення може бути направлена разом з вимогою, передбаченою ч. 1 статті 35 Закону України «Про іпотеку».

Таким чином, незважаючи на наявність роз'яснень щодо процедури виселення мешканців із жилих приміщень при зверненні стягнення на предмет іпотеки, викладених у п.п. 37 та 43 Постанови пленуму, а також внесення у 2011 році змін до ч. 2 статті 40 Закону та до ч. 3 статті 109 Житлового кодексу Української РСР (далі – ЖК України), це питання залишається вкрай дискусійним серед суддів.

Зокрема, ч. 2 статті 39 Закону передбачено, що одночасно з рішенням про звернення стягнення на предмет іпотеки суд за заявою іпотекодержателя виносить рішення про виселення мешканців. Суть вказаних вище змін у законодавстві зводиться до того, що письмова вимога іпотекодержателя про добровільне звільнення іпотечного житла направляється його мешканцям лише за процедурою позасудового врегулювання на підставі договору (стаття 36 Закону).

Отже, у зв'язку зі змінами в чинному законодавстві, знала змін і судова практика.

Проте значна кількість суддів і досі дотримуються попередньої практики, за якою виселення мешканців пов'язувалося з наявністю вказаної вище вимоги про виселення. При цьому судді посилаються на не зовсім одностайне тлумачення змісту наведених вище норм Закону та ЖК України, а також абз. 3 п. 43 Постанови пленуму.

Окремі судді вважають, що положення статей 9 та 109 ЖК України є спеціальними нормами, що регулюють питання виселення з іпотечного житла. Дискусійним серед суддів є також і питання щодо можливості виселення неповнолітніх дітей з іпотечного житла у випадку їх вселення після укладання відповідного договору. На нашу думку, слід виходити з того, чи мала дитина право власності на предмет іпотеки або право користування предметом іпотеки на момент укладання договору іпотеки. Тому дії, вчинені без згоди іпотекодержателя, після укладання договору іпотеки (в цьому випадку – реєстрація неповнолітньої дитини в житловому приміщенні; народження дитини після укладання договору іпотеки) не є підставою для визнання такого договору недійсним через невиконання вимог закону про отримання згоди органу опіки та піклування та не перешкоджають виконанню рішення суду про звернення стягнення на предмет іпотеки.

Наведене дає підстави стверджувати, що нині проведена значна робота в напрямку забезпечення єдності судової

практики в цій категорії справ. При цьому продовжують мати місце різні підходи у вирішенні окремих проблемних питань, тому є нагальна потреба в їх подальшому обговоренні, отриманні більш ґрунтовних роз'яснень з боку вищих судів, а, можливо, й ініціюванні змін до чинного законодавства [1, с. 72–73].

Як показує практика, проблеми виникають не лише при висесенні судового рішення, але і при виконанні прийнятого судового рішення.

Тому, якщо є рішення суду про звернення стягнення на предмет іпотеки, у подальшому заявник звертається до державного виконавця.

Маючи рішення суду про звернення стягнення на предмет іпотеки, у стягувача можуть знову ж таки виникнути складнощі з виконанням рішення суду на стадії виконавчого провадження.

Не виключено, що за попередньою домовленістю на місяцях боржників із посадовими особами органів ДВС, останніми можуть вживатись процесуальні дії, наслідком яких є відмова у відкритті виконавчого провадження по якимсь формальним підставам (стаття 26 Закону); звернення державних виконавців у вигляді внесених подань до суду, який видав виконавчий документ, щодо роз'яснення рішень, які підлягають виконанню (стаття 28 Закону); забезпечення за поданням державного виконавця відстрочки або розстрочки виконання, встановлення чи зміна способу і порядку виконання рішення (стаття 33 Закону); зупинення виконавчого провадження (статті 34, 35 Закону) тощо.

Саме зазначені заходи та дії з боку недобросовісних боржників щодо затягування цієї справи та відтермінування фактичного погашення зобов'язань також забезпечуватимуть останнім можливість здійснення виведення тих чи інших активів поза межі боргового навантаження та уникнення стягнення боргів. У цьому випадку доцільним буде забезпечувати на етапі розгляду судових справ та виконанні судових рішень оперативне реагування на ті чи інші недобросовісні дії боржника як відповідача чи сторону виконавчого провадження із впровадження паралельних і ефективних засобів впливу.

Що стосується теоретичного боку проблематики звернення стягнення на нерухоме майно на підставі рішення суду, то в науковій літературі існують різні думки з цього приводу. Так, І.І. Пучковська наголошує, що звернення стягнення на заставлене майно може бути здійснене автоматично на підставі договору, тому судовий порядок лише ускладнює проведення звернення стягнення. На думку вченої, договір іпотеки укладається за взаємною згодою сторін, з метою його подальшого виконання. Відповідно до договору іпотеки власник-заставадавець надає свою згоду на звернення стягнення на предмет іпотеки у випадку невиконання ним забезпеченого зобов'язання. Застава – речовий спосіб забезпечення виконання зобов'язання, який стимулює боржника до виконання прийнятого зобов'язання. Зміст застави і складається в задоволенні вимог кредитора з вартості заставленого майна боржника у випадку невиконання ним свого обов'язку. Судовий порядок звернення стягнення на заставлене майно, на думку І.І. Пучковської, істотно знижить ефективність забезпечувальної сили застави, відкладаючи забезпечення кредитором на необмежений строк, будучи залежним від судового розгляду.

Тому вчена пропонує встановити в законі України «Про заставу» лише звернення стягнення на підставі виконавчого напису нотаріуса і лише у випадку спору надати сторо-

нам право звертатися до суду для вирішення питання про звернення стягнення на іпотечне майно [1, с. 94–95].

Так, С.С. Юргелевич зазначає, що судовий порядок звернення стягнення на предмет іпотеки суттєво знизить ефективність забезпечувальної сили застави, оскільки відкладає одержання задоволення вимог кредитора на невизначений час, залежно від судового розгляду. Таку думку підтримує Ж.В. Завальна та вважає, що перевагу необхідно віддати зверненню стягнення на предмет іпотеки в нотаріальному порядку, а в разі виникнення спору сторонам слід звертатися до суду з позовною заявою про звернення стягнення на предмет іпотеки [10, с. 151–152].

Цікавим є законодавство інших держав з приводу звернення стягнення на нерухоме майно. Так, у заставодержателя по праву РФГ вже з моменту невиконання боржником забезпеченого заставою зобов'язання має право на продаж заставленого майна та отримання задоволення з виручки отриманої суми (якщо законом не передбачено для того чи іншого виду майна інші додаткові способи реалізації заставного права). Відповідно, реалізація заставного права в германському законодавстві полягає в використанні заставодержателем свого права на продаж майна, передбаченого в ряді випадків, реалізації заставного права участі суда і є, на відміну від українського законодавства, не способом для отримання основної реалізації заставного права, а служить для контролю правомірності використання заставодержателем свого права на продаж майна. Передбачена в ряді випадків реалізація заставного права участь суда є, на відміну від українського законодавства, не способом для участі основної реалізації заставного права, а служить для контролю правомірності використання заставодержателем свого права. Представляється, що точка зору германського права, відповідно до якої заставодержатель вже з моменту невиконання боржником забезпеченого заставою зобов'язання має право продавати заставлене майно, відповідна сутності застави. Для реалізації заставних прав на нерухоме майно в якості загального правила передбачений судовий порядок продажу. Але одночасно процесуальне законодавство передбачає ряд можливостей спрощення або уникнення судової процедури. Також передбачений примусовий продаж на аукціоні та примусове управління [9, с. 95].

**Висновки.** Таким чином, як бачимо, стягувача при зверненні стягнення на заставлене нерухоме майно може переслідувати ряд проблем, починаючи з вирішення спра-

ви та прийняття рішення, так і при примусовому виконанні рішення суду на стадії виконавчого провадження. Тому, стягувачеві при зверненні до суду необхідно правильно, точно викладати всі обставини справи в позовній заяві, а суду – підходити до справи індивідуально, без формалізму. На сьогоднішній день, шляхи вирішення проблеми полягають не лише в удосконаленні законодавства, але і проведеної семінари для суддів, наданні відповідних роз'яснень, проведенні наукової роботи з працівниками суду.

#### Список використаної літератури

1. Іпотека як спосіб забезпечення зобов'язань: теорія і практика // В. Бойко, В. Шевченко. – Слово національної школи суддів України. – №1 (10). – 2014 р.
2. Закон України «Про заставу» від 02.10.1992 зі змінами й доповненнями // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 47. – 642 с.
3. Узагальнення практики розгляду судами цивільних справ щодо спорів, які виникають з кредитних відносин за 2010–2011 рр. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://antiraid.com.ua/forum/index.php?showtopic=4107>.
4. Закон України «Про іпотеку» від 19 червня 2003 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ligazakon.ua>.
5. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України від 30 березня 2012 року № 5 «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають з кредитних правовідносин» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ligazakon.ua>.
6. Реализация внесудебных способов обращения взыскания на предмет ипотеки в судебном порядке: анализ судебной практики // О. Качмар, Ю. Колос. – Юридична газета. – № 10, 06.03.2012.
7. Пшонка М. П., Ткачук О. С. Судові спори, пов'язані з договором іпотеки житлових приміщень: проблемні питання правозастосування // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2012. – № 3(6). – С. 121–127.
8. Житловий кодекс Української РСР від 30 червня 1983 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ligazakon.ua>.
9. Іпотека: залог недвижимости / И.И. Пучковская. – Харьков : Консум, 1997. – 132 с
10. Заставне право України : [навч. посібник] / [Ж.В. Завальна та ін.]; за ред. В. В. Сухоноса. – Суми : Унів. книга, 2004. – 315 с.

УДК 347.4

## ГЕНЕЗА ВЧЕННЯ ПРО НЕУКЛАДЕНИЙ ДОГОВІР

Євген ТРУБАКОВ,

аспірант кафедри цивільного права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

## SUMMARY

The article investigates the genesis of unconcluded contract. Disclosed the basic criteria and definitions of unconcluded (non-existent) contract in roman civil law, pre revolution (before 1917) and soviet period legal doctrines. Analyzed the factors that influenced on unconcluded (nonexistent) contract's legal understanding in each period. Particular attention is drawn to the correlation between unconcluded and void contracts. Substantiated that the void contracts are caused by defectiveness of the jural fact and unconcluded contracts are caused by absence of the elements of a contract as a judicial fact.

**Key words:** unconcluded (nonexistent) contract, void contract, structure of jural fact, defective jural fact, legal consequences.

## АНОТАЦІЯ

У статті досліджується генеза розвитку вчення про неукладені договори. Визначені підстави для кваліфікації та визначення неукладеного договору в римському цивільному праві, дореволюційній (до 1917 р.) та радянській юридичній літературі. Проаналізовані чинники, які вплинули на праворозуміння неукладеного договору в кожному з досліджуваних періодів. Особливу увагу приділено співвідношенню неукладеного та недійсного договорів. Обґрунтовано, що підставою недійсності є дефектність юридичного факту, а неукладеність пов'язана із відсутністю елементів договору як юридичного факту.

**Ключові слова:** неукладений (неспроможний) договір, недійсний договір, структура юридичного факту, дефектний юридичний факт, юридичні наслідки.

**Постановка проблеми.** Неукладений договір є відносно новою категорією для українського цивільного права. Однією із характерних рис цієї правової конструкції є відсутність об'єктивного правового регламентування, на підставі якого б відбувалась кваліфікація договорів неукладеними. Заповнюючи існуючі прогалини правового регламентування, Пленуми Верховного та Вищого господарського судів України прийняли Постанови «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 06.11.2009 № 9 та «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» від 29.05.2013 № 11 відповідно, де визначили основні засади практики застосування вказаної правової конструкції: по-перше, судам при розгляді відповідних справ необхідно «правильно визначати момент вчинення правочину», по-друге, детерміновані підстави для кваліфікації договору неукладеним, по-третє, визначено, що «не може бути визнаний недійсним правочин, який не вчинено (договір, який не укладено)» (див. п. 8 та п. 2.6 вказаних Постанов Пленумів ВСУ та ВГСУ) [1; 2]. Очевидно, що для потреб цивілістичної науки, на відміну від правозастосовної практики, таких узагальнень є недостатньо. Таким чином, в умовах існуючого «правового вакууму» стосовно правової регуляції відносин кваліфікації договору неукладеним фактично єдиним джерелом для дослідження і подальшого аналізу виникнення та становлення неукладеного договору як цивільно-правової конструкції є правова доктрина.

Актуальність дослідження проблематики виникнення та становлення неукладених договорів, обумовлюється, насамперед, потребою у формуванні доктринальних підходів до праворозуміння зазначеної категорії, а також практичною необхідністю правильного розмежування неукладених і недійсних договорів з метою обрання належного способу захисту.

**Мега статті** полягає у виявленні закономірностей розвитку доктринальних підходів до розуміння неукладеного

договору, а також співвідношення і розмежування останнього із недійсними правочинами.

Історія дискусії про неукладений договір у цивілістичній науці налічує десятки років: ті або інші аспекти цього питання були предметом дослідження дореволюційних вчених К.Н. Анненкова, М.Л. Дювернуа, Д.І. Мейєра, Г.Ф. Шершеневича; у радянській літературі дослідження у сфері розмежування вказаних категорій мали місце в роботах С.С. Алексєєва, М.М. Агаркова, Д.М. Генкіна, В.Б. Ісакова, О.О. Красавчикова, І.Б. Новицького, Н.В. Рабинович, В.О. Рясенцева, В.П. Шахматова; серед новітніх теоретичних досліджень, які стосуються зазначеного питання, слід відзначити роботи О.О. Савіна, І.Є. Степанової, В.А. Кияшко, Д.О. Тузова та інших.

**Виклад основного матеріалу.** Відзначимо, що неукладений договір (за винятком новітнього періоду), не був самостійним предметом цивілістичних досліджень, а вивчався в контексті його співвідношення із недійсним.

Для римських юристів відсутність ефекту угоди, її нікчемність, було рівноцінним визнанню її неіснуючою [3, с. 126]. Предикат «nullus» не надавав юридичному акту певної характеристики, а лише підтверджував факт його неіснування (термін «nullus» був рівноцінним словосполученню «non ullus», тобто «немає акту»). Таким чином, неукладений договір як самостійна юридична конструкція не був відомий римському цивільному праву.

У літературі дореволюційного періоду досліджуваній проблематиці приділялась значна увага, а більшість вчених, при порівнянні із недійсним правочином, визнавали самостійність неукладеного договору як правової конструкції. Так, Д.І. Мейєр писав, що «за змістом слова під поняття про недійсність підходить і такий правочин, який є немічним в юридичному побуті за відсутності умови, яка визначена для її існування самими учасниками правочину... При цьому різниця між тим та іншим правочином не в одній назві: неукладений правочин знаходиться в залежно-

сті від відомої сторонньої обставини, яка не настає, недійсний правочин не знаходиться в залежності від сторонньої обставини, не задовольняє будь-яку істотну приналежність правочину» [4, с. 232].

Г.Ф. Шершеневич, у цілому підтримуючи цю позицію, вказував на те, що недійсний правочин відмінний від неукладеного, в якому «сторони не дійшли до повної домовленості, необхідної для сили правочину» [5, с. 168].

Ю.С. Гамбаров писав, що «недійсність угоди необхідно відрізнити від того стану, коли угода не дає юридичних наслідків не внаслідок своєї невідповідності нормам об'єктивного права, а внаслідок того, що вона не закінчена і залишена, або не може дати цих наслідків у силу своїх власних визначень» [6, с. 726].

Відзначаючи зв'язок неукладеного договору із відсутністю певної «відомої обставини», наявністю «власних визначень», які обумовлюють ненастання первісно визначених юридичних наслідків, зазначені автори, зрештою, не конкретизували правову природу цих обставин. Важливим є зауваження Д.І. Мейера з приводу того, що недійсний договір, на відміну від неукладеного, не знаходиться в залежності від будь-яких обставин, а «не задовольняє будь-яку істотну приналежність правочину», під якою, як видається, слід розуміти умови дійсності правочину.

Відомо, що дореволюційне цивільне право і законодавство значною мірою перебувало під впливом західноєвропейської цивільної доктрини. Як зазначає Д.О. Тузов, вчення про «неукладеність» як загальної категорії відносно неукладеного договору виникло у Франції в 19 сторіччі. Французька правова доктрина, з метою обходу специфічного принципу «*de nullites sans texte*», який перекладається як «немає нікчемності без тексту» (тобто без безпосереднього зазначення про це в тексті закону), звернулася до конструкції «неіснуючого» шлюбу, яка мала витоки із канонічного права, якому була відома різниця між «*matrimonium nullum*» (нікчемний шлюб) та «*matrimonium non existens*» (неіснуючий шлюб). Зміст зазначеної концепції був такий: за відсутності необхідного для існування шлюбу елементу, а саме шлюбного зв'язку між чоловіком та жінкою, неможливо навіть говорити про шлюб у його дійсному сенсі. У подальшому, як зазначає автор, доктрина «*non existens*» «...вийшла за межі своєї первісної сфери і стала все більш експансивно розповсюджуватись на сферу договорів у цілому, приймаючи вид однієї із форм договірної патології...» [7, с. 33–34].

Значний вплив концепції «*non existens*» спостерігається в наукових роботах М.Л. Дювернуа, який писав, що «угоду-акт називають недійсною не тільки тоді, коли ми маємо очевидно закінчений склад волевиявлення, але і в тих випадках, коли перед нами одна тільки попередня, незакінчена, незавершена стадія її розвитку, на якій не тільки не може йти мова про угоду-ефект, про дійсність чи недійсність, але сумніву піддається безпосередньо існування самої угоди-акту, її наявності» [8, с. 885]. Під неіснуючими угодами, як відзначав автор, «не слід розуміти угоди, які ніхто не вчиняв; ми розуміємо тут не фактичне неіснування, а лише відсутність в угоді істотного для її утворення складу, що не заважає їй мати вигляд, зовнішні ознаки дійсної угоди. Їх не має необхідності визнавати нікчемними, адже вони в юридичному змісті не існують і без такого акту юрисдикції» [8, с. 888]. Л. Еннекперус, відстоюючи схожі до висловлених М.Л. Дювернуа погляди, писав, що «від нікчемних угод слід відрізнити ті випадки, коли зовсім немає волевиявлення і інших частин, з яких складається уго-

да, або коли вони представлені не повністю – незакінчені угоди або угоди, що знаходяться в невизначеному стані (в такому випадку не говорять, що угода нікчемна, однак вона не відбулась, наприклад, купівля-продаж, за якою волевиявлення сторін про ціну і товар, або іншому пункті, щодо якого має бути досягнуто домовленості, не співпадають, угода про передачу права власності на нерухомість без внесення в поземельну книгу; втім точне розмежування не має особливого значення, адже навряд чи з таким розмежуванням пов'язуються правові наслідки)» [9, с. 306].

Слід констатувати, що дореволюційна цивільна доктрина, під впливом західноєвропейської юриспруденції, стояла на позиції розмежування недійсності і неукладеності. Як вбачається із робіт представників французької, італійської та німецької цивільстики, під певною «відомою обставиною», про яку писав Д.І. Мейер, розуміли елементи складу договору як юридичного факту, зокрема домовленість, відсутність державної реєстрації договору («передачу права власності на нерухомість без внесення в поземельну книгу») тощо. Звертаючи увагу на однаковий правовий ефект (саме цим пояснюється ремарка Л. Еннекперуса про те, що «навряд чи з таким розмежуванням пов'язуються правові наслідки»), тогочасні вчені відзначали і більш глибокі відмінності неукладеності від недійсності, а саме на те, що неукладені договори не існують, тобто не є юридичними фактами, а тому «їх не має необхідності визнавати нікчемними, адже вони в юридичному змісті не існують і без такого акту юрисдикції». Проте відзначимо, що цілісної системи поглядів на неукладений договір та підстав його кваліфікації запропоновано не було.

Юридична література радянського періоду характеризується жвавою дискусією відносно місця неукладеного договору в системі права. Так, В.П. Шахматов, Т.М. Яблочков вважали, що розмежування недійсних і неукладених договорів перебуває не в правовій площині, а виключно в термінологічній. В.П. Шахматов писав, що «всі угоди, що не відбулись (неукладені договори – С.Т.), не відповідають тим або іншим вимогам норм права щодо складу угоди. Тому немає необхідності говорити про угоди, що не відбулись, – всі вони є недійсними. Виокремлення в самостійну групу угод, що не відбулись, не має жодного практичного значення, адже наслідки виконання таких угод визначаються за правилами, встановленими для недійсних угод» [10, с. 93]. На думку Т.М. Яблочкова, «і в тому і в інших випадках (неукладений та недійсний договір – С.Т.) угода кінцево позбавлена визначених наслідків. Послідує наслідки угоди недійсної і угоди неукладеної одні і ті ж самі: сторони поновлюються в первісне становище шляхом повернення один одному отриманого» [11, с. 110–111].

Інші вчені (В.О. Рясенцев, О.С. Тоффе) не заперечували використання терміну «неукладений договір», однак вважали неукладений договір різновидом недійсного та вживали терміни «неукладений» та «недійсний» без відповідного розмежування [12, с. 35–36; 13, с. 290].

І.Б. Новицький визнавав категорію «неукладені угоди», зауважуючи, що вони не ототожнюються із недійсними. На підставі аналізу опублікованих робіт автора можна дійти висновку, що договір вважається неукладеним якщо: а) була направлена пропозиція укласти договір, однак вона була відхилена адресатом; б) мала місце розбіжність волевиявлення із дійсною волею обох сторін угоди; в) недотримана форма, встановлена домовленістю сторін; г) у договорі відсутні всі істотні умови [14, с. 22–64]. Однак очевидним є змішування підстав для кваліфікації договору

неукладеним і недійсним: розбіжність волі та волевиявлення є підставою для недійсності правочину в силу того, що відповідність волі та волевиявлення є умовою дійсності правочину.

Н.В. Рабинович також було запропоновано розмежування неукладених та недійсних договорів: «Від угоди недійсної неукладена угода відрізняється наступним. Якщо угода не відбулась, передане сторонами майно підлягає поверненню згідно із ст. 399 ЦК (РСФРР 1922 р. – С.Т.). У такої «угоди» з самого початку була відсутня підстава для передачі майна, оскільки неукладена угода являє собою правове «ніщо», взагалі угодою не є. У випадку ж визнання угоди недійсною, саме анулювання її є підставою для вилучення отриманого за угодою, при цьому доля вилученого майна визначається ст. ст. 147–151 (і іншими) ЦК, що не завжди означає повернення виконаного стороні в угоді. Таким чином, на відміну від неукладеного правочину недійсний правочин – це правочин, який відбувся, однак у силу наявних недоліків визнається позбавленим правової сили. Неукладений правочин ніколи не існував і існувати не міг, а відтак правової сили не мав і тому позбавлений цієї сили бути не може» [15, с. 21]. Автором було запропоновано класифікацію підстав неукладеності угод, а саме: відсутність необхідного за законом фактичного складу; воля сторін виражена без необхідного ступеня визначеності; домовленість не охоплює однієї із істотних згідно із законом або договором умов [15, с. 20].

Таким чином, Н.В. Рабинович у своїх дослідженнях дійшла до висновку про різну правову природу неукладеного і недійсного договорів: недійсний договір є правочиною, тому має всі властиві зазначеній категорії характеристики, а неукладений договір – «правове ніщо», яке не є підставою для виникнення, зміни або припинення цивільних правовідносин (юридичним фактом).

Класифікація підстав для кваліфікації договору неукладеним не позбавлена недоліків: по-перше, вона не містить єдиного критерію класифікації; по-друге, відсутність необхідного фактичного складу, як нам видається, включає в себе такий критерій, як недоліки волевиявлення; по-третє, насильницький вплив на учасників угоди є прямо визначеною підставою для недійсності правочину.

В.Б. Ісаков, розглядаючи юридичні і соціальні факти, розрізняв «неспроможність» (як синонім терміну «неукладений» – С.Т.) і «недійсність». На думку вченого, неспроможність і недійсність факту є близькими за юридичним значенням, однак не тотожними, у зв'язку з тим, що для настання їх правових наслідків може бути передбачений різний процедурно-процесуальний порядок. Відзначається, що «законодавство допускає у відомих випадках можливість управління недійсних фактичних передумов і надання їм юридичної сили». Неспроможні юридичні факти і склади, навпаки, за жодних умов не можуть бути визнані дійсними [16, с. 120].

Однак здатність недійсних договорів до валідації у визначених законом випадках є лише наслідком різної правової природи досліджуваних явищ.

Отже, концепція неукладеного договору в радянській юридичній літературі не була прийнята. Пануюча позиція відносно ототожнення неукладеного і недійсних договорів пояснювалась однаковими юридичними наслідками, а саме відсутністю первісних, визначених сторонами, правових наслідків. Водночас, роботи авторів, які визнавали якісну різницю між досліджуваними категоріями, не мали системного характеру, а визначені ними підстави для ква-

ліфікації договору неукладеним часто співпадали із тими, що тягнуть недійсність.

У новітній цивілістиці також відсутня єдина позиція відносно розмежування недійсних і неукладених договорів.

Так, О.В. Гутніков вважає, що «і недійсні, і неспроможні угоди є діями, спрямованими на досягнення певного результату. І ті, і інші як юридичні факти існують, однак у силу властивим цим діям недолікам складу (внутрішнього або зовнішнього), вони тягнуть за собою не ті наслідки, на досягнення яких були спрямовані» [17, с. 100]. Автор вважає, що «неспроможні угоди як юридичні факти – це лише різновид недійсних угод, особливістю яких є лише те, що підстави їх недійсності знаходяться в недоліках юридичного складу, які стосуються зовнішньої сторони дії. Якщо ж під угодою розуміти правовідношення, то вираз «угода, що не відбулась» є синонімом виразу «недійсна угода» [17, с. 105].

Натомість, В.А. Кияшко відсутність визначеного законом складу договору (як юридичного факту) відносить до підстав для кваліфікації договору неукладеним [18, с. 7].

В цілому схожу позицію підтримує і О.О. Савін: замість використання терміну «склад договору (угоди)» автор пише про «відсутність всіх конститутивних елементів договору внаслідок або передчасного переривання формування його як юридичного факту, або пропуску в наборі необхідних елементів» [19, с. 61].

Про відсутність конститутивних елементів писав і французький вчений Р. Саватьє: «Від недійсних слід перш за все відрізняти неспроможні договори, тобто такі, в яких повністю відсутній один із основних конститутивних елементів як, наприклад, домовленість сторін. Суворо розмірковуючи, відсутність договору не вимагає в таких випадках будь-якого підтвердження, однак у зв'язку з таким договором можуть бути здійснені певні дії. Зовнішньо обставини такі, що потерпілий має звернутися до суду з метою визнання договору неспроможним» [20, с. 279].

Таким чином, що в сучасній цивілістиці сформувалась певна тенденція до праворозуміння неукладеного договору як правової конструкції, яка обумовлюється недоліками складу договору (як юридичного факту).

Отже, за римським правом неукладений договір не визнавався самостійною категорією у зв'язку з тим, що недійсність одночасно виконувала функції як «блокування» первісних, визначених сторонами, правових наслідків, так і підтвердження відсутності акту. Виникнення вчення про неукладений договір мало місце у французькій правовій доктрині у зв'язку із практичною необхідністю «обходу» суворих приписів «de nullites sans texte» про нікчемність правочину. Саме із цим, як нам видається, пов'язується зовнішня схожість правових конструкцій неукладеного та недійсного договорів. В юридичній літературі радянського періоду, виходячи, насамперед, із пануючої в тогочасній цивілістиці позитивістської теорії, яка обмежувала праворозуміння лише позитивним правом, переважали погляди на досліджуване питання як проблематику термінологічну, а не змістовну. На нашу думку, зазначене пояснювалось, по-перше, відсутньою нормативною базою, по-друге – несприйняттям концепції «non existence» як буржуазної правової доктрини. Принципова відмінність зазначених правових конструкцій полягає в тому, що недійсність пов'язана із наявністю відповідної правової норми, натомість неукладеність, як писав Д.І. Мейєр, «знаходиться в залежності від відомої сторонньої обставини, яка не настає».

Така «стороння обставина», на відміну від підстав недійсності, безпосередньо не визначається об'єктивним правом, однак пов'язана із тим, договір залишається на стадії його формування, тобто укладення. Будучи «недоформованим», неукладений договір, виходячи із наукових робіт дореволюційного і новітнього (сучасного) періодів, не є юридичним фактом, а відповідно підставами для його кваліфікації є відсутність умов, виконання яких призводить до виникнення договору саме як юридично значимої дії. Поза увагою супротивників визнання неукладеного договору самостійною, окремою від недійсного правочину, юридичною конструкцією залишається факт того, що причинно-наслідковий зв'язок дії та відсутності її наслідків не обмежується лише випадками їх «блокування» (як це має місце при недійсності правочину), а також відбувається тоді, коли вказані дії, виходячи із своєї правової природи, не входять у правову площину, не є релевантними для права.

**Висновки.** Враховуючи зазначене, можна дійти до висновку про те, що недійсність пов'язана із дефектністю складу договору, тобто недоліками останнього, а неукладеність із відсутністю одного або більше конститутивних елементів складу. Теза про дефектність недійсних договорів, як нам видається, впливає з того, що недійсний договір залишається юридичним фактом, хоча тягне настання інших, аніж первісно визначені сторонами, правових наслідків, а саме: реституцію (ч. 1 ст. 216 ЦК України), відшкодування збитків та моральної шкоди (ч. 2 ст. 216 ЦК України). Отже, склад недійсного договору має всі необхідні елементи цивільно-правового договору, хоча один або більше з них є дефектним, тобто не відповідає встановленим законом вимогам про чинність правочинів, іншим нормам, що встановлюють недійсність (нікчемність).

Неукладеність договору є наслідком повної відсутності, а не дефектності, елементів складу цивільно-правового договору. На нашу думку, дефектність передбачає оцінку елементів складу на відповідність нормам об'єктивного права, за умови повної відсутності одного або більше елементів складу припиняє своє існування. Зовнішнім виразом неукладеного договору є сукупність дій його сторін, які мають спрямованість на укладення договору, однак яким бракує виконання одного або більше елементів складу договору як юридичного факту. Зміст зазначених елементів встановлюються у відповідних нормах Цивільного кодексу України, які визначають вимоги щодо формування останнього як юридичного факту, тобто норми, які встановлюють процедуру укладення договору, а також момент його укладення. У зв'язку із вищезазначеним слід відзначити, що тенденція до визначення неукладеного договору як договору із недоліками складу або складу із відсутніми «конститутивними елементами» також не може вважатись вірною: в неукладеному договорі склад цивільно-правового договору як юридичного факту не існує (відсутній).

#### Список використаної літератури

1. Постанова Пленуму Верховного суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 06.11.2009 № 9 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09>.

2. Постанова Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» від 29.05.2013 № 11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0011600-13>.

3. Дождев Д.В. Римское частное право : [учебник для вузов] / под ред. В.С. Нерсесянца. – М. : Издательская группа ИНФРА М-НОРМА, 1996. – 704 с.

4. Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд. 3-е, испр. – М. : «Статут», 2003. – 831 с.

5. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Введение. Общая часть. Особенная часть. – Тула : Автограф, 2001. – 720 с.

6. Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть / под ред. В.А. Томсинова. – М. : Зерцало, 2003. – 816 с.

7. Тузов Д.О. Теория недействительности сделок. Опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. – М. : Статут, 2007. – 313 с.

8. Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Том первый. Введение и общая часть. Выпуск 3. Изменение юридических отношений; Учение о юридической сделке. 4-е изд. – СПб, 1905 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.twirpx.com/file/254279>.

9. Эннексерус Л. Курс германского гражданского права. Т. 1. Полумом 2. Введение и общая часть / пер. И.Б. Новицкого, Г.Н. Полянской, В.А. Альтшулера, под ред. Д.М. Генкина, И.Б. Новицкого. – М. : Изд-во иностранной литературы, 1950. – 485 с.

10. Шахматов В.П. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. – Томск : Изд-во Том. ун-та, 1967. – 310 с.

11. Яблочков Т.М. Форма договора и последствия ее несоблюдения // Вестник советской юстиции. – 1926. – № 3 – С. 110–113.

12. Рясенцев В.А. Вопросы недействительности сделок в судебной практике // Социалистическая законность. – 1950. – № 8 – С. 34–37.

13. Иоффе О.С. Советское гражданское право. – М., 1967 // Иоффе О.С. Избранные труды : В 4 т. / Т. II. Советское гражданское право. – СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004. – 544 с.

14. Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. – М. : Госюриздат, 1954. – 247 с.

15. Рабинович Н.В. Недействительность сделок и ее последствия. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1960. – 171 с.

16. Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве. – М. : Юридическая литература, 1984. – 144 с.

17. Гутников О.В. Недействительные сделки в гражданском праве. Теория и практика оспаривания. – М. : Бератор-Пресс, 2003. – 576 с.

18. Кияшко В.А. Теоретические проблемы и последствия несостоявшихся сделок : дис. ... к. ю. н. – Краснодар, 2005. – 177 с.

19. Савин А.А. Последствия договоров, считающихся незаключенными по российскому гражданскому праву : дис. ... к. ю. н. – Москва, 2010. – 144 с.

20. Саватье Р. Теория обязательств. Юридический и экономический очерк. – М. : «Прогресс», 1972. – 438 с.

21. Цивільний кодекс України (із змінами і доповненнями) від 16.01.2003 № 435-IV // Голос України – 2003. – № 47–48.

## ПОНЯТТЯ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ГОТЕЛЬНИХ ПОСЛУГ

Андрій УСТІНСЬКИЙ,

аспірант кафедри цивільного права

Юридичного інституту

Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

### SUMMARY

This article is dedicated to lawful research of the estimation of contract which is concentrate on rendering hotel service. A deep research between comprehensions «service» and «servicing», and the theoretical analysis of the structure of rendering hotel service contract are defined. The rendering of hotel service brings to effect not by the hotel accommodation contract but by the contract on hotel servicing. The drawback in lawmaking definition of mentioned contract is emphasized. The different scientific opinion concerning contract on rendering hotel service are developed. Author's definition of mentioned category is proposed. Emphasized on the necessity making an appropriate changes to national legislation.

**Key words:** service, a hotel service, hotel accommodation contracts, contract on hotel servicing.

### АНОТАЦІЯ

Статтю присвячено дослідженню легального визначення договору, яким опосередковується надання готельних послуг. Автором проводиться ґрунтовне дослідження співвідношення понять «послуга» та «обслуговування», а також аналіз теоретичної конструкції договору обслуговування. Обґрунтовується твердження про те, що надання готельних послуг здійснюється за договором про надання готельних послуг, а не за договором на готельне обслуговування. Акцентується увага на недоліках законодавчого визначення досліджуваного договору. Досліджуються думки вчених щодо дефініції договору про надання готельних послуг. Пропонується авторське визначення зазначеної категорії. Наголошується на необхідності внесення відповідних змін до законодавства.

**Ключові слова:** послуга, готельна послуга обслуговування, договір на готельне обслуговування, договір про надання готельних послуг.

**Постановка проблеми.** Готельна індустрія є однією з найбільш перспективних галузей економіки в Україні. На жаль, незважаючи на достатню кількість готелів, рівень надання готельних послуг бажає бути кращим. Не останню роль у цьому відіграє адекватність нормативно-правового регулювання зазначеної сфери.

Уже під час першого дослідження нормативно-правової бази, яка врегульовує надання готельних послуг, очевидними є недоліки, неточності та суперечності у визначенні ключових категорій, таких як готельна послуга, договір про надання готельних послуг, іменування сторін такого договору тощо.

На жаль, на цьому етапі комплексного правового дослідження цивільно-правових відносин, які складаються у сфері надання готельних послуг, українськими вченими-цивілістами не проводилося. При цьому досить багато уваги цій сфері приділено російськими вченими, зокрема Д.А. Жмуліною, М.Б. Цаліковою, Л.К. Садардіновою, А.Б. Тихоміровою.

Теоретичну основу цієї статті, крім праць наведених учених, становлять праці таких науковців, як О.А. Красавчиков, Е.Д. Шестобистов, Е.Д. Шешенін, М.В. Кротов, Л.В. Саннікова, В.В. Резнікова, Г.А. Осетинська, Ю.Г. Коросташивець та інші.

**Мета та завдання статті.** Метою дослідження є аналіз існуючої дефініції договору, яким опосередковується надання готельних послуг, виявлення недоліків та надання пропозицій щодо вдосконалення цієї правової категорії.

**Виклад основного матеріалу.** Договір – універсальна та найбільш доцільна правова форма опосередкування товарно-грошових та інших майнових відносин, роль якої в сучасних умовах ринкової економіки особливо зростає. Адже договором створюється певна модель поведінки між

суб'єктами, закріплюється порядок і форма подальших взаємовідносин учасників [1, с. 119].

Відповідно до ст. 22 Закону України «Про туризм» [2] за договором на готельне обслуговування одна сторона (готель або інший суб'єкт, що надає послуги з розміщення) зобов'язується за дорученням іншої сторони (проживаючого) надати послуги з тимчасового проживання (ночівлі) у спеціально обладнаному жиллому приміщенні (номері), виконати або організувати виконання інших визначених договором на готельне обслуговування послуг, пов'язаних із тимчасовим проживанням, а проживаючий зобов'язується сплатити за ці послуги встановлену плату.

Водночас поняття «готельне обслуговування» як вид послуг на нормативно-правовому рівні не вживається. Зокрема, Правила користування готелями й аналогічними засобами розміщення та надання готельних послуг, затверджені наказом Державної туристичної адміністрації України від 16 березня 2004 р. № 19 [3], називають договір, який опосередковує надання готельних послуг, договором про надання готельних послуг.

Як бачимо, законодавець ототожнює поняття «готельне обслуговування» й «готельні послуги». І це є недоліком правового регулювання договірних відносин із надання готельних послуг. Адже готельна послуга як об'єкт цивільних прав є предметом договорів про надання послуг. Сумнівним вважаємо їх опосередкування іншим видом договору.

Крім того, такий підхід до формулювання дефініцій договору, що опосередковує надання готельних послуг, є неприйнятним, позаяк у правовій доктрині поняття «сфера послуг» і «сфера обслуговування» не є тотожними.

Дискусія щодо співвідношення названих понять почалася ще в радянський період із виділенням у юридичній науці поняття «послуга».

У радянській юридичній літературі поняття «обслуговування» включало будь-яку діяльність, спрямовану на задоволення потреб. Як стверджував О.А. Красавчиков, усі цивільно-правові договори можуть опосередковувати діяльність, спрямовану на задоволення потреб третіх осіб, тобто оформляти процес обслуговування [4, с. 6].

Одні вчені ототожнювали поняття «послуги» та обслуговування (А.Е. Шестобитов, Е.А. Суханов, А.Ю. Кабалкін), інші виступали проти їх ототожнення (Е.Д. Шешенін, М.В. Кротов, В.А. Плетнев, Н.А. Барінов).

На думку Е.Д. Шешеніна, послуги виступають як предмет договорів про надання послуг, у той час як теоретична конструкція договору обслуговування охоплює різні види цивільно-правових договорів, що відрізняються один від одного за предметом договору [5, с. 176]. Дещо подібно трактує поняття обслуговування й В.А. Плетнев, який вважає, що терміном «обслуговування» охоплюється не лише надання послуг, а й підрядна діяльність. Іншими словами, «обслуговування» розглядається як поняття, ширше за «надання послуг» [6, с. 136].

Водночас М.В. Кротов стверджує, що зобов'язання з обслуговування громадян виникають між спеціалізованими організаціями та громадянами, а зобов'язання з надання послуг – між будь-якими суб'єктами [7, с. 98]. Це визначення, навпаки, звужує обсяг поняття «обслуговування».

Професор Н.А. Барінов визначає сферу послуг як сферу, де виробляють послуги, а сферу обслуговування – як сферу, де, крім виробництва, здійснюється також доведення вироблених послуг до споживача, де задовольняються потреби споживачів у послугах [8, с. 18]. Проте таке трактування суперечить самій сутності категорії «послуги», однією з визначальних ознак якої є нерозривність процесу їх виробництва й надання.

Доволі цікавою є думка А.В. Тихомірової, яка зазначає, що в літературі індустрію туризму, у тому числі сферу гостинності, прямо або опосередковано відносять до сфери послуг і (або) сфери обслуговування. На думку автора, між сферою послуг та сферою обслуговування немає істотної різниці: обидві включають окремі галузі економіки, метою яких насамперед є задоволення потреб громадян. Виділення цих сфер у юриспруденції, вважаємо, не несе в собі юридичного змісту, оскільки це економічні, а не юридичні категорії [9].

На нашу думку, поняття «послуги» та «обслуговування» однозначно не є тотожними, позаяк останнє, крім власне послуг, включає товари та роботи. Тому необхідним є аналіз теоретичної конструкції договору обслуговування.

Посилання на договір обслуговування зустрічається в Цивільному кодексі України [10]. Так, визначаючи поняття публічного договору, законодавець, перераховує такі його види, як медичне, готельне, банківське обслуговування тощо (ст. 633 Цивільного кодексу України).

Як постає зі змісту ст. ст. 17, 20 Закону України «Про захист прав споживачів» [11] під обслуговуванням розуміється торгівельне, побутове та інші види обслуговування (виконання робіт, надання послуг).

Постановою Кабінету Міністрів України від 16 травня 1994 р. № 313 затверджено Правила побутового обслуговування населення [12], а постановою від 15 червня 2006 р. № 833 – Порядок провадження торговельної діяльності та правила торговельного обслуговування на ринку споживчих товарів [13].

Як постає зі змісту вказаних постанов, вони фактично регулюють відносини між замовниками й виконавцями під

час надання побутових послуг, послуг харчування та торговельної діяльності (оптової та роздрібною торгівлі), причому замовниками виступають споживачі – фізичні особи.

Існує багато інших підзаконних нормативно-правових актів, де зустрічається поняття обслуговування.

У науковій літературі концепція договору на обслуговування громадян як самостійного типу цивільно-правового договору була розроблена А.Е. Шестобитовим. Як істотні ознаки договору на обслуговування громадян називалися такі: плановий характер діяльності, спеціальна правоздатність, переддоговірні зобов'язання (з інформування громадянина про властивості товарів, робіт, послуг тощо) організації обслуговування, якість обслуговування як кінцевий договірний результат [14].

Із сучасників конструкції договору на обслуговування досліджували російський учений Л.В. Саннікова та український учений В.В. Резнікова.

Л.В. Саннікова сформулювала основні ознаки договору обслуговування, серед яких:

- по-перше, споживча мета договору. Він спрямований на задоволення потреб кінцевого споживача в товарах (роботах, послугах), не призначених для використання в підприємницькій діяльності;

- по-друге, специфічний суб'єктний склад. З одного боку, у ролі виконавця (продавця) виступають комерційні організації, індивідуальні підприємці, а також некомерційні організації, які здійснюють підприємницьку або іншу діяльність, що приносить доходи діяльності публічного характеру. З іншого боку, споживачами є громадяни та юридичні особи, які отримують товари (роботи, послуги) у споживчих цілях;

- по-третє, договір обслуговування має публічний характер, що обумовлює обов'язок для виконавця (продавця) здійснювати діяльність із реалізації товарів (робіт, послуг) щодо кожного, хто до нього звернеться на рівних для всіх умовах [14].

Професором В.В. Резніковою також розроблено теоретичну конструкцію договору обслуговування та виділено її ознаки, якими є споживча мета договору, специфічний суб'єктний склад, публічний характер цієї договірної конструкції, а також обґрунтовано умови, за яких вона виступає предметом господарсько-правового регулювання [15, с. 9].

Також відмічено недосконалість існуючої доктринальної розробки категорії «обслуговування», здійснено звернення до теоретичної конструкції договору обслуговування. Зроблено висновок, що поняття «послуга» як об'єкт правового регулювання, з одного боку, включає в себе й поняття «обслуговування» – господарські відносини зі здійснення діяльності, спрямованої на задоволення потреб учасників майнового обороту. З іншого боку, розширене тлумачення терміна «обслуговування» як господарської діяльності (з реалізації товарів, робіт, послуг), спрямованої на задоволення потреб споживачів, виходить за межі поняття «послуга», оскільки будь-яке зобов'язання в підсумку спрямоване на задоволення потреб та інтересів кредитора [15, с. 16].

Проте, на нашу думку, виділення такої договірної конструкції, як «договір обслуговування», є недоцільним, оскільки відсутні як особливості, які б дозволи виділяти такий вид договору, так і економічна необхідність.

Така характеристика як споживча мета договору притаманна багатьом договірним конструкціям, є загальною характеристикою та класифікаційною ознакою поділу всіх



договорів на споживчі та підприємницькі. Те ж саме можна сказати й про нібито «специфічний» суб'єктний склад, адже обов'язкова наявність як контрагентів суб'єкта господарювання та фізичної особи-споживача є однією з характеристик споживчого характеру договору та його публічності.

Публічний характер договору є також загальною характеристикою, а основні положення щодо публічного договору визначені ст. 633 Цивільного кодексу України [10].

І навіть твердження, що договір обслуговування, порівняно з договором про надання послуг, може охоплювати своїм предметом, крім власне послуг, ще роботи й товари, може свідчити тільки про змішаний тип договору.

Зазначене узгоджується з положенням ч. 2 ст. 628 Цивільного кодексу України [10], згідно з яким сторони мають право укласти договір, у якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір). До відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться в змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не постає із суті змішаного договору.

Таким чином, зміст теоретичної конструкції договору обслуговування зводиться до того, що це «публічний змішаний договір споживчого характеру». І під цю характеристику підпадає безліч договорів. При цьому підстав виділяти такі договори в окрему групу договорів на обслуговування, на нашу думку, немає. Адже це тільки ускладнить договірні відносини.

Тому не можемо не погодитися з позицією Г.А. Осетинської, на думку якої, метою розробки конструкції договору обслуговування була передусім мета забезпечення захисту прав споживачів. Проте наразі необхідність у такій конструкції зникла завдяки появі норм про роздрібну купівлю-продаж, прокат, побутовий підряд, які достатньою мірою захищають права споживачів. У зв'язку із цим немає необхідності у виділенні договору обслуговування в окрему категорію [16, с. 34].

Крім того, у сучасних реаліях ринкової економіки саме ринок визначає нові умови й обумовлює необхідність регламентації нових типів договорів чи вдосконалення існуючих. Економічних передумов для виділення договорів обслуговування в окрему групу ми також не бачимо. Більш влучною та такою, що відповідає міжнародній практиці, є категорія споживчого договору.

Зрештою, очевидною є відповідь на питання щодо того, чому існуючі нормативно-правові акти оперують поняттями «обслуговування» та «договір обслуговування». На нашу думку, це «спадок» радянського законодавства, яке, по-перше, не виділяло договорів про надання послуг; по-друге, майже всі договірні відносини з населенням розглядало через призму «обслуговування». За відходу від радянського законодавства, зважаючи на те, що категорія «послуг» була для населення новою та дещо «чужою», а «обслуговування» було усталеною категорією, законодавець, очевидно, вирішив залишити обидві.

Вважаємо, що існуюча конструкція договору про надання послуг може включати в себе й обслуговування, під яким необхідно розуміти діяльність із задоволення потреб споживача.

Тому, зважаючи на вищевикладене, проаналізувавши поняття «обслуговування» та конструкцію договору обслуговування, вважаємо, що поняття «договір обслуговування» є ширшим за поняття «договір про надання послуг» і

включає в себе також роботи та товари. Водночас готельні послуги носять комплексний характер, надання готельних послуг є єдиним за своєю правовою природою зобов'язанням, яке опосередковуються договором про надання послуг.

Наприклад, Н.В. Сірик, аналізуючи поняття «обслуговування» й «послуга» стосовно сфери туризму, стверджує, що обслуговування є збірною категорією, що використовується для характеристики діяльності, спрямованої на задоволення різних потреб громадян. Здійснюючи цю діяльність, організації надають послуги, виконують роботи, продають урздріб товари. Таким чином, поняття «обслуговування» є ширшим, ніж поняття «послуга» [17, с. 226].

Крім того, як вірно відзначається в літературі, «назва договору завжди повинна відображати ті правовідносини, які виникають на підставі його укладення. Коли ми бачимо, скажімо, назву «договір купівлі-продажу», то, очевидно, одразу виникає думка, що цей договір опосередковує саме відносини купівлі-продажу, а не будь-які інші; договір поставки опосередковує саме відносини поставки, договір найму – відносини тимчасового користування майном тощо» [18, с. 144].

Отже, надання готельних послуг здійснюється за договором про надання готельних послуг. Тому необхідно внести зміни до ст. 633 Цивільного кодексу України та ст. 22 Закону України «Про туризм» у частині заміни словосполучення «договір на готельне обслуговування» та його відмінків на «договір про надання готельних послуг».

Хочемо акцентувати увагу на інших недоліках легального визначення договору на готельне обслуговування (про надання готельних послуг), зокрема на некоректному визначенні сторін договору.

Так, послугонадавачем закон визначає готель або інший суб'єкт, який надає послуги з розміщення. При цьому не враховано, що згідно з Національним стандартом України ДСТУ 4268:2003 «Послуги туристичні. Засоби розміщення» [19] засоби розміщення – це будь-які об'єкти, у яких регулярно або час від часу надають послуги розміщення для ночівлі, у тому числі орендовані засоби розміщення, неосновне власне житло тощо. Тобто, виходячи з буквального розуміння, можна припустити, що тимчасова оренда приміщень є готельною послугою.

Викликає питання іменування контрагента за договором як «проживаючий», адже замовником готельних послуг може виступати не тільки особа, яка буде проживати в готелі, тобто фізична особа, а й суб'єкти господарювання (юридичні особи та фізичні особи-підприємці), які в силу специфіки свого статусу проживати в готелі не можуть.

На нашу думку, сторонами договору про надання готельних послуг є виключно замовник та виконавець.

З метою всебічного аналізу поняття «договір про надання готельних послуг» слід також приділити увагу авторським визначенням названої договірної конструкції.

Ю.Г. Коросташивець пропонує таке визначення: «За договором на готельне обслуговування одна сторона (суб'єкт підприємницької діяльності, що надає послуги з розміщення) зобов'язується надати послугу другій стороні (споживачу та/або замовнику) з тимчасового проживання (ночівлі) у спеціально обладнаному жилу приміщенні (номері), виконати або організувати виконання інших визначених договором на готельне обслуговування послуг, пов'язаних із тимчасовим проживанням, а споживач (замовник) зобов'язується сплатити за ці послуги встановлену плату» [20, с. 563].

Не можемо назвати це визначення вдалим, адже воно відрізняється від законодавчого тільки уточненням найменування сторін та містить аналогічні неточності, про які вже йшла мова.

На думку Е.Л. Писаревського, договір про надання готельних послуг (договір готельного обслуговування) можна визначити як договір, за яким одна сторона – готель, відповідно до своєї категорії, зобов'язується надати іншій стороні, тобто постійльцю (гостю), обладнане меблями та іншими зручностями жиле приміщення, призначене, як правило, для тимчасового проживання (перебування), а також комплекс послуг, що складається з послуг громадського харчування, зв'язку й побутового обслуговування, а постійльць зобов'язується оплатити ці послуги, а також дотримуватися встановлених правил проживання [21, с. 41]. Недоліком зазначеного визначення є обмеження комплексу послуг, які пов'язані з тимчасовим проживанням і можуть бути надані готелем виключно громадським харчуванням, послугами зв'язку й побутовим обслуговуванням, а також неврахування тієї обставини, що замовником готельної послуги може бути й юридична особа.

Л.К. Садардінова визначає договір відплатного надання готельних послуг як різновид договору відплатного надання послуг, відповідно до якого одна сторона (готель) зобов'язується надати іншій стороні, тобто постійльцю (споживачу), готельні послуги своїми засобами відповідно до присвоєної їй категорії, а інша сторона зобов'язується їх оплатити [22, с. 39].

А.В. Тихомірова вважає, що за договором про надання готельних послуг виконавець – готель, професійний учасник індустрії туризму – зобов'язується надати гостю для тимчасового проживання готельний номер (місце в номері) і комплекс готельних послуг, а гість зобов'язується оплатити ці послуги й дотримуватися правил проживання в готелі [23, с. 96]. Проте в обох визначеннях не враховано, що готель не може виступати виконавцем послуги, а є місцем її надання.

Під договором на надання готельних послуг розуміється договір, за яким виконавець зобов'язується надати замовнику послуги з тимчасового проживання в готелі, а також інші, пов'язані з проживанням послуги, а замовник зобов'язується оплатити спожиті послуги [24, с. 8]. Знову ж таки не враховано, що якщо замовником виступає юридична особа, то отримувати її в будь-якому випадку буде споживач. Крім того, як постає зі змісту запропонованого визначення, оплату наданих готельних послуг слід здійснювати тільки після їх надання. Проте встановлення такого правила суперечить як змісту правовідносин у сфері надання готельних послуг, так і принципу економічної доцільності. Адже нерідко замовники замовляють та оплачують готельні послуги задовго до моменту їх отримання (причин цього може бути багато: бажання забезпечити себе від відсутності вільних номерів у готелі, нижчі ціни під час замовлення завчасно тощо).

Як вірно зазначає І.В. Москаленко, будь-яка цивільно-правова дефініція фактично є правовою оцінкою та інтерпретацією об'єктивно існуючих елементів предмета цивільно-правового регулювання [25, с. 9].

Вважаємо, що найбільш доцільно буде визначити договір про надання готельних послуг, виходячи з легальної конструкції договору про надання послуг.

Відповідно до ст. 901 Цивільного кодексу України за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовни-

ка) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором.

Беручи до уваги загальне визначення договору про надання послуг, вважаємо, що під договором про надання готельних послуг слід розуміти договір, за яким одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати готельну послугу гостю, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу.

**Висновки.** Проведений нами аналіз підтвердив, що «послуга» та «обслуговування» є різними за своїм змістом та обсягом категоріями. При цьому перша носить правовий характер, а друга – економічний. Поняття «договір обслуговування» є значно ширшим, ніж поняття «договір про надання послуг», та включає в себе також роботи та товари. Проте готельні послуги носять комплексний характер, надання готельних послуг є єдиним за своєю правовою природою зобов'язанням та опосередковуються договором про надання послуг. Будь-які економічні чи правові передумови виділення такої договірної конструкції, як договір на обслуговування у сфері надання готельних послуг, відсутні.

Сторонами договору про надання готельних послуг є виключно замовник та виконавець. Тому іменування їх проживаючим та готелем або іншим суб'єктом, що надає послуги з розміщення, є некоректним.

Визначити дефініцію договору про надання готельних послуг, слід виходити з легальної конструкції договору про надання послуг. Отже, договір про надання готельних послуг – це договір, за яким одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати готельну послугу гостю, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу.

#### Список використаної літератури

1. Гудима М.М. Предмет договору про надання туристичних послуг за законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / М.М. Гудима ; Юрид. ін-т Прикарпат. нац. ун-ту ім. Василя Стефаника. – Івано-Франківськ, 2013. – 212 с.
2. Про туризм : Закон України від 15 вересня 1995 р. № 324/95-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.
3. Правила користування готелями й аналогічними засобами розміщення та надання готельних послуг, затверджені наказом Державної туристичної адміністрації України від 16 березня 2004 р. № 19 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.
4. Красавчиков О.А. Сфера обслуговування: гражданско-правовой аспект / О.А. Красавчиков // Гражданское право и сфера обслуживания. – Свердловск, 1984. – С. 5–29.
5. Шешенин Е.Д. Предмет обязательства по оказанию услуг / Е.Д. Шешенин // Сборник ученых трудов. – Свердловск : Сред.-Урал. кн. изд-во, 1964. – Вып. 3. – С. 151–193.
6. Плетнев В.А. Понятие договоров авиационного обслуживания / В.А. Плетнев // Гражданское право и сфера обслуживания. – Свердловск : Сред.-Урал. кн. изд-во. – 1984. – С. 132–138.
7. Кротов М.В. Обязательство по оказанию услуг в советском гражданском праве : [учебное пособие] / М.В. Кротов. – Л. : Изд-во Ленингр. ун-та, 1990. – 107 с.
8. Баринов Н.А. Услуги (социально-правовой аспект) / Н.А. Баринов. – Саратов : Стило, 2001. – 192 с.

9. Тихомирова А.В. Оказание гостиничных услуг по российскому гражданскому праву : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / А.В. Тихомирова. – Челябинск, 2008. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.dissertat.com/content/pravovoe-regulirovanie-deyatelnosti-po-okazaniyu-gostinichnykh-uslug-0>.
10. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 453-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.
11. Про захист прав споживачів : Закон України від 01.10.1991 р. № 1024-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.
12. Правила побутового обслуговування населення, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 16 травня 1994 р. № 313 [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.
13. Порядок провадження торговельної діяльності та правила торговельного обслуговування на ринку споживчих товарів, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 15 червня 2006 р. № 833 [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.
14. Санникова Л.В. Услуги в гражданском праве России / Л.В. Санникова [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.pravo.vuzlib.org/book\\_z1999\\_page\\_1.html](http://www.pravo.vuzlib.org/book_z1999_page_1.html).
15. Резнікова В.В. Теоретичні проблеми регулювання підприємства у сфері господарювання України : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.04 / В.В. Резнікова. – К. : Б. в., 2011. – 30 с.
16. Осетинська Г.А. Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Г.А. Осетинська. – К., 2006. – 220 с.
17. Адамова О.С. Співвідношення понять «послуга» і «обслуговування» у сфері туризму / О.С. Адамова // Актуальні проблеми держави і права. – 2010. – Вип. 56. – С. 225–231.
18. Шама Н.П. Поняття та ознаки спадкового договору / Н.П. Шама // Вісник Львівського університету. Серія юридична. – 2009. – Вип. 49. – С. 142–150.
19. Послуги туристичні. Засоби розміщення. Загальні вимоги: ДСТУ 4268:2003 (чинний від 1 липня 2004 р.). – К. : Держспоживстандарт України, 2004. – 14 с.
20. Коросташивець Ю.Г. Правова характеристика договору на готельне обслуговування / Ю.Г. Коросташивець // Господарсько-правове забезпечення транспортної діяльності (вітчизняний та зарубіжний досвід). – 2013. – С. 560–564. – [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://conference.nau.edu.ua/index.php/TL/TL3/paper/view/423>.
21. Писаревский Е.Л. Договор на предоставление гостиничных услуг / Е.Л. Писаревский // Юрист. – 2001. – № 1. – С. 40–46.
22. Садардинова Л.К. Гостиничные услуги / Л.К. Садардинова // Юридические науки. – 2007. – № 1. – С. 107–112.
23. Тихомирова А.В. Общие положения договора на оказание гостиничных услуг / А.В. Тихомирова // Вестник Южно-Уральского государственного университета. – 2010. – № 18. – С. 96–101.
24. Цаликова М.Б. Правовое регулирование деятельности по оказанию гостиничных услуг : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / М.Б. Цаликова. – Краснодар, 2007. – 171 с.
25. Москаленко И.В. Некоторые аспекты понятия гражданско-правовых дефиниций / И.В. Москаленко // Юрист. – 2003. – № 5. – С. 9–10.

# ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

УДК 347.29

## ОПЫТ ПРИМЕНЕНИЯ ДОГОВОРА ФОРФЕЙТИНГА

Валентина АНДРИЕНКО,

преподаватель, ассистент кафедры гражданского и хозяйственного права и процесса  
Международного гуманитарного университета

### SUMMARY

The article deals with the positive experience of regulatory for forfeiting contract in Italy and India. Illuminated gnoseological origins as well and private law and public law measures in the legislation of these countries to use for forfeiting. Attention is focused on positive solutions and the omissions. It was concluded that feasibility of unification regulatory of forfeiting as the contract and the use of positive experience.

**Key words:** forfeiting, contract, experience.

### АННОТАЦИЯ

В статье идет речь о позитивном опыте регулирования договора форфейтинга в Италии и Индии. Освещены гносеологические истоки, а также частноправовые и публично-правовые меры в законодательстве этих стран по использованию форфейтинга. Акцентировано внимание на положительных решениях и упущениях. Сделан вывод о целесообразности унификации регулирования форфейтинга как договора и использовании положительного опыта.

**Ключевые слова:** форфейтинг, договор, опыт.

**Постановка проблемы.** Договор форфейтинга возник и развился в странах Европы гораздо раньше, чем у нас, и уже достаточно «отработан». Его рецепция в Украине должна проводиться в его лучших конструкциях. Это обусловлено относительной новизной и отсутствием регулирования договора форфейтинга в Украине актами национального законодательства. Имеются методологические основы для имплементации норм его регламентации в других странах с целью: 1) во избежание ошибок, допущенных в позитивном праве некоторых стран; 2) гармонизации законодательства в условиях экономического глобализма; 3) обеспечения единого толкования норм и их применения для консолидации практики; 4) предотвращения появления доморожденных конструкций форфейтинга и злоупотреблений этим договорным институтом; 5) обеспечения соответствия концепции адаптационного направления развития национального законодательства.

С практической стороны, даже если обосновать новый подход, его применение в ближайшее время в Украине сомнительно. Это подчеркивает целесообразность применения передового опыта использования договора форфейтинга в других странах.

**Цель статьи** – раскрыть опыт применения форфейтинга как договорного института в мире, а также выявить возможности его применения в Украине.

**Состояние исследования.** Эта тематика уже раскрывалась в работах А. Валюшко, М. Буровой, М. Кротова, А. Минеева, А. Пигарева, А. Приходько, А. Смирнова, Я. Чапичадзе, Г. Косталуччи, А. Фридмана, Г. Самберга и других. В национальной эмпиристике также имеются и другие работы.

Объектом работы являются правоотношения, возникающие на основе договора форфейтинга, а предметом – законодательство зарубежных стран (Италия, Индия) и практика его применения.

**Изложение основного материала.** Гносеологически появление и развитие систем кредитования экспортеров в разных странах проходило по-разному, в соответствии со

стратегией их экспортно-импортной политики, экспортным потенциалом, пониманием сущности и специфики форфейтинга. Соответственно, применялись как частноправовые, так и публично-правовые средства.

В промышленно развитых странах преимущественно реализовывалась государственная политика поддержки экспортеров за счет частного банковского капитала как проявление общей политики по наращиванию экспортного потенциала и невмешательства государства в деятельность частного капитала. Напротив, в развивающихся странах неразвитость их банковских систем побудила стимулировать национальных экспортеров за счет государственной поддержки. Такова общая ошибка, которая заключалась в расходовании государственных средств или предоставлении неоправданных льгот экспортерам, стимулировала проблемы формирования и расходования бюджета; она, к сожалению, типична, особенно для стран молодых демократий. Не обошлась без этих «грабелей» и Украина, что проявилось в возмещении налога на добавленную стоимость, рефинансировании банков с «плохой репутацией» и в других институтах. Рано или поздно от публичного подхода отказываются.

Безусловно, кредитование экспортеров как форма поддержки отечественного товаропроизводителя должна быть должным образом урегулирована. Изученные нами из доступных источников механизмы поддержки экспортеров через системы кредитования в большинстве стран Европейского Союза (далее – ЕС) свидетельствуют о следовании одним и тем же правилам и унификации правового механизма форфейтинга. Это обусловлено экономическими закономерностями и быстрым заимствованием передового опыта. Форфейтинг прошел свое становление в странах развитой и стабильной банковской системы, приобрел правовую форму, которая была заимствована другими странами. Это обеспечило единство в его урегулировании.

В Европе договор форфейтинга возник в конце 50-х – начале 60-х годов. Он продвигался на рынок финансовых

услуг форфейтинговыми компаниями Цюриха с преодолением определенных препятствий, большинство из которых присущи финансовым услугам. В частности, это обусловлено тем, что форфейтинг как договорной финансовый инструмент был неизвестен для экспортеров, что требовало его популяризации; страховой риск, связанный с дефолтом по уплате внешнего долга, практически не учитывался экспортерами, которые были уверены, что они застрахованы от него системой Государственного страхового обеспечения; существовала значительная разбросанность экспортеров по территории страны, что затрудняло доступ к ним, популяризацию и продвижение форфейтинга.

Показателен опыт таких стран, где обеспечение экспорта национальных компаний проходил через форфейтинг (Италия и Индия). Эти страны по макроэкономическим показателям определенное время были приближены к Украине. Так, уровень экономического развития Италии является одним из низких среди стран «Большой семерки»: имеет значительный аграрный сектор, относительно высокий уровень инфляции, были частые смены правительства, обострились проблемы экспортно-импортной политики, в частности, в развитые страны. Италия, как и Украина, является экспортером машинно-технической продукции как сектора промышленности, который определяет экономический уровень развития страны. Действующие в этой стране правовые и экономические методы стимулирования экспортеров можно применить в Украине и не только с учетом специфики национального рынка и финансовой системы. При этом Гражданский кодекс Италии, как и других европейских стран, не регулирует договор форфейтинга, а это обеспечивается на подзаконном уровне.

В Италии форфейтинг появился с 1970 годов, когда на финансовом рынке Италии произошли важные события, которые изменили отношение торговых компаний к рискам. В их результате итальянские экспортеры убедились в том, что получение платежа по внешнеэкономическому контракту не абсолютно гарантировано, даже при наличии первоклассных банковских гарантий; страховое покрытие не полностью гарантировало имущественные интересы при заявлении денежных требований, а требовало времени и значительных усилий для получения возмещения. Форфейтинг стал важным правовым средством для покрытия рисков, связанных с получением экспортной выручки. В таких условиях система кредитования итальянских экспортеров через форфейтинг как форму торгового финансирования субсидировалась Советом министров Италии. Даже торговый договор по строительству в Советском Союзе автозавода по производству малолитражек и более 80 изобретений финансировался именно под такие гарантии итальянского правительства.

Принятые меры способствовали значительному росту количества и суммы договоров форфейтинга в 1980–1982 годах. Была оказана государственная поддержка и системе экспортного кредитования. Форфейтинг в Италии осуществлялся на основе таких принципов: доступности для итальянских экспортеров форм кредитования; предоставления многочисленных поощряемых мер и кредитов, в частности в налогообложении (снижение вексельного сбора и налогов), страховании (основано Государственное агентство SAGE для покрытия политического и коммерческого рисков, а также других рисков по внешнеэкономическим сделкам), финансовой сфере (предоставление банку Mediocredito Centrale-Rome права предоставлять процентные субсидии для компенсации разницы между рыночной

стоимостью фондирования и процентов, взимаемых с иностранного покупателя, при условии, что такая разница не ниже согласованной ставки («консенсусная ставка»)).

Итальянским экспортерам машин и оборудования при их поставке с рассрочкой платежа более 18 месяцев было предоставлено право использовать любую форму кредитования сделки на внутреннем и на международном рынке капиталов, а затем заполнить заявку в Mediocredito Centrale-Rome на предоставление процентной субсидии. Размер такой субсидии устанавливается этим банком на основании Инструкций Министерства финансов Италии для каждого конкретного типа финансирования.

С практической стороны схема применения форфейтинга следующая:

1) экспортер после заключения контракта с импортером на поставку продукции его выполняет и затем передает ему товарный кредит по согласованной заранее с форфейтером ставке («Кредит поставщика»);

2) на основе форфейтинга экспортер получает от форфейтера денежные средства за поставленную продукцию в рамках вышеупомянутого внешнеэкономического контракта за вычетом рыночного дисконта;

3) экспортер подает заявку в банк на получение субсидии обычно в сумме рыночного, указанного выше дисконта.

Приведенное дает основание считать, что это было направлено на стимулирование экспорта через льготное кредитование, которое предоставлялось специализированным банком от имени и под гарантии правительства. Экспортеры имели право предоставлять импортерам рассрочку платежа по льготным ставкам. Задолженность импортера перед экспортерами ликвидировалась через рефинансирование экспортера по такой же процентной ставке, предоставлялась возможность получать преимущества от страхового покрытия кредитов от политических, форс-мажорных, коммерческих и валютных рисков через SAGE.

Бенефициариями по этому закону были итальянские экспортеры, которые в установленном порядке подавали заявку. При этом лимитировались их расходы. К разрешенным расходам были отнесены расходы, связанные с экспортом оборудования, машин, товаров длительного пользования и услуг, расходы на капитальные затраты; рабочей силы; некоторых видов пищевых продуктов (сельскохозяйственные, зоотехнические и рыбные). Коммерческий кредит предоставлялся экспортером в пользу импортера с целью рассрочки платежа за поставленный товар (минимум на 24 месяцев). Рассрочка платежа допускалась на сумму, которая была равна 85% стоимости поставки. Остальные 15% должны были быть уплачены на дату покупки. За предоставленную отсрочку платежа итальянский поставщик насчитывал проценты на сумму поставки. Стимулирование заключалось в поставке товарного кредита покупателю. Операции по рефинансированию кредита осуществлялись различными путями в зависимости от того, кому оно назначено: поставщику кредита или покупателю кредита.

Можно констатировать: в Италии поставщику кредита экспортер уступал гарантию долговых требований (векселя, преимущественно траты), полученных от покупателя, а банк в обмен предоставлял кредит по такой же процентной ставке. Итальянский импортер обязывался погасить предоставленные банком кредиты в определенные даты погашения.

Покупателю кредита экспортер предоставлял кредит в итальянском банке, от которого получал наличный платеж по экспортному контракту, а банк инкассировал платежи

от покупателя или иностранного банка покупателя. Такие условия кредитования предусмотрены международным соглашением «Консенсус» (неформальное соглашение по поставкам с предустановленной отсрочкой платежа более 2-х лет, обеспеченных страховой гарантией или государственной финансовой поддержкой). Разрешалось страхование в SAGE экспорта комплектующих со средне- и долгосрочной рассрочкой платежа, а покрытие рисков (дисконта) оператора государство принимало на себя.

Эта система финансирования экспорта итальянских производителей просуществовала до 19 апреля 1995 года, пока банк Mediocredito Centrale не объявил о прекращении выплат субсидий по всем заявкам, которые были поданы после этой даты вследствие нехватки средств на дальнейшее субсидирование. Кроме того, к тому времени итальянские экспортеры завоевали определенные внешние рынки, накопили собственные ресурсы.

Новые правила кредитования экспорта от 24 января 1997 года значительно ограничили предоставление субсидий государством. Они свелись к следующему:

1) сокращение перечня субсидируемых экспортных товаров. Все потребительские товары, полуфабрикаты и товары длительного пользования были исключены из списка субсидируемых. Только машинно-техническое оборудование и сопутствующие услуги (наладка, установка, ремонт) могли субсидироваться;

2) дифференцирован срок кредитования: поставщики со сроком оплаты по контрактам менее 2-х лет были исключены; поставщики со сроком оплаты по контрактам более 5 лет могли частично субсидироваться в зависимости от суммы поставки при определенном условии;

3) установлена верхняя граница субсидии, которая не превышает годовую ставку Либор + 2%.

Указанные ограничения льгот при форфейтировании снизили публичное вмешательство и перевели договор форфейтинга в частную сферу.

Для форфейтинга страховое покрытие SAGE не применяется. Следовательно, и величина маржи должна быть выше и изменяться в зависимости от кредитного рейтинга заемщика и банка-гаранта. Банк Mediocredito Centrale установил новые лимиты по субсидиям в зависимости от страны, а также экономического и политического риска потери финансов в этих странах по такому принципу: чем ниже класс страны, тем выше кредитные ставки. Украина относится к седьмой группе стран со ставкой 1,5–2%. Даже при установлении более жестких правил форфейтинга он является привлекательным для итальянских поставщиков и без возможности получения субсидий. Договор форфейтинга обычно заключается по письменному запросу на кредит со стороны иностранных покупателей и изучается представителями банка на предмет рисков и возможности представления такой банковской услуги.

В тоже время эти правила привели к сокращению применения форфейтинга. С целью сохранения своих экономических интересов экспортеры требуют от покупателей производить оплату переданной им по внешнеэкономическому контракту продукции аккредитивом или с помощью экспортного кредита по рыночной стоимости. Результат – снижение конкурентоспособности итальянских компаний на международных рынках, по сравнению с предыдущим периодом. Положительным стало уменьшение нагрузки на государственный бюджет.

Следует признать, что отмеченные механизмы государственной поддержки форфейтирования экспорта

итальянских компаний стимулировали не только рынок кредитования, но и развитие экспорта в целом. Поэтому неудивительно, что опыт его стимулирования путем назначения коммерческого банка, действующего от имени государственного органа, был распространен еще в ряде промышленно развитых стран (Германия, Индия). Его целесообразно применить (но не слепо копировать) и в Украине, с учетом специфики национальной банковской системы и допущенных другими странами ошибок. Целесообразно рекомендовать использовать систему экспортного кредитования, основанную на опыте предоставления законодательных полномочий одному из крупнейших государственных банков. Например, предоставлять форфейтинговые услуги на коммерческой основе по рыночным ставкам под гарантии Кабинета Министров Украины или непосредственно Национального банка Украины, но только под инновационные проекты.

Индия как развивающаяся страна характеризуется изменением курса экономического развития в начале 90-х годов, её экономические достижения значительно опережают темпы развития украинской экономики, экспортный потенциал постоянно растет за счет формирования и поддержки экспортно-ориентированных высокотехнологичных отраслей промышленности, в частности программного обеспечения. Именно они получили поддержку от государства через либерализацию валютного регулирования во внешней торговле, создание системы поддержки национальных экспортеров, в том числе и форфейтинга.

Оправдал себя опыт развития экспорта через кредитование в ряде развивающихся стран: Индия, Китай, страны Восточной Европы. В частности, в Индии, которая принимает ряд мер по интенсификации торгового обмена, долгое время для обеспечения внешнеэкономических контрактов применялись лицензирование и валютный контроль. Сейчас эта процедура значительно упрощена, что способствовало увеличению объемов кредитования экспортеров Индии и росту внешнеторгового оборота.

Этому содействовала либерализация внешней торговли после 1992 года, со времени принятия решения о постепенном устранении системы валютного контроля, который сдерживал развитие кредитования индийского экспорта. В соответствии с существующим законодательством для экспорта из Индии необходимо было специальное разрешение Reserve Bank of India. В 1993 году этот банк после изучения практики финансирования экспорта и получения поддержки со стороны Export-Import Bank of India официально разрешил форфейтирование как форму стимулирования финансирования экспорта национальных компаний. В результате экспортеры получили возможность предлагать не только свои товары, но и рассрочку платежа по внешнеэкономическим контрактам без специального разрешения Reserve Bank of India, если контракт финансировался форфейтером.

Организация и заключение договоров форфейтинга проводилась монополично Export-Import Bank of India или через иностранные банки и форфейтинговые компании вместе с этим банком. В октябре 1997 года монополия Export-Import Bank of India на форфейтирование прекращена и каждому индийскому банку, имеющему валютную лицензию, разрешено осуществлять операции форфейтинга. В результате поддержки и либерализации форфейтинга индийские компании получили весомые преимущества: 1) рассрочку платежа по экспортному контракту до 180 дней в рамках договора форфейтинга без специального разре-

шения Reserve Bank of India. При рассрочке больше этого срока на основании специального разрешения; 2) суммы, стоимость заемных средств и незначительный срок предоставления средств иностранными форфейтерами предоставили экспортерам преимущества перед кредитованием в местных банках; 3) форфейтинг предоставил возможность экспортеру рефинансировать 100% суммы экспортного контракта. Кредиты Export-Import Bank of India и банковские кредиты, обеспеченные экспортными кредитными агентствами других стран, обычно дают возможность экспортерам кредитовать только 80–85% суммы контракта. Остальные – риск импортера.

Договор форфейтинга в Индии используется при экспорте следующих видов продукции и услуг [4, с. 78]: программное обеспечение (Индия – крупнейший его экспортер); машины и оборудование, в первую очередь грузовые автомобили; потребительские товары, продукты питания, химические вещества и красители, технический консалтинг; тендеры, предоставляемые индийскими компаниями за рубежом (строительные работы, прокладка трубопроводов).

**Выводы.** Таким образом, положительный мировой опыт стимулирования экспорта через заключение договоров форфейтинга мог бы быть использован и в Украине через установление усредненного, экономически обоснованного поведения субъектов гражданских правоотношений, которые могут адекватно восприниматься и оцениваться на значительных территориях субъектами хозяйствования, правоприменительными и судебными органами. Целесообразно стимулировать развитие этих отношений, и не только средствами частного права. Это касается валютного регулирования и валютного контроля, в частности, по упрощению отношений по предоставлению рассрочки платежа по экспортным контрактам и среднесрочным формам кредитования украинских экспортеров, а также системы репатриации валютной выручки и её обязательной продажи.

Не исключена оплата экспортных поставок украинских

товаров в национальной валюте Украины, что, как мы считаем, будет способствовать укреплению позиций гривны и её распространению; формированию устойчивой клиентуры среди традиционных внешнеэкономических партнеров субъектов хозяйствования Украины. Однако мы не можем игнорировать расчеты в твердой валюте и попытки Украины интегрироваться в европейское экономическое сообщество, где расчеты осуществляются в евро.

На основании вышеизложенного можно сделать выводы о целесообразности использования передового зарубежного опыта позитивного регулирования и стимулирования форфейтинга; выделении доминирующих, экономически оправданных моделей частноправового регулирования и публичного сопровождения форфейтирования; внедрении в Украине передовых и оправданных моделей договора форфейтинга; закреплении его в позитивном праве. По крайней мере, опыт правового регулирования форфейтинга заслуживает детального изучения и внедрения в Украине.

#### Список использованной литературы

1. Об Общегосударственной программе адаптации законодательства Украины к законодательства Европейского Союза : Закон Украины от 18 марта 2004 г. № 1629-IV // Ведомости Верховной Рады Украины. – 2004. – № 29. – Ст. 367.
2. Валютный рынок и валютное регулирование : [учебное пособие] / под ред. И.Н. Платоновой. – М. : БЕК, 1996.
3. Kuttner K. Mittel- und langfristige Exportfinanzierung: besondere Erscheinungsformen in der Aussenhandelsfinanzierung / K. Kuttner. – Wiesbaden : Gabler Verlag, 1988.
4. Kuttner K. Exportfinanzierung: Nachschlagewerk fuer die Praxis / K. Kuttner. – Wiesbaden : Gabler, 1992.
5. Castellucci G.B. How forfaiting is being subsidized in Italy / G.B. Castellucci // Forfaiting Review. – 1998. – Vol. 1. – Is. 2. – P. 13
6. Freeman A. India: realising the potential / A. Freeman, V. Mankar // Forfaiting Review. – 1998. – Vol. 1. – Is. 2.

УДК 346.3

## ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ПРОВЕДЕНИЯ СИСТЕМАТИЗАЦИИ ДОГОВОРОВ ОБ ОКАЗАНИИ УСЛУГ В ХОЗЯЙСТВЕННОМ ПРАВЕ

Елена ГОЛИНА,

соискатель кафедры хозяйственного права  
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

### SUMMARY

The article emphasizes the importance of the agreements on the provision of services in the economic turnover and investigated their system in business law. The ways of solving practical problems and provided a number of suggestions and recommendations for the systematization of contracts on rendering of services in the economic sphere, as well as the improvement of their legal regulation. Identifies the key criteria of formation of the system, which can be a source of regulation of the contractual relationship for the provision of the services; subject/object of the contract, taking into account market segment and common to a specific group of services results, and other criteria that determine the peculiarities of legal regulation of contracts on rendering of services and the actual nature and specificity of these contractual relationship.

**Key words:** agreement, system of agreements, service, services provision, agreements with services provision in the economic sphere, economic activity, systematization of agreements, classification.

### АННОТАЦИЯ

В статье подчеркивается значимость договоров о предоставлении услуг в хозяйственном обороте и исследуется их система в хозяйственном праве. Предлагаются пути решения практических проблем и предоставляется ряд предложений и рекомендаций по проведению систематизации договоров об оказании услуг в хозяйственной сфере, а также совершенствованию их правовой регламентации. Выделяются ключевые критерии формирования системы, которыми могут стать источник регулирования договорных отношений по предоставлению услуг; предмет/объект договора с учетом рыночного сегмента и общего для определенной группы услуг результата, а также другие критерии, определяющие особенности правового регулирования договоров по оказанию услуг и отражающие фактическую природу и специфику этих хозяйственных договорных отношений.

**Ключевые слова:** договор, услуга, предоставление услуг, хозяйственная деятельность, договор об оказании услуг в хозяйственной сфере, система договоров, систематизация договоров, классификация.

**Постановка проблемы.** Одной из главных закономерностей развивающейся экономики в настоящее время является стремительный рост сферы услуг, которая охватывает широкий круг видов деятельности, направленных на удовлетворение личных потребностей населения и нужд производства, а также потребностей общества в целом. Сектор услуг является быстро растущим элементом внутренней и международной экономики большинства государств мира. Он занимает примерно две трети мирового оборота, приобретая все большее значение для экономического развития. Во время создания Европейского Экономического Сообщества услуги играли далеко не ведущую роль, а сейчас на территории всего Европейского Союза они составляют от 60% до 70% экономической деятельности его государств-членов [21, с. 3]. Сегодня сфера услуг в ведущих зарубежных странах выросла в крупнейший сектор хозяйства: суммарная доля услуг достигла 65–75% в валовом внутреннем продукте, 65–75% – в общей численности занятых и превысила 50% общего объема капиталовложений [24, с. 10–21].

Развитие сферы услуг в Украине отстает от аналогичного процесса в развитых зарубежных странах. Вступление Украины в ВТО, ЕС требует регулирования рыночных отношений по достаточно прозрачным правилам и формам, особенно это касается договорных отношений по предоставлению услуг, которые быстро развиваются и влияют на становление экономики государства в целом.

На сегодня в действующем законодательстве Украины отсутствует системное размещение статей, посвященных регламентации хозяйственных договоров по оказанию услуг. Важным шагом на пути правового упорядочения раз-

личных хозяйственно-договорных отношений должна стать систематизация хозяйственных договоров о предоставлении услуг, что поможет выяснить их основное функциональное назначение, обеспечить адекватную правовую регламентацию, а это, безусловно, впоследствии усовершенствует практику их исполнения.

Поэтому актуальность проблемы исследования обусловлена наличием широкого круга видов хозяйственной деятельности в контексте предоставления услуг, что требует их дальнейшей систематизации, целью которой является учет хозяйственно-правовой специфики отдельных договорных отношений, обеспечение оптимального правового режима реализации хозяйственно-договорных связей при предоставлении отдельных видов хозяйственных услуг.

**Состояние исследования.** Теоретическую основу статьи составляют работы, посвященные общей проблематике правового регулирования хозяйственных и гражданских отношений, среди которых можно выделить исследования О.А. Беляневич, М.И. Брагинского, С.А. Буткевича, И.В. Голованя, В.П. Грибанова, Б.Д. Завидова, Г.Л. Знаменского, А.С. Комарова, А.В. Лаптева, К.К. Лебедева, В.К. Мамутова, В.Я. Пелипенка, А.П. Посадского, А.И. Пригожина, Р. Саватье, Н.А. Саниахметовой, А.Н. Станкевича, С.В. Хайниш, В.С. Щербины, А.М. Яновского и других. Непосредственно проблемы систематизации договоров на разном уровне исследовали такие ученые, как О.С. Иоффе, В.М. Гордон, Г.В. Дерибур, Л. Эннексерус, Д.И. Мейер, И.А. Покровский, Г.Ф. Шершеневич, а среди современных исследователей стоит отметить М.М. Агаркова, Е.А. Беляневич, С.Н. Бервено, Л.К. Веретельник, Н.С. Кузнецов,



Р.А. Лидовець, В.В. Луця, В.С. Милаш, И.Б. Новицкого, Е.П. Орлюк, А.А. Телестакову, Р.Б. Шишку и др.

Но и на сегодня остаются дискуссионными вопросы определения системы договоров о предоставлении услуг, понятия услуги в хозяйственном праве, соотношения договоров по предоставлению услуг со смежными правовыми категориями, критериев их классификации и т. д. Поэтому **целью статьи** является попытка восполнить этот пробел, проведя систематизацию договоров о предоставлении услуг в хозяйственном праве и разграничив от других договорных отношений. Проведение систематизации договоров в нашем исследовании имеет целью, прежде всего, определить место договоров об оказании услуг в системе хозяйственных договоров, выделить их групповые (видовые) характеристики и особенности, предопределенные спецификой и сферой применения.

**Изложение основного материала.** Проблема систематизации договоров по предоставлению услуг назрела давно, но не получила расширенного рассмотрения на уровне хозяйственно-правовых исследований. Освещая вопрос систематизации договоров о предоставлении услуг в хозяйственном праве и их места в системе хозяйственно-правовых обязательств, прежде всего, отметим, что, в соответствии с этими договорами, исполнитель берет на себя обязательства по заданию заказчика оказать определенную услугу, а заказчик обязуется эту услугу или услуги оплатить.

Существенное различие от других хозяйственных договоров заключается именно в том, что в договоре оказания услуг материальный результат действия отсутствует, а следовательно, оплате подлежит услуга как таковая. Так, согласно ч. 1 ст. 901 Гражданского кодекса (далее – ГК) Украины по договору об оказании услуг, одна сторона (исполнитель) обязуется по заданию другой стороны (заказчика) оказать услугу, которая потребляется в процессе совершения определенного действия или осуществления определенной деятельности, а заказчик обязуется оплатить исполнителю указанную услугу, если иное не установлено договором [26]. Из содержания приведенного определения следует, что в нем раскрывается смысловая нагрузка словосочетания «оказания услуг». Поэтому объективно обусловленной для исследуемого процесса является необходимость учета сущности понятия «услуга» как юридической категории договорного права и ее основных признаков, а также несомненно понимание самой специфики договоров услуг в хозяйственной сфере.

Этимологически понятие «система» (греч. *systema* – целое, составленное из частей) определяется как совокупность взаимосвязанных элементов, образующих целостность или единство [1, с. 170–179]. Соответственно, исследование того или иного объекта как системы, в нашем случае договора об оказании услуг, предполагает, во-первых, наличие множества элементов, рассматриваемых в качестве единиц анализа; во-вторых, взаимосвязанность этих элементов с обязательным присутствием системообразующих связей, обеспечивающих целостность системы.

Систематизацию можно рассматривать как мыслительную деятельность, в процессе которой изучаемые объекты организуются в определенную систему на основе выбранного принципа. Важнейшим видом систематизации является классификация, т. е. распределение объектов по группам на основе установления сходства и различия между ними. К систематизации приводит также установление причинно-следственных отношений между изучаемыми фактами, выделение основных единиц материала, что позволяет рас-

сматривать конкретный объект как часть целой системы [23, с. 37–38].

В связи с этим заслуживает внимания понятие «система договоров», данное А.Г. Быковым, под которым ученым предлагалось понимать совокупность договоров, обладающую внутренней целостной структурой, в основе которой лежит единство и взаимосвязь между отдельными договорами [5, с. 4; 7, с. 180–189].

Систематизацию можно выполнять разными способами. Одним из часто встречаемых способов систематизации является классификация. Зачастую в научной литературе понятия «систематизация» и «классификация» рассматривают как равнозначные [5, с. 4]. В любом случае, построение системы договоров об оказании услуг предполагает их классификацию, целью которой служит обнаружения существенных черт сходства и различия между ними.

В научной литературе имеются многочисленные классификации по самым разным основаниям, и все они вполне могут использоваться в научных целях. Тем не менее, проблема выделения критериев систематизации хозяйственных договоров остается предметом острых дискуссий. Тем более, что ни ГК, ни Хозяйственный кодекс Украины (далее – ХК) не содержат определения и общей систематизации договоров об оказании услуг [10]. Например, в ХК правовое регулирование посреднических услуг и услуг по перевозке грузов прерывается нормированием исполнения работ с капитального строительства, продолжается регулированием инновационной и инвестиционной деятельности, заканчивается определением правовых основ предоставления финансовых услуг. Некоторые положения относительно хозяйственных договоров об оказании услуг содержатся одновременно как в статьях ГК, так и ХК Украины, а также других нормативно-правовых актах. Но практика хозяйственного оборота свидетельствует также об отсутствии специализированного хозяйственно-договорного оформления ряда важных для общественного оборота услуг (телекоммуникационных, информационных, рекламных, торговли услугами через Интернет).

Как отмечает В.С. Милаш, сложный характер хозяйственного оборота объективно требует привлечения при построении системы хозяйственных договоров «ступенчатого» метода классификации. Система хозяйственных договоров является совокупностью элементов договорного права (договорных типов, видов (подвидов) и разновидностей), каждый из которых имеет свои правовые особенности, выражающиеся в применении к соответствующим хозяйственно-договорным отношениям соответствующей конфигурации правовых средств, которые формируют желаемую модель договорной связи [18, с. 299].

В научной среде предлагается за основной системообразующий фактор выбирать следующие критерии систематизации: правовой результат, то есть достижение юридической цели договора [14, с. 30–40; 9, с. 85; 12, с. 154]; направленность или целевую установку [13, с. 43]; материальный объект правоотношений и результат [4, с. 30–31]; содержание установленных законом прав и обязанностей сторон [15, с. 15]; хозяйственную направленность (договоры в области промышленного оборота, сельского хозяйства, торговли) [2, с. 50–51]; содержание и характер взаимного хозяйственного обслуживания вступающих в договорные отношения контрагентов (договоры по предоставлению имущества в собственность, по передаче имущества в пользование, по предоставлению кредита, по выполнению работ) [3, с. 65] и т. д. Не смотря на существование большого количества науч-

ных классификаций договоров в гражданском и хозяйственном праве, наукой хозяйственного права еще не выработана единая классификационная системы договоров об оказании услуг. Не существует и единого мнения по этому вопросу. Поэтому, мы считаем, в основу систематизации должны быть положены различные критерии и систематизацию можно проводить в разные этапы.

Так, обобщая научные исследования, следует отметить, что первым этапом и критерием систематизации хозяйственных договоров по предоставлению услуг может стать источник регулирования договорных отношений по оказанию услуг.

Здесь, по нашему мнению, можно вывести двухуровневую типологическую систему договоров, которая отражает юридическую природу отдельных договорных конструкций хозяйственных договоров об оказании услуг. Первый уровень кодифицированный, имеющий подуровни – общегражданский, хозяйственный и специальный; второй – текущего законодательства, подзаконных нормативных актов и вообще «не поименованных» договоров. Первый уровень классификации отражает характеристику договора с позиции общих положений о договоре и включает как саму характеристику, так и видовую предопределенность, а второй базируется на правовой природе договора, его цели и месте в системе договорного права.

Так, достаточно интересные примеры отмеченных выше «не поименованных» договоров, которые не нашли своего закрепления в действующем законодательстве, почти не известны по своей правовой природе, но в последнее время появились в юридической практике – черлидинг-договоры по предоставлению черлидинговых услуг профессиональными или другими танцевальными группами для разогрева зрителей во время спортивных соревнований или других мероприятий массового характера. Кроме того, начинается и поиск эффективных направлений использования новых видов услуг сети Интернет для нужд различных секторов экономики. Полезность web-страниц в качестве инструмента маркетинга уже не вызывает сомнений. Они имеют неограниченный потенциал в рекламе предлагаемых компаниями продуктов и услуг, и в недалекой перспективе следует ожидать разработки все новых видов услуг сети.

Хотелось бы заметить, что договор – это, прежде всего, правовое явление, находящее отражение в нормативных правовых актах. Существовать вне права он не может, и, следовательно, критерий систематизации договоров также должен быть связан с правом. С этой точки зрения можно сформировать систему хозяйственных договоров, по которой они поделены по размещению норм о хозяйственных договорах в позитивном праве на две основные группы: а) охваченные регулированием в ГК и ХК Украины; б) урегулированные за пределами ГК и ХК Украины.

Как отмечалось, в основе системы договоров о предоставлении услуг положена услуга как специфический объект хозяйственных прав. Вторым этапом, исходя из проведенного выше анализа особенностей договора на оказание услуг, может стать их систематизация, в качестве критерия разграничения которой следует рассматривать отдельные сегменты рынка услуг, что распределяются за характером деятельности и полезным, общим для определенной группы услуг результатом, то есть классификационным критерием есть предмет/объект договора с учетом рыночного сегмента. А.А. Матвеева выделяет признаки, характеризующие любой рынок: а) наличие продавцов и покупателей товаров, работ или услуг, а также посредников между ними; б) нали-

чие четкого предмета купли-продажи; в) для эффективного функционирования рынка необходимым есть регулирующее воздействие государства [16, с. 137]. Учитывая эти признаки, сегодня следует выделить в рамках рынка услуг такие сегменты: рынок финансовых, транспортных, телекоммуникационных, информационных, рекламных, посреднических услуг, технологический рынок и другие. Также услуги предоставляются в рамках инвестиционного, электронного и инновационного рынков. Объединения хозяйственно-правовых норм, регулирующих подобные договорные услуги, по сути, есть унификацией правового регулирования определенного рынка услуг. Таким образом, предлагается, чтобы отдельные главы ХК были посвящены финансовым услугам (предметом договора о предоставлении финансовых услуг должно признаваться совершение определенных финансовых операций, а объектом – финансовые активы, с которыми субъекты осуществляют финансовые операции [11, с. 9]), информационным (предмет договора – действия по сбору, соответственной обработке и предоставлению информации в форме отчета), посредническим (предмет договора – «исполнение юридических и/или фактических действий посредником по заданию, за счет и в интересах заказчика» [22, с. 8], объектом договора – «чужая предпринимательская деятельность как фактор производства» [19, с. 288]), прочее.

Рассматривая современную систему договоров об оказании услуг, где критерием будет предмет/объект, следует отметить, что она может быть представлена в рамках данного родового понятия договоров как группа договоров об оказании услуг, каждый из договоров которой имеет обособленную типологическую представленность, характеризуется стойкостью типологических признаков, соответственно нормы, которые регулируют данный договорный тип, образуют отдельный правовой институт.

Третьим этапом систематизации могут стать другие критерии, определяющие особенности правового регулирования договоров по оказанию услуг и отражающие фактическую природу и специфику этих хозяйственных договорных отношений. Ими могут стать следующие: характер правосубъектности услугодателя, согласно данному критерию, договоры об оказании услуг подразделяются на договоры, в которых услугодатель с общей правосубъектностью (договор хранения), и договоры, в которых услугодатель со специальной правосубъектностью (осуществляет деятельность при наличии соответствующих разрешений или лицензий, например согласно Закону Украины «О лицензировании определенных видов хозяйственной деятельности» от 01.06.2000 г.) (договор андеррайтинга). Порядок формирования связей, положенных в основу договора, согласно которому исследуемые договоры делятся на прямые, заключаемые непосредственно между сторонами и посреднические (агентский договор, договор комиссии, договор консигнации), по которым участники договорных связей обслуживают не собственные потребности, а интересы третьих лиц, выполняя заказы за их счет [8, с. 328]. Порядок определения цены услуги: договоры о предоставлении услуг со свободными рыночными ценами и договоры с государственными ценами – фиксированными или регулируемые (регулирование цен и тарифов является одним из основных средств государственного регулирования хозяйственной деятельности).

Приведенные выше классификационные критерии систематизации договоров о предоставлении услуг не являются исчерпывающими, ведь сама система хозяйственных договоров по предоставлению услуг постоянно развивается

ся. Важным есть то, что при систематизации договоров, в конечном счете, должна быть отстроена система договоров с четкой иерархией системных признаков: «договоры объединены в определенные группы, на каждой следующей ступени классификации должны отражать особенности предыдущих и, кроме того, иметь дополнительную специфику» [20, с. 25].

**Выводы.** Подводя итог, следует отметить, что в настоящее время целый ряд договоров об оказании отдельных видов услуг могут претендовать на специфический правовой режим в рамках отдельной главы Хозяйственного кодекса Украины. И, соответственно, в дальнейшем возможно нормы, регулирующие оказание поименованных конкретизированных услуг, необходимо выделить в самостоятельный правовой институт хозяйственного права с соответствующей регламентацией. Это, например, договора о предоставлении финансовых, посреднических, телекоммуникационных, информационных, рекламных, транспортных и некоторых других услуг.

Систематика хозяйственных договоров по предоставлению услуг формируется в зависимости от цели систематизации и выбранных критериев. Наличие широкого круга видов хозяйственной деятельности в контексте предоставления услуг требует их дальнейшей систематизации, целью которой является учет хозяйственно-правовой специфики отдельных договорных групп (видов), обеспечение оптимального правового режима реализации хозяйственно-договорных связей при предоставлении отдельных видов хозяйственных услуг и т. п.

Представляется, что с методологической точки зрения дальнейшая систематизация договоров об оказании услуг должна происходить в соответствии с ключевыми критериями формирования системы, которыми могут стать источник регулирования договорных отношений по предоставлению услуг; предмет/объект договора с учетом рыночного сегмента и общего для определенной группы услуг результата; также другие критерии, определяющие особенности правового регулирования договоров по оказанию услуг и отражающие фактическую природу и специфику этих хозяйственных договорных отношений (характер правосубъектности, порядок формирования связей, порядок определения цены услуги и др.).

Проведение систематизации договоров об оказании услуг в хозяйственном праве позволит систематизировать хозяйственное законодательство в части регулирования хозяйственных отношений, обеспечить его согласованность, облегчить процесс применения отдельных норм относительно того или иного типа, вида (подвида), разновидности хозяйственных договоров. Четко проведенная систематизация договоров об оказании услуг является важным шагом на пути моделирования юридических конструкций хозяйственных договоров об оказании услуг, повышения эффективности хозяйственного законодательства, решения проблемы исполнения таких договоров на практике.

#### Список использованной литературы

1. Агошкова Е.Б. Эволюция понятия системы / Е.Б. Агошкова, Б.В. Ахлибинский // Вопросы философии. – 1998 – № 7. – С. 170–179.
2. Амфитеатров Г. О системе договорных отношений по сбыту в промышленности / Г.О. Амфитеатров // Советское государство и право. – 1932. – № 7–8. – С. 44–65.
3. Аскназий С.И. Очерки хозяйственного права в СССР / С.И. Аскназий. – Л. : Прибой, 1926. – 200 с.

4. Брагинский М.И. Общее учение о хозяйственных договорах / М.И. Брагинский. – Минск : Наука и техника, 1967. – 260 с.
5. Быков А.Г. Система хозяйственных договоров / А.Г. Быков // Вестник МГУ. – 1974. – № 1. – С. 3–11.
6. Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс : (академический курс) : [учебник] / Г.М. Вельяминов. – М. : Волтерс Клувер, 2004 – 496 с.
7. Веретельник Л.К. Проблема систематизації договорів у цивільному праві / Л.К. Веретельник // ФП. – 2011. – № 1. – С. 180–189.
8. Голина О.В. Питання класифікації договорів з надання послуг у господарській сфері / О.В. Голина // Ученые записки Таврического нац. ун-та им. В.И. Вернадского. Юридические науки. – Симферополь, 2013. – Т. 26 (65). – № 2–1. – С. 324–331.
9. Голунский С.А. Теория государства и права / С.А. Голунский, М.С. Стругович. – М. : Госюриздат, 1940. – 304 с.
10. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436–IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 462.
11. Дроздова Н.В. Договір про надання фінансових послуг у цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / Н.В. Дроздова. – Київ, 2005. – 22 с.
12. Калмыков Ю.Х. Правовое регулирование хозяйственных отношений / Ю.Х. Калмыков. – Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1982. – 203 с.
13. Красавчиков О.А. Система отдельных видов обязательств / О.А. Красавчиков // Советская юстиция. – 1960. – № 5. – С. 42–43.
14. Луць В.В. Контракты у підприємницькій діяльності : [навчальний посібник] / В.В. Луць. – К. : Юрінком Інтер, 1999. – 180 с.
15. Масевич М.Г. Хозяйственные договоры в социалистических странах / М.Г. Масевич. – М. : Изд-во МГУ, 1987. – 87 с.
16. Матвеева А. Рынок транспортных услуг: понятия, участники та об'єкти / А. Матвеева // Вісник Академії правових наук України. – 2011. – № 1 (64). – С. 135–143.
17. Михайлов А. Услуги как форма бизнеса / А. Михайлов // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1999. – № 1. – С. 51–58.
18. Мілаш В.С. Господарське право : [курс лекцій] : у 2 ч. / В.С. Мілаш. – Х. : Право, 2008. – Ч. 1. – 2008. – 496 с.
19. Мілаш В.С. Комерційний договір у контексті сучасних ринкових умов : [монографія] / В.С. Мілаш. – Х. : Видавець ФОРМ Вапнярчук Н.М., 2007. – 440 с.
20. Писчиков В.А. Смешанные и нетипичные договоры в гражданском праве России : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / В.А. Писчиков. – М. : Моск. ун-т МВД России, 2004. – 178 с.
21. Постникова Е.В. Свобода предоставления услуг в Европейском Союзе : правовой аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Международное право; европейское право» / Е.В. Постникова. – М., 2010. – 27 с.
22. Резнікова В.В. Теоретичні проблеми регулювання посередництва у сфері господарювання України : автореф. дис. ... док. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право, господарсько-процесуальне право» / В.В. Резнікова. – Київ, 2011. – 30 с.
23. Садовский В.Н. Проблемы философского обоснования системных исследований / В.Н. Садовский // Системные исследования: методологические проблемы : ежегодник. – М. : Наука, 1984. – С. 32–51.
24. Услуги в современной экономике / отв. ред. : Л.С. Демидова, В.Б. Кондратьев. – М. : ИМЭМО РАН. – 2010. – 342 с.
25. Цивільне право : [навчальний посібник] / [О.А. Підпригоро, Д.В. Боброва, Н.С. Кузнецова, В.В. Луць, О.В. Дзера та ін.] / за ред. О.А. Підпригоро, Д.В. Бобрової. – К. : Вентурі, 1996. – 480 с.
26. Цивільний кодекс України : затверджений Законом України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

## ПРАВОВИЙ СТАТУС ДЕРЖАВИ ЯК СУБ'ЄКТА ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Євген ШКОЛЬНИЙ,

аспірант кафедри цивільного та трудового права юридичного факультету  
Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана

### SUMMARY

The article explores the specialties of legal status of the state as the subject of international business activity. In particular, it determines the legal and practical aspects that indicate the possibility of the state to be the subject of international business activity, analyzes the specialties of legal relations in this sphere with the state's participation, examines legal regulation of these relations, determines its problematic issues and gives appropriate recommendations on their solution.

**Key words:** international business activity, subject of international business activity, state, principles of international business activity, principle of equality, state immunity.

### АНОТАЦІЯ

У статті здійснюється дослідження особливостей правового статусу держави як суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності. Зокрема, визначаються правові та практичні аспекти, що вказують на можливість держави виступати суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності; аналізуються особливості правовідносин у сфері зовнішньоекономічної діяльності за участі держави; здійснюється огляд нормативно-правового регулювання цих відносин, виявляються його проблемні питання та висуваються відповідні пропозиції щодо їх вирішення.

**Ключові слова:** зовнішньоекономічна діяльність, суб'єкт зовнішньоекономічної діяльності, держава, принципи зовнішньоекономічної діяльності, принцип рівності, імунітет держави.

**Постановка проблеми.** В умовах глобалізації світових економічних відносин усе більшої актуальності набуває такий вид господарської діяльності, як зовнішньоекономічна (далі – ЗЕД). Особливістю суб'єктів цього виду економічних правовідносин є те, що вони перебувають під юрисдикцією різних держав. Більше того, сама держава, окрім здійснення функцій із державного регулювання, також наділена можливістю безпосередньої участі в ЗЕД. Оскільки статус держави у сфері правовідносин зі здійснення ЗЕД може набувати дуалістичного характеру, питання її участі в такій діяльності набувають актуальності.

Проблеми участі держави в правовідносинах зі здійснення ЗЕД розкрито в працях А.В. Омельченко, В.В. Посидинок, В.М. Гайворонського, Є.М. Білоусова. Однак правовий статус держави як суб'єкта ЗЕД потребує подальшого дослідження.

Метою статті є аналіз особливостей правового статусу держави як суб'єкта ЗЕД, аналіз правовідносини у сфері ЗЕД за участі держави та їх нормативно-правового регулювання, виявлення можливих проблемних питань цієї сфери правовідносин та винесення відповідних пропозицій щодо їх вирішення.

**Виклад основного матеріалу.** Правовідносини, що виникають у сфері ЗЕД, складаються з адміністративно-правових відносин щодо регулювання цієї діяльності, а також із господарсько-правових відносин щодо безпосереднього її здійснення.

С.П. Коломацька поділяє правовідносини у сфері ЗЕД на дві групи: «вертикальні» та «горизонтальні».

Одна група відносин, як зазначає науковець, виникає між суб'єктами ЗЕД та державою, що здійснює управління зовнішньоекономічної діяльністю та застосовує певні засоби державно-правового впливу з метою реалізації зовнішньоекономічної політики. Ці відносини отримали назву «вертикальних» у зв'язку з наявністю односторонніх владних повноважень державних органів щодо дотримання встановлених вимог і порядку здійснення зовнішньоекономічної діяльності. До них, зокрема, належать ліцензування та квотування експортно-імпортних операцій, встановлення так званих ін-

дикативних цін на окремі види товарів, що експортуються, ведення обліку суб'єктів ЗЕД у митних органах тощо.

Інший характер, на думку С.П. Коломацької, мають відносини між самими суб'єктами ЗЕД, які реалізують свої права на здійснення зовнішньоекономічної діяльності, а саме: укладають контракти, виконують зобов'язання, прагнуть до врегулювання спорів, що виникають у зв'язку з порушенням контрактів. Ці відносини називають «горизонтальними». Вони регулюються на засадах юридичної рівності сторін, свободи договору, диспозитивності у визначенні умов контрактів та можливостей захисту їх прав і законних інтересів [1, с. 9–10].

Такий поділ правовідносин у сфері ЗЕД видається абсолютно логічним і правильним. Однак С.П. Коломацька допускає участь держави лише у «вертикальних» правовідносинах. З такою позицією важко погодитись, оскільки законодавство України та практика здійснення ЗЕД свідчать про зовсім протилежне.

Низка нормативно-правових актів передбачають правовідносини у сфері ЗЕД за безпосередньої участі держави та забезпечують їх регулювання.

Правові основи участі держави в здійсненні ЗЕД відображено в нормах таких нормативно-правових актів:

- Господарського кодексу України від 16.01.2003 р. № 436-IV;
- Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 р. № 959-XII;
- Закону України «Про режим іноземного інвестування» від 19.03.1996 р. № 93/96-ВР;
- Закону України «Про інвестиційну діяльність» від 18.09.1991 р. № 1560-XII;
- Закону України «Про державно-приватне партнерство» від 01.07.2010 р. № 2404-VI;
- Закону України «Про приватизацію державного майна» від 04.03.1992 р. № 2163-XII;
- Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 10.04.2014 р. № 1197-VII;

– Закону України «Про оренду державного та комунального майна» від 10.04.1992 р. № 2269-XII;

– Закону України «Про концесії» від 16.07.1999 р. № 997-XIV;

– Закону України «Про угоди про розподіл продукції» від 14.09.1999 р. № 1039-XIV;

– Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23.02.2006 р. № 3480-IV.

Одним із найвідоміших прикладів цих правовідносин, що регулюються Законом України «Про приватизацію державного майна», є приватизація Україною державного гірничо-металургійного комбінату «Криворіжсталь». Переможцем приватизаційного конкурсу стала іноземна компанія Mittal Steel Germany GmbH (нині Arcelor Mittal). Нині комбінат працює під назвою «АрселорМіттал Кривий Ріг».

Оскільки держава є суб'єктом владних повноважень, її статус є привілейованим щодо статусу її контрагентів у правовідносинах зі здійснення ЗЕД. Саме тому ключовим принципом цих правовідносин є принцип юридичної рівності й недискримінації, про що стверджує А.В. Омельченко [14, с. 30]. На переконання науковця, він закріплений у статті 2 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» та знаходить своє вираження в інших нормативно-правових актах, які стосуються регулювання участі держави в ЗЕД.

Згідно з частиною 4 статті 2 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» принцип юридичної рівності та недискримінації полягає в такому:

– рівності перед законом усіх суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності незалежно від форм власності, у тому числі держави, під час здійснення зовнішньоекономічної діяльності;

– забороні будь-яких, крім передбачених Законом України «Про зовнішньоекономічну діяльність», дій держави, результатом яких є обмеження прав і дискримінація суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, а також іноземних суб'єктів господарської діяльності за формами власності, місцем розташування та іншими ознаками;

– неприпустимості обмежувальної діяльності з боку будь-яких її суб'єктів, крім випадків, передбачених Законом України «Про зовнішньоекономічну діяльність».

Принцип рівності дещо деталізується в частині 1 статті 3 Закону України «Про державно-приватне партнерство», де серед принципів цього партнерства вказано такі:

– рівність перед законом державних та приватних партнерів;

– узгодження інтересів державних і приватних партнерів із метою отримання взаємної вигоди;

– визнання державними й приватними партнерами прав та обов'язків, передбачених законодавством України та визначених умовами договору, укладеного в межах державно-приватного партнерства;

– справедливий розподіл між державним та приватним партнерами ризиків, пов'язаних із виконанням договорів, укладених у межах державно-приватного партнерства.

У контексті розгляду питання участі держави в здійсненні ЗЕД необхідно виділити особливості її правового статусу в перебігу цих відносин.

Держава набуває статусу юридичної особи. Так, відповідно до частини 2 статті 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» Україна в особі її органів, місцеві органи влади й управління в особі створених ними зовнішньоекономічних організацій, які беруть участь у зовнішньоекономічній діяльності, а також інші держави, які беруть участь у господарській діяльності на території України, діють як юридичні

особи згідно з частиною 4 статті 2 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» та іншими законами України. Набуття державою цього статусу під час здійснення ЗЕД має своїм призначенням запобігання зловживанням її владними привілеями. Так, згідно з частиною 2 статті 80 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 р. № 435-IV юридична особа наділяється цивільною правоздатністю й дієздатністю, може бути позивачем та відповідачем у суді.

Держава позбавляється юрисдикційних імунітетів, у тому числі від імунітету власності. Юридичним змістом цього виду імунітету є заборона звернення стягнення й примусового вилучення майна, що належить державі [2, с. 132]. Відмова від такого привілею держави закріплена в статті 34 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», яка, як зазначає В.В. Поєдинок, закріплює відмову держави від юрисдикційних імунітетів у разі, коли держава виступає не як суверен у міждержавних відносинах, а як учасник комерційного обороту [15, с. 26]. Відповідно до частини 1 статті 34 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» Україна як держава несе майнову відповідальність у повному обсязі перед суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності та іноземними суб'єктами господарської діяльності за всі свої дії, що суперечать чинним законам України та спричиняють збитки (прямі, побічні), моральну шкоду цим суб'єктам і призводять до втрати ними вигоди, а також за інші свої дії, у тому числі й ті, які регулюють зовнішньоекономічну діяльність і прямо не передбачені в згаданому законі, проте спричиняють зазначені збитки (шкоду) та призводять до втрати вигоди. Ця норма також покликана забезпечити рівні «правила гри» та взаємні умови відповідальності держави й іноземних суб'єктів господарської діяльності, коли вони стають контрагентами.

Механізмом забезпечення принципу рівності є можливість захисту своїх інтересів контрагентами держави під час здійснення ЗЕД у суді. Саме тому держава може позбавлятися судового імунітету. У широкому розумінні цей вид імунітету містить імунітет від пред'явлення позову в іноземному суді, імунітет від попередніх дій, імунітет від попереднього виконання рішення [2, с. 131].

Це означає, що існують певні труднощі в можливостях проведення судового розгляду спору за участі держави-контрагента поза межами її кордонів. Так, Є.М. Білоусов відзначає, що кожна держава має право висунути вимогу в суді іноземної держави до фізичної або юридичної особи. Однак заява позову до держави в іноземному суді, як правило, не можлива, якщо сама держава не погодилася на підпорядкування юрисдикції відповідної держави. Науковець зауважує, що така згода може бути виражена індивідуальним актом, тобто має бути видано спеціальний акт щодо цього випадку [2, с. 131].

Відповідно до статті 38 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» спори під час здійснення ЗЕД за участі держави та її контрагента можуть розглядатися Міжнародним комерційним арбітражним судом і Морською арбітражною комісією при Торгово-промисловій палаті України також виключно за згодою сторін.

Відповідно до абзацу 3 статті 34 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» будь-який суб'єкт зовнішньоекономічної діяльності або іноземний суб'єкт господарської діяльності має право подати позов до України як держави. Зазначені позови підсудні судам України згідно зі статтею 39 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність». Отже, у цьому випадку згода сторін не потрібна.

Правовідносини у сфері ЗЕД за участі держави мають свої характерні особливості.

Як правило, партнер держави для спільного здійснення цієї діяльності обирається на конкурсній основі. Так, відповідно до частини 1 статті 3 Закону України «Про державно-приватне партнерство» серед основних принципів його здійснення є принцип визначення приватного партнера на конкурсних засадах, крім випадків, встановлених законом. Конкурсні процедури передбачено практично в усіх наведених вище нормативно-правових актах. Вони повинні забезпечити принцип рівності й неупередженого відбору державою своїх контрагентів, а також усунення привілеїв у вітчизняних суб'єктів господарювання перед іноземними.

Держава здійснює ЗЕД у публічних інтересах, оскільки її діяльність зачіпає інтереси суспільства, на яке поширюється її влада.

Прибуток держави від здійснення ЗЕД надходить до Державного бюджету України. Так, у частині 3 статті 9 Бюджетного кодексу України від 08.07.2010 р. № 2456-VI неподатковими надходженнями до бюджету визнаються також доходи від власності та підприємницької діяльності. У частині 1 статті 15 Бюджетного кодексу України серед джерел фінансування бюджету визначено такі: кошти від державних (місцевих) внутрішніх і зовнішніх запозичень; кошти від приватизації державного майна (у тому числі інші надходження, безпосередньо пов'язані з процесом приватизації) – щодо державного бюджету; повернення бюджетних коштів із депозитів та надходження внаслідок продажу/пред'явлення цінних паперів. Бюджетні кошти витрачаються в суспільних інтересах. На відміну від держави, інші суб'єкти ЗЕД використовують прибуток переважно в приватних цілях, тобто на свої особисті потреби.

Варто зауважити, що господарське законодавство має суперечності щодо визначення держави як суб'єкта ЗЕД. Зокрема, Господарський кодекс України, на відміну від Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», не допускає можливості держави діяти в цьому статусі. Вказана суперечність норм Господарського кодексу полягає в такому:

– у статті 378, де надано перелік суб'єктів ЗЕД, не зазначена держава;

– відповідно до частини 1 статті 8 Господарського кодексу України держава, органи державної влади та органи місцевого самоврядування не визнаються суб'єктами господарювання (а отже, і суб'єктом ЗЕД). Водночас у частині 3 статті 8 цього кодексу зазначено, що безпосередня участь держави, органів державної влади та органів місцевого самоврядування в господарській діяльності може здійснюватися лише на підставі, у межах повноважень і в спосіб, що визначені Конституцією та законами України.

Отже, оскільки законодавство України та практика здійснення ЗЕД свідчать про можливість держави виступати суб'єктом ЗЕД, Господарський кодекс України потребує внесення змін у цій частині. До цього акта необхідно внести такі зміни:

– у статті 378 доповнити перелік суб'єктів ЗЕД державою (Україна та інші держави);

– частину 1 статті 8 необхідно виключити, оскільки вона вступає в суперечність із частиною 3 цієї ж статті. Якщо відповідно до частини 3 статті 8 Господарського кодексу України безпосередня участь держави допускається в господарській діяльності, то вона може виступати суб'єктом господарської (а отже, і зовнішньоекономічної) діяльності.

**Висновки.** Правовідносини, що виникають у сфері ЗЕД, складаються з адміністративно-правових відносин щодо регулювання цієї діяльності, а також із господарсько-правових відносин із безпосереднього її здійснення. Держава, окрім здійснення функцій із державного регулювання, також на-

ділена можливістю безпосередньої участі в ЗЕД. Саме тому вона бере участь у двох групах цих правовідносин і може виступати суб'єктом ЗЕД.

Оскільки держава є суб'єктом владних повноважень, її статус видається привілейованим щодо статусу її контрагентів у правовідносинах зі здійснення ЗЕД. Саме тому ключовим принципом цих правовідносин виступає принцип юридичної рівності й недискримінації.

Участь держави в здійсненні ЗЕД характеризується такими особливостями:

- держава набуває статусу юридичної особи;
- держава позбавляється юрисдикційних імунитетів;
- держава здійснює ЗЕД у публічних інтересах, оскільки її діяльність зачіпає інтереси суспільства;
- прибуток держави від здійснення ЗЕД надходить до Державного бюджету України.

Господарське законодавство має суперечності щодо визначення держави як суб'єкта ЗЕД. Зокрема, Господарський кодекс України, на відміну від Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», не допускає можливості держави діяти в цьому статусі. У зв'язку із цим вказана суперечність потребує усунення шляхом внесення відповідних змін до Господарського кодексу України.

#### Список використаної літератури

1. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18–22. – Ст. 144.
2. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16.04.1991 р. № 959-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 29. – Ст. 377.
3. Про режим іноземного інвестування : Закон України від 19.03.1996 р. № 93/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 19. – Ст. 80.
4. Про інвестиційну діяльність : Закон України від 18.09.1991 р. № 1560-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 47. – Ст. 646.
5. Про державно-приватне партнерство : Закон України від 01.07.2010 р. № 2404-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 40. – Ст. 524.
6. Про приватизацію державного майна : Закон України від 04.03.1992 р. № 2163-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 24. – Ст. 348.
7. Про здійснення державних закупівель : Закон України від 10.04.2014 р. № 1197-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 24. – Ст. 883.
8. Про оренду державного та комунального майна : Закон України від 10.04.1992 р. № 2269-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 30. – Ст. 416.
9. Про концесії : Закон України від 16.07.1999 р. № 997-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 41. – Ст. 372.
10. Про угоди про розподіл продукції : Закон України від 14.09.1999 р. № 1039-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 44. – Ст. 391.
11. Про цінні папери та фондовий ринок : Закон України від 23.02.2006 р. № 3480-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 31. – Ст. 268.
12. Коломацька С.П. Зовнішньоекономічна діяльність в Україні: правове регулювання та гарантії здійснення : [навч. посібник] / С.П. Коломацька. – К. : ВД «Професіонал», 2004. – 288 с.
13. Міжнародне приватне право : [навч. посібник] / за ред. В.М. Гайворонського, В.П. Жушмана. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 368 с.
14. Омельченко А.В. Адміністративно-правові засади зовнішньоекономічної діяльності в Україні : [монографія] / А.В. Омельченко. – К. : КНЕУ, 2011. – 309 с.
15. Поєдинок В.В. Правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності : [навч. посібник] / В.В. Поєдинок. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 288 с.

# ТРУДОВОЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

УДК 349.2

## СПЕЦІАЛЬНА ТРУДОВА ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ ДИПЛОМАТИЧНИХ ПРАЦІВНИКІВ

Олексій СЕЛЕЦЬКИЙ,

викладач кафедри трудового права та права соціального забезпечення  
Навчально-наукового інституту права і соціальних технологій  
Чернігівського національного технологічного університету

### SUMMARY

This article explores the nature of legal work diplomatic staff on the basis of national legislation and legal literature detail the required and optional criteria for legal work of the diplomatic officer, analyzed some theoretical and practical problems in this area, provided suggestions to improve the relevant legislation. Established that for acquiring the status of a diplomatic officer as a special subject of labor law requires that an applicant replied qualifications established by law, was necessary procedures associated with the adoption of the service, and that it is not spread restrictions and prohibitions on employment relevant diplomatic post.

**Key words:** legal personality, legal capacity, capacity to act, diplomatic service, diplomatic personnel.

### АНОТАЦІЯ

У статті досліджено сутність трудової правосуб'єктності дипломатичних працівників на основі положень вітчизняного законодавства та юридичної літератури, детально розглянуті обов'язкові та факультативні критерії трудової правосуб'єктності дипломатичного працівника, проаналізовано окремі теоретичні та практичні проблеми в цій сфері, надано пропозиції із вдосконалення відповідного законодавства. Встановлено, що для набуття статусу дипломатичного працівника як спеціального суб'єкта трудового права необхідно, щоб претендент відповідав встановленим законодавством кваліфікаційним вимогам, пройшов необхідні процедури, пов'язані із прийняттям на службу, та щоб на нього не поширювалися обмеження і заборони щодо зайняття відповідної дипломатичної посади.

**Ключові слова:** правосуб'єктність, правоздатність, дієздатність, дипломатична служба, дипломатичні працівники.

**Постановка проблеми.** Трудова діяльність дипломатичних працівників є однією з форм праці, право на яку закріплено в ст. 43 Конституції України. Це тяжка та надзвичайно відповідальна професія, пов'язана з виконанням завдань у сфері міжнародної діяльності. Передусім, це втілення в життя зовнішньополітичних цілей і задач України щодо створення і зміцнення стабільних зовнішніх гарантій національної безпеки, суверенітету та територіальної цілісності держави, сприятливих умов розвитку вітчизняної економіки, захист інтересів держави в царині міжнародних відносин, належний та ефективний захист прав та інтересів українських громадян і юридичних осіб за межами нашої країни. Однак для того, щоб набути статусу дипломатичного працівника та виступати в якості суб'єкта трудового права, особа повинна володіти трудовою правосуб'єктністю, тобто здатністю зайняття відповідної посади в системі органів дипломатичної служби відповідно до кваліфікаційних вимог, що встановлені чинним законодавством.

На сьогоднішній день проблемам трудової правосуб'єктності працівників присвячено чимало наукових праць таких відомих вчених, як М.Г. Александров, В.М. Андрієв, Б.К. Бегічев, Н.Б. Болотіна, Л.Я. Гінцбург, В.М. Догадов, М.П. Карпушин, В.Л. Костюк, А.М. Лушніков, К.Ю. Мельник, Ю.П. Орловський, П.Д. Пилипенко, В.І. Прокопенко, О.І. Процевський, О.В. Смирнов, Є.Б. Хохлов, І.М. Якушев, О.М. Ярошенко, та інших. Однак попри глибоку ґрунтовність робіт вищезазначених авторів залишається малодослідженим питання спеціальної трудової правосуб'єктності дипломатичних працівників.

З огляду на це, метою статті є поглиблений аналіз сутності спеціальної трудової правосуб'єктності дипломатичних працівників та основних її елементів.

**Виклад основного матеріалу.** Трудова правосуб'єктність, як відмічає Ю.П. Орловський, являє собою особливу властивість суб'єктів трудового права, їх здатність мати права та обов'язки (правоздатність), здатність своїми діями набувати права і створювати для себе юридичні обов'язки, а також нести відповідальність за скоєні правопорушення (дієздатність). Правосуб'єктність виступає передумовою наділення суб'єкта трудового права суб'єктивними правами і обов'язками, тобто дає особам, організаціям та органам можливість брати участь у правовідносинах [1, с. 461]. Схожу позицію відстоював і В.І. Прокопенко, на думку якого саме правосуб'єктність становить собою визнану державою можливість громадянина бути суб'єктом трудового права. Тому правосуб'єктність є лише передумовою до використання права, а не саме його використання. Право на працю мають всі громадяни, що досягли встановленого віку. Проте правового статусу працівника набувають лише ті громадяни, які вступають у трудові відносини. В основі трудової правосуб'єктності лежить здатність до праці, що обумовлюється фізичними і розумовими здібностями [2, с. 99]. З огляду на зазначене, можна дійти висновку, що трудова правосуб'єктність – це явище, яке передуює виникненню трудових правовідносин, та виступає найважливішою передумовою набуття особою статусу суб'єкта трудового права. Правосуб'єктність як юридична категорія спрямована передусім на визначення кола осіб, які можуть бути носіями трудових прав та обов'язків. Вона

вказує на певні властивості фізичної особи, за наявності яких остання може вступити в трудові правовідносини.

За загальним правилом в якості умов трудової правосуб'єктності виступають віковий критерій та стан здоров'я особи. Що ж до першого елемента, то статтею 188 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП України) встановлена диференціація початку трудової правосуб'єктності залежно від віку особи. Так, наприклад, у ч. 1 цієї статті зазначено, що не допускається прийняття на роботу осіб молодше 16 років. Це так зване «трудове повноліття». Однак, як виняток, трудова правосуб'єктність може виникати і раніше, якщо при цьому наявні додаткові умови, а саме: 1) з 15 років за згодою одного із батьків або особи, що його замінює (ч. 2 ст. 188 КЗпП України); 2) з 14 років, якщо це учні загальноосвітніх шкіл, професійно-технічних і середніх спеціальних навчальних закладів за умови виконання ними легкої роботи, що не завдає шкоди здоров'ю і не порушує процесу навчання, у вільний від навчання час за згодою одного з батьків або особи, що його замінює (ч. 3 ст. 188 КЗпП України). Іншою необхідною умовою для вступу особи в трудові правовідносини є стан здоров'я. Зокрема, відповідно до ч. 6 ст. 24 КЗпП України забороняється укладення трудового договору з громадянином, якому за медичним висновком запропонована робота протипоказана за станом здоров'я [3].

З приводу вищевказаного Н.Б. Болотіна пояснює, що фактична здатність до праці виникає набагато раніше трудової правосуб'єктності, а про наявність останньої може йтися лише тоді, коли в громадянина виникає здатність до систематичної, врегульованої нормами права праці. Ця здатність відображається в юридичному аспекті в таких юридичних фактах, як «стан здоров'я» та «вік» особи [4, с. 144]. Подібну думку висловлює і К.Ю. Мельник, зазначаючи, що національне трудове законодавство визнає за фізичними особами здатність бути суб'єктами трудових правовідносин не з моменту виникнення фактичної здатності до праці, а дещо пізніше. Це передусім пов'язано з необхідністю досягнення певного фізичного та розумового стану особи, появи здатності до цілеспрямованої систематичної трудової діяльності та обумовлено вимогами охорони здоров'я [5, с. 618].

Набуття статусу дипломатичного працівника також необхідно пов'язувати із трудовою правосуб'єктністю, тобто спроможністю зайняття відповідної посади в системі органів дипломатичної служби. Однак перелік умов (вимог), які ставляться до потенційних учасників службово-трудо-вих відносин при прийнятті їх на роботу, набагато ширший за ті умови (вік та стан здоров'я), які пред'являються до загальної категорії осіб, що бажають працевлаштуватися. Це зумовлено, зокрема, специфічним колом повноважень та обов'язків, що покладаються на дипломатів. У юридичній літературі в такому випадку прийнято вживати термін «спеціальна трудова правосуб'єктність». Так, наприклад, Л.І. Лазор пише, що Закон не за всіма фізичними особами, які мають трудову правосуб'єктність, визнає здатність займатися окремими видами трудової діяльності. Йдеться не про особливості правового регулювання праці окремих категорій працівників, а саме про відмінності в початковому стані осіб – про визнання або невизнання законом за ними можливості займатися певним видом трудової діяльності. Тому вчена робить висновок, що поряд із загальною трудовою правосуб'єктністю працівника, настання якої поставлено в залежність від досягнення певного віку, існує й спеціальна трудова правосуб'єктність, яка характеризується не тільки віковими, а й іншими факторами [6, с. 112].

Спираючись на положення Закону України «Про дипломатичну службу» та інших нормативно-правових актів, можна виділити такі обов'язкові (тобто загальні для всіх претендентів) критерії трудової правосуб'єктності дипломатичного працівника:

1. Наявність громадянства України. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про громадянство України» громадянин України – це особа, яка набула громадянство України в порядку, передбаченому законами України та міжнародними договорами України. У свою чергу громадянство України розглядається цим Законом як правовий зв'язок між фізичною особою і Україною, що знаходить свій вияв у їх взаємних правах та обов'язках [7].

2. Відповідна фахова вища освіта. Законом України «Про вищу освіту» від 01.07.2014 у ст. 1 визначено, що вища освіта – це сукупність систематизованих знань, умінь і практичних навичок, способів мислення, професійних, світоглядних і громадянських якостей, морально-етичних цінностей, інших компетентностей, здобутих у вищому навчальному закладі (науковій установі) у відповідній галузі знань за певною кваліфікацією на рівнях вищої освіти, що за складністю є вищими, ніж рівень повної загальної середньої освіти [8]. Натомість, що таке «фахова» вища освіта – Закон не роз'яснює. Вважаємо, що під фаховою вищою освітою необхідно розуміти вищу освіту відповідного професійного спрямування за освітньо-кваліфікаційним рівнем магістра, спеціаліста. Для того, щоб набути статусу дипломатичного працівника, фізична особа повинна мати таку освіту. Це обов'язкова законодавча вимога, передбачена ч. 1 ст. 9 Закону України «Про дипломатичну службу».

3. Наявність необхідних професійних та ділових якостей. Це важливі компоненти готовності особи до майбутньої професійної діяльності. Вони сприяють продуктивному та якісному виконанню службово-трудо-вих обов'язків. Дипломатична служба як один з різновидів надзвичайно складної та відповідальної трудової діяльності вимагає, щоб претендент на вакантну посаду мав активну професійну позицію і володів необхідними для виконання цієї роботи якостями. Однак чинним законодавством, на жаль, не визначений навіть орієнтовний їх перелік. Враховуючи це, вважаємо, що претендент на заміщення вакантної дипломатичної посади повинен володіти такими професійними, моральними та діловими якостями, як комунікативність (здатність швидко, доброзичливо, легко та невимушено встановлювати контакти з людьми), емоційна стійкість до стресів (здатність долати стан надмірної емоційної схвилюваності при виконанні непрості професійної діяльності), швидкість і гнучкість мислення (спроможність породжувати актуальні та оригінальні ідеї в обмежених часових умовах), мотивація, цілеспрямованість, ініціативність, рішучість, спостережливість, проникливість, відповідальність, вміння приймати самостійні правильні рішення, аналізувати одержаний результат та прогнозувати подальший розвиток подій, сила і стабільність нервових процесів у розумово-мовній діяльності, особиста дисциплінованість, організаторські здібності та інші. Провідну роль у набутті цих якостей відіграє система професійної освіти, де особа оволодіває відповідними знаннями, вміннями та навичками у сфері зовнішньополітичної діяльності, отримує певний досвід щодо розв'язання найбільш поширених за цією професією ситуацій різного рівня складності.

В.Я. Малиновський зазначає, що соціально-правовим методом оцінювання ділових якостей претендентів є конкурс, в основі якого лежать демократичні принципи



об'єктивності, гласності, порівняльності та змагальності. Професійні, моральні, психофізіологічні якості претендентів вивчаються в певній послідовності за встановленими правилами, що дає змогу відібрати на конкретні посади найкращих [9, с. 85–86].

4. Володіння державною та іноземними мовами. У ст. 11 Закону України «Про засади державної мовної політики» зазначено, що «основною мовою роботи, діловодства і документації органів державної влади та органів місцевого самоврядування є державна мова» (ч. 1). «Посадові та службові особи зобов'язані володіти державною мовою, спілкуватися нею із відвідувачами,…» (ч. 3). Державна мова у відповідності до ст. 1 цього Закону – це закріплена законодавством мова, вживання якої обов'язкове в органах державного управління та діловодства, установах та організаціях, на підприємствах, у державних закладах освіти, науки, культури, у сферах зв'язку та інформатики тощо [10]. Конституцією України в ст. 10 [11] та Законом України «Про засади державної мовної політики» в ч. 1 ст. 6 [10] визначено, що державною мовою в Україні є українська мова.

Відмітимо, що попри широкий вжиток у національному законодавстві терміну «володіння» державною мовою, його зміст наразі все ж таки нормативно ніде не розтлумачений. Як на нашу думку, то це здатність читати, писати і розмовляти державною мовою на рівні обов'язкового мінімуму змісту загальної середньої освіти. Також не зовсім зрозуміло, як саме проходить процедура перевірки знань державної мови при прийнятті на дипломатичну службу, за якими критеріями ці знання оцінюються і який рівень володіння державною мовою вважається достатнім для зайняття дипломатичної посади. Насправді це актуальні питання сьогодення, оскільки відповідно до чинного законодавства України особи, які не володіють у необхідному обсязі державною мовою, до участі в конкурсі не допускаються. З урахуванням зазначеного вище, вважаємо, що при поданні до конкурсної комісії МЗС всіх необхідних документів, особа, яка бажає взяти участь у конкурсі, повинна додатково надати документ про володіння державною мовою. Відповідно до п. 45 Порядку провадження за заявами і поданнями з питань громадянства України та виконання прийнятих рішень, затвердженого Указом Президента України від 27.03.2001 № 215, такий документ видається керівником навчального закладу, місцевим органом виконавчої влади або виконавчим органом місцевого самоврядування [12].

Що ж до володіння іноземними мовами, то рівень знання їх визначається Вищими курсами іноземних мов Дипломатичної академії України при МЗС України за направленням Департаменту персоналу міністерства. Необхідно звернути увагу на те, що в ч. 1 ст. 9 Закону України «Про дипломатичну службу» закріплена вимога про володіння «іноземними мовами», тобто щонайменше двома і більше. Хоча, наприклад, на офіційному веб-сайті МЗС України розміщено чимало оголошень про конкурс на заміщення вакантних дипломатичних посад (переважно це стосується посад аташе МЗС), де вимагається знання однієї іноземної мови в обсязі, відповідному затвердженій професійно-орієнтованій програмі навчання, а не двох і більше, як це передбачено законодавством.

Загалом, видається неправильним встановлення однакової для всіх претендентів вимоги щодо необхідності володіння декількома іноземними мовами. На нашу думку, все повинно залежати від того, на яку дипломатичну поса-

ду претендує громадянин. Безперечно, якщо говорити про можливість зайняття ним дипломатичної посади більш високого рівня, то в такому разі й сумнівів не має виникати щодо володіння кандидатом кількома іноземними мовами. Однак, якщо особа починає свою трудову діяльність з найнижчої дипломатичної посади, то в такому разі, на нашу думку, необхідно вимагати знання хоча б однієї іноземної мови, враховуючи її молодий вік та недостатній досвід роботи у сфері міжнародних відносин. Враховуючи наведене, вважаємо, що в ч. 1 ст. 9 Закону України «Про дипломатичну службу» слова «...володіють державною та іноземними мовами» необхідно замінити словами «...володіють державною та однією або кількома іноземними мовами».

5. Стан здоров'я. На вітчизняну дипломатичну службу приймаються лише ті громадяни, які за станом здоров'я можуть бути направлені в довготермінове відрядження. Ця вимога видається цілком закономірною, адже не кожному під силу повноцінно виконувати роботу, перебуваючи, наприклад, у країні зі складними кліматичними умовами. Серед таких держав можна виокремити, наприклад, В'єтнам, Єгипет, Пакистан, Індію, Індонезію, Китай, Ірак, Іран, Катар, Лівію, Об'єднані Арабські Емірати, Сирію, Еквадор, Ефіопію, Нігерію, ПАР. Окрім цього, особа, яка бажає вступити на дипломатичну службу, повинна бути готова і до можливих тривалих авіаперельотів, які також істотно впливають на здоров'я людини.

Підтверджуючими документами про стан здоров'я кандидата на дипломатичну посаду є відповідна довідка встановленої форми та висновок про можливість перебування в довготерміновому відрядженні, у тому числі до держав з важкими кліматичними умовами. Ці документи особа повинна надати протягом трьох днів з моменту одержання повідомлення про результати конкурсу. Організація проведення медичного огляду визначена Порядком проведення медичного огляду особи, яка претендує на зайняття посади, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, затвердженого Наказом МОЗ України 30.07.2012 № 578, де зазначено, що медичний огляд особи проводиться перед прийняттям на роботу (службу) з метою встановлення її придатності за станом здоров'я до роботи (служби). Медичний огляд особи-переможця конкурсу проводиться після отримання повідомлення про результати конкурсного відбору на заміщення вакантної посади державного службовця [13].

6. Віковий критерій. Закон України «Про дипломатичну службу» не передбачає, на жаль, по досягненню якого віку в особи виникає право на вступ до дипломатичної служби. У свою чергу нині діючим Законом України «Про державну службу» від 16.12.1993 так само не встановлена нижня вікова межа прийняття на посаду державного службовця. Тож, на думку С.В. Ківалова та Л.Р. Білої, це дає підстави для прийняття на державну посаду громадян, які не досягли 18 років [14, с. 30]. Однак, вважається, що неповнолітня особа не зможе в повному обсязі оцінити й усвідомити увесь спектр важливості дорученої їй роботи, а також високої відповідальності при зайнятті державної посади. У ч. 1 ст. 15 Закону України «Про державну службу» від 17.11.2011, котрий набуде чинності з початком 2015 року, вже визначено, що «право на державну службу мають громадяни України, яким виповнилося 18 років» [15]. Підтримуючи таку позицію, вважаємо, що норма аналогічного змісту має бути відображена і в Законі України «Про дипломатичну службу».

Наразі ж можна говорити про існування лише прихованого вікового критерію трудової правосуб'єктності

дипломатичного працівника, який прямо залежить від іншої кваліфікаційної вимоги-одержання громадянином диплому про фахову вищу освіту (зазвичай це не раніше 21–23 років). Одночасно з цим законодавство встановлює граничний вік перебування на дипломатичній службі – 65 років. Фактично це означає, що особа може працевлаштуватися на дипломатичну службу з віку, коли вона отримала на руки відповідний документ про вищу освіту, і до досягнення нею 65-річчя, тобто максимально допустимої вікової межі виконання професійних обов'язків на дипломатичній службі. Особи, які досягли передбаченого законодавством граничного віку перебування на дипломатичній службі, до участі в конкурсі не допускаються.

7. Необхідність проходження конкурсного відбору, якщо інше не передбачено законодавством України. Для набуття статусу дипломатичного працівника, особа, окрім того що повинна бути громадянином України, мати необхідну освіту, відповідати за станом здоров'я, віком, володіти державною та іноземними мовами, додатково має пройти конкурсну процедуру, де перевіряються реальні знання у сфері вітчизняного та міжнародного законодавства. Як зазначено в ст. 4 Закону України «Про державну службу» від 16.12.1993 «право на державну службу мають громадяни України, які одержали відповідну освіту і професійну підготовку та пройшли у встановленому порядку конкурсний відбір, або за іншою процедурою, передбаченою Кабінетом Міністрів України» [16]. Частиною 6 ст. 9 Закону України «Про дипломатичну службу» також передбачено, що прийняття на дипломатичну службу здійснюється на конкурсній основі, крім випадків, коли призначення на дипломатичні посади здійснює Президент України відповідно до Конституції України [17]. З цього слідує, що участь у конкурсі та перемогу в ньому необхідно розглядати в якості окремого критерію трудової правосуб'єктності дипломатичного працівника.

Великий тлумачний словник сучасної української мови термін «конкурс» трактує як змагання, яке дає змогу виявити найбільш гідних із його учасників або найкраще з того, що надіслане на огляд. Відбір претендентів на заміщення деяких посад [18, с. 565]. У юридичній літературі під конкурсом у системі державної служби розуміють особливу процедуру підбору кадрів на вакантні державні посади відповідно до рішення конкурсної комісії. Це встановлена законом організаційно-правова форма реалізації конституційного права рівного доступу громадян до державної служби, яка полягає в особливому порядку відбору кандидатур на вакантні посади державної служби [19, с. 322]. А.В. Андрушко відмічає, що конкурс є важливим правовим способом раціонального підбору кадрів до органів державної служби, що дозволяє не тільки покращити комплектування її органів, але й забезпечує в подальшому потрібний рівень їх функціонування. Важливість конкурсної процедури прийому громадян на державну службу очевидна, адже це той фактор, який має гарантувати об'єктивність оцінки ділових, професійних, моральних якостей претендента, як наслідок – ефективність його майбутньої роботи [20, с. 66].

8. Подання декларації про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру за минулий рік. Форма і порядок її подання встановлені Законом України «Про заходи запобігання і протидії корупції». Відповідно до ч. 4 ст. 9 Закону України «Про дипломатичну службу» особи, які претендують на зайняття посад у системі органів дипломатичної служби, до призначення на відповідну посаду подають таку декларацію за місцем майбутньої служби

[17]. Якщо ж претендент взагалі її не подає або зазначає в ній недостовірні відомості, то така особа не може бути прийнята на дипломатичну службу, у результаті чого й не набуває статусу суб'єкта трудового права. Як бачимо, фінансова звітність при прийнятті на дипломатичну службу є також одним із обов'язкових критеріїв трудової правосуб'єктності.

У декларації, зокрема, відображаються відомості:

1) про доходи, одержані (нараховані) декларантом з усіх видів джерел в Україні та за її межами, а також одержані (нараховані) з джерел за межами України членами його сім'ї;

2) про нерухоме майно, а саме: а) майно, що перебуває у власності, в оренді чи на іншому праві користування декларанта, та витрати декларанта на придбання такого майна або на користування ним; б) майно, що перебуває у власності, в оренді чи на іншому праві користування членів сім'ї декларанта;

3) про транспортні засоби: а) що перебувають у власності, в оренді чи на іншому праві користування декларанта, та витрати декларанта на їх придбання (користування); б) що перебувають у власності, в оренді чи на іншому праві користування членів сім'ї декларанта;

4) про вклади в банках, цінні папери та інші активи (декларанта та членів його сім'ї);

5) про фінансові зобов'язання (декларанта та членів його сім'ї).

9. Відсутність обмежень, пов'язаних з прийняттям на державну службу. У ч. 5 ст. 9 Закону України «Про дипломатичну службу» прописано, що не можуть бути прийняті на дипломатичну службу особи, щодо яких встановлені обмеження в Законі України «Про державну службу», а саме:

1) визнані у встановленому порядку недієздатними. Як зазначено в ч. 1 ст. 39 Цивільного кодексу України, фізична особа може бути визнана судом недієздатною, якщо вона внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними [21];

2) мають не зняту або не погашену судимість за вчинення злочину або на яких протягом останнього року накладалося адміністративне стягнення за вчинення корупційного правопорушення. Відповідно до ч. 1 ст. 88 Кримінального кодексу України особа визнається такою, що має судимість, з дня набрання законної сили обвинувальним вироком і до погашення або зняття судимості [22]. Випадки погашення та зняття судимості передбачені ст.ст. 89–91 цього Кодексу. Що ж до вчинення адміністративних корупційних правопорушень, то в однойменній Главі 13-А Кодексу України про адміністративні правопорушення зафіксовані найбільш поширені їх види, зокрема: порушення обмежень щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності (ст. 172–4), порушення встановлених законом обмежень щодо одержання дарунка (пожертви) (ст. 172–5), порушення вимог фінансового контролю (ст. 172–6), порушення вимог щодо повідомлення про конфлікт інтересів (ст. 172–7), незаконне використання інформації, що стала відома особі у зв'язку з виконанням службових повноважень (ст. 172–8), невжиття заходів щодо протидії корупції (ст. 172–9);

3) у разі прийняття на службу будуть безпосередньо підпорядковані близьким їм особам. Під безпосереднім підпорядкуванням необхідно розуміти відносини прямої організаційної або правової залежності підлеглої особи від її керівника, у тому числі через вирішення (участь у вирі-

шенні) питань прийняття на роботу, звільнення з роботи, застосування заохочень, дисциплінарних стягнень, надання вказівок, доручень, контролю за їх виконанням (ст. 1 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції»). У цій статті дається також роз'яснення, хто підпадає під формулювання «близькі особи». Це чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, рідний брат, рідна сестра, дід, баба, прадід, прабаба, внук, внучка, правнук, правнучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, особа, яка перебуває під опікою або піклуванням, а також особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом і мають взаємні права та обов'язки із суб'єктом, зазначеним у частині першій статті 4 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції», у тому числі особи, які спільно проживають, але не перебувають у шлюбі [23];

4) в інших випадках, встановлених законами України.

10. Відсутність заборони, передбаченої положеннями Закону України «Про очищення влади», займати відповідну посаду. Її сутність зводиться до того, що окремим фізичним особам забороняється протягом десяти років з дня набрання чинності цим Законом (а в деяких випадках – протягом п'яти років з дня набрання чинності) відповідним рішенням суду обіймати певні посади (перебувати на службі) в органах державної влади та органах місцевого самоврядування. Відповідно до ч. 2 ст. 1 Закону України «Про очищення влади» метою очищення влади (люстрації) є недопущення до участі в управлінні державними справами осіб, які своїми рішеннями, діями чи бездіяльністю здійснювали заходи (та/або сприяли їх здійсненню), спрямовані на узурпацію влади Президентом України В. Януковичем, підірив основ національної безпеки і оборони України або протиправне порушення прав і свобод людини [24].

У свою чергу, для зайняття окремих посад дипломатичної служби в оголошеннях про конкурс можуть встановлюватись й інші (додаткові) вимоги до кандидатів. Тобто мова йде про факультативні критерії трудової правосуб'єктності дипломатичного працівника, серед яких варто назвати наступні:

1) додаткові освітньо-кваліфікаційні вимоги. Це, як правило, наявність у кандидата післядипломної освіти за спеціальністю «зовнішня політика» (магістр зовнішньої політики) у Дипломатичній академії України при МЗС України або відповідних курсів підвищення кваліфікації у Центрі підвищення кваліфікації працівників дипломатичної служби Дипломатичної академії України при МЗС України [25];

2) стаж роботи за фахом на відповідних посадах дипломатичної, державної служби чи за фахом в інших сферах;

3) досвід роботи в галузі міжнародних відносин та/або міжнародного права;

4) досвід роботи в закордонних дипломатичних установах України на дипломатичних посадах;

5) практичний досвід роботи в підготовці документів правового характеру;

6) необхідні навички роботи на комп'ютері (Word, Excel, Outlook Express, Power Point);

7) вміння керувати автомобілем (наявність посвідчення водія);

8) знання правил ділового етикету та державного протоколу;

9) допуск до державної таємниці;

10) та інші.

**Висновки.** Таким чином, для набуття статусу дипломатичного працівника як спеціального суб'єкта трудового

права необхідно, щоб претендент відповідав встановленим законодавством кваліфікаційним вимогам, пройшов необхідні процедури, пов'язані із прийняттям на службу, та щоб на нього не поширювалися обмеження і заборони щодо зайняття відповідної дипломатичної посади. Все це в сукупності становить спеціальну трудову правосуб'єктність дипломатичного працівника. При чому достовірність відомостей про кандидата визначається завдяки спеціальній перевірці відповідно до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». З огляду на зазначене вище, пропонуємо ч. 1 ст. 9 Закону України «Про дипломатичну службу» викласти в такій редакції: «Дипломатичними працівниками можуть бути громадяни України, яким виповнилося 18 років, які мають відповідну фахову вищу освіту, необхідні професійні та ділові якості, володіють державною та однією або кількома іноземними мовами, за станом здоров'я можуть бути направлені в довготермінове відрядження, подали декларацію про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру за минулий рік за формою і в порядку, що встановлені Законом України «Про засади запобігання і протидії корупції», пройшли у встановленому порядку конкурсний відбір, якщо інше не передбачено законодавством України, а також не відносяться до осіб, щодо яких встановлені обмеження при прийнятті на державну службу, та не підпадають під заборону зайняття посади в органах державної влади відповідно до положень Закону України «Про очищення влади». Для кандидатів на окремі дипломатичні посади законодавством можуть встановлюватись додаткові кваліфікаційні вимоги».

#### Список використаної літератури

1. Словарь по трудовому праву / под ред. Ю.П. Орловско-го. – М. : Изд-во БЕК, 1998. – 600 с.
2. Прокопенко В.І. Трудове право України : [підручник] / В.І. Прокопенко. – Х. : Фірма «Консум», 1998. – 480 с.
3. Кодекс законів про працю України // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1971. – Додаток до № 50. – Ст. 375.
4. Болотіна Н.Б. Трудове право України : [підручник]. – 5-те вид., перероб. і доп. – К. : Знання, 2008. – 860 с.
5. Мельник К.Ю. Загальна та спеціальна трудова правосуб'єктність працівників / К.Ю. Мельник // Форум права. – 2012. – № 1. – С. 617–624.
6. Лазор Л. Правове регулювання правосуб'єктності у сфері трудового права в ринкових умовах / Л. Лазор // Право України. – № 12. – 2010. – С. 108–114.
7. Про громадянство України: Закон України від 18.01.2001 // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 13. – Ст. 65.
8. Про вищу освіту: Закон України від 01.07.2014 // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 37–38. – Ст. 2004.
9. Малиновський В.Я. Державна служба: теорія і практика : [навч. посібник] / В.Я. Малиновський. – К. : Атіка, 2003. – 160 с.
10. Про засади державної мовної політики : Закон України від 03.07.2012 // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 23. – Ст. 218.
11. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
12. Порядок провадження за заявами і поданнями з питань громадянства України та виконання прийнятих рішень, затверджений Указом Президента України від 27.03.2001 № 215 (в редакції Указу Президента України від 27.06.2006 № 588/2006) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/215/2001>.

13. Порядок проведення медичного огляду особи, яка претендує на зайняття посади, пов'язаної з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, затверджений Наказом МОЗ України 30.07.2012 № 578 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 69. – Ст. 2826.
14. Ківалов С.В., Біла Л.Р. Організація державної служби в Україні : [навч. посібник]. – Одеса : Юридична література, 2002. – 328 с.
15. Про державну службу : Закон України від 17.11.2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4050-17>.
16. Про державну службу : Закон України від 16.12.1993 // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 52. – Ст. 490.
17. Про дипломатичну службу : Закон України від 20.09.2001 // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 5. – Ст. 29.
18. Великий тлумачний словник сучасної української мови / за ред. В.Т. Бусела. – К.; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.
19. Кагановська Т.Є. Конкурсний відбір як основа кадрового забезпечення органів державного управління: вітчизняний і зарубіжний досвід / Т.Є. Кагановська // Форум права. – 2011. – № 3. – С. 322–330.
20. Андрушко А.В. Виникнення трудових правовідносин з державними службовцями: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 / А.В. Андрушко / Хмельницький ін-т регіон. управл. і права. – Хмельницький, 2003. – 195 с.
21. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.
22. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25. – Ст. 131.
23. Про засади запобігання і протидії корупції: Закон України від 07.04.2011 // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 40. – Ст. 404.
24. Про очищення влади : Закон України від 16.09.2014 // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 44. – Ст. 2041.
25. Про затвердження Типових професійно-кваліфікаційних характеристик посад працівників МЗС України, представництв МЗС України на території України : Наказ Міністерства закордонних справ України від 04.06.2009 № 113 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://document.ua/pro-zatverdzhennja-tipovih-profesiino-kvalifikaciinih-harakt-doc44524.html>.  
УДК 342.518

## РОЛЬ ЮРИДИЧНОЇ СЛУЖБИ РЕГІОНАЛЬНИХ ЗАКЛАДІВ ТА ОРГАНІВ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я В УМОВАХ ВПРОВАДЖЕННЯ РЕФОРМ

Ігор СТЕПАНОВ,

аспірант

Національного університету державної податкової служби України

### SUMMARY

In the article the basic tasks and functions of the legal service of health care in terms of reforming the healthcare industry are considered. Also, the author makes an attempt to prove particular importance of legal service in health care facilities in terms of insufficient funding and poor legal education of physicians. It is concluded that there is strong necessity to improve the administrative and legal regulation of legal service in health care facilities.

**Key words:** legal service, legal work, application of law, reforming of healthcare industry.

### АНОТАЦІЯ

У статті досліджено основні завдання і функції юридичної служби регіональних закладів та органів охорони здоров'я в умовах реформування медичної галузі. Крім того, автор робить спробу обґрунтувати особливе значення юридичної служби в закладах та органах охорони здоров'я, якого вона набуває в умовах неефективного фінансування та низької правової освіченості лікарів. Зроблено висновок щодо необхідності вдосконалення адміністративно-правового регулювання діяльності юридичних служб у закладах та органах охорони здоров'я.

**Ключові слова:** юридична служба, правова робота, правозастосування, заклад охорони здоров'я, реформування медичної галузі.

**Постановка проблеми.** Загальновізвано, що відносини у сфері охорони здоров'я регулюються не тільки фінансово-економічними, морально-етичними, але й правовими нормами, порушення яких тягне за собою відповідальність, передбачену вітчизняним законодавством. Наразі охопити правовими нормами усю гамму взаємовідносин у системі пацієнт-лікар-суспільство-держава досить складно. Але, враховуючи низький рівень доступності і якості надання медичної допомоги населенню, є необхідність її реформування та вдосконалення не тільки аспектів матеріально-технічного забезпечення, а й вироблення нових підходів при застосуванні існуючого законодавства щодо діяльності української медицини та впровадження нових нормативно-правових актів з метою захисту і забезпечення прав людини на охорону здоров'я.

Вітчизняні науковці до проблем медичної галузі відносять не тільки недостатнє фінансування галузі, неефективне його використання і неналежний рівень професійної підготовки та підвищення кваліфікації медичного персоналу, але й недосконале законодавство у сфері охорони здоров'я.

Однак проведення реформування у сфері охорони здоров'я України не дає очікуваних результатів, що спричинено, на думку автора, недостатнім рівнем фінансування галузі, неналежним рівнем правового супроводу медичних реформ, а також відсутністю дієвої системи правозастосування.

Важливу роль складової процесу проведення реформ медичної галузі України мають відігравати юридичні служби закладів та органів охорони здоров'я як основні провідники правової роботи. Саме вони є проміжною ланкою, що має забезпечувати належну реалізацію положень правових норм.

Аналіз фахових публікацій щодо ролі юридичної служби і здійснюваної нею правової роботи в закладах та органах охорони здоров'я доводить, що такі питання не вивчалися вітчизняними науковцями. У той же час проблеми адміністративно-правового регулювання сфери охорони здоров'я розглядалися в наукових працях таких вчених, як М.М. Білинська, Ю.В. Вороненко, З.С. Гладун, П.Є. Лівак, В.Ф. Москаленко, Я.Ф. Радиш, Л.О. Самілик, В.Ю. Стеценко, С.Г. Стеценко, та інших.

Окремі аспекти діяльності юридичних служб розглядалися в працях С.М. Айзіна, В.С. Анохіна, А.М. Балбеко, О.М. Бандурки, О.М. Бухаловського, М.М. Гладких, А.М. Долгополова, Д.В. Єремєєва, І.М. Зайцева, І.Л. Зубової, Є.М. Казимірова, В.К. Мамутова, А.М. Мартем'янової, Л.К. Меренкової, В.М. Парашенко, Г.В. Пронської, Слободжана О.В., В.І. Чуднова, Л.М. Шора, К.С. Юдельсона та інших.

Зазначені проблеми потребують глибокого наукового дослідження аспектів правового забезпечення регулювання діяльності державних і комунальних закладів та органів охорони здоров'я в умовах проведення реформ галузі, можливого впровадження обов'язкового медичного страхування та дії законів ринкових відносин.

**Метою цієї статті** є дослідження основних завдань і функцій юридичної служби регіональних закладів та органів охорони здоров'я в умовах реформування медичної галузі. Обґрунтування особливого значення юридичної служби в закладах та органах охорони здоров'я, якого вона набуває в умовах неефективного фінансування та низької правової освіченості лікарів. Визначення шляхів вдосконалення адміністративно-правового регулювання діяльності юридичних служб у закладах та органах охорони здоров'я.

Задля досягнення мети було проведено аналіз чинного законодавства України, країн пострадянського простору та наукових статей вчених.

**Виклад основного матеріалу.** Реформування медичної галузі в подальшому може піти двома шляхами, які не виключають одне одного:

1) шлях поетапного вдосконалення окремих сфер охорони здоров'я;

2) впровадження у сферу охорони здоров'я України інституту обов'язкового медичного страхування. Тобто реформування української медицини буде відбуватися шляхом внесення змін до чинного законодавства, розробки і впровадження відповідних нормативних актів, враховуючи вимоги євроінтеграційного процесу.

Ст. ст. 426, 427 Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами ратифікованої

Верховною Радою України 16 вересня 2014 року, передбачають розвиток співробітництва в галузі охорони здоров'я, що охоплює такі аспекти вітчизняної медицини:

– зміцнення системи охорони здоров'я України та її потенціалу, зокрема шляхом впровадження реформ, подальшого розвитку первинної медико-санітарної допомоги та підготовку і навчання кадрового потенціалу не тільки медичних працівників, але й юристів у сфері медицини згідно нових вимог розвитку суспільства;

– впровадження інформатизації, інноваційних знань і нових сучасних технологій в усі сфери медичної галузі, у тому числі керуючись підходом «охорона здоров'я у всіх політиках держави»;

– розробка та запровадження Медичного кодексу України для врегулювання більшості аспектів діяльності системи охорони здоров'я в контексті впровадження інституту обов'язкового медичного страхування на теренах держави з метою вирішення існуючих проблем забезпечення прав пацієнтів та прав медичних працівників.

Проте ефективність впроваджуваних реформ залежатиме не тільки від якості прийнятих правових норм, але й від належного рівня правозастосування, адекватної оцінки правової освіченості осіб, які реалізовуватимуть прийняті норми права, враховуючи вимоги часу і потреби суспільства.

Все це охоплюється правовою роботою, значення якої на сьогодні в закладах та органах охорони здоров'я, особливо регіонального та місцевого рівнів, знівельовано.

Юридичне супроводження діяльності 1001 медичного закладу системи охорони здоров'я Київської області здійснюють 40 юрисконсультів, тобто на 26 закладів припадає 1 юрист, чого вкрай недостатньо для належної організації правової роботи.

До того ж, викликає стурбованість досить низький рівень оплати праці цих юрисконсультів та умови організації їх праці при виконанні ними невласливих функцій.

Подібна ситуація є результатом «правового нігілізму» у відношенні керівників і працівників медичних закладів до правової роботи, неправильного розуміння її сутності в процесі надання медичної допомоги/послуг населенню.

Хоча серед науковців немає єдиної позиції щодо визначення понять «правова робота», «юридична служба» та їх взаємозв'язку, законодавство України, на відміну від законодавства інших країн пострадянського простору, містить визначення поняття правової роботи.

Порядок проведення органами юстиції перевірок стану правової роботи та систематизації законодавства, затверджений наказом Міністерства юстиції України від 18 січня 2012 року № 91/5, зареєстрований Міністерством юстиції України 19 січня 2012 року за №75/20388 (далі – Відомчий акт), визначає правову роботу як діяльність юридичної служби або юрисконсульта відповідної категорії, що виконує функції юридичної служби, щодо забезпечення правильного застосування, неухильного дотримання та запобігання невиконанню вимог чинного законодавства підприємством, установою, організацією, його керівниками та працівниками під час виконання покладених на них завдань і функціональних обов'язків.

Це є вдалими формулюванням, позаяк визначає співвідношення юридичної служби і правової роботи, її основне завдання, роль, місце та сферу застосування.

До основних завдань, які мають виконувати юридичні служби медичних установ у співпраці з відповідними органами публічної влади, іншими структурними підрозділами незалежно від форм власності належить укріплення дого-

вірної та фінансової дисципліни, організація та здійснення претензійно-позовної роботи, перевірка розпорядчих актів (наказів, розпоряджень тощо) на відповідність чинному законодавству. Тому головним завданням юридичної служби є забезпечення правильного застосування законодавства, завдяки чому забезпечується законність діяльності підприємства, установи, організації незалежно від форми власності та організаційно-правової структури.

У діяльності закладів охорони здоров'я це означає забезпечення дотримання вимог санітарних норм і правил, актів трудового законодавства та законодавства з питань охорони здоров'я, охорони праці, пожежної безпеки, цивільного захисту населення, забезпечення захисту персональних даних, забезпечення доступу до публічної інформації.

За умовами реформування медичної галузі юридична служба має стати своєрідним центром правозастосовної діяльності та дотримання законності.

Проте правова робота в закладах охорони здоров'я характеризується низьким рівнем реалізації норм діючого законодавства. За інформацією Генеральної прокуратури України [1] за результатами перевірок додержання законів у сфері охорони здоров'я у 2011 році працівниками прокуратури було порушено 161 кримінальну справу, з яких 129 (80%) скеровано до суду, внесено 3,8 тис. документів реагування, відшкодовано 1,1 млн. грн., до відповідальності притягнуто 5,8 тис. посадових осіб, у тому числі 2,5 тис. органів влади та державного контролю.

На сьогодні органи прокуратури фіксують порушення прав громадян на безоплатне медичне обслуговування в державних і комунальних закладах охорони здоров'я, неналежне здійснення управління комунальним майном та нецільове використання бюджетних коштів, одержання лікарями неправомірної вигоди тощо [2].

Причиною такої ситуації є низький рівень (3,5% ВВП) фінансування медичної галузі та його неефективне використання, а також низький рівень правової освіченості як лікарів, так і пацієнтів.

Кількість у претензій до медичних працівників у Росії та економічно-розвинених країнах світу має сталу тенденцію до збільшення. Зокрема, у США кожен сьомий лікар притягується до кримінальної або цивільної відповідальності, а в Каліфорнії – кожен четвертий [3]. В Україні при наданні медичної допомоги населенню статистика різних форм правопорушень у системі відносин пацієнт-лікар відсутня.

Аналіз української судової практики може стати предметом окремого дослідження. Проте в рамках цієї статті слід наголосити, що задля повного виконання вимог чинного законодавства в контексті доступності безоплатної та якісної медичної допомоги/послуг населенню в умовах сьогоднішніх реалій при дії законів ринкових відносин кожна медична установа в процесі провадження медичної практики і врегулювання більшості аспектів своєї діяльності потребує висококваліфікованих кадрів юристів для правового супроводу.

Саме фахівець з відповідною юридичною освітою та досвідом може об'єктивно оцінити всі ризики будь-якого управлінського рішення або професійного вчинку, що в подальшому забезпечить міцний правовий захист інтересів медичної установи, а також упередження виникнення непотрібних конфліктів у системі відносин пацієнт-лікар.

Головний лікар або керівник органу управління сферою охорони здоров'я вправі самостійно визначати пріоритетні напрямки розвитку діяльності медичного закладу. У біль-

шості випадків основна увага приділяється бухгалтерській службі, що певним чином є доцільним, враховуючи давні традиції синдрому радянської адміністративної системи.

Варто відзначити, що з поширенням сучасних інформаційних технологій рівень правової освіченості громадян зростає і, як результат, більш активно будуть застосовуватися правові засоби захисту своїх інтересів у разі ненадання надання медичної допомоги.

Тому заклади та органи охорони здоров'я вже сьогодні зобов'язані вибудовувати правовідносини, адекватні вимогам часу, шляхом організації ефективної юридичної служби, покликаної забезпечувати не тільки юридичний захист інтересів медичної спільноти, але й законність діяльності в системі відносин «пацієнт-лікар-страхова медична організація-держава-суспільство».

Проте вирішення існуючих і майбутніх проблем правових відносин медичної галузі і суспільства ускладнено тим, що штатними розкладами закладів охорони здоров'я в переважній більшості передбачається 0,5 посади юрисконсульта або ж взагалі відсутня така посада. Зрозуміло, що знайти кваліфікованого юриста за таких умов і з мізерною оплатою праці майже неможливо.

Тому кадрове забезпечення юридичних служб закладів охорони здоров'я потребує детального аналізу, що дозволить вибудувати можливу ефективну модель правового забезпечення. Зокрема, доречно розглянути можливість створення за рахунок наявних посад юристів закладів охорони здоров'я певної області потужної регіональної юридичної служби на базі органу охорони здоров'я, що дозволило б створити умови з одного боку для якісного правового супроводу, а з іншого – посилює контроль з боку органу охорони здоров'я.

Проте в умовах, коли закладам охорони здоров'я надаються гарантії незалежності шляхом переведення їх у комунальну власність, керівник такого закладу фактично залишається наодинці зі своїми проблемами.

Значно погіршує таку ситуацію та обставина, що державою не визначено вимог до організації правової роботи в комунальних закладах та підприємствах.

У цьому зв'язку варто зазначити, що на сьогодні в Україні діє Загальне положення про юридичну службу міністерства, іншого органу виконавчої влади, державного підприємства, установи та організації, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 26 листопада 2008 року № 1040, яке регулює питання діяльності юридичної служби міністерства, іншого центрального органу виконавчої влади та їх територіальних органів, місцевих держадміністрацій, а також державного підприємства, установи та організації.

Для всіх інших юридичних осіб, зокрема комунальних закладів, підприємств, такі вимоги відсутні.

Тому керівники як державних, так і комунальних закладів охорони здоров'я, враховуючи значну роль юридичної служби та здійснюваної нею правової роботи, повинні бути зацікавленими в застосуванні за аналогією вимог вищезазначеного положення.

При цьому, враховуючи вказану неврегульованість, Міністерству юстиції України як органу, що здійснює методичне керівництво правовою роботою, слід ініціювати відповідні зміни до чинного законодавства. За основу доречно взяти модель Республіки Білорусь, де вимоги до діяльності юридичних служб викладені в Типовому (для органів виконавчої влади) та Примірному (для державних підприємств, установ, організацій) положеннях про юридичні служби, а керівникам недержавних організацій рекомендовано керу-

ватися Примірним положенням про юридичну службу державної організації.

У той же час, як недолік, що потребує усунення, слід відмітити те, що такі важливі для адміністративно-правового регулювання поняття, як «правова робота» і «юридична служба» мають відображення у Відомчому акті Міністерства юстиції України, що має загальнообов'язковий характер, але застосовується тільки органами юстиції під час проведення перевірок стану правової роботи на державних підприємствах, в установах, організаціях, що значно зву-жує сферу його використання.

**Висновки.** В умовах складного процесу впровадження в Україні реформ охорони здоров'я, надмірної децентралізації управління, фрагментації фінансових і матеріально-технічних ресурсів медичної галузі, значного дефіциту кадрового забезпечення лікарів і медичних сестер із низьким рівнем їх правової освіти, юридична служба закладів та органів охорони здоров'я має стати своєрідним центром правозастосовної діяльності та дотримання законності.

Існуючі вимоги суспільства, держави і медичної спільноти до надання доступної і якісної медичної допомоги/послуг населенню потребують радикальних і системних змін у підготовці не тільки фахівців медичних спеціальностей, але й інших спеціалістів, які забезпечують діяльність закладів охорони здоров'я, – економістів, страхувальників, спеціалістів у сфері інформаційних та інноваційних технологій, а також юристів. Тому найбільш пріоритетними аспектами професійної підготовки юристів для сфери охорони здоров'я, на погляд автора, має бути реформа кадрової політики із впровадженням сучасних теоретико-методологічних і організаційно-кадрових аспектів для вдосконалення адміністративно-правового регулювання діяльності юридичних служб у закладах та органах охорони здоров'я.

З метою вирішення вищезазначених проблем пропонується:

1) провести детальний аналіз кадрового забезпечення юридичних служб закладів та органів охорони здоров'я, розглянути можливість створення регіональних юридичних служб на базі органів охорони здоров'я, які б забезпечували правовий супровід закладів охорони здоров'я;

2) внести зміни до діючої постанови Кабінету Міністрів України від 26 листопада 2008 року № 1040, відповідно до яких, по-перше, рекомендувати керівникам недержавних організацій керуватися Загальним положенням про юридичну службу міністерства, іншого органу виконавчої влади, державного підприємства, установи та організації, по-друге, закріпити визначення поняття «правова робота», яке міститься в Порядку проведення органами юстиції перевірок стану правової роботи та систематизації законодавства, затвердженому наказом Міністерства юстиції України від 18 січня 2012 року № 91/5, зареєстрованому Міністерством юстиції України 19 січня 2012 року за № 75/20388.

#### Список використаної літератури

1. Інформація про стан законності у державі за 2011 рік [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.gp.gov.ua/ua/vlada.html?\\_m=publications&t=rec&id=117905](http://www.gp.gov.ua/ua/vlada.html?_m=publications&t=rec&id=117905).
2. Прокуратурою Рівненщини виявлено численні порушення у сфері охорони здоров'я [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://rtb.rv.ua/company/tele/news/2014/09/26/prokuraturoyu-rivnenshini-viyavleno-chislenni-poru>.
3. Пищита А. Проблемы правового регулирования медицинской деятельности в современной России / А. Пищита // Медичне право. – 2008. – №1. – С. 44–51.

4. Новое хозяйственное право. Избранные труды / Г.Л. Знаменский. – К. : Юринком Интер, 2012. – 488 с.

5. Запорожан В.М. Сучасні процеси перебудови системи охорони здоров'я України потребують наукового обґрунтування / В.М. Запорожан, В.І. Журавель // Охорона здоров'я України. – 2002. – № 3–4. – С. 32–37.

6. Аналітична довідка про стан охорони здоров'я Київської області за 6 місяців 2014 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.kyiv-obl.gov.ua/\\_1412687580](http://www.kyiv-obl.gov.ua/_1412687580).

7. Білоус В.Т., Лівак П.С., Степанов І.О. Організаційно-правові засади діяльності юридичної служби в закладах та органах охорони здоров'я // Науковий вісник Національного

університету державної податкової служби України (економіка, право). – 2013. – № 4(63). – С. 4–10.

8. Єремєєв Д.В. Організаційно-правові засади діяльності підрозділів юридичної служби органів внутрішніх справ України : дис... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Харківський національний ун-т внутрішніх справ. – Х., 2006. – 231 с.

9. Слобожан О.В. Формування та організація діяльності юридичних служб органів місцевого самоврядування України : дис. ... канд. наук з держ. упр. : 25.00.04 / Укр. акад. держ. упр. при президентіві України. – К., 2012.

10. Головань І.В. Правова робота у механізмі захисту прав суб'єктів підприємництва: дисертація канд. юрид. наук : 12.00.04 / НАН України; Інститут економіко-правових досліджень. – Донецьк, 2003.





УДК 349.235:665.6/7

## ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ УМОВ ПРАЦІ ПРАЦІВНИКІВ НАФТОГАЗОВОЇ ПРОМИСЛОВОСТІ В ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ

Софія ШАБАНОВА,  
здобувач кафедри трудового права  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

### SUMMARY

The article investigates the features of legal regulation of working conditions of workers in the oil and gas industry abroad. It is concluded that, given the process of Ukraine's integration into international organizations should take into account global trends of labor relations in general, and application shifts of the labor process in particular, and to assess the feasibility of using this experience in our country that can positively impact the organization and work order, as well as associated with it the rights and obligations of employers and workers.

**Key words:** oil and gas industry, foreign laws, working conditions, job changes, shift method of work.

### АНОТАЦІЯ

Статтю присвячено дослідженню особливостей правової регламентації умов праці працівників нафтогазової промисловості в зарубіжних країнах. Зроблено висновок, що з урахуванням процесів інтеграції України в міжнародні організації необхідно враховувати світові тенденції організації трудових відносин загалом та застосування вахтового методу організації трудового процесу зокрема, а також провести оцінку доцільності використання в нашій державі такого досвіду, який може позитивно вплинути на організацію й порядок роботи, а також на пов'язані з цим права й обов'язки роботодавця й працівників.

**Ключові слова:** нафтогазова промисловість, зарубіжне законодавство, умови праці, робота змінами, вахтовий метод організації робіт.

**Постановка проблеми.** Однією з основних умов успішної інтеграції до міжнародного співтовариства України як рівноправного її суб'єкта є вивчення досвіду зарубіжних держав, а в подальшому – уніфікації національного законодавства із загальноприйнятими міжнародними стандартами. Як зазначає Р. Бланпен, «використання зарубіжних моделей дозволяє отримати панорамний вид різноманітних шляхів, якими вирішуються однакові проблеми, побачити, як власна правова система співвідноситься із цими моделями, й виявити наявні відмінності, схожість, тенденції розвитку» [1, с. 13]. На думку М.М. Шумило, порівняння національних законодавств дає можливість побачити переваги й недоліки законодавства як України, так і інших держав [2, с. 77].

При цьому запозичення тих чи інших елементів правових систем різними державами не завжди сприяє вдосконаленню їх власної системи права, що передбачає більш вдумливе й обачне ставлення до цього процесу. Ми погоджуємося з Н.М. Хуторян у тому, що зарубіжний досвід варто використовувати, керуючись насамперед аксіомою «не нашкодити» [3, с. 4–5]. Запозичувати його треба там, де дійсно виникає потреба, проте з урахуванням особливостей процесу економічних і політичних реформ, національного менталітету й національної правової системи. Підтвердимо тезу С.О. Іванова: «Урахування характеру правової системи вимагає безумовної відмови від сліпого копіювання, від механічного перенесення ідей, моделей і норм про працю з однієї правової системи до іншої» [4, с. 31].

Аналізуючи такі країни, як Казахстан, Туркменістан, Російська Федерація, Канада, Норвегія, ми бачимо, що нафтогазова промисловість є провідною ланкою економіки, у якій задіяно велику кількість працездатного населення, служить головним джерелом податкових і валютних надходжень у казну. Правове регулювання праці у сфері

видобутку нафти й газу має свою специфіку, пов'язану з особливостями оплати, охорони праці, продуктивного використання робочого часу, встановлення внутрішнього трудового розпорядку, соціального й побутового забезпечення працівників.

**Мета статті** – розглянути деякі аспекти правового регулювання умов праці працівників нафтогазової промисловості зарубіжних країн.

**Виклад основного матеріалу.** Трудова діяльність категорії працівників, яка розглядається, регламентується великою кількістю нормативних актів, серед яких конституції, конвенції Міжнародної організації праці, ратифіковані міжнародні договори (наприклад, Конвенція № 47 «Про скорочення робочого часу до сорока годин на тиждень» 1935 р. [5]), трудові кодекси, угоди, колективні договори й кодекси трудових колективів, правила внутрішнього трудового розпорядку, графіки роботи (змінності). При цьому немає єдиного законодавчого акта, навіть у трудовому кодексі відсутній розділ, який би було присвячено регулюванню трудових відносин тільки цієї категорії працівників, що є недоліком законодавства.

Так, у Трудовому кодексі Російської Федерації (далі – ТК РФ) трудова діяльність працівників нафтогазової галузі регулюється нормами, призначеними особам, умови праці на робочих місцях яких за результатами спеціальної оцінки умов праці віднесені до шкідливих умов праці 3 або 4 ступеня або небезпечних умов праці [6]. Відповідно до ст. 92 ТК РФ для таких працівників устанавлюється скорочена тривалість робочого часу, яка визначається урядом РФ. Установлення такого робочого часу передбачається також галузевим Списком, затвердженим Мінгазпромом за погодженням із центральним комітетом профспілки працівників нафтової та газової промисловості, від 17 січня 1996 р. Хоча офіційно цей Список так і не було опубліковано, а лише розіслано по організаціям галузі. На його під-

ставі організації самостійно визначали перелік працівників, для яких встановлено скорочений робочий час.

У нафтогазовій промисловості отримали розповсюдження такі спеціальні режими робочого часу, як робота змінами та вахтовий метод організації робіт. Згідно зі ст. 103 ТК РФ змінна робота – це робота в дві, три або чотири зміни, що вводиться в тих випадках, коли тривалість виробничого процесу перевищує припустиму тривалість щоденної роботи, а також із метою ефективного використання устаткування, збільшення обсягу виробленої продукції або надання послуг. Під час змінної роботи кожна група працівників повинна виконувати роботу протягом встановленої тривалості робочого часу відповідно до графіка змінності. Під час складання графіка роботодавць враховує думку представницького органу працівників. Графіки змінності, як правило, є додатком до колективного договору та доводяться до відома працівників не пізніше ніж за один місяць до введення їх у дію. Робота протягом 2-х змін підряд забороняється.

Особливого ж поширення отримав вахтовий метод організації робіт. Розглянемо його більш детально.

Відповідно до ст. 297 ТК РФ вахтовий метод – це особлива форма здійснення трудового процесу поза місцем постійного проживання працівників, коли не може бути забезпечено щоденне їх повернення до місця постійного проживання. Вахтовий метод застосовується за значного віддалення місця роботи від місця постійного проживання працівників або місця знаходження роботодавця з метою скорочення термінів будівництва, ремонту або реконструкції об'єктів виробничого, соціального й іншого призначення в необжитих, віддалених районах або районах з особливими природними умовами, а також із метою здійснення іншої виробничої діяльності. Працівники, які залучаються до робіт вахтовим методом, у період перебування на об'єкті виконання робіт проживають у спеціально створених роботодавцем вахтових селищах, що являють собою комплекс будівель та споруд, призначених для забезпечення життєдіяльності зазначених працівників під час виконання ними робіт і міжзмінного відпочинку, або в пристосованих для цих цілей і оплачуваних за рахунок роботодавця гуртожитках, інших житлових приміщеннях. Порядок застосування вахтового методу затверджується роботодавцем з урахуванням думки виборного органу первинної профспілкової організації.

На підставі норм ТК РФ та Основних положень про вахтовий метод організації робіт, затверджених постановою Держкомпраці СРСР, Секретаріату ВЦРПС і МОЗ СРСР від 31 грудня 1987 р. [7], переважна більшість підприємств нафтогазової галузі розробляють власні Положення про вахтовий метод робіт, які, як правило, є додатками до колективних договорів.

Основним джерелом, яке регулює порядок застосування праці осіб, які працюють вахтовим методом, у Республіці Казахстан є закон «Про працю» від 10 грудня 1999 р. [8], який містить спеціальні статті, присвячені цьому питанню. Визначення вахтового методу робіт, що міститься в даному законі, є аналогічним до російського варіанту: вахтовий метод є особливою формою здійснення трудового процесу поза місцем постійного проживання працівників, коли не може бути забезпечено щоденне повернення їх до постійного місця проживання. Розглядувані нормативні акти містять й інші ідентичні норми, які регулюють застосування вахтового методу робіт. Утім це не дивно, оскільки й у Росії, і в Казахстані базисним документом під час на-

писання статей про працю, присвячених вахтовій роботі, була вищезгадана Постанова. Хоча й наявні деякі відмінності. Наприклад, різняться терміни «виконання робіт на об'єкті» й «міжзмінний відпочинку нок» у вахтовому селищі, а також надбавки за роботу вахтовим методом. Так, період виконання робіт на об'єкті й міжзмінного відпочинку у вахтовому селищі не може перевищувати п'ятнадцяти календарних днів. У виняткових випадках на окремих об'єктах роботодавцем за погодженням із представниками працівників організації тривалість вахти може бути встановлена до тридцяти календарних днів.

За вахтового методу роботи встановлюється підсумований облік робочого часу за місяць, квартал або інший більш тривалий період, але не більше ніж за рік. Обліковий період охоплює весь робочий час, час у дорозі від місця знаходження організації або від пункту збору до місця роботи й назад, а також час відпочинку, що припадає на цей календарний відрізок часу. При цьому загальна тривалість робочого часу за обліковий період не повинна перевищувати норми, встановленої цим законом.

У Республіці Туркменістан це питання врегульовано Трудовим кодексом Республіки Туркменістан (далі – ТК РТ). Так, відповідно до ст. 285 ТК РТ [9] тривалість вахти не повинна перевищувати одного місяця. У виняткових випадках на окремих об'єктах роботодавцем з урахуванням думки профспілкового органу підприємства тривалість вахти може бути збільшена до 2-х місяців. Працівникам, які виконують роботи вахтовим методом, за кожний календарний день перебування в місцях виконання робіт у період вахти, а також за фактичні дні перебування в дорозі від місця розташування роботодавця (пункту збору) до місця виконання роботи й назад, виплачується надбавка за вахтовий метод роботи в розмірі добових за нормами, передбаченими для службових відряджень, які встановлюються законодавством Туркменістану (ст. 287 ТК РТ). До вахтового методу роботи не можуть залучатися особи віком до вісімнадцяти років, вагітні жінки та жінки, які мають дітей віком до трьох років (дитини-інваліда – до шістнадцяти років), а також особи, які мають медичні протипоказання до виконання робіт вахтовим методом (ст. 284 ТК РТ).

Умови застосування вахтового методу робіт у Канаді регулюються главою 3 Трудового кодексу Канади, де для працівників передбачено 8-ми годинний робочий день за 40-годинний робочий тиждень. Однак за погодженням із профспілками роботодавць у разі особливого характеру робіт має право ввести підсумований облік робочого часу. Працівник у цьому випадку дає згоду на ведення робіт за графіком, установленим роботодавцем. Понаднормова робота дозволяється тільки у виняткових випадках із доплатою за кожну годину роботи понад нормальну тривалість у розмірі не менше встановленої тарифної ставки. Решта умов застосування вахтового методу робіт установлюються колективними угодами, що укладаються роботодавцями з представниками профспілок, а також трудовими контрактами працівників.

Проаналізуємо ще одну країну, де вахтовий метод отримав широке поширення. Окремих нормативних актів, що регламентують порядок і процедуру застосування вахтового методу робіт, у Норвегії також немає. Організація праці вахтовим методом будується в межах 3-х основних законодавчих актів: Закону Норвегії «Про охорону праці, умови праці» від 4 лютого 1977 р. №4, Постанови про охорону праці й умови праці в нафтовій діяльності від 27 листопада 1992 р. і Закону Норвегії «Про нафтову діяльність» від

22 березня 1985 р. № 11. Відповідно до цих нормативних документів основними критеріями застосування вахтової форми організації трудового процесу в Норвегії є такі:

- вік працівника, який бере участь у діяльності, повинен бути не менше 18 років під час вступу на роботу;
- нормальний робочий час не повинен перевищувати 12 годин на добу й у середньому 36 годин на тиждень протягом мінімум одного року;
- перерви на відпочинок повинні бути не менше півгодини за 8-ми годинного робочого дня й однієї години, якщо робочий час складає не менше 12 годин на день;
- перерви на відпочинок включаються в робочий час;
- час проїзду до місця роботи або від нього на початку або кінці кожного робочого періоду або періоду перебування не включається в робочий час;
- для працівників, найнятих на обмежений період часу або на один сезон, період, за який розраховується середня тривалість робочого часу, не повинен бути більше часу його найму;
- загальний робочий час, враховуючи понаднормову роботу, не повинен перевищувати 16 годин на добу;
- загальна тривалість понаднормової роботи не повинна перевищувати 200 годин протягом календарного року;
- роботодавець і виборні представники працівників можуть укласти письмову угоду, яка встановлює загальну тривалість понаднормової роботи в 300 годин протягом календарного року для кожного окремого працівника;
- коли нормальна робота неможлива без того, щоб деякі працівники почали свою роботу раніше, а закінчили пізніше інших, тривалість робочого дня таких працівників може бути збільшена на півгодини в день (це не буде вважатися понаднормовою роботою);
- до початку понаднормової або додаткової роботи роботодавець за можливості повинен обговорити необхідність такої роботи з виборними представниками працівників;
- до понаднормової й додаткової роботи можна вдаватися тільки в разі відсутності працівника або непередбачених обставин, а також виникнення особливого навантаження в роботі у зв'язку з нестачею кваліфікованих працівників, сезонним коливанням тощо;
- роботодавець може звільнити працівника від понаднормової й додаткової роботи на його прохання з причин медичного або серйозного соціального характеру;
- за понаднормові роботи працівник отримує додаткову оплату, понад ту, яку він отримав би за відповідну роботу під час нормальної роботи. Додаткова оплата повинна становити як мінімум 40%;
- роботодавець повинен шукати можливість так розподілити понаднормові роботи, щоб окремий працівник не мав надмірного навантаження;
- якщо з причин медичного, соціального чи матеріального характеру працівник хоче мати скорочену тривалість робочого часу, він має право на це, якщо подібне скорочення може бути здійснено без особливих незручностей для підприємства. Скорочення робочого часу може здійснюватися у вигляді надання періодів вільного часу;
- заяви на скорочену тривалість робочого часу можуть надаватися на період до 2-х років;

– якщо робота виконується в різний час дня, то повинен бути складений робочий графік, у якому визначаються робітники й вільні періоди часу для кожного працівника. Робочий графік складається в співпраці з організаціями працівників або їх виборними представниками;

– листи обліку робочого часу ведуться з метою фіксації кількості відпрацьованих годин на тиждень і за календарний рік на кожного працівника. До цих листів мають доступ співробітники Інспекції з праці та виборні представники працівників [10, с. 32–33].

**Висновки.** Проаналізувавши зарубіжне законодавство стосовно правового регулювання умов праці працівників нафтогазової галузі, можемо зробити висновок, що з урахуванням процесів інтеграції України в міжнародні організації необхідно враховувати світові тенденції організації трудових відносин загалом та застосування вахтового методу організації трудового процесу зокрема, а також провести оцінку доцільності використання в нашій державі такого досвіду, який може позитивно вплинути на організацію й порядок роботи, а також на пов'язані із цим права й обов'язки роботодавця й працівників.

#### Список використаної літератури

1. Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies / ed. R. Blanpain, C. Engels. – Hague, 2001. – 289 p.
2. Шумило М.М. Правове регулювання пенсійного забезпечення державних службовців : [монографія] / М.М. Шумило. – К. : Ніка-Центр, 2010. – 272 с.
3. Гармонізація трудового законодавства України із законодавством Європейського Союзу : [монографія] / відп. ред. Н.М. Хуторян. – К. : Юридична книга, 2008. – 304 с.
4. Иванов С.А. Трудовое право переходного периода: проблемы использования зарубежного опыта / С.А. Иванов // Государство и право. – 1995. – № 5. – С. 30–39.
5. Конвенція № 47 про скорочення робочого часу до сорока годин на тиждень від 22 червня 1935 р. (ратифікована 9 червня 1956 р.) : міжнародний документ МОП [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993\\_145](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993_145).
6. Трудовой кодекс Российской Федерации : утвержденный Законом Российской Федерации от 30.12.2001 г. № 197-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2002. – № 1. – Ч. 1. – Ст. 3.
7. Основні положення про вахтовий метод організації робіт, затверджені постановою Держкому СРСР з праці та соціальним питанням від 31 грудня 1987 р. № 794/33–82 // Бюлетень НАМВ СРСР. – 1990. – № 8.
8. О труде в Республике Казахстан : Закон Республики Казахстан от 10 декабря 1999 г. № 493-І [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://online.zakon.kz/document/?doc\\_id=1015945](http://online.zakon.kz/document/?doc_id=1015945).
9. Трудовой кодекс Туркменистана : утвержденный Законом Туркменистана от 18 апреля 2009 г. № 30-IV // Ведомости Межлиса Туркменистана. – 2009. – № 2(996). – Ч. 4. – Ст. 30.
10. Борисов Д.В. Вахтовый метод как особая форма организации трудового процесса (на примере предприятий нефтегазовой промышленности) : дисс. ... канд. экон. наук : спец. 08.00.05 / Д.В. Борисов. – М., 2004. – 143 с.

## ПРАВО НА СТРАЙК: ВІД ТЕОРІЇ ДО ПРАКТИКИ РЕАЛІЗАЦІЇ

Наталія ШВЕЦЬ,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри трудового права  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

### SUMMARY

The article analyzes the important theoretical and practical aspects of the realization of the right to strike, disclosed the main causes of the strikes, signs of strike, conditions of the organization of the legal strike. The author focuses on the difficult procedure of the organization of the strike (legislation overloaded terms, there is no possibility to pause and resume strike). Special attention is given to examples from judicial practice of resolving labor disputes. Considered practical situations which demonstrate the most common violations of the law in part of the organization of the strike. Make suggestions for improving legislation by simplifying the procedure of organizing the strike.

**Key words:** strike, right to strike, strike movement, causes of the strike, organization of the strike, legal strike.

### АНОТАЦІЯ

У статті аналізуються важливі теоретичні та практичні аспекти реалізації права на страйк, розкриваються основні причини страйків, ознаки страйку, умови організації законного страйку. Автором акцентується увага на складній процедурі організації страйку (законодавство перевантажене строками, відсутня можливість призупинити та відновити страйк). Особлива увага приділяється прикладам із судової практики вирішення трудових спорів. Розглядаються практичні ситуації, які демонструють найбільш розповсюджені порушення норм законодавства в частині організації страйку. Вносяться пропозиції щодо вдосконалення законодавства шляхом спрощення процедури організації страйку.

**Ключові слова:** страйк, право на страйк, страйковий рух, причини страйку, організація страйку, законний страйк.

**Постановка проблеми.** Останнім часом спостерігається тенденція до появи все більшої кількості наукових публікацій, присвячених проблематиці страйкового руху. З одного боку, наявність наукової дискусії свідчить, що фахівці в галузі трудового права продовжують шукати шляхи для вдосконалення правової бази регулювання організації та проведення страйку з метою зменшення градусу напруги між сторонами колективного трудового спору, а з іншого – це тривожна тенденція, адже вона засвідчує загострену ситуацію на теренах України між роботодавцями та працівниками, які не змогли шляхом примирних процедур врегулювати колективний трудовий спір. Водночас, незважаючи на наявність загальнотеоретичних публікацій про страйки, у яких констатується закріплення конституційного права на страйк та тлумачиться чимало дискусійних положень Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» у частині проведення страйку, на практиці невіршеними залишилися проблеми, пов'язані з ускладненою процедурою організації страйку.

**Огляд останніх досліджень.** На сьогодні окремі аспекти реалізації права на страйк досліджуються такими вченими, як В.Я. Бурак, Н.В. Дараганова, С.І. Запара, Ю.О. Коломоєць, В.В. Лазор, С.М. Мигаль, М.В. Процишен, Г.І. Чанишева, В.І. Щербина, Ю.М. Щотова та інші.

Метою статті є аналіз правової природи права на страйк, висвітлення причин страйків, розкриття їх ознак, дослідження заформалізованої процедури організації та проведення страйку, передбаченої нормами законодавства, внесення пропозицій щодо вдосконалення правового забезпечення реалізації права на страйк для спрощення на практиці оголошення страйку у виправданих випадках із дотриманням чинних обмежень.

**Виклад основного матеріалу.** Суспільство зацікавлене в стабільних відносинах роботодавця та працівників, однак коли конфлікт між ними загострюється та вичерпано всі наявні правові засоби для врегулювання розбіжностей між

сторонами колективного трудового спору, для працівників передбачено можливість скористатися правом на страйк як крайнім засобом вирішення такого спору.

Злободенність проблематики страйкового руху засвідчують приклади з практики реалізації права на страйк як у світовому масштабі, так і на теренах України. Зокрема, викликає занепокоєння ситуація, що склалася на початку листопада 2014 р. в Німеччині, де оголосили страйк машиністи залізниць напередодні святкування двадцять п'ятої річниці падіння Берлінської стіни [1]. Дата проведення страйку співпала з історичною подією, на святкування якої бажали би приїхати, скориставшись послугами залізничної галузі, мільйони туристів з усіх куточків світу. Основна вимога страйкарів – підвищення рівня заробітної плати та скорочення тривалості робочого часу.

Транспортна галузь – одна з найбільш чутливих до переростання конфліктної ситуації в страйк. Так, в Україні, де страйкували працівники авіакомпанії «Аеросвіт» (Європейський суд із прав людини захистив право на страйк працівників «Аеросвіту» та присудив їм компенсацію в розмірі 20 тисяч євро), на сьогодні залишається заборгованість із виплати зарплати в цій компанії в розмірі 116,8 млн грн. Такі цифри було озвучено під час відкритого засідання Комісії з питань погашення заборгованості із заробітної плати, пенсій, стипендій та інших соціальних виплат під головуванням міністра соціальної політики України [2, с. 2].

Право на страйк – одне із соціально-економічних прав людини, яке знайшло безпосереднє закріплення в ст. 44 Конституції України, а згодом – у нормах Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» від 3 березня 1998 р. № 137/98-ВР, у Положенні про порядок проведення страйку як крайнього засобу вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) та примирних процедур під час страйку від 18 листопада 2008 р. № 131, Правилах поведінки найманих працівників, органів профспілки, іншого уповноваженого ними органу, власника або

уповноваженого ним органу (представника), органу (особи), що очолює страйк, під час страйку від 28 квітня 2004 р. № 66, що затверджені Національною службою посередництва і примирення (далі – НСПП), іншими нормативно-правовими актами України.

С.М. Мигаль у дослідженнях, присвячених міжнародному досвіду страйкування, виокремлює «страйкове право» [3, с. 35–46]. Про новаторську ідею «страйкового права» встиг науковий дискусії, на наше переконання, недоречно. Існування права на страйк як в Україні, так і в інших державах світу ніхто не заперечує, проте говорити про страйк можна лише в межах інституту трудових спорів, зокрема колективних трудових спорів. Навряд чи можна виокремити предмет і метод страйкового права. Тоді за аналогією потенційно можна було б виділити «примирне право» тощо. Таким чином, на сьогодні вже склався термінологічний апарат у межах інституту трудових спорів. Напрацьовані законодавцем категорії є усталеними, фігурують у нормах Конституції України, Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)». Вважаємо, що оперувати словосполученням «страйкове право» нерационально навіть із метою уникнення тавтології в наукових публікаціях.

Що ж зумовило появу такого тривожного явища, як страйк, та викликало необхідність розробки законодавства, яке врегулювало б законність процедури оголошення й проведення страйку? Відповідь на це питання дозволяє дати аналіз визначення страйку. Відповідно до ст. 17 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» страйк – це тимчасове колективне добровільне припинення роботи працівниками (невихід на роботу, невиконання своїх трудових обов'язків) підприємства, установи, організації (структурного підрозділу) з метою вирішення колективного трудового спору (конфлікту).

Якщо мета страйку – вирішення колективного трудового спору, який у свою чергу пов'язаний із неузгодженістю інтересів роботодавця та працівників, то для запобігання страйку слід або взагалі попередити виникнення колективного трудового спору, або своєчасно врегулювати розбіжності між його сторонами шляхом взаємних домовленостей, компромісу на стадії примирних процедур.

Проведене узагальнення практики страйкового руху дозволяє назвати найбільш розповсюджені причини страйків, а саме: несвоєчасна виплата заробітної плати; невідповідність її розміру мінімальним гарантіям, встановленим у законодавстві; недотримання вимог колективних договорів, галузевих і регіональних угод; невинуватене скорочення робочих місць; незадоволення умовами праці тощо. Якщо не стабілізувати економічну ситуацію в країні в досяжній перспективі, страйки залишаться болісним явищем у житті сучасного суспільства.

Останнім часом серед причин конфліктних ситуацій спостерігаємо нові тенденції з огляду на напружену ситуацію в Україні. Так, 6 листопада 2014 р. оголосив страйк персонал колонії № 70 у Бердичеві, що на Житомирщині. Працівники колонії вимушені були забарикадуватися в актовому залі колонії у відповідь на випадки ув'язнених, пов'язані з безпосередньою загрозою здоров'ю та життю персоналу (в'язні на будь-які зауваження погрожували персоналу розправою) [4].

У змальованій ситуації страйк (як неюрисдикційну форму самозахисту прав працівників, свого роду «захисну реакцію») слід відрізнити від відмови виконання працівниками своїх обов'язків, передбачених посадовими інструкціями, у випадку створення загрози життю та здоров'ю працівників (ч. 5 ст. 153 Кодексу законів про працю України, ч. 2 ст. 6

Закону України «Про охорону праці» від 14 жовтня 1992 р. № 2694-ХІІ), адже ситуація в межах колонії стала неконтрольованою попри спроби домовитися зі спецконтингентом. Керівництво колонії намагалося вжити заходів для нормалізації ситуації, однак вони не привели до вирішення конфлікту, тому можна констатувати, що фактично роботодавець не зміг створити персоналу колонії безпечні й нешкідливі умови праці. Персонал колонії вимагав втручання спецпризначенців для нормалізації обстановки. Відповідно, у наведеній ситуації працівники колонії мають право відмовитися виконувати свої обов'язки, проте цей випадок не може бути кваліфіковано як страйк, адже страйкувати державним службовцям заборонено ч. 4 ст. 15 Закону України «Про Державно-кримінально-виконавчу службу» від 23 червня 2005 р. № 2713-IV: забороняються організація особами рядового й начальницького складу та працівниками кримінально-виконавчої служби страйків та участь у їх проведенні.

Під причинами виникнення страйків слід розуміти конкретні обставини, що зумовлюють появу розбіжностей між сторонами колективного трудового спору, а під умовами реалізації права на страйк – відсутність у законодавстві прямої заборони на проведення страйків, попереднє проведення примирних процедур.

Наявність суперечностей між роботодавцем і найманими працівниками ще не дає права останнім страйкувати. Таким чином, право на страйк існує, воно закріплене на конституційному рівні, проте реалізація цього права можлива лише у випадку дотримання певних умов, адже страйк залишається гострим засобом боротьби, крайнім засобом розв'язання неузгоджених розбіжностей. До того ж наслідки страйку не є втішними як для роботодавця (зупинка всього виробництва чи окремих його ділянок спричиняє збитки, підірив ділову репутацію підприємства та іміджу керівника, труднощі з наймом нових працівників замість страйкарів тощо), так і для працівників (час страйку не оплачується, стаж не йде, участь у незаконному страйку розцінюється як порушення трудової дисципліни, переслідування організаторів страйку тощо), а також страйки в підсумку болісно позначаються на економіці нашої держави.

Умовами організації законного страйку є не лише наявність порушених прав найманих працівників, а й попереднє проведення примирних процедур або ухилення роботодавця від участі в примирних процедурах чи невиконання останнім угоди, досягнутої під час вирішення колективного трудового спору; формування вимог працівників із врученням цих вимог для розгляду роботодавцеві; голосування до початку цієї акції щодо доцільності її організації, а також з'ясування думки більшості найманих працівників про необхідність оголошення страйку; виключення будь-якого примусу до участі або неучасті в страйку з боку найманих працівників; своєчасне повідомлення постачальників та інших органів і суб'єктів про рішення провести страйк; відсутність законодавчої заборони на проведення страйку (в Україні діє близько 30 законів, якими забороняється проведення страйку для окремих категорій працівників).

Злободенність проблем страйкування не лише в масштабах України, а й у межах СНД підтверджується проведенням 2–3 грудня 2008 р. в штаб-квартирі Федерації незалежних профспілок Росії засіданням круглого столу на тему «Проблеми вирішення колективних трудових спорів». Участь у цьому засіданні взяли представники профспілкових центрів країн-учасниць СНД. Українська делегація також взяла участь у цьому заході. Значну увагу було приділено дискусії з приводу реальної можливості скористатися працівниками

правом на страйк. Делегати дійшли висновку, що трудове законодавство країн СНД в частині проведення страйків є жорстким і побудованим таким чином, щоб унеможливити для працівників проведення законних страйків. Нам імпонує ця думка. На жаль, вітчизняне законодавство дійсно є таким, що провести страйк без порушень практично неможливо. Готувати його можна декілька місяців. А з плином часу страйк може втратити свою актуальність.

На необхідність спрощення процедури оголошення страйку також звернено увагу в Рекомендаціях парламентських слухань на тему: «Про стан дотримання конституційних гарантій трудових прав громадян», схвалених Постановою Верховної Ради України від 15 січня 2009 р. № 892-VI. Таким чином, уже понад 5 років у нашій державі перебуває на контролі питання спрощення процедури проведення страйку, проте й донині суттєвих зрушень у цьому напрямі не відбулося.

На наше переконання, Закон України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» перевантажений строками (їх передбачено декілька видів для різних цілей) та іншими процедурними нормами, що є причиною визнання в багатьох випадках страйків незаконними, адже строки нерідко порушуються, їх складно дотримуватися.

Страйк передбачає жорстку процедуру порядку його оголошення й проведення. Страйку поки що не притаманне поняття можливості його призупинення та відновлення. Якщо страйк призупинити, то слід заново розпочинати процедуру його оголошення й проведення. У цьому сенсі акції протесту є більш гнучкою формою захисту трудових прав порівняно зі страйком, оскільки їх можна призупинити, потім відновити.

Неврегульованість питання можливості продовження строку страйку на рівні законодавства, на наше переконання, може стати перешкодою для його проведення. Вважаємо за необхідне встановити порядок, з дотриманням якого можливим буде продовження строку проведення страйку (якщо тривалість страйку, визначена в рішенні про його оголошення, виявилася неефективною). Закріплення такого механізму в Законі України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» дозволить уникнути необхідності провадити повторно всі процедури, що передують оголошенню страйку. Звичайно, у рішенні про оголошення страйку вказується дата й час початку страйку, його тривалість. Проте результати оголошеного страйку стануть відомі лише згодом, тобто в процесі його проведення. Тому слід виробити механізм подовження строку страйку в разі його неефективності на початковому етапі, щоб уникнути повторного проходження складних процедур оголошення страйку вдруге.

Законодавець передбачає обов'язок органу, який очолює страйк, попередити роботодавця або уповноважену ним особу, організацію роботодавців, об'єднання організацій роботодавців про початок страйку (ч. 6 ст. 19 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)»). За необхідності (наприклад, складного спору, спору економічної спрямованості) день початку страйку, на наш погляд, можна змінити за домовленістю з роботодавцем. Законодавець жорстко централізував питання про строки. Централізований метод регулювання законодавства у сфері реалізації права на страйк потребує коригування щодо розширення локально-договірною регулювання. На нашу думку, назріло питання розвантаження Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» від деяких строків. Доречно передбачити, що строки

може бути в певних, виправданих об'єктивними обставинами випадках, подовжено за згодою сторін.

Перш ніж організувати страйк, органу, який має намір його очолити, слід усебічно, уважно й розсудливо проаналізувати конфліктну ситуацію, що виникла на підприємстві, в установі, організації, у тому числі настрої у «верхівці» підприємства. Необхідно переконатися, що адміністрація не провокує страйк. Наприклад, на підприємстві очікується простій через відсутність замовлень, неможливість реалізувати виготовлену продукцію, і керівництво, щоб не оплачувати працівникам час простою, вирішує «підігріти» конфліктну ситуацію, не перешкоджати страйковим настроям працівників, адже закон не зобов'язує оплачувати час участі в страйку.

Частина 8 ст. 19 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» закріплює, що місцеперебування під час страйку працівників, які беруть у ньому участь, визначається органом (особою), що керує страйком, за погодженням із роботодавцем. Нечіткість цієї норми полягає в тому, що в законі не деталізується форма погодження місцеперебування страйкарів. У цьому сенсі усної домовленості буде недостатньо.

У разі, коли роботодавець заперечує проти знаходження страйкуючих під час проведення страйку на території підприємства, установи, організації та не дає згоди на це, він має право не допускати працівників на роботу. В.І. Щербина вважає, що роботодавець, не допускаючи працівників до роботи або на підприємство, має право не нести додаткові витрати, пов'язані з перебуванням працівників на підприємстві (витрати на опалення, освітлення, водопостачання та інші види утримання виробничих приміщень, витрати на здійснення технологічного контролю за виробничими процесами та якістю продукції тощо) [5, с. 369].

Наведена позиція вченого видається цілком виправданою, однак ми не можемо бути такими категоричними, якщо страйк відбувається взимку, у сильні морози, яких заздалегідь не можна було спрогнозувати (в Україні достатньо прикладів зимових страйків), і погодженням місцеперебування страйкарів визначено територію підприємства на відкритому повітрі за умови, що страйкарі не заважають виробничому процесу інших працівників, дотримуються правил внутрішнього трудового розпорядку, не допускають дій, які перешкоджали би стабільній життєдіяльності підприємства, збереженню майна, поводити себе цивілізовано. Невже роботодавець на шляху відстоювання власних інтересів має забути про добробут своїх працівників, які страйкують на відкритому повітрі, будучи не допущеними на підприємство? Так, сьогодні вони страйкують, а вже завтра потенційно може бути укладено мирову угоду, і цілком можливо, що в змальованій ситуації працівники в перспективі не вийдуть на роботу за станом здоров'я, а роботодавець буде оплачувати їм тимчасову непрацездатність (принаймні перші 5 днів). На наше переконання, роботодавець повинен забезпечити страйкуючих працівників підприємства не виробничим приміщенням (актовий зал, хол), щоб не завадити роботі інших працівників, які не беруть участі в страйку. Недопущення працівників-учасників страйку до приміщення підприємства взимку свідчитиме про порушення з боку роботодавця загальноправового принципу гуманізму.

Ю.М. Щотова зазначає, що активну участь у страйковій боротьбі працівників беруть профспілки, які здійснюють керівництво страйками і, відповідно, є відповідальними за їх організацію та проведення. Натомість науковець вважає, що

професійні спілки, які діють від імені трудового колективу, що має страйкувати, не повинні бути відповідачами в справах про визнання страйків незаконними. У такому разі мова йде про представництво [6, с. 126].

На нашу думку, якщо страйк очолює професійна спілка як уповноважений представницький орган страйкуючих працівників, то саме вона як орган, що діє від імені трудового колективу, буде відповідачем у справі про визнання судом страйку незаконним. У цій ситуації профспілка водночас і представлятиме, і захищатиме інтереси страйкарів. До того ж орган, що очолює страйк (у цьому разі профспілка), зобов'язаний ужити необхідних заходів щодо забезпечення під час страйку збереження майна. На рахунку профспілкової організації мають бути кошти, зібрані завдяки членським внескам страйкарів, які є членами профспілки. До того ж профспілка як орган, що очолює страйк, здійснює управління страйковим фондом у випадку його створення (п.п. 4.6–4.7. Положення про порядок проведення страйку як крайнього засобу вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) та примирних процедур під час страйку). Саме ці кошти покритуть спричинену страйкарями під час проведення страйку шкоду. Більше того, якщо профспілка наважеться очолити страйк, то вона має наперед передбачити можливі негативні наслідки страйку у вигляді збитків, задалегідь накопичити резервні кошти, провести попередню роботу з потенційними страйкарями напередодні страйку, контролювати дії страйкуючих у процесі страйку, не допускаючи пошкодження майна роботодавця, переростання законного страйку в незаконний. До того ж якщо в рішенні про оголошення страйку, оформленому протоколом, професійна спілка визнає за собою статус органу, який очолює страйк, то цим же рішенням профспілка має брати на себе зобов'язання відповідати за наслідки незаконного страйку, у тому числі за збитки. Якщо профспілка керує страйком, то й відповідати за його наслідки в суді (бути належним відповідачем) має саме ця громадська організація. Законодавство не містить заборони щодо подання в суд позовної заяви роботодавцем про визнання страйку незаконним до профспілки як до юридичної особи з огляду на положення ст. 30 Цивільного процесуального кодексу України.

Ще одним проблемним питанням, не врегульованим законодавчо, слід визнати момент переривання страхового стажу в разі участі в законному страйку. З огляду на той факт, що страйк – це припинення роботи, за цей період працівник, відповідно, не отримає заробітну плату. Бракує праці, тому відсутньою буде й оплата. Якщо протягом часу участі в страйку, наприклад тривалістю 5 днів, працівник не отримує зарплату, то за ці 5 днів не буде сплачуватися єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування до відповідних фондів, що включає також пенсійний внесок. Таким чином, страховий стаж страйкаря, необхідний у майбутньому для призначення пенсії, важливий для визначення розміру допомоги у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності, за час участі в законному страйку переривається, за винятком таких випадків: 1) коли особа на добровільних засадах з іншого доходу, якщо такий наявний, самостійно перерахує внески; 2) у разі створення страйковим комітетом спеціального фонду, за рахунок якого можлива оплата часу участі працівників у законному страйку (працівник із цих коштів може самостійно робити відрахування до фондів соціального страхування, Пенсійного фонду України).

Узагальнення практики страйкового руху свідчить, що жоден із проведених страйків на теренах держави не може бути оцінено як оголошений у точній відповідності до ви-

мог Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)». Така статистика лише підтверджує висновок, що процедура оголошення й проведення страйку складно виписана законодавцем. Кожний недолік, неузгодженість чинного Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» можуть стати причиною зловживань цим правом із боку працівників або унеможливають реалізацію права на страйк. Аналіз судової практики переконливо доводить, що через недосконалість законодавства про вирішення колективних трудових спорів судам усе частіше доводиться втручатися в перебіг конфліктної ситуації шляхом вирішення спору за позовом у передбачених Законом України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» випадках роботодавця (ст. 23), НСПП (ст. 25), проте з одним і тим же результатом – визнанням страйку незаконним.

Перейдемо до аналізу повчальних практичних аспектів реалізації права на страйк. Однією з ознак страйку є припинення роботи колективом працівників. Відповідно, страйк не має права оголосити одна особа – працівник підприємства. Більше того, за рішення про оголошення страйку має проголосувати більшість найманих працівників підприємства або 2/3 делегатів конференції. Успіх страйку за умов дотримання процедурних норм залежить від його масовості. Однак на практиці трапляються прикри ситуації. Зокрема, у жовтні 2013 р. мав місце випадок оголошення безстрокового страйку слюсарем-ремонтником (одноособово) Житомирського учбово-виробничого підприємства Українського товариства сліпих «УТОС» через нестворення роботодавцем належних умов праці (незабезпечення спецодягом, миючими засобами, інструментами). Працівник надіслав рекомендаційний лист на адресу адміністрації товариства «УТОС» з інформацією про оголошення безстрокового страйку. Цей лист невдовзі повернувся відправнику у зв'язку із закінченням строку зберігання. Слюсар-ремонтник звернувся до суду з позовом про визнання законним оголошеного ним страйку та відшкодуванням моральної шкоди. У своєму рішенні суддя зазначив, що позивач не дотримався процедури оголошення страйку, його позовні вимоги є безпідставними, за наявності індивідуального трудового спору між окремим працівником і роботодавцем не передбачено застосування такого заходу, як страйк (справа № 295/10154/13-ц) [7].

Вважаємо за необхідне закріпити в чинному Законі України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» процедуру визнання страйку таким, що не відбувся (тобто виникла передстрайкова ситуація, яка не переросла у власне страйк). Відповідно до ч. 1 ст. 19 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» рішення про оголошення страйку на підприємстві приймається за поданням виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника) чи іншої організації найманих працівників, уповноваженої представляти інтереси найманих працівників, загальними зборами (конференцією) найманих працівників шляхом голосування та вважається прийнятим, якщо за нього проголосувала більшість найманих працівників або 2/3 делегатів конференції. Отже, якщо на підприємстві припинять роботу менше 2/3 делегатів конференції або меншість найманих працівників, вказаних у рішенні про оголошення страйку, то страйк має бути визнано таким, що не відбувся.

Таким чином, право на страйк є правом трудового колективу або декількох трудових колективів. Страйк – колективні дії, форма колективного ультиматуму [8, с. 211].

У розглянутій ситуації йдеться про оголошення безстрокового страйку, тоді як чинне законодавство закріплює в самому визначенні страйку таку його ознаку, як тимчасовий характер. Страйк завжди обмежується певним часом, до того ж у самому рішенні про оголошення страйку має бути зазначено, окрім дати й часу початку проведення страйку, його тривалість. Таким чином, безстроковий страйк – нонсенс, адже раніше чи пізніше, проте страйк доходить свого логічного завершення (примирення сторін шляхом укладення мирової угоди, задоволення вимог страйкарів). До того ж жоден колектив найманих працівників не зацікавлений у тривалих «страйкових сагах», оскільки за період участі в страйку працівники втрачають заробіток.

Іншими ж ознаками страйку, окрім уже згаданих, є такі: учасниками страйку можуть бути лише наймані працівники; добровільність участі в страйку; бездіяльність працівників під час страйку (невихід на роботу, невиконання (відмова від виконання) трудових обов'язків (у цьому сенсі варто відрізнити від страйків акції протесту у вигляді уповільнення темпів роботи)); організованість учасників страйку (обрання органу (особи), що очолює страйк, та дотримання численних процедурних правил).

Серед розповсюджених на практиці порушень законодавства учасниками страйку можна назвати недотримання процедури оформлення протоколу про оголошення страйку на стадії голосування про його проведення. Зокрема, у протоколі загальних зборів робочого цеху № 1 Свердловського машинобудівного заводу (Луганська область), де розглядалося питання про оголошення страйку через заборгованість із виплати зарплати, зі 116 працівників цеху схвально проголосувало 64 особи, проте підписи під прізвищами й ініціалами прихильників страйку поставили лише 18 працівників (справа № 427/1565/14-ц) [7]. Вважаємо, що положення ч. 1 ст. 19 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» виписані нечітко, адже в нормі не деталізовано спосіб голосування (воно має бути таємним або відкритим). Якщо йдеться про відкрите голосування, то в протоколі загальних зборів (конференції) трудового колективу, на наше переконання, не було б зайвим, окрім загальної кількості осіб, які схвально проголосували за проведення страйку, вказати прізвища цих працівників із їх підписами, щоб у подальшому не виникало питань із приводу загальної кількості учасників страйку, щоб роботодавець розумів, на яких посадах доречно замінити страйкуючих із метою недопущення збитків у виробничому процесі. До того ж роботодавець у жодному разі не має переслідувати учасників страйку, особи яких йому стануть відомі у випадку дотримання запропонованої вище процедури оформлення рішення колективу працівників про проведення страйку.

У ЗМІ на Львівщині було розміщено інформацію про заклики та рекомендації щодо оголошення міського страйку координаційною радою страйкових комітетів працівників закладів освіти. Відповідно до ч. 2 ст. 19 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» рекомендації щодо оголошення територіального страйку приймаються на конференції, зборах, пленумі чи іншому виборному органі найманих працівників та (або) профспілок і надсилаються відповідним трудовим колективам чи профспілкам. Тому в такому разі лише виборні органи представників найманих працівників мають право за умови дотримання положень ч. 2 ст. 19 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» приймати рекомендації щодо оголошення територіального

страйку (про це йдеться в листі НСПП від 11 вересня 2002 р. № 08-01/380). Координаційна рада страйкових комітетів працівників закладів освіти м. Львова не є виборним органом представників найманих працівників (це не профспілка, не страйковий комітет), тому не має повноважень щодо прийняття рекомендацій щодо оголошення страйку. Таким чином, заяви в засобах масової інформації, інші декларативні повідомлення названих органів із не визначенням відповідно до законодавства України статусом не носять характеру офіційних постанов, рішень у межах визначених колективних трудових спорів на територіальному рівні.

Цей випадок, як і низка подібних, яскраво свідчить про недостатню страйкову культуру громадян, доцільність проведення роз'яснювальної роботи на підприємствах, в установах, організаціях представниками профспілки, Національної служби посередництва і примирення.

**Висновки.** Для того щоб право на страйк не було декларативним, не мало руйнівних наслідків, необхідно чітко й систематизовано виписати процедуру оголошення та проведення страйку. Кожен недолік, прогалина, неузгодженість Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» може стати причиною зловживань цим правом працівниками або унеможливити реалізацію заформалізованої процедури оголошення й проведення страйку. Останні зміни до Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» було внесено в жовтні 2012 р. До того ж це не ті зміни, про нагальну необхідність внесення яких веде відкриту дискусію наукове співтовариство. Пропозиції, висловлені в цій статті, сприятимуть удосконаленню законодавства, що регулює порядок організації та проведення страйків.

#### Список використаної літератури

1. Німеччина: машиністи страйкують, пасажири страждають [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ua.euronews.com/2014/11/07/black-friday-for-passengers-as-longest-rail-strike-in-german-history-continues>.
2. Повернути борги працівникам // Пенсійний кур'єр. – 2014. – № 40(549).
3. Мигаль С.М. Конституційне визнання права на страйк / С.М. Мигаль // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності : зб. наук. праць Донецького юридичного інституту Луганського державного університету внутрішніх справ. – 2009. – № 2. – С. 35-46.
4. Співробітники в'язниці вимагають ввести спецназ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://tsn.ua/ukrayina/u-berdichivskiy-koloniyi-zdiyonyavsya-bunt-yuremniki-kazhut-scho-v-yazni-nakazyut-prinositi-yim-narkotiki-390461.html>.
5. Щербина В.І. Трудове право України : [підручник] / В.І. Щербина ; за ред. В.С. Венедіктова. – К. : Істина, 2008. – 384 с.
6. Щотова Ю.М. Відповідальність професійної спілки за організацію і проведення незаконного страйку: міжнародний досвід / Ю.М. Щотова // Актуальні проблеми трудового права і права соціального забезпечення : тези доп. та наук. повідомлень учасників V Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 27–28 вересня 2013 р.) / за ред. В.В. Жернакова. – Х. : Право, 2013. – 560 с.
7. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua>.
8. Дараганова Н.В. Трудові спори : [навч. посібник] / Н.В. Дараганова. – К. : Алерта, 2012. – 272 с.



## ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО

УДК 502.34:349.6

### УДОСКОНАЛЕННЯ МЕХАНІЗМУ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЕКОЛОГІЧНОГО АУДИТУ

Сергій ШЕРШУН,  
кандидат юридичних наук, здобувач  
Інституту держави і права імені В.М. Корецького  
Національної академії наук України

#### SUMMARY

Investigated the key legislative provisions that define the essence of environmental audit and its key, fundamental provisions scope. Analyzed, including the goals, principles, objects, environmental audit, its forms (species) and others. We prove that the Law of Ukraine "On environmental audit" has a deficit of procedural rules. The paper justified proposals to eliminate these flaws and other shortcomings of the law (specified environmental audit purposes, specifies its objects, forms and principles of implementation, including confidentiality, etc.). Special emphasis in the article is placed on strengthening the systems in the teaching of the Law of Ukraine "On environmental auditing".

**Key words:** environmental audit, environmental assessment, environmental protection, environment.

#### АНОТАЦІЯ

Досліджено ключові законодавчі приписи, які визначають сутність екологічного аудиту, його ключові, принципові положення, сферу застосування. Проаналізовано, зокрема, цілі, принципи, об'єкти екологічного аудиту, його форми (види) тощо. Доведено, що Закон України «Про екологічний аудит» має дефіцит норм процедурного характеру. У статті обґрунтовуються пропозиції, спрямовані на усунення зазначеної вади, а також інших недоліків закону (конкретизуються цілі екологічного аудиту, уточнюються його об'єкти, форми та принципи здійснення, у тому числі принцип конфіденційності, тощо). Особливий наголос у статті робиться на посиленні системності у викладі положень Закону України «Про екологічний аудит».

**Ключові слова:** екологічний аудит, екологічна оцінка, охорона довкілля, навколишнє середовище.

**Постановка проблеми.** Екологічний аудит відіграє важливу роль в екологічному оцінюванні виробничої та іншої господарської діяльності, що чинить вплив на довкілля. Він забезпечує збирання та об'єктивне оцінювання доказів для встановлення відповідності екологічно небезпечних видів діяльності, заходів, умов, системи екологічного управління та інформації із цих питань вимогам екологічного законодавства. Екологічний аудит може проводитися щодо підприємств, установ та організацій, їх філій і представництв чи об'єднань, окремих виробництв, інших господарських об'єктів у цілому або щодо окремих видів їх діяльності. Висновки, рекомендації, зроблені за результатами екологічного аудиту, відіграють важливу роль у вдосконаленні природоохоронної діяльності на відповідних підприємствах, організаціях, окремих господарських об'єктах.

З огляду на значення екологічного аудиту у вирішенні завдань охорони довкілля, забезпечення екологічної безпеки він є предметом досліджень, що здійснюються представниками різних наукових спеціальностей, такими як В. Шевчук, С. Буравльов, В. Гетьман, А. Пашенцева, Р. Підківка, Г. Купалова, Р. Сабко, О. Петрик та інші. Серед цих досліджень чільне місце належить правовим, які спрямовано на виявлення вад у правовому регулюванні суспільних відносин, що виникають у зв'язку зі здійсненням екологічного аудиту (зокрема, Н. Малишевої, А. Деркача, В. Комарницького та інших).

**Формулювання мети й завдань статті.** Продовжуючи зазначені дослідження, автор вважає за необхідне акценту-

вати увагу на Законі України «Про екологічний аудит» від 24.06.2004 р. [1], який є спеціальним законом, що визначає правові й організаційні засади здійснення екологічного аудиту в Україні, а отже, безпосередньо впливає на його ефективність.

**Виклад основного матеріалу.** Аналіз Закону України «Про екологічний аудит» свідчить, що всі його положення можна визнати вдалими, такими, що відбивають особливості аудиторської діяльності в галузі охорони навколишнього середовища. Зокрема, визначена в ч. 1 ст. 8 Закону України «Про екологічний аудит» мета екологічного аудиту – забезпечення дотримання законодавства про охорону навколишнього природного середовища в процесі господарської та іншої діяльності – має загальний характер, властива не лише аудиту, а й іншим видам управлінської діяльності в цій сфері суспільних відносин (екологічному контролю, екологічному моніторингу, екологічній експертизі тощо). Цілі ж екологічного аудиту в контексті загальної мети є більш спеціалізованими, такими, що дозволяють відмежувати його від інших видів діяльності з охорони навколишнього середовища, забезпечення екологічної безпеки. Такими цілями є оцінка стану організації природоохоронної діяльності на підприємстві, організації, установі, ефективності реалізації екологічних програм і заходів, адекватності фінансового й матеріально-технічного забезпечення природоохоронної діяльності на об'єкті екологічного аудиту реальним потребам охорони довкілля, підготовка рекомендацій з усунення вад в організації природоохоронної діяльності, виконанні екологічних програм

та щодо вдосконалення екологічного управління на підприємствах, установах та організаціях.

Визначення об'єктів екологічного аудиту також не належить до істотних надбань законодавства про екологічний аудит. Те, що в ст. 2 Закону України «Про екологічний аудит» пропонується розглядати як об'єкти екологічного аудиту, лише віддалено нагадує такі об'єкти. Проаналізуємо це твердження.

У Законі України «Про екологічний аудит» об'єктами екологічного аудиту визнано підприємства, установи й організації, їх філії та представництва чи об'єднання, окремі виробництва, інші господарські об'єкти; системи екологічного управління; інші об'єкти, передбачені законом. З наведеного переліку об'єктів лише системи екологічного аудиту несуть екологічне навантаження, виправдовують своє визнання як спеціального об'єкта екологічного аудиту. Усі інші складові переліку об'єктів екологічного аудиту не мають жодної ознаки, які дозволяють ідентифікувати їх як спеціальні об'єкти зазначеного аудиту. Насправді підприємства, установи й організації, їх філії та представництва чи об'єднання, окремі виробництва, інші господарські об'єкти можуть бути визнані об'єктами не лише екологічного аудиту, а й інших видів аудитів, що здійснюються в Україні. Щоб не було плутанини, прийнято визначати спеціальні характеристики відповідних об'єктів, що дозволяє співвіднести їх із певним видом аудиту. Наприклад, Закон України «Про аудиторську діяльність» від 22.04.1993 р. [2], що спрямований, як зазначається в його преамбулі, на створення системи незалежного фінансового контролю з метою захисту інтересів користувачів фінансової та іншої економічної інформації, під час визначення змісту аудиторської діяльності чітко сфокусував увагу на тому, що може становити об'єкт аудиту у відповідній сфері: даних бухгалтерського обліку й показниках фінансової звітності суб'єкта господарювання, стані фінансово-господарської діяльності та інших видів економіко-правового забезпечення господарської діяльності суб'єктів господарювання, іпотечному покритті тощо. Чіткістю характеризується визначення об'єктів енергетичного аудиту, запропоноване в проекті Закону України «Про енергетичний аудит» від 20.11.2013 р. № 3580-1. До таких об'єктів віднесено виробниче й технологічне обладнання, технологічні процеси, тарифи споживання паливно-енергетичних ресурсів, режими споживання паливно-енергетичних ресурсів, норми, нормативи та стандарти споживання паливно-енергетичних ресурсів, паливно-енергетичні баланси, технічну й технологічну документацію суб'єкта господарювання, технології, обладнання й матеріали, програми енергозбереження, проекти планів (програм) будівництва, реконструкції тощо.

З огляду на зазначене об'єкти екологічного аудиту також мають бути визначені більш детально та конкретно. Наприклад, О. Петрик пропонує до них віднести суб'єктів господарювання, діяльність яких впливає на навколишнє середовище; об'єкти природних ресурсів, які надаються в користування або підлягають приватизації; екологічні ситуації, що склалися на певних територіях; кредитні угоди тощо [10]. Цей перелік у цілому узгоджується з практикою здійснення екологічного аудиту. Його можна відтворити на законодавчому рівні з певними доповненнями. Наприклад, об'єктами екологічного аудиту мають бути екологічні програми на предмет ефективності їх реалізації. Цей важливий напрям екологічного оцінювання безпосередньо зафіксований на нормативно-правовому рівні. Зокрема, згідно з Порядком розроблення та виконання державних цільових

програм, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 31.01.2007 р. № 106 [8], замовник програми має проводити аналіз та комплексну оцінку результатів виконання завдань і заходів програми. Щодо екологічних програм цей припис конкретизується в Методиці оцінки ефективності реалізації регіональних природоохоронних програм та державних (загальнодержавних) цільових екологічних програм, затвердженій наказом Міністерства екології та природних ресурсів України від 15.10.2012 р. № 491 [8; 9; 10]. У ній визначено методологічні підходи щодо оцінки екологічної та економічної ефективності виконання програм, які містять завдання й заходи з охорони навколишнього природного середовища, застосування кількісних і якісних показників (індикаторів) ефективності окремих завдань і заходів та в цілому програм з урахуванням їх специфіки.

До невдалих базових законодавчих приписів з екологічного аудиту слід віднести ті, що визначають його види (форми). У Законі України «Про екологічний аудит» це зроблено вкрай недбало, поверхово, безсистемно. У ст. 12 цього закону виділяються дві форми екологічного аудиту: добровільний та обов'язковий. Добровільний екологічний аудит здійснюється щодо будь-яких об'єктів екологічного аудиту на замовлення заінтересованого суб'єкта за згодою керівника чи власника об'єкта екологічного аудиту. Обов'язковий екологічний аудит здійснюється на замовлення заінтересованих органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування щодо об'єктів або видів діяльності, які становлять підвищену екологічну небезпеку, відповідно до переліку, що затверджується Кабінетом Міністрів України, у таких випадках: банкрутство; приватизація; передання в концесію об'єктів державної та комунальної власності, крім визначених законом випадків; передання або придбання в державну чи комунальну власність; передання в довгострокову оренду об'єктів державної й комунальної власності спільних підприємств; екологічне страхування об'єктів; завершення дії угоди про розподіл продукції відповідно до закону. Поділ на добровільний та обов'язковий екологічний аудит є важливим, проте ці види не є єдиними в класифікації екологічного аудиту. Це підкреслює сам Закон України «Про екологічний аудит», який в окремій нормі виділяє також внутрішній і зовнішній екологічний аудит (ст. 13). Внутрішні аудити, які іноді мають назву «аудити першою стороною», проводяться на замовлення власника об'єкта екологічного аудиту чи органу, уповноваженого на управління ним, для власних потреб. Зовнішні екологічні аудити, які зазвичай мають назву «аудити другою стороною» або «аудити третьою стороною», проводяться на замовлення сторін, що мають певний інтерес до діяльності організації. Було б логічним у Законі України «Про екологічний аудит» відповідну класифікацію навести більш системно, у єдиній спеціалізованій нормі. У ній, окрім зазначених видів екологічного аудиту, має бути визначено також інші види, що набули поширення на практиці та зафіксовані у відповідних нормативно-правових документах. Зокрема, у Настановах щодо здійснення аудитів систем управління якістю і (або) екологічного управління (ISO 19011:2002, ІДТ) ДСТУ ISO 19011:2003, затверджених наказом Держспоживстандарту України від 28.11.2003 р. № 215, окрім зазначених видів аудиту, робиться посилання на скомбінований та спільний аудит. Аудит називають скомбінованим, якщо систему управління якістю та систему екологічного управління перевіряють разом. А у випадку, коли дві чи більше організацій задіяні під час здійснен-

ні аудиту одного об'єкта екологічного аудиту, ідеться про спільний аудит. Ці аудиторські організації співпрацюють відповідно до їх програм здійснення екологічного аудиту на відповідному об'єкті. Не можна не відзначити й того, що на практиці екологічний аудит може мати спеціальний характер, або стосуватися окремого питання, переслідувати певну ціль (наприклад, оцінити екологічні ризики діяльності відповідного суб'єкта господарювання для цілей екологічного страхування), або ж охоплювати комплекс питань, що мають бути вирішені в процесі аудиту (наприклад, перевірка всієї системи екологічного управління на підприємстві). З огляду на це класифікацію видів екологічного аудиту можна доповнити такими видами, як спеціальний аудит і комплексний аудит.

До важливих ключових принципів будь-яких законів належать ті, що визначають принципи організації діяльності, яка є предметом відповідного законодавчого регулювання. Не є винятком у цьому питанні й Закон України «Про екологічний аудит», у якому зроблено спробу визначити основні принципи екологічного аудиту. До них віднесено такі, як незалежність, законність, наукова обґрунтованість, об'єктивність, неупередженість, достовірність, конфіденційність, персональна відповідальність аудитора. Відповідно до прийнятої практики законотворення, яку не можна визнати позитивною, ці принципи в законі не прокоментовано. Внаслідок цього кожний, хто знайомиться з такими принципами, має самостійно здогадуватися, який зміст вкладається в той чи інший принцип, або шукати їх наукові коментарі чи визначення в інструктивно-методичних документах. Проблема полягає в тому, що деякі із запропонованих Законом України «Про екологічний аудит» принципів екологічного аудиту можуть сприйматися неоднозначно. Наприклад, принцип незалежності викликає питання про те, хто й від кого, у яких випадках має бути незалежним. Якщо керуватися тим, що незалежність означає недопустимість будь-яких впливів на діяльність аудиторів, то договірний, комерційний характер відповідних аудитів входить у конфлікт із цим твердженням. Той, хто замовляє аудит, хоч і в межах договору, буде контактувати з виконавцями аудиту за своєю або їх ініціативою. Обумовлюватися це може перебігом аудиту, під час якого виникатимуть будь-які проблеми, що зумовлять потребу в коригуванні цілей та інших умов договору про здійснення аудиту. Іноді незалежність умов тлумачиться як непричетність до конфлікту інтересів, пов'язаних із діяльністю, щодо якої здійснюється аудит (ч. 4 «Принципи здійснення аудиту» Настанов щодо здійснення аудитів систем управління якістю і (або) екологічного управління (ISO 19011:2002, IDT) ДСТУ ISO 19011:2003). Це твердження викликає заперечення. Адже через своє призначення аудиторі можуть опинитися в епіцентрі конфліктів інтересів між замовником, що є стороною, яка має певний інтерес щодо діяльності організації-об'єкта аудиту (зовнішній аудит або аудит другої сторони), та цією організацією. Наприклад, подібна ситуація виникає в разі, коли результати аудиту завадили укладенню договору про екологічне страхування, оскільки виявилася надзвичайна екологічна ризикованість діяльності підприємства, щодо якого провадився аудит. Зазначене свідчить, що повна незалежність аудиторів від різного роду впливів на них не можлива. Однак для їх діяльності це й не має значення. Важливим є лише один аспект незалежності – захищеність від тиску з боку замовників аудиту та інших осіб із метою викривлення результатів аудиту, порушення його конфіденційності тощо. Саме на захисті цього аспекту

фокусує увагу законодавство, забороняючи, зокрема, впливи на екологічного аудитора з метою примушування його до зміни форми й методів його роботи та висновків екологічного аудиту (ст. 17 Закону України «Про екологічний аудит»). Таким чином, незалежність екологічного аудиту має визначатися як стан захищеності екологічних аудиторів від впливів на них із метою примушення до підготовки неправдивих, необ'єктивних висновків.

Принцип конфіденційності екологічного аудиту також є таким, що не може сприйматися однозначно, зокрема лише як недопустимість без згоди клієнта розголошувати або розкривати інформацію, отриману аудитором під час надання професійних послуг, а також використовувати її у своїх цілях. Це визначення принципу конфіденційності запропоноване в Кодексі професійної етики аудиторів України, затвердженому рішенням Аудиторської палати України від 18.12.1998 р. № 73 [11]. Воно зачіпає сутність відповідного принципу, проте не визначає межі й умови його дії, зокрема не враховує, що за певних обставин аудитор не просто може, а зобов'язаний розкрити інформацію, надати її уповноваженим органам держави. Це може мати місце у випадку, коли під час проведення екологічного аудиту було виявлено загрозу аварійної ситуації. Про це аудитор зобов'язаний повідомити керівника (власника) об'єкта екологічного аудиту, центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику зі здійснення державного нагляду (контролю) у сфері охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання, відтворення й охорони природних ресурсів, та замовника (ст. 16 Закону України «Про екологічний аудит»). За загальним правилом без згоди відповідної особи конфіденційна інформація, що їй належить, може надаватися органам прокуратури, судовим органам, а також органам слідства й дізнання [6; 7]. Під час визначення принципу конфіденційності важливо наголосити на тому, що його дія пов'язується із забезпеченням режиму користування конфіденційною інформацією (інформація про фізичну особу, а також інформація, доступ до якої обмежено фізичною або юридичною особою, крім суб'єктів владних повноважень). Конфіденційна інформація може поширюватися за бажанням (згодою) відповідної особи у визначеному нею порядку відповідно до передбачених нею умов, а також в інших випадках, визначених законом (ч. 1 ст. 7 Закону України «Про доступ до публічної інформації» від 13.01.2011 р. [3], ч. 2 ст. 21 Закону України «Про інформацію» від 02.10.1992 р. [4]). Конфіденційна інформація є інформацією з обмеженим доступом. Такий статус ця інформація втрачає, коли йдеться про стан довкілля, якість харчових продуктів і предметів побуту, про аварії, катастрофи, небезпечні природні явища та інші надзвичайні ситуації, що сталися або можуть статися та загрожують безпеці людей, тощо (ч. 4 ст. 21 Закону України «Про інформацію»).

Отже, принцип конфіденційності під час здійснення екологічного аудиту має передбачати дотримання режиму конфіденційності інформації, отриманої аудитором у процесі надання професійних послуг, згідно з яким умови доступу до неї визначаються договором про аудит або законом, застосовується повна заборона на використання її аудитором для власних цілей чи в інтересах третьої сторони. На наше переконання, з огляду на значення для охорони довкілля інформації, що може бути отримана під час екологічного аудиту, і режим її використання, який залежно від різних обставин може бути відкритим чи закритим, принцип конфіденційності екологічного аудиту доцільно змінити.

ти на принцип поєднання конфіденційності й гласності під час його здійснення.

Одним із питань, що виникають у процесі аналізу принципів екологічного аудиту, є дотримання системності під час їх викладення (ст. 10 Закону України «Про екологічний аудит»). В окремих випадках здається, що викладається не система, а змішаний набір відповідних принципів, які подекуди не несуть самостійного навантаження. Найбільш наочно це демонструють включені до ст. 10 Закону України «Про екологічний аудит» принципи об'єктивності, наукової обґрунтованості, неупередженості, достовірності, документованості. У цьому складі принципів ключовим є принцип об'єктивності, а всі інші лише «відтінують» його окремі сторони, органічно пов'язуються з ним. Це зумовлюється природою принципу об'єктивності екологічного аудиту та будь-якої іншої оціночної діяльності [5]. Сутність об'єктивності складає саме базування висновків екологічного аудиту на достовірній інформації про екологічні аспекти виробничої діяльності відповідного об'єкта, використання під час їх (висновків) підготовки сучасних методів дослідження стану довкілля, впливу на нього техногенних факторів, недопущення впливу на формування відповідних висновків впливу третіх осіб та спеціальне документальне оформлення результатів аудиту, яке дозволяє зафіксувати достовірність інформації й доказової бази екологічного аудиту, адекватність методів наукового аналізу завданням екологічного аудиту.

З огляду на зазначене принципи екологічного аудиту потребують перегляду й більш системного викладення. Важливо не лише перелічити ці принципи, а й навести їх визначення, щоб мати повне уявлення про їх реальне наповнення, умови застосування.

До слабких сторін Закону України «Про екологічний аудит» слід віднести дефіцит у ньому норм процедурного характеру. Власне, вони в ньому зовсім відсутні. Тому цей закон має дещо абстрактний характер, адже саме процедурні норми зв'язують між собою норми, що фіксують організаційні аспекти відповідної діяльності, визначають її учасників, їхні права й обов'язки. Їх відсутність не може компенсувати посилання на різні настанови, методичні та інші документи, якими слід керуватися під час здійснення екологічного аудиту. Процедура здійснення відповідної діяльності дозволяє розкрити її зміст, послідовність здійснення від початку до підготовки висновку за результатами аудиту. З огляду на це до Закону України «Про екологічний аудит» слід включити положення з процедури здійснення екологічного аудиту, визначити послідовність планування аудиту та його здійснення, а саме: підготовка програми аудиту, у якій будуть зафіксовані цілі, завдання, критерії, обсяг аудиту, його виконавці; роль і відповідальність супроводжувальних осіб; збирання й перевірка інформації, її аналітичне опрацювання, оцінювання достатності та ефективності заходів з охорони довкілля та забезпечення екологічної безпеки на об'єкті екологічного аудиту; підго-

товка звіту екологічного аудиту, у тому числі висновку за результатами аудиту, та передання його замовнику екологічного аудиту.

**Висновки.** Таким чином, Закон України «Про екологічний аудит» досить поверхово визначає основні ключові положення з організації еколого-аудиторської діяльності в Україні (цілі, принципи, критерії екологічного аудиту, основні документи, що формують результати екологічного аудиту). До вад цього закону слід віднести неконкретність, загальність його норм, серед яких відчувається дефіцит норм процедурного характеру, які надали б цій сфері законодавчого регулювання певної динаміки. Усе це свідчить про доцільність суттєвого оновлення Закону України «Про екологічний аудит».

#### Список використаної літератури

1. Про екологічний аудит : Закон України від 24.06.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 45. – Ст. 500.
2. Про аудиторську діяльність : Закон України від 22.04.1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 23. – Ст. 243.
3. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13.01.2011 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 32. – Ст. 314.
4. Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 48. – Ст. 650.
5. Глава 3 Стандартів внутрішнього аудиту, затверджених наказом Міністерства фінансів України від 20.10.2011 р. № 1219/1995 // Офіційний вісник. – 2011. – № 85. – Ст. 3131.
6. Деркач А. Організаційно-правові аспекти контролю у галузі ядерної та радіаційної безпеки : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / А. Деркач. – К., 2007. – 244 с.
7. Коментар до ст. 33 Конституції України // Коментар до Конституції України. – 2-е вид., випр. і доп. – К. : Інститут законодавства Верховної Ради України, 1998. – С. 86–88.
8. Порядок розроблення та виконання державних цільових програм : затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 31.01.2007 р. № 106 // Офіційний вісник України. – 2007. – № 8. – Ст. 313.
9. Методика оцінки ефективності реалізації регіональних природоохоронних програм та державних (загальнодержавних) цільових екологічних програм : затверджена наказом Міністерства екології та природних ресурсів України від 15.10.2012 р. № 491 // Офіційний вісник України. – 2013. – № 6. – Ст. 223.
10. Петрик О. Проблеми розвитку та здійснення екологічного аудиту в Україні / О. Петрик // Вісник податкової служби в Україні. – 2004 – № 6 – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/rada/show/n0074697-04>
11. Кодекс професійної етики аудиторів України : затверджений рішенням Аудиторської палати України від 18.12.1998 р. № 73 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.teraudit.com.ua/study/audit\\_kodeks.php](http://www.teraudit.com.ua/study/audit_kodeks.php).

## УГОЛОВНОЕ ПРАВО, УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

УДК 343.5

### ОБЪЕКТ ШАХРАЙСТВА В СИСТЕМЕ СТРАХОВАНИЯ

Світлана ВЛАДИМИРЕНКО,

здобувач

Одеського національного університету імені І.І. Мечникова

#### SUMMARY

This is an examination of different kinds of object of crimes in the sphere of economic activity. The author offers his definition of separate kinds of the crimes' object.

**Key words:** object of a crime, object of a criminal law protection, economic activity, economic crimes, insurance fraud.

#### АНОТАЦІЯ

У статті розглянуто питання об'єкта злочинів у господарській діяльності, здійснено його правовий аналіз на різних рівнях. Пропонується авторське визначення окремих видів об'єкта цих злочинів

**Ключові слова:** об'єкт злочину, об'єкт кримінально-правової охорони, господарська діяльність, господарські злочини, страхове шахрайство.

**Постановка проблеми.** Кожен злочин завжди посягає на певний об'єкт, заподіює йому шкоду або створює загрозу такого заподіяння. Будучи одним з чотирьох елементів складу злочину, об'єкт надає можливість визначити суспільно-політичну сутність злочину, з'ясувати його суспільно-небезпечні наслідки. Що більш небезпечним є злочин, то більш пріоритетною має бути кримінально-правова охорона цього об'єкта [4, с. 77].

**Викладення основного матеріалу.** Установлення об'єкта має велике значення для виявлення характеру і ступеня суспільної небезпеки будь-якого злочину, відмежування від суміжних злочинів, призначення покарання тощо.

Необхідно зазначити, що об'єкт злочину необхідно відмежовувати від об'єкта кримінально-правової охорони. Ці поняття, хоча й взаємопов'язані, але не тотожні. Як зазначає професор С.Л. Стрельцов, поняття «об'єкт кримінально-правової охорони» й «об'єкт злочину» мають різне змістове наповнення. Об'єкт кримінально-правової охорони – те, що поставлено під охорону кримінального права, а об'єкт злочину – те, що порушується в результаті суспільно-небезпечного діяння [17, с. 103]. Об'єкт кримінально-правової охорони – більш широке поняття. По-перше, зарахування певних відносин до категорії, що охороняються кримінальним правом, не перетворює будь-яке посягання на них на кримінальне, оскільки злочинами визнаються тільки найнебезпечніші посягання на об'єкти, передбачені кримінальним законом [12, с. 149]. По-друге, кримінальний закон охороняє певні об'єкти не тільки від злочинних, а й від інших суспільно-небезпечних посягань, які не визнаються злочинами (наприклад, заподіяння шкоди з боку неосудних осіб або тих, які не досягли віку настання кримінальної відповідальності) [10, с. 25]. Усе це дає змогу дійти висновку, що проблема визначення об'єкта злочину – одна з основних у доктрині кримінального права.

Злочин завжди посягає на певний об'єкт, заподіює йому шкоду або створює загрозу її заподіяння. Як один із чотирьох елементів складу злочину об'єкт злочину дає можливість визначити суспільно-політичну сутність злочину, з'ясувати його суспільно-небезпечні наслідки. Що більш важливим є

об'єкт, то небезпечнішим є злочин, а отже, більш пріоритетною має бути кримінально-правова охорона цього об'єкта [4, с. 77].

У науці кримінального права найпоширенішою є триступенева класифікація об'єктів злочину «по вертикалі», тобто залежно від рівня їх узагальнення (загальний, родовий, безпосередній).

Прихильники триступеневої класифікації об'єктів злочину на загальний, родовий і безпосередній зазначають, що вона ґрунтується на співвідношенні філософських категорій «загального», «особливого» й «окремого». Загальною є вся сукупність суспільних відносин (загальний об'єкт), які охороняються кримінальним законом, особливими – окремі однорідні за своїми політичними й економічними властивостями групи цих відносин (родовий об'єкт), окремими – конкретні суспільні відносини, що охороняються певною кримінально-правовою нормою від будь-яких злочинних посягань (безпосередній об'єкт) [18, с. 61–62]. Така класифікація об'єктів злочину, як убачалося, вважається логічною, відповідає потребам практики, а тому послідовно підтримується багатьма науковцями [8; 13, с. 236–245].

Автори чотириступеневої класифікації об'єктів злочину вирізняють загальний, родовий, видовий і безпосередній об'єкти. Так, окремі вчені вважають, що об'єкт, який у триступеневій класифікації визначається як безпосередній, насправді є видовим об'єктом. Безпосередній же об'єкт – це об'єкт конкретного посягання, якому заподіяно шкоду в результаті вчинення конкретного злочину, що має місце в реальності (наприклад, життя, здоров'я чи власність конкретної людини) [10, с. 40–42; 5, с. 162–163].

У всякому разі, на нашу думку, видові об'єкти існують, але не в усіх більш загальних групах суспільних відносин, які систематизуються в межах родового об'єкта. Тому вважаємо, що класифікація об'єктів у сфері господарської діяльності, залежно від рівня їх узагальнення, має бути чотириступеневою: тут слід вирізняти загальний, родовий, видовий (у межах родового об'єкта окремих груп злочинів) і безпосередній об'єкти злочину.

Загалом дискусійний характер питання про поняття та класифікацію злочинів у сфері господарської діяльності зумовлений складним і неоднозначним характером діянь, які традиційно охоплюються цим поняттям.

Більшість фахівців виходять із того, що господарськими злочинами є суспільно небезпечні протиправні діяння, що завдають шкоду чи створюють загрозу заподіяння шкоди суспільним відносинам, які складаються у процесі та з приводу виробництва, обміну, розподілу й використання (споживання) матеріальних і деяких нематеріальних благ [3, с. 259–260; 6, с. 154–156]. Деякі вчені звертають увагу, що окремі злочини, які ми звикли називати господарськими, посягають на фінансову діяльність держави та включають цю ознаку в поняття господарських злочинів [7, с. 402–404].

Наприклад, В.О. Навроцький під родовим об'єктом господарських злочинів розуміє систему господарства України, яка складається з фактичної (сукупності наявних сфер, галузей господарської діяльності) і функціональної сторін (принципів, за якими здійснюється господарювання в державі). Господарські злочини – це передбачені нормами КК України суспільно небезпечні посягання, які завдають істотної шкоди системі господарювання. За об'єктом господарські злочини поділяються на три групи: 1) посягання на інтереси споживачів; 2) перешкоджання правомірній підприємницькій діяльності; 3) порушення порядку заняття господарською діяльністю. Остання із названих груп, у свою чергу, включає в себе такі підрозділи: а) злочинне ставлення до матеріальних ресурсів; б) фінансові зловживання; в) порушення заборон та обмежень у сфері господарювання [11, с. 354–358].

Є.Л. Стрельцов під господарським злочиним розуміє вчинене приватною або посадовою особою при здійсненні господарської діяльності умисне або необережне суспільно небезпечне діяння, що завдає істотної шкоди цій корисній діяльності. Подібно визначається і злочин у сфері підприємництва. З огляду на положення про відсутність у сучасній Україні цілісної системи господарювання робиться висновок, що родовим об'єктом господарських злочинів має визнаватися нормальна господарська діяльність, тобто така, що, відповідаючи чинному законодавству, в остаточному результаті отожднюється з підприємництвом. Зазначається, що залежно від видового об'єкта господарські злочини поділяються на такі групи: 1) злочини у сфері підприємництва; 2) злочини у сфері послуг; 3) злочини у фінансово-кредитній сфері; 4) злочини у сфері сільського господарства. Водночас господарські злочини, які порушують нормальне здійснення підприємництва, Є.Л. Стрельцов поділяє на такі: 1) загальні злочини в підприємстві (порушують загальні норми і правила здійснення підприємництва, можуть вчинюватися у будь-якій сфері чи галузі господарської діяльності – промисловості, сільському господарстві, транспорті тощо); 2) спеціальні злочини в підприємстві (вчиняються у будь-якій сфері чи галузі господарської діяльності, але мають специфіку, породжувану особливостями тієї чи іншої галузі або сфери господарювання, наприклад, злочини у сфері послуг). Пропонується ще одна, третя, класифікація господарських злочинів, в основу якої покладено стадії (етапи) підприємницької діяльності: злочини, що вчинюються 1) на початковому етапі здійснення підприємництва; 2) на етапі здійснення підприємницької діяльності; 3) на етапі завершення підприємницької діяльності. Також науковець висунув пропозицію виділити в самостійний розділ Особливої частини КК злочини у фінансово-кредитній сфері [14; 15, 10; 16, с. 242–265].

Отже, на основі розглянутих наукових розробок щодо об'єкта злочину у сфері господарської діяльності і, зокрема,

злочину, який передбачатиме кримінальну відповідальність за страхове шахрайство, можна дійти таких висновків.

При вирішенні проблеми визначення об'єкта злочину – шахрайства, що вчинюється у сфері страхування, необхідно, на нашу думку, застосовувати підхід, за яким об'єктом цього злочину має бути те, що реально існує, конкретно сприймається, чому може бути завдана реальна шкода, яку можна достовірно визначити та оцінити й узяти під охорону кримінального закону, незалежно від того, яким є ставлення до цього тих чи інших верств населення.

При більш спеціальному аналізі потрібно вважати, що об'єкт злочину, який буде передбачати кримінальну відповідальність за страхове шахрайство як одного зі злочинів, що вчиняються у сфері господарської діяльності, може бути правильно встановлено з урахуванням саме розуміння господарської діяльності як діяльності, що породжує суспільні відносини щодо виробництва, розподілу, обміну та споживання матеріальних і нематеріальних благ, у зв'язку з чим установлений законодавством порядок здійснення цієї діяльності має істотне позитивне значення для держави, суспільства й окремих його членів і соціальних груп.

На нашу думку, відправним поняттям у визначенні об'єкта злочинів у сфері господарської діяльності є поняття самої господарської діяльності. Так, відповідно до ч. 1 ст. 3 ГК України, під господарською діяльністю розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність [1]. Поняттям «господарська діяльність» охоплюється таке: а) підприємницька діяльність, здійснювана з метою одержання прибутку; б) некомерційна господарська діяльність, здійснювана без такої мети (ч. 2 ст. 3 ГК України).

Законна, суспільно корисна господарська діяльність характеризується певним порядком здійснення. Як установлює ч. 1 ст. 5 ГК України, правовий господарський порядок в Україні формується на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів, виходячи з конституційної вимоги відповідальності держави перед людиною за свою діяльність і визначення України як суверенної й незалежної, демократичної, соціальної, правової держави. Відповідно до ч. 2, 3 ст. 5 ГК України, суб'єкти та інші учасники відносин у сфері господарювання здійснюють свою діяльність у межах встановленого правового господарського порядку, конституційні основи якого, зокрема, становлять таке: забезпечення державою захисту прав усіх суб'єктів права власності й господарювання, соціальної спрямованості економіки, недопущення використання власності на шкоду людині й суспільству; право кожного володіти, користуватися й розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності; визнання всіх суб'єктів права власності рівними перед законом, непорушності права приватної власності, недопущення протиправного позбавлення власності; економічна різноманітність, право кожного на підприємницьку діяльність, не заборонену законом, визначення виключно законом правових засад і гарантій підприємництва; забезпечення державою належних, безпечних і здорових умов праці, захист прав споживачів; взаємовигідне співробітництво з іншими країнами; визнання й дія в Україні принципу верховенства права [1].

Отже, родовим об'єктом злочинів у сфері господарської діяльності з урахуванням міжгалузевого правового аналізу

пропонуємо вважати правопорядок у сфері господарювання. Під останнім слід розуміти систему соціальних зв'язків, що виникають з приводу виробництва, розподілу, обміну та споживання матеріальних і нематеріальних благ, яка відповідає встановленим Конституцією та законодавством України принципам, правилам, умовам і гарантіям здійснення господарської діяльності й використання її результатів і яка внаслідок цього становить цінність для держави, суспільства загалом та окремих його членів (індивідів і соціальних груп).

Визначення родового об'єкта злочину, який буде передбачати відповідальність за страхове шахрайство, надає можливість перейти до характеристики його видового й безпосереднього об'єкта.

В.Р. Мойсик, наприклад, за видовим об'єктом об'єднує злочини, передбачені в розділі VII Особливої частини КК, у сім груп: 1) злочини, що посягають на загальні принципи та встановлений порядок здійснення підприємницької діяльності або окремих її видів (ст. 202, 203, 203<sup>1</sup>, 204, 205, 209, 213, 214, 217–221 КК); 2) злочини, що посягають на кредитно-фінансову систему України (ст. 199, 200, 207, 208, 210, 211, 212, 216, 222, 223, 224 КК); 3) злочини, що посягають на встановлений порядок виготовлення й використання документів у господарській діяльності (ст. 215 КК); 4) злочини, що посягають на встановлений порядок реалізації споживачам товарів і надання послуг (ст. 225–227 КК); 5) злочини, пов'язані з виявами монополізму й недобросовісної конкуренції (ст. 228, 229, 231 та 232 КК); 6) злочини, що посягають на встановлений порядок переміщення предметів через державний кордон України (ст. 201 КК); 7) злочини, що посягають на порядок здійснення приватизації державного та комунального майна або підприємств (ст. 233–235 КК) [9, с. 30–32].

Виходячи з наведеного прикладу, місце злочину, який передбачатиме відповідальність за страхове шахрайство, у другій групі злочинів, які посягають на кредитно-фінансову систему України, і видовим об'єктом страхового шахрайства буде нормальна діяльність фінансово-кредитної системи України.

На думку окремих дослідників, які займалися проблемами страхового шахрайства, безпосереднім об'єктом страхового шахрайства будуть суспільні відносини, які пов'язані з укладанням договорів страхування та виконанням обов'язків щодо них (виплатою страхового відшкодування або забезпечення). [2, 8]

Безпосереднім об'єктом у системі страхування є нормальна економічна діяльність і фінансові інтереси системи страхування.

**Висновки.** Підсумовуючи, необхідно зазначити таке:

– по-перше, родовим об'єктом злочинів у сфері господарської діяльності пропонуємо вважати правопорядок у сфері господарювання. Під таким правопорядком пропонується розуміти систему соціальних зв'язків, що виникають з приводу виробництва, розподілу, обміну та споживання матеріальних і нематеріальних благ, яка відповідає встановленим Конституцією та законодавством України принципам, правилам, умовам і гарантіям здійснення господарської діяльності й використання її результатів і яка внаслідок цього становить цінність для держави, суспільства загалом та окремих його членів (індивідів і соціальних груп);

– по-друге, видовим об'єктом злочинів, передбачених ст. 199, 200, 207, 208, 210, 211, 212, 216, 222, 223, 224 КК України є нормальна діяльність кредитно-фінансової системи України;

– по-третє, місце норми кримінального закону, що передбачатиме відповідальність за страхове шахрайство, має бути в групі злочинів, які регулюють кримінальну відповідаль-

ність за порушення нормальної діяльності кредитно-фінансової системи України;

– по-четверте, безпосереднім об'єктом злочину, який передбачатиме відповідальність за страхове шахрайство, на нашу думку, необхідно вважати регламентований законодавством порядок здійснення нормальних суспільних відносин, які пов'язані з укладанням договорів страхування й виконанням зобов'язань за ними (виплатою страхового відшкодування або забезпечення).

### Список використаної літератури

1. Господарський кодекс України : прийнятий Верховною Радою України 16 січня 2003 р. / Верховна Рада України // ВВР – 2003. – № 18. – Ст. 144.
2. Жилкина М.С. Страхование мошенничества: правовая оценка, практика выявления и методы пресечения / М.С. Жилкина. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – 192 с.
3. Коржанський М.Й. Кримінальне право України. Частина Особлива / М.Й. Коржанський. – К. : Генеза, 1998. – 592 с.
4. Кримінальне право України. Загальна частина / [Александров Ю.В., Антипов В.І., Володько М.В. та ін.]; за ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – 3-тє вид., переробл. та доповн. – К. : Юридична думка, 2004. – 352 с.
5. Кримінальне право і законодавство України. Частина Загальна : [курс лекцій] / за ред. М.Й. Коржанського. – К. : Атіка, 2001. – 432 с.
6. Кримінальне право України. Загальна частина / [М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін.]; за заг. ред. проф. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 2-ге вид., переробл. та доповн. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 480 с.
7. Кримінальне право України. Особлива частина : [підручник для студентів юрид. вузів і фак.] / Г.В. Андрусів, П.П. Андрушко, С.Я. Лихова та ін. ; за ред. П.С. Матишевського, П.П. Андрушка, С.Д. Шапченка. – К. : Юрінком Інтер, 1999. – 896 с.
8. Курс советского уголовного права : в 6 т. / под ред. А.А. Пионтковского. – Т. 2. – М. : Наука, 1970. – 216 с.
9. Мойсик В.Р. Проблеми кримінальної відповідальності за шахрайство з фінансовими ресурсами : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / В.Р. Мойсик. – К., 2002. – 239 с.
10. Музика А.А. Відповідальність за злочини у сфері обігу наркотичних засобів / А.А. Музика – К. : Логос, 1998. – 324 с.
11. Навроцький В.О. Кримінальне право. Особлива частина : [курс лекцій] / В.О. Навроцький. – К. : Знання, 2000. – 771 с.
12. Наумов А.В. Российское уголовное право. Общая часть : [курс лекцій] / А.В. Наумов. – М. : БЕК, 1996. – 560 с.
13. Советское уголовное право. Часть общая / ред.: М.Д. Шаргородский, Н.А. Беляев. – Л. : Издательство Ленинградского Ордена Ленина гос. ун-та им. А.А. Жданова, 1960. – 588 с.
14. Стрельцов Е.Л. К вопросу о родовом объекте хозяйственных преступлений / Е.Л. Стрельцов // Актуальные проблемы государства и права : сб. науч. трудов. – Вып. № 1. – Одесса, 1994. – С. 35–38.
15. Стрельцов Е.Л. Господарські злочини. Глава VI Кримінального кодексу України з науково-практичним коментарем / Е.Л. Стрельцов. – Одеса : Астропринт, 1998. – 152 с.
16. Стрельцов Е.Л. Економічні злочини : внутрідержавні та міжнародні аспекти : [навчальний посібник] / Е.Л. Стрельцов. – Одеса : Астропринт, 2000. – 476 с.
17. Стрельцов Е.Л. Проблеми встановлення соціально-правової шкоди від злочину / Е.Л. Стрельцов // Право України. – 2011. – № 9. – С. 99–106.
18. Тація В.Я. Об'єкт і предмет злочину в кримінальному праві України : [навчальний посібник] / В.Я. Тація. – Харків : Укр. ЮА, 1994. – 76 с.

УДК 346.544.4

## ПОНЯТТЯ ОБ'ЄКТА ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТАТТЕЮ 229 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Михайло ДІМІТРОВ,  
викладач

Придунайської філії Міжрегіональної академії управління персоналом

### SUMMARY

The views of scientists on the definition of "object of the crime" modern approaches to the interpretation of definitions of object types of crime are studied. The definition the object of the crime in economic activity is disclosed. The classification of crimes in economic activity by object, objective side, subject, subjective side is given. The author definition of direct object offense under the Criminal Code of Ukraine st.229 is suggested. The definition of crime for which there is scientific debate is analyzed. The rules formulated by the lawyers for setting the subject of crime and its penal value are considered. The subject of a crime under the Criminal Code of Ukraine st.229 is specified.

**Key words:** object of the crime, subject of crime, crime in economic activity, illegal use of commercial designations, means of individualization of economic circulation of goods and services.

### АНОТАЦІЯ

Досліджуються погляди науковців щодо визначення поняття «об'єкт злочину», сучасні підходи до трактування дефініцій видів об'єкта злочину. Розкривається поняття об'єкт злочину у сфері господарської діяльності. Наводиться класифікація злочинів у сфері господарської діяльності за об'єктом, об'єктивною стороною, суб'єктом, суб'єктивною стороною. Запропоновано авторське визначення безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 229 Кримінального кодексу України. Аналізуються визначення предмета злочину, щодо якого точиться наукова дискусія. Розглядаються сформульовані правниками правила встановлення предмета злочину та його кримінально-правове значення. Указаний предмет злочину, передбачений ст. 229 КК України.

**Ключові слова:** об'єкт злочину, предмет злочину, злочин у сфері господарської діяльності, незаконне використання комерційних позначень, засоби індивідуалізації учасників господарського обігу, товарів і послуг.

**Постановка проблеми.** Поняття об'єкта злочину є одним із основних у кримінальному праві. «Правильне розуміння загальних та спеціальних ознак об'єкта надає змогу для вирішення цілого кола суспільно-правових питань, пов'язаних із проблемами криміналізації та декриміналізації, пеналізації та депеналізації, кваліфікацією, застосуванням альтернативних правових заходів і т. ін.» [7, с. 132–133]. Кваліфікувати вчинений злочин за об'єктом, вказує В. Тацій, – означає встановити, а потім і юридично закріпити в тому або іншому правовому акті, що праввідносини, яким заподіяно шкоду, охороняються певним кримінальним законом [8, с. 122]. Не з'ясувавши об'єкта злочину, передбаченого ст. 229 Кримінального кодексу України (далі – КК України), а також міри шкідливого впливу на суспільні відносини у сфері господарської діяльності (розмір завданих збитків), неможливо кваліфікувати вчинене правопорушення як незаконне використання комерційних позначень.

Об'єкт злочину – це обов'язковий елемент складу злочину, його невід'ємна взаємопов'язана частина. Склад злочину є системою із притаманною їй внутрішньою структурою, складовими якої є сукупність об'єктивних і суб'єктивних ознак, що визначають вчинене суспільно небезпечне діяння як злочинне. У чинному законодавстві міститься вичерпний перелік тих суспільно небезпечних діянь, які на сьогодні визначені як злочинні. Отже, для того щоб будь-яке суспільне небезпечне діяння набуло статусу злочину, необхідне його визначення законодавцем як злочинне. Тільки в цьому разі особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності та їй може бути призначене кримінальне покарання [1, с. 78].

Склад злочину визначається науковцями як законодавча «формула», законодавча модель, яка дає змогу «... вибрати необхідну кримінально-правову норму при правовій оцінці такого діяння, є необхідною умовою законності при застосуванні кримінально-правових норм тощо» [2, с. 5]. Є. Стрельцов зауважує, що фактично єдиний підхід до визначення підстав кримінальної відповідальності існує в тих країнах, де не застосовується термін «склад злочину», для цього використовуються інші поняття – «матеріальні» й «моральні ознаки» злочину. Проте наявність єдиного законодавчого підходу сприяє спільному обговоренню підстав притягнення до кримінальної відповідальності [3, с. 250].

Одним із важливих аспектів такого обговорення є визначення самого складу злочину, його фактичної та юридичної сторони. Є. Фесенко, продовжуючи дискусію щодо двозначного розуміння складу злочину, розпочату С. Шапченко, та вказуючи, що така класифікація є спірною, визначає фактичним виявом складу злочину лише злочин, а «юридичним портретом», юридичною формулою – наявність чи відсутність «... у фактично вчиненому акті поведінки формально-юридичного критерію підстави кримінальної відповідальності» [4, с. 79].

Зауважимо на необхідності розмежовувати склад злочину (юридичне поняття про конкретний злочин) від самого злочину (конкретне суспільно-небезпечне діяння) й відмітимо різний обсяг ознак цих категорій. «З одного боку, обсяг ознак злочину ширший за обсяг ознак складу злочину, оскільки останній містить лише найбільш загальні, типізовані, тобто притаманні всім злочинам даного виду, ознаки. З другого боку, склад злочину ширший за



кожний конкретний злочин, оскільки він містить ознаки не одного конкретного злочину, а всіх злочинів даного виду [5, с. 87–88]. Також варто відзначити, що в кримінальних кодексах інших країн наводиться інше поняття злочину, чим загальноприйняте в Україні. Так, у КК Польщі вказується на кримінальну відповідальність особи, яка вчинила діяння, заборонене під загрозою покарання. У законодавстві Німеччини та Швейцарії відсутня вказівка на матеріальну ознаку злочину – його суспільну небезпечність [6, с. 81–82].

Загальноприйнятим у кримінально-правовій науці є те, що склад злочину утворюють чотири обов'язкові елементи: об'єкт, суб'єкт, об'єктивна й суб'єктивна сторони, які характеризують суспільно небезпечне діяння як злочин.

Не зважаючи на значну розробленість поняття «об'єкт злочину» (його досліджують Н. Ветров, Л. Гаухман, Є. Дем'яненко, О. Дудоров, Л. Колодкін, М. Коржанський, Ю. Ляпунов, С. Максимов, М. Мельник, В. Петрашев, А. Наумов, М. Панов, О. Перепелиця, В. Сташис, Є. Стрельцов, В. Тацій, а «об'єкт злочину» за ст. 229 КК України – О. Козлов, Е. Соловйов, Ю. Трунцевський, І. Поліщук та інші), його визначення є неоднозначним. Кримінально-правова характеристика і правовий аналіз елементів складу злочину, передбаченого ст. 229 КК України, дають змогу виокремити важливі науково-практичні аспекти щодо регулювання господарського обігу комерційних позначень, які надалі можуть бути використані для вдосконалення чинного законодавства.

**Мета дослідження** – здійснити спробу проаналізувати погляди вказаних фахівців і визначити оптимальне трактування безпосереднього об'єкта злочину та його предмет за ст. 229 КК України.

**Виклад основного матеріалу.** Аналіз визначень поняття об'єкта злочину, наведених у юридичній літературі, свідчить, що його трактування певною мірою змінилося, сучасними правниками використовується широкий підхід до розуміння цього терміна. Так, О. Костенко та А. Ландіна-Виговська під ним розуміють «...охоронюваний кримінальним законом порядок відносин між людьми, що виканою у суспільстві з приводу матеріальних і нематеріальних відносин» [9, с. 104]. Є. Фесенко, відповідно до своєї ціннісної теорії об'єкта злочину, ним визнає «охоронювані законом цінності, проти яких спрямоване злочинне діяння і яким спричиняється чи може бути заподіяна шкода» [10, с. 234]. Об'єкт злочину коментується і як охоронювані блага (С. Гавриш), і як охоронюваний інтерес (Б. Нікіфоров). Гостру критику таких позицій здійснює Л. Палюк, підтримуючи й захищаючи усталену думку, відповідно до якої об'єктом злочину є ті суспільні відносини, що поставлені під охорону кримінального закону, на які посягає злочин і вчиняє певну шкоду або створює загрозу її вчинення [11, с. 159].

У юридичній літературі вказується на панування в теорії кримінального права триступеневої класифікації об'єктів злочину «по вертикалі» (загальний, родовий і безпосередній), відзначаючи її логічність і дотримання співвідношення філософських категорій «загального», «особливого» та «окремого» [5, с. 104–105]; хоча деякі автори називають чотириступеневу структуру: інтегрований, родовий, видовий, безпосередній об'єкти [12, с. 11]. На нашу думку, найбільш прийнятною є така класифікація об'єкта злочину: загальний (сукупність суспільних правовідносин, що охороняються кримінальним законом); родовий (окрема група однорідних суспільних правовідносин, що становлять певну сферу громадського життя); видовий (суспільні правовідносини одного виду); безпосередній (конкретний вияв

суспільних правовідносин) [13, с. 74]. Такий погляд підтримують Є. Дем'яненко та А. Наумов [14, с. 43].

У юридичній літературі розмежовуються об'єкт кримінально-правової охорони й об'єкт злочину, які не є синонімами. Об'єктом кримінально-правової охорони є суспільні відносини, що охороняються кримінальним законом і щодо яких ще не сталося посягання, об'єктом злочину ці відносини стають у разі вчинення щодо них суспільно небезпечних дій [7, с. 132]. Звернемо увагу на цю думку, тим більше що дореволюційна наука кримінального права не розмежовувала ці поняття [15, с. 210]. П. Андрушко розмежовує також такі поняття: об'єкт кримінально-правової охорони, об'єкт злочину, об'єкт злочинного посягання, об'єкт злочинного впливу, які нерідко отожднюються правниками. На його думку, «об'єкт злочину» та «об'єкт злочинного впливу» є синонімами, а щодо інших вказаних понять, то вони не збігаються за змістом [16, с. 3–10].

Злочини у сфері господарської діяльності класифікуються за об'єктом (особою потерпілого; характером безпосереднього предмета посягання; місцем розташування безпосереднього предмета посягання; способами й засобами безпосереднього предмета посягання), суб'єктом (на ті, що вчиняються одноосібно, та групою; уперше й повторно; особами, які перебувають в особливому стосунку з безпосереднім об'єктом посягання, та такими, що не є в цьому стосунку; дорослими злочинцями й неповнолітніми), об'єктивною стороною (за способом учинення злочину; за способом приховування злочину), суб'єктивною стороною (учинені зі заздалегідь обдуманим наміром; з наміром, що раптово виник) [17, с. 11].

Кримінальне правопорушення, передбачене ст. 229 КК України, міститься в розділі VII «Злочини у сфері господарської діяльності», однак у юридичній літературі підкреслюється, що назва цього розділу не відображає сутності суспільних відносин, які захищаються КК України [18, с. 156]. М. Мельник та В. Клименко вважають, що при цьому поділові різняться об'єкти злочинного посягання, вони запропонували таку класифікацію господарських злочинів:

- 1) злочини проти порядку обігу грошей, цінних паперів, інших документів (ст. ст. 199, 200, 215, 223, 224);
- 2) злочини проти системи оподаткування (ст. ст. 204, 212, 216);
- 3) злочини проти системи бюджетного регулювання (ст. ст. 210, 211);
- 4) злочини проти системи валютного регулювання (ст. ст. 207, 208);
- 5) злочини проти порядку переміщення предметів через митний кордон України (ст. 201);
- 6) злочини проти порядку зайняття підприємницькою та іншою господарською діяльністю (ст. ст. 202, 203, 203-1, 205, 209, 209-1, 213, 214);
- 7) злочини проти прав і законних інтересів кредиторів (ст. ст. 218–222);
- 8) злочини проти добросовісної конкуренції (ст. ст. 206, 228, 229, 231, 232);
- 9) злочини проти прав і законних інтересів споживачів (ст. ст. 217, 225–227);
- 10) злочини проти порядку приватизації (ст. ст. 233–235) [19, с. 193].

Іншу класифікацію злочинів у сфері господарської діяльності наводить Е. Соловйов, на його думку, ці злочини мають бути систематизовані так:

- 1) злочини проти встановленого порядку обігу матеріальних цінностей, інших документів чи предметів і систе-

ми валютного регулювання – ст. ст. 199, 200, 201, 207, 208, 215, 223, 224 КК;

2) злочини проти системи оподаткування, фінансового й бюджетного регулювання та (або) встановленого порядку здійснення (зайняття) підприємницької діяльності – ст. ст. 202, 203, 204, 205, 209, 209-1, 210, 211, 212, 213, 216, 218, 219, 220, 221, 222 КК;

3) злочини проти конкурентних відносин і відносин у сфері промислової власності – ст. ст. 203-1, 206, 228, 229, 231, 232 КК;

4) злочини проти встановленого порядку реалізації споживачам товарів і надання послуг – ст. ст. 217, 225, 226, 227 КК;

5) злочини проти встановленого порядку у сфері приватизації державного, колективного чи комунального майна – ст. ст. 233, 234, 235 КК [20, с. 12].

На нашу думку, обидві точки зору щодо зарахування незаконного використання комерційних позначень до визначених для них авторами класифікацій груп є прийнятними, тому що мова йде про фактично аналогічні поняття (недобросовісна конкуренція, злочини проти конкурентних відносин).

М. Мельник та В. Клименко акцентували, що умовність запропонованої класифікації полягає в тому, що окремі злочини посягають на кілька видових об'єктів, а поміщені тільки в одну класифікаційну групу. Так, незаконне використання товарного знака, яке розцінюється як злочин проти добросовісної конкуренції, є підстави розглядати водночас як посягання на права й законні інтереси споживачів [19, с. 193]. Цю думку поділяють також Е. Соловйов [21, с. 24–26], О. Козлов та Ю. Трунцевський [22, с. 40], які вважають, що незаконне використання засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів і послуг посягає на засади добросовісної конкуренції та відносини у сфері промислової власності.

Ст. ст. 202–203-1, 205, 206, 209, 213, 226, 228–232 КК України В. Борисов, Л. Дорош та В. Сташис зараховують до групи злочинів, що посягають на суспільні відносини, які регулюють підприємницьку й іншу господарську діяльність юридичних осіб та інших суб'єктів господарювання [23, с. 17–18]. Науковцями під родовим об'єктом злочинів, передбачених розділом VI Особливої частини КК України, розуміються «суспільні відносини, що складаються і функціонують у сфері господарської економічної діяльності суб'єктів господарювання, незалежно від форм власності, що і відповідають законодавству України, і охороняються кримінальним правом від злочинних посягань» [24, с. 16].

Усі думки правників щодо визначення об'єкта господарських злочинів М. Панов у своєму монографічному дослідженні поділяє на чотири групи:

– перша група авторів (М. Беляєв, Т. Бушуєв, С. Булатов, Ю. Ляпунов, В. Меньшагин, В. Навроцький, А. Піонтковський та ін.) вважає, що родовим об'єктом злочинів у сфері господарської діяльності є народне господарство або його система;

– представники другої групи (Г. Борзенко, В. Комісаров та ін.) – суспільні інтереси у сфері господарювання;

– представники третьої групи (П. Воробей, Н. Ляпунова, С. Познишев, Є. Стрельцов та ін.) – господарська діяльність;

– представники четвертої групи (В. Киричко, І. Кучеров, Ф. Лопушанський, Ю. Опалінський, Т. Сергєєва, О. Светлов, Ю. Титаренко, В. Філонов та ін.) – суспільні відносини, що виникають у процесі господарської діяль-

ності й охороняються кримінальним правом [25, с. 23–24]. Їх думку підтримує також Ю. Бартман [26, с. 135].

Суспільні відносини у сфері економічної діяльності, правильно відмічає Т. Гайкова та І. Митрофанов, становлять об'єкт кримінально-правового захисту від господарських злочинів, ним є «... встановлений порядок здійснення підприємницької та іншої економічної діяльності з приводу виробництва, розподілу, обміну та споживання матеріальних благ і послуг. Держава передбачає в регулятивних законах гарантії свободи такої діяльності, порядок цієї діяльності й за допомогою кримінально-правових норм прагне забезпечити їх виконання». На їх думку, «... безпосереднім об'єктом цих злочинів виступають конкретні суспільні відносини, що складаються в певній сфері господарської діяльності або фінансової діяльності держави» [18, с. 155].

Отже, злочин, передбачений ст. 229 КК України, належить до групи злочинів, родовим об'єктом яких є суспільні відносини у сфері суспільного виробництва, спрямовані на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність, тоді як видовим об'єктом цієї самої групи злочинів є правовідносини, котрі виникають у процесі добросовісної економічної конкуренції суб'єктів господарювання. Останнє поняття розуміється нами в редакції ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції», яка її визначає як «... змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, унаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначити умови обороту товарів на ринку» [27]. Безпосереднім об'єктом складу злочину, передбаченого ст. 229 КК України, є правовідносини як у сфері встановленого порядку обігу засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів і послуг (основний безпосередній об'єкт), так і у сфері реалізації виключних прав фізичних і юридичних осіб на комерційні позначення (додатковий безпосередній об'єкт).

Щодо спроби науковців конкретизувати сфери господарської діяльності та класифікувати відповідно до них злочинні посягання, то вкажемо на таке: на нашу думку, така деталізація злочинів (об'єднання 2–3 злочинів за родовим об'єктом в окрему групу) є не доцільною. Окрім того, така деталізація не може бути закріплена на тривалий час, зміни у сферах економіки зумовлять нові злочини, нову їх деталізацію.

У межах характеристики об'єктивних ознак незаконного використання позначень звернімося до аналізу предмета злочину, передбаченого ст. 229 КК України, оскільки, згідно з конструкцією дефініції цієї кримінально-правової норми, його врахування при кваліфікації є обов'язковим. У радянській науці найбільш прийнятним вважалися такі визначення предмета злочину: конкретний матеріальний об'єкт, у якому виявляються певні якості суспільних відносин (об'єкта злочину), при впливі на який завдається шкода у сфері цих суспільних відносин [14, с. 103]; річ, у зв'язку з якою чи з приводу якої вчиняється злочин, при чому шкода завдається не самому предмету, а суспільним відносинам [28, с. 179].

Сучасні науковці вважають, що такі тлумачення предмета злочину необґрунтовано обмежують рамки цієї категорії [29, с. 21]. На протигагу усталеним поглядам, новітні дослідження засвідчують, що предмет злочину – це не

лише річ чи об'єкт матеріального світу. Заслугує на увагу позиція В. Дзюби, який вирізняє три групи предметів злочину: до першої він зараховує непомітні (невидимі), проте оречовинені предмети (газ); до другої – різного роду енергію (електрична, тепла тощо); до третьої – матеріальні субстанції, в основі яких міститься інформаційна складова (інтелектуальна власність, комп'ютерна інформація тощо). В. Тацій під предметом злочину розуміє і предмет, і соціальний зв'язок, і предмет суспільних відносин [8, с. 198].

Інші науковці, зокрема А. Музика та Є. Лашук стверджують, що проблема щодо матеріальності предмета злочину є не вирішеною, спірним залишається питання про «... визнання людини, її органів і тканин предметами злочинів, ... бракує усталеної, науково обґрунтованої відповіді на питання: чи може бути предметом посягання інформація, електрична чи тепла енергія, право на майно, дії майнового характеру, норми права, послуги тощо?» [30, с. 117].

Загальними ознаками предмета злочину, окрім соціальної, фізичної, юридичної, визначають спеціальну ознаку, а саме зазначення «... на функції, які виконують вказані предмети в суспільних відносинах видового чи безпосереднього об'єкта злочину, а також зумовлені останніми й у цілому залежать від них» [31, с. 273]. Найбільш ґрунтовно ознаки предмета злочину (по двадцяти позиціях) визначені О. Литвином, який наводить як підсумок дослідження широкое визначення предмета злочину: «... соціально значущий феномен громадських інтересів, що як науково-юридична абстракція є ознакою складу злочину, містить специфічну інформацію, необхідну для правової оцінки злочину» [32].

Правниками розрізняється відмінність предмета злочину від об'єкта злочину (не обов'язковий, а факультативний елемент складу злочину, є річчю матеріального світу); предмета злочинного впливу й предмета суспільних відносин (які є елементами суспільних відносин), знярядь злочину (вони не перебувають у зв'язку з тими суспільними відносинами, на які здійснюється посягання) [33].

У юридичній літературі сформульовані такі правила встановлення предмета злочину:

- 1) ним є матеріальні цінності, що фіксуються органами людини або спеціальними технічними засобами;
- 2) він є складовою об'єкта злочину та нерозривно пов'язаний із суспільними відносинами, які охороняються кримінальним законом;
- 3) тісно пов'язаний із об'єктивною стороною, є «пасивним» щодо посягання;
- 4) зумовлюється метою злочинця;
- 5) є факультативною ознакою [30, с. 111].

Ю. Александров кримінально-правове значення предмета злочину бачить у таких аспектах: 1) уключення предмета злочину в комплекс ознак конкретного складу злочину забезпечує повноту його конструювання, що сприяє успішному вирішенню завдань кваліфікації; 2) предмет злочину може бути критерієм розмежування суміжних злочинних діянь; 3) предмет посягання може бути також одним із критеріїв розмежування злочинного й незлочинного діянь; 4) ті чи інші ознаки предмета посягання можуть бути пом'якшувальними або обтяжувальними обставинами злочину тощо [34].

Усталеним є погляд, що предмет злочину може чітко зазначатися в самому законі, або безпосередньо впливати з диспозиції кримінально-правової норми; або визначатися різними нормативними актами, якщо певна диспозиція має бланкетний характер.

Акцентуємо, що предмет злочину, передбаченого ст. 229 КК України, безпосередньо зазначається в самому законі, до належить таке:

1) знаки для товарів і послуг – зареєстроване в законному порядку позначення (комбінація позначень), придатне для розрізнення товарів і послуг, що виробляються або надаються одними юридичними чи фізичними особами, від товарів і послуг, які виробляються або надаються іншими суб'єктами господарювання;

2) фірмове найменування – найменування юридичної особи, що містить інформацію про її організаційно-правову форму й назву, суб'єкта господарської діяльності, зареєстрованого в законному порядку та внесеному до Єдиного державного реєстру юридичних осіб і фізичних осіб;

3) кваліфіковане зазначення походження товару – зареєстроване в законному порядку словесне чи графічне позначення, що вказує на назву й географічне місце походження товару, який має певні якості, репутацію або інші характеристики, в основному зумовлені характерними для цього географічного місця природними умовами чи людським фактором або їх поєднанням.

Варто вказати на ознаки зазначеного предмета:

1) предметом злочину, передбаченого ст. 229 КК України, є комерційні позначення, завдяки яким товари, послуги, роботи одних юридичних осіб відрізняються від товарів, послуг, робіт інших юридичних осіб;

2) вони є засобами індивідуалізації товарів, робіт і послуг юридичних осіб;

3) мають творчий характер, є продуктом розумової діяльності особи, виділяються як самостійний вид об'єктів права інтелектуальної власності;

4) мають вартісну особливість.

Їх основними функціями є інформативна, рекламна, гарантійна, індивідуалізуюча, обслуговуюча. Юридична особа має право їх використовувати на своїх товарах, упаковці, в рекламі, проспектах, рахунках, друкованих виданнях, офіційних бланках, вивісках, документації тощо.

Зауважимо, що предметом злочину є чужі комерційні позначення, тобто такі, на які 1) у правовласника є відповідне, видане компетентною державною установою свідоцтво на право власності об'єкта; 2) одержана міжнародна реєстрація. Відмітимо такий проблемний аспект захисту предмета злочину за ст. 229 КК України. Не зважаючи на те що в Україні дозволяється використання незареєстрованого й зареєстрованого знаків для товарів і послуг, а також комерційного найменування та зазначення походження товарів, державну охорону мають лише зареєстрований знак і добре відомий знак, що визнаний таким; лише зареєстроване в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб комерційне найменування та зареєстроване географічне зазначення.

**Висновки.** Отже, злочин, передбачений ст. 229 КК України, належить до групи злочинів, родовим об'єктом яких є суспільні відносини у сфері суспільного виробництва, спрямовані на виготовлення й реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність; а видовим об'єктом цієї групи злочинів є правовідносини, які виникають у процесі добросовісної економічної конкуренції суб'єктів господарювання. Безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 229 КК України, є правовідносини як у сфері встановленого порядку обігу засобів індивідуалізації учасників господарського обороту, товарів і послуг (основний безпосередній об'єкт), так і у сфері реалізації виключних

прав фізичних і юридичних осіб на комерційні позначення (додатковий безпосередній об'єкт); предметом – знаки для товарів і послуг, фірмове найменування, кваліфіковане зазначення походження товару.

Вважаємо за необхідне узгодження в теорії кримінального права поглядів правників щодо визначення родового, видового, безпосереднього об'єкта та його предмета за ст. 229 КК України, вироблення шляхом публічної наукової дискусії однозначної позиції з цього питання, що значною мірою сприятиме ефективній боротьбі з правопорушеннями у сфері інтелектуальної власності.

### Список використаної літератури

1. Кримінальне право України. Загальна частина : [підручник] / [Ю.В. Баулін, В.І. Борисов та ін.] – Київ–Харків : Юрінком Інтер-Право, 2002. – 416 с.
2. Кримінальний кодекс України : [науково-практичний коментар] / відп. ред. Є.Л. Стрельцов. – 5-те вид., переробл. та допов. – Харків : ТОВ «Одісей», 2008.
3. Стрельцов Є.Л. Склад злочину: традиційне та нове / Є.Л. Стрельцов // Вісник Академії адвокатури України. – 2009. – Вип. 1. – С. 250–253.
4. Фесенко Є. Ознаки злочину та його складу в контексті підстави кримінальної відповідальності / Є. Фесенко // Право України. – 2011. – № 9. – С. 76–81.
5. Кримінальне право України. Загальна частина : [підручник] / за ред. проф. В.В. Сташиса, В.Я. Тацій. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2010. – 455 с.
6. Присяжнюк Т.І. Потерпілий та поняття злочину у науці кримінального права України та деяких зарубіжних держав: порівняльно-правовий аналіз / Т.І. Присяжнюк // Матеріали міжнародної конференції «Формування української моделі відновного правосуддя». – К. : Український Центр Порозуміння. – 2005. – С. 76–78.
7. Стрельцов Є.Л. Об'єкт і кваліфікація злочинів / Є.Л. Стрельцов // Проблеми юридичної кваліфікації (теорія і практика) : тези міжнародної наукової конференції ; Вісник Академії адвокатури України. – К. : Видавничий центр Академії адвокатури України, 2010. – Число 1 (17). – С. 131–134.
8. Тацій В.Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве : [монографія] / В.Я. Тацій. – Х. : Вища школа, 1988. – 198 с.
9. Костенко О. Поняття об'єкта злочину: дискусію варто продовжити / О. Костенко, А. Ландіна-Виговська // Право України. – 2008. – № 4. – С. 101–105.
10. Фесенко Є.В. Проблеми структури об'єкта як елемента складу злочину / Є. Фесенко // Вісник Академії адвокатури України. – 2009. – Число 1. – С. 234–236.
11. Палюх Л. Еще раз к вопросу об объекте преступления / Л. Палюх // Закон и жизнь. – 2013. – № 8/4. – С. 158–159.
12. Уголовное право. Особенная часть / под ред. В.Н. Пятрешева. – М. : ПРИОР, 1999. – 544 с.
13. Коржанский Н.И. Объект и предмет уголовного-правовой охраны : [монографія] / Н.И. Коржанский. – М. : Изд. Акад. МВД СССР, 1980. – 248 с.
14. Демьяненко Е.В. Уголовная ответственность за незаконное использование товарного знака : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Е.В. Демьяненко. – М., 2003. – 188 с.
15. Бугаев В.А. Сущность объекта преступления в современном уголовном праве / В.А. Бугаев // Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. – 2008 – Т. 21 (60). – С. 203–210.
16. Андрушко П.П. Об'єкт кримінально-правової охорони, об'єкт злочину, об'єкт злочинного посягання та об'єкт злочинного впливу: основний зміст понять та їх співвідношення / П.П. Андрушко // Адвокат. – 2011. – № 12 (135). – С. 4–10.
17. Розслідування злочинів у сфері господарської діяльності: окремі криміналістичні методики : [монографія] / за ред. проф. В.Ю. Шепітько. – Х. : Право, 2006. – 624 с.
18. Митрофанов І.І. Загальна характеристика та види злочинів у сфері господарської діяльності / І.І. Митрофанов, Т.В. Гайкова // Вісник КДПУ імені Михайла Остроградського. – 2009. – Вип. 4/2009 (57). – Ч. 2. – С. 154–157.
19. Кримінальне право України. Особлива частина : [підручник] / за ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – К. : Юридична думка, 2004. – 656 с.
20. Соловійов Е.П. Теоретичні та практичні питання кримінальної відповідальності за фіктивні дії в підприємстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право» / Е.П. Соловійов. – Х., 2005. – 20 с.
21. Соловійов Е.П. Кримінально-правова характеристика великої матеріальної шкоди при фіктивних діях у підприємстві / Е.П. Соловійов // Актуальні проблеми юридичних наук у дослідженнях молодих вчених : Додаток до журналу «Міліція України». – 2004. – № 1. – С. 24–26.
22. Козлов А.А. Охрана и защита прав на средства индивидуализации товаров : [научно-практическое пособие] / А.А. Козлов, Ю.В. Трунцевский. – М. : Юрист, 2006. – 168 с.
23. Борисов В.І. Кримінальне право України: проблеми теорії та практики застосування / В.І. Борисов, Л.В. Дорош, О.І. Перепелиця, В.В. Сташис // Питання боротьби зі злочинністю. – 2003. – Вип. 7. – С. 3–33.
24. Панов М. Об'єкт і система злочинів у сфері господарської діяльності / М. Панов // Юридична Україна – 2010. – № 5. – С. 13–19.
25. Панов М.М. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків : [монографія] / М.М. Панов. – Х. : Право, 2009. – 184 с.
26. Бартман Ю.Д. Родовий та видовий об'єкти злочину, передбаченого ст. 203-1 Кримінального кодексу України / Ю.Д. Бартман // Право і безпека. – 2012. – № 5 (47). – С. 232–236.
27. Про захист економічної конкуренції : Закон України від 11.01.2001 року № 2210-III : за станом на 11.08.2013 рік // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 12. – Ст. 64.
28. Трайнин А.Н. Общее учение о составе преступления : [монографія] / А.Н. Трайнин. – М. : Госюриздат, 1957. – 364 с.
29. Дорохіна Ю.А. Щодо розуміння предмета злочину при кваліфікації злочинів проти власності / Ю.А. Дорохіна // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2014. – Вип. 3. – Т. 3. – С. 20–25.
30. Музика А.А. Про загальне поняття предмета злочину / А.А. Музика, Є.В. Лашук // Вісник Асоціації кримінального права України. – 2014. – № 1 (2). – С. 103–118.
31. Дзюба В.П. Предмет злочину як ознака злочину: методологічні засади дослідження / В.П. Дзюба // Вісник Академії адвокатури України. – 2009. – Число 1 (14). – С. 273–274.
32. Литвин О. Загальні ознаки та характеристика предметів злочинів / О. Литвин // Вісник Академії управління МВС. – 2010. – № 4 (16). – С. 154–161.
33. Кузнецов В.В. Кримінальне право України: питання та задачі для підготовки до вступних, семестрових та державних екзаменів : [навчальний посібник] / В.В. Кузнецов, А.В. Савченко ; за заг. ред. О.М. Джузи. – 2-ге вид., доповн. та перероб. – К. : Центр учбової літератури, 2011. – 392 с.
34. Александров Ю.В. Кримінальне право України: Загальна частина : [підручник для студ. вищ. навч. закл.] / Ю.В. Александрова, В.А. Клименко. – К. : МАУП, 2004. – 328 с.

## ПРИМУШУВАННЯ ЯК СПОСІБ УЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ

Наталія ДОВГАНЬ-БОЧКОВА,

аспірант кафедри кримінального права та кримінології  
юридичного факультету  
Львівського національного університету імені Івана Франка

### SUMMARY

In the article, based on analysis of the Criminal code of Ukraine and professional literature, author analyses problems of definition of the coercion, and its relation with violence, cheat, bribery, threats. Coercion should be treated as unlawful psychological influence that limits one's ability to act independently, and instead, forces to choose the behavior that differs from person's intension and own will. The psychological influence, in turn, could be both informational and non-informational influence on the victim. It is approved, that cheating, bribery, hypnosis or use of the one's helpless condition are not coercion methods.

**Key words:** coercion, violence, threat, cheating, bribery, property destruction, property threats.

### АНОТАЦІЯ

У статті на основі аналізу норм Кримінального кодексу України та юридичної літератури проаналізовано проблеми визначення поняття примушування та співвідношення його із насильством, обманом, підкупом, погрозами. Під примушуванням пропонується розуміти незаконний вплив на психіку особи, унаслідок якого остання обмежується в можливості чинити відповідно до своєї волі й вимушена обрати ту поведінку, яку їй нав'язують і яка суперечить її бажанням. Під впливом на психіку як ознакою примушування пропонується розуміти як інформаційний, так і неінформаційний вплив на потерпілого. Доведено, що способами примушування не може бути обман, підкуп, гіпноз чи використання безпорадного стану.

**Ключові слова:** примушування, насильство, погроза, обман, підкуп, знищення майна, пошкодження майна.

**Постановка проблеми.** Примушування як спосіб учинення злочину не є новим для кримінального права. Проблеми, пов'язані із визначенням цього поняття і тлумаченням його змісту, вивчалися багатьма науковцями. Так, свої дослідження цьому питанню присвятили М.Г. Арманов, О.О. Вакулик, Т.Г. Гушесова, О.І. Дітріх, В.Г. Заріпов, В.В. Іванова, О.І. Коростильов, М.О. Мягков, А.С. Радутний, С.В. Расторопов, В.І. Сімонов, А.М. Соловійова, С.В. Табакова, І.М. Тяжкова, Н.М. Ярмиш та ін.

Примушування згадується в Кримінальному кодексі України (далі – КК України) і як окреме діяння, і як спосіб учинення злочину. У цій статті ми розглянемо питання, що стосуються примушування як способу вчинення злочину. Так, примушування поряд з обманом є способом незаконного проведення дослідів над людиною (ч. 2 ст. 142 КК України) та порушення встановленого законом порядку трансплантації органів або тканин людини (ч. 2 ст. 143 КК України). Також примушування є одним із способів перешкодження здійсненню виборчого права або права брати участь у референдумі, роботі виборчої комісії або комісії з референдуму чи діяльності офіційного спостерігача (ч. 1 ст. 157 КК України). При цьому кваліфікуючими ознаками злочину, передбаченого ст. 157 КК України, названо застосування насильства, знищення чи пошкодження майна, погроза застосування насильства або знищення чи пошкодження майна. Тому виникає потреба з'ясувати, що ж таке примушування та як воно співвідноситься із насильством, погрозами, знищенням чи пошкодженням майна, обманом і підкупом.

**Метою статті** є виявлення проблем, які виникають при тлумаченні поняття та змісту примушування як способу вчинення злочинів, передбачених чинним КК України, співвідношення примушування з насильством, погрозами, обманом, підкупом, знищенням чи пошкодженням майна і формулювання власного бачення вирішення цих проблем.

**Виклад основного матеріалу.** Розпочнемо наше дослідження із з'ясування поняття примушування. На думку

І.М. Тяжкової, примушенням є незаконний вплив на людину з метою змусити її вчинити певні дії, змінити характер діяльності чи не вчинити того, що особа збиралася робити [1, с. 83]. А.С. Радутний визначає примушування як усну, письмову або невербальну вимогу, висловлену в категоричній формі пропозицію потерпілому вчинити негайно чи в обумовлений час певні дії або утриматися від їх учинення [2, с. 139]. В.В. Іванова зазначає, що примушування – це вплив на особу проти її волі, що обмежує свободу вибору поведінки з метою змусити діяти згідно з волею особи, що примушує [3, с. 48]. Т.Г. Гушесова під примушуванням розуміє психічний і (або) фізичний тиск на потерпілого в будь-якій формі [4, с. 95]. Як наполегливу пропозицію, звернену до потерпілого, негайно або через певний час вчинити певні дії чи утриматись від їх учинення, і погрозу трактує примушування А.М. Соловійова [5, с. 10]. Подібне визначення знаходимо в М.Г. Арманова. Так, учений визначає примушування як поєднання вимоги з погрозою. При цьому вимога, на думку М.Г. Арманова, – це доведення в категоричній формі за допомогою будь-яких засобів до відома потерпілого певного варіанту його поведінки, який є бажаним для пред'явника вимоги. Погроза – доведення погрозуючим за допомогою будь-яких засобів до відома потерпілого певного варіанту своєї поведінки, який є небажаним для останнього, у разі невиконання ним висунутої вимоги [6, с. 9–10]. В.Г. Заріпов примушуванням називає умисний психічний (можливо, із застосуванням фізичної сили) вплив на особу, учинений проти чи поза волею потерпілого з метою змусити його виконати яку-небудь дію чи утриматися від її виконання, у процесі якого поставлена злочинцем мета була реалізована (потерпілий дав згоду або розпочав виконання дій, що від нього вимагалися) [7, с. 7].

Пленум Верховного Суду України у своїй Постанові від 27.02.2004 р. № 2 «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність» (п. 15) вказує, що під примушуванням неповнолітнього до участі у створенні

творів, що пропагують культ насильства й жорстокості (ч. 3 ст. 300 КК України), а також творів, зображень або кіно– та відеопродукції, комп'ютерних програм порнографічного характеру (ч. 3 ст. 301 КК України) розуміються будь-які умисні дії, поєднані із застосуванням фізичного (побої, тілесні ушкодження, катування тощо) чи психічного впливу (погрози застосувати насильство, знищити майно, розголосити певні відомості тощо) і спрямовані на те, щоб особа, яка не досягла вісімнадцятирічного віку, стала автором (співавтором) відповідного твору або взяла участь у його створенні як актор, режисер, оператор тощо.

На нашу думку, при визначенні поняття примушування слід насамперед зацентрувати на тому, що примушування – це вплив на психіку. Адже який би спосіб впливу не вибрав винний (насильство, погрози чи інші), кінцевою метою є саме вплинути на психіку (свідомість) потерпілого й змусити його прийняти рішення про підкорення вимогам винного.

В зв'язку з цим більш точною видається дефініція, запропонована О.О. Вакулик, котра під примушуванням пропонує розуміти незаконний вплив на психіку особи, унаслідок якого остання обмежується в можливості чинити відповідно до своєї волі й вимушена обрати ту поведінку, що їй нав'язують і яка суперечить її бажанням [8, с. 6].

Деякі автори, коли дають визначення поняття примушування, вказують на його такий елемент, як вимога. Наприклад, М.Г. Арманов вважає вимогу складовою примушування і пропонує розуміти її як доведення в категоричній формі за допомогою будь-яких засобів до відома потерпілого певного варіанта його поведінки, який є бажаним для пред'явника вимоги [6, с. 5]. Подібної позиції дотримується й А.Е. Радутний [2, с. 139]. Як вимогу, поєднану з погрозою, визначає примушування й законодавець (наприклад, у ст. 355 КК України, де примушування є діянням, а не способом учинення злочину). Натомість, В.Г. Заріпов вважає, що вимога не є обов'язковою ознакою примушування, а поглинається терміном «погроза» [7, с. 7, 12].

На нашу думку, вимога не поглинається поняттям «погроза», адже погроза – це, так би мовити, залякування негативними наслідками. А для того щоб потерпілий зрозумів, що від нього хочуть, потрібно висунути вимогу, при чому вона має бути достатньо конкретною. Важко примусити особу до чогось, якщо вона не розуміє сутності вимоги. Проте вказівка на «вимогу» у визначенні поняття примушування є справді зайвою, адже вона поглинається поняттям «незаконний вплив на психіку» (а не погроза).

Тут варто зауважити, що потрібно розрізняти поняття «вплив на психіку» і «психічний вплив». У науковій літературі зустрічаються такі поняття, як фізичне чи психічне примушування. Так, О.І. Коростильов вказує, що психічне примушування є сильницьким впливом на психіку людини. Існує два основних способи такого впливу. Одним із них є інформаційний вплив, який полягає власне в погрозах заподіяти шкоду об'єктам кримінально-правової охорони. Другий спосіб – це безпосередній вплив на підсвідомий бік психіки (сюди слід зарахувати гіпноз, електронну стимуляцію мозку тощо) [9, с. 83–84].

В.Г. Заріпов розрізняє психічний вплив і фізичний вплив у примушуванні. Психічний вплив автор розуміє як інформаційний вплив на організм людини, що здійснюється через відчуття за допомогою органів слуху й зору. Неінформаційний вплив пов'язаний із фізичним контактом з організмом потерпілого, і його відчуття здійснюється за допомогою інших органів. Тому такого роду вплив слід зараховувати до фізичного впливу (насильства) [7, с. 12].

Варто погодитися з Н.М. Ярмиш, яка, дослідивши проблему примушування, робить, на нашу думку, цілком правильні висновки: 1) примушення – це вплив на психіку особи, тому словосполучення «психічне примушення» є тавтологією; 2) примушення може здійснюватися або лише через залякування (погрози), або в поєднанні з фізичним насильством [10, с. 11].

Загалом, погоджуючись з тим, що вплив може бути інформаційним та неінформаційним, під «впливом на психіку» ми розуміємо обидва ці види впливу.

Без сумнівів, впливати на психіку людини можливо різними способами. Це насильство, погрози, обман, підкуп та інші. Проте не будь-який вплив на психіку людини може бути ознакою примушування. Вважаємо, що ознакою примушування може бути лише такий незаконний вплив на психіку особи, унаслідок якого остання обмежується в можливості чинити відповідно до своєї волі й вимушена обрати ту поведінку, що їй нав'язують і яка суперечить її бажанням. Стосовно думки науковців з цього питання, то вона не є однозначною. Так, І.М. Тяжкова зазначає, що примушення може вчинятися різними способами – за допомогою насильства, погроз, шантажу тощо [1, с. 83]. А.С. Радутний серед способів примушування називає погрозу вчинити вбивство, позбавити волі, застосувати насильство над потерпілим або близькими йому особами, знищити чи пошкодити їх майно тощо [2, с. 139].

А от Т.Г. Гушесова до способів примушування, крім застосування фізичного (завдання ударів, побоїв, легких тілесних ушкоджень, позбавлення волі тощо) чи психічного насильства (погрози застосування фізичного насильства), погрози розголосити відомості, що ганьблять людину, знищити чи пошкодити майно, заподіяти шкоду її правоохоронюваному інтересам (звільнити з роботи, зменшити заробітну платню тощо), до способів примушування зараховує і пропонування подарунків і грошей, обіцянки [4, с. 95]. Не можемо погодитися з такою позицією, адже пропонування подарунків, грошей і обіцянки не змушують потерпілого обрати ту поведінку, яку йому нав'язують і яка суперечить його бажанням.

Варто зауважити, що способи, якими можливий вплив на психіку потерпілого і тим самим примушення його до конкретної поведінки, відрізняються залежно від складу злочину.

Так, в ч.2 ст. 142 КК України примушування названо кваліфікуючою ознакою незаконного проведення дослідів над людиною, а в ч. 2 ст. 143 КК України примушування є способом вилучення органів або тканин людини з метою їх трансплантації. При цьому зміст примушування в цих злочинах законодавцем не конкретизується. А вчені, коментуючи цю ознаку злочину, зазначають, що під примушуванням у ст. 142 КК України слід розуміти дії, пов'язані із застосуванням психічного чи фізичного (у т. ч. такого, що потягло наслідки у вигляді легкого тілесного ушкодження) насильства до потерпілого і спрямовані на те, щоб у такий спосіб схилити його до надання згоди на проведення дослідів над ними [11, с. 354].

В іншому науково-практичному виданні, у коментарі до ст. 143 КК України, знаходимо схоже тлумачення примушування. Так, науковці пишуть, що під примушуванням розуміється застосування до людини фізичного (завдання ударів, побоїв, легких тілесних ушкоджень, позбавлення волі тощо) чи психічного насильства (погрози застосування фізичного насильства) або застосування погрози розголосити відомості, що ганьблять людину, знищити чи пошкодити майно, заподіяти шкоду її правоохоронюваному інтересам (звільнити з роботи, зменшити заробітну плату тощо) [12, с. 370].

Проте, коментуючи ст. 157 КК України, автори визначають примушування як своєрідне підбурювання (різновид

підбурювання) особи до вчинення (невчинення) певних дій (не пов'язане з підкупом, застосуванням насильства, погрозою його застосування, знищенням чи пошкодженням майна, погрозою знищення чи пошкодження майна). Це може бути шантаж (погроза розголосити відомості, які потерпілий бажає зберегти в таємниці), погроза позбавити певних вигод, становища, заподіяти шкоду інтересам інших осіб тощо, наприклад, погроза звільнити з роботи, виключити із числа студентів, зменшити розмір заробітної плати [12, с. 409–410].

Така ситуація зумовлена тим, що, на відміну від ст. ст. 142 і 143 КК, у ст. 157 КК України законодавець примушування назвав способом учинення основного складу злочину, а застосування насильства, знищення чи пошкодження майна, погрозу застосування насильства або знищення чи пошкодження майна – способами кваліфікованого складу злочину.

У коментарі до ст. 258-1 КК, де примушування є діянням, поняття примушування тлумачиться як вимагання від іншої особи незалежно від її волі та бажання вчинення чи участі в учиненні терористичного акту. При цьому зазначається, що примушування до вчинення терористичного акту здійснюється з використанням обману, шантажу, уразливого стану особи або із застосуванням чи погрозою застосування насильства [12, с. 93]. Таке тлумачення видається не точним. На нашу думку, примушування не може вчинятися з використанням обману. Коли винний застосовував обман, потрібно говорити про втягнення в учинення терористичного акту, а не про примушування. Власне, і сам законодавець розрізняє такі способи, як примушування й обман. Так, у ч. 2 ст. 142, ч. 2 ст. 143, ч. 1 ст. 157 КК України примушування й обман є альтернативними способами вчинення злочину.

Проте в кримінально-правовій літературі питання обману як способу примушування вирішують по-різному. Одні вчені називають обман формою примушування [3, с. 49; 13, с. 8, 14]. Інші науковці заперечують обман як форму примушування, пояснюючи, що при обмані в потерпілого залишається можливість вільного вибору поведінки, особа добровільно приймає рішення, як саме себе поводити в ситуації, що склалася [8, с. 10].

Вважаємо, що хоча обман і примушування мають таку спільну ознаку, як незаконний вплив на психіку потерпілого, проте вони наділені й суттєвими відмінними ознаками. Так, при примушуванні потерпілий повинен усвідомлювати, що він чинить проти своєї волі, так би мовити, під тиском. А при обмані особа вважає, що реалізовує свою волю. Саме цією ознакою – усвідомлення потерпілим незаконного впливу на його психіку з боку винного – примушення і відрізняється від обману.

Як уже згадувалося, серед форм примушування деякі автори називають використання уразливого стану [12, с. 93] та застосування гіпнозу [7, с. 7, 12; 8, с. 9]. У п. 2. примітки до ст. 149 КК України пояснюється, що у ст. ст. 149 та 303 цього Кодексу під уразливим станом особи слід розуміти зумовлений фізичними чи психічними властивостями або зовнішніми обставинами стан особи, який позбавляє або обмежує її здатність усвідомлювати свої дії (бездіяльність) чи керувати ними, приймати за своєю волею самостійні рішення, чинити опір насильницьким або іншим незаконним діям, збіг тяжких особистих, сімейних або інших обставин.

На нашу думку, якщо потерпілий перебуває в такому стані, коли він позбавлений здатності усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними, говорити про примушування не можна. Адже примушування – це насамперед вплив на психіку людини з метою змусити її до певної поведінки. А як можна змусити до певної поведінки людину, яка не здатна

усвідомлювати свої дії чи керувати ними. Те саме стосується й гіпнозу. Якщо за допомогою гіпнозу винний отримує можливість керувати діями потерпілого, то це не можна назвати примушуванням. Адже, як правильно зазначає В.Г. Заріпов, при примушуванні потерпілий обов'язково мусить осмислити висунуту вимогу і, тільки усвідомивши її, прийняти рішення [7, с. 17, 18]. Не зрозуміло тільки, чому автор дотримується позиції, що примушування можливе із застосуванням гіпнозу [7, с. 7, 12]. На нашу думку, використання уразливого стану й застосування гіпнозу є способами вчинення злочину, які відрізняються від примушування. І відмінність ця полягає в тому, що в разі перебування особи під впливом гіпнозу чи в уразливому стані у винного немає потреби примушувати, йому достатньо, так би мовити, «скерувати» дії потерпілого у вигідне для себе русло. Для позначення такої злочинної діяльності більше підходить термін «утягнення». Саме цей термін поряд із терміном «примушування» й використовує законодавець у ст. ст. 303, 2581 КК України.

Не можемо оминати увагою і проблему, на яку звертають увагу деякі російськомовні автори, – на проблему співвідношення таких понять, як «понуждение» і «принуждение». Досліджуючи це питання, деякі науковці доходять до висновку про тотожність указаних понять [14, с. 36]. Натомість, В.Г. Заріпов вважає, що «принуждение» потрібно розглядати лише як результат «понуждения», тому ці два явища не можуть отожденоватися [7, с. 12].

Вважаємо, що найбільш близькими за змістом до російських понять «понуждение» і «принуждение» є українські «спонукання» і «примушування», відповідно.

У сучасних тлумачних словниках української мови зазначається, що примушувати означає вимагати в кого-небудь виконання чогось незалежно від його волі, бажання, домагтися чого-небудь, застосовуючи силу. Своєю дією, вчинками, впливом тощо викликати, спричинити певні дії, учинки, стан, вияв тощо в кого-, чого-небудь іншого. А спонукати означає викликати в кого-небудь бажання робити що-небудь; змусувати, схилити, заохочувати до якоїсь дії, певного вчинку [15, с. 1124, 1728; 16, с. 890].

Як бачимо, спонукання включає в себе й випадки примушування (вимагання в кого-небудь виконати щось незалежно від його бажання), і випадки, коли в особи викликають бажання зробити що-небудь, у тому числі й заохоченням. Отже, спонукання є поняттям ширшим і, крім примушування, може виявлятися в переконаннях, обіцянках різних майнових і немайнових благ, підкупі. Такої самої думки дотримуються й деякі інші науковці. Так, В.В. Іванова вказує, що «понуждение» за обсягом ширше від «принуждения», оскільки «понуждение» виражається не лише у психічному чи фізичному впливі на особу, що характерне для «принуждения», а й в обіцянках, підкупі тощо [3, с. 49–50]. Як зазначає Н.М. Ярмиш, спонукання та примушування – це два самостійні різновиди нав'язування однією людиною своєї волі іншій. На нашу думку, вони різняться між собою діапазоном свободи вибору варіантів поведінки особою, яку злочинець використовує для реалізації власної мети. Гадаємо, примушування має місце тільки в ситуації, коли «третього не дано». В усіх інших випадках можна говорити про спонукання [10, с. 9].

І на завершення варто зупинитися на питанні співвідношення понять «примушування» та «насильство». На думку В.І. Сімонова, насильство є лише частиною, одним із видів примушення, яке за своїм обсягом ширше й багатше. Воно може діяти й через майнову, організаційну тощо сфери, насильство ж завжди діє безпосередньо на особу через її біо-

логічну підструктуру. Воно в силу цього є найбільш різкою формою примушення [17, с. 3].

Як більш широко, складну кримінально-правова категорію, що включає в себе фізичний чи психічний вплив, що, у свою чергу, є способом змусити потерпілого вчинити яке-небудь діяння проти власного волевиявлення, визначає примушення В.Г. Заріпов [7, с. 12].

Натомість, О.І. Дітріх вважає, що примушення (примус) є одним із виявів психічного насильства, поряд із погрозою [18, с. 67].

Вважаємо, що примушення та насильство як поняття частково пересікаються. Пересікаються вони у випадку вчинення примушення із застосуванням насильства. Адже, як правильно зазначає В.В. Іванова, усі застосовувані при примушенні способи спрямовуються на здійснення однієї мети – змусити потерпілого до дії чи бездіяльності в інтересах винного. Насильство ж може мати й іншу мету, наприклад, задоволення потреби в самому насильстві. Далі авторка зазначає, що спільним для насильства і примушення є вплив на волю чи тілесну недоторканність поза чи проти волі з метою пригнічення волі потерпілого. А відмінність полягає в тому, що при примушенні є відповідна мета: насильницьким способом змусити до дії чи бездіяльності відповідно до бажань винного [3, с. 49–50]. З такою думкою важко погодитися, адже це суперечить попередньому твердженню про те, що насильство може мати й таку мету як задоволення потреби в самому насильстві, тобто насильство як самоціль. І тоді воно не матиме ознак примушення. Це стосується й насильства як способу вчинення злочину. Так, наприклад, у випадках, коли насильство застосовується з метою нейтралізувати потерпілого (удар по голові, унаслідок якого потерпілий втрачає свідомість при розбій). Тому ми не можемо погодитися з висновком тих авторів, зокрема й В.В. Іванової, про те, що примушення є ширшим за обсягом від насильства [3, с. 49–50]. Як ми вже зазначали, «примушення» та «насильство» є поняттями, що частково пересікаються.

**Висновки.** Дослідивши позицію законодавця та думки науковців, ми дійшли до таких висновків.

1. Під примушенням потрібно розуміти незаконний вплив на психіку особи, унаслідок якого остання обмежується в можливості чинити відповідно до своєї волі й вимушена обрати ту поведінку, що їй нав'язують і яка суперечить її бажанням. Указівка на «вимогу» у визначенні поняття примушення є зайвою, адже вона поглинається поняттям «незаконний вплив на психіку».

2. Примушення може здійснюватися або лише через залякування або в поєднанні з фізичним насильством

3. Під «впливом на психіку» ми розуміємо як інформаційний, так і неінформаційний вплив.

4. Вважаємо, що ознакою примушення може бути лише такий незаконний вплив на психіку особи, унаслідок якого остання обмежується в можливості чинити відповідно до своєї волі й вимушена обрати ту поведінку, що їй нав'язують і яка суперечить її бажанням. Тому не може бути способом примушення обман чи підкуп потерпілого.

5. Не може бути способом примушення застосування до потерпілого гіпнозу чи використання безпорадного стану. Для позначення такої злочинної діяльності потрібно використовувати термін «утягнення».

6. Вважаємо, що примушення та насильство як поняття частково пересікаються у випадку вчинення примушення із застосуванням насильства.

## Список використаної літератури

1. Тяжкова И.М. Ответственность за незаконное принуждение / И.М. Тяжкова // Вестник Московского университета. Серия 11 «Право». – 2006. – № 5. – с. 83–93.
2. Радутний А.Е. Примушення особи як спосіб збирання комерційної таємниці / А.Е. Радутний // Злочини проти особистої волі людини : збірник матеріалів-практичного семінару (Харків, 19–20 вересня 2000 р.) / редкол.: В.В. Сташис та ін. – Х. : Лествиця Марії, 2002. – 240 с.
3. Иванова В.В. Преступное насилие : [учебное пособие для вузов] / В.В. Иванова. – М. : ЮИ МВД РФ, Книжный мир, 2002. – 83 с.
4. Гушесова Т.Г. Особенности об'єктивної сторони окремих складів злочинів, пов'язаних з трансплантацією органів або тканин людини / Т.Г. Гушесова // Проблеми вдосконалення практики застосування кримінально-правових засобів протидії злочинності органами внутрішніх справ : матеріали міжнародної науково-практичної конференції 30 вересня 2004 р. – Львів, 2005. – с. 94–98.
5. Соловійова А.М. Кримінально-правова характеристика примушення до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань (ст. 355 КК України) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А.М. Соловійова. – Львів, 2005. – 20 с.
6. Арманов М.Г. Кримінальна відповідальність за примушення до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М.Г. Арманов. – К., 2009. – 20 с.
7. Заріпов В.Г. Физическое и психическое принуждение в уголовном праве: понятие, виды, ответственность : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В.Г. Заріпов. – М., 2007. – 20 с.
8. Вакулик О.О. Кримінально-правова характеристика примушення давати показання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О.О. Вакулик. – К., 2011. – 20 с.
9. Коростилев О.И. Уголовно-правовая характеристика угрозы : дис. ... канд. юрид. наук / О.И. Коростилев. – Ставрополь, 2004. – 163 с.
10. Ярмиш Н.М. Примушення як чинник, що впливає на кримінальну відповідальність Н.М. Ярмиш // Весы Фемиды. – 2000. – № 1 (13). – с. 7–12.
11. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 9-те вид., переробл. та допов. – К. : Юридична думка, 2012. – 1316 с.
12. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України : у 2 т. / за заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 3-тє вид. перероб. та доп. – К. : Алеута : КНТ : Центр учбової літератури, 2009. – Т. 1. – 2009. – 964 с.
13. Мягков М.О. Перешкоджання здійсненню виборчого права: проблеми кримінальної відповідальності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М.О. Мягков. – К., 2006. – 22 с.
14. Расторопов С.В. О сущности понятия «психическое насилие» в составах насильственных преступлений / С.В. Расторопов, С.Н. Табакова // Закон и право. – 2004. – № 12. – С. 36–37.
15. Великий тлумачний словник української мови (з дод., допов. та CD) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К. ; Ірпін'я : ВТФ «Перун», 2007. – 1736 с.
16. Великий тлумачний словник сучасної української мови / кер. вид. проекту П.М. Мовчан, В.В. Німчук, В.Й. Клічак. – К. : Дніпро, 2009. – 1332 с.
17. Симонов В.И. Уголовно-правовая характеристика физического насилия : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В.И. Симонов. – Свердловск, 1972. – 26 с.
18. Дітріх О.І. Насильство у складах корисливих посягань на власність за кримінальним правом України : дис. ... канд. юрид. наук / О.І. Дітріх. – К., 2009. – 207 с.



УДК 343.21

## ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ СООТНОШЕНИЯ ПОСЛЕДСТВИЙ ПРЕСТУПЛЕНИЯ И ОБЩЕСТВЕННОЙ ОПАСНОСТИ ПРЕСТУПНОГО ДЕЯНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ УКРАИНЫ

Татьяна КОЛЕСНИКОВА,

аспирант кафедры уголовного права  
Национального университета «Одесская юридическая академия»

### SUMMARY

The article is devoted the analysis of theoretical aspects of correlation of consequences of crime and public danger of criminal act in the theory of criminal law of Ukraine. Author, on the basis of analysis of existent points of view, positions of current criminal legislation of Ukraine formulates own attitude toward this question and gives concrete suggestions in relation to the improvement of theoretical knowledges and practice of their application.

**Key words:** public danger, consequences of crime, crime, corpus delict.

### АННОТАЦИЯ

Статья посвящена анализу теоретических аспектов соотношения последствий преступления и общественной опасности преступного деяния в теории уголовного права Украины. Автор на основе анализа существующих точек зрения, положений действующего уголовного законодательства Украины формулирует собственное отношение к данному вопросу и предоставляет конкретные предложения относительно усовершенствования теоретических знаний и практики их применения.

**Ключевые слова:** общественная опасность, последствия преступления, преступление, противоправность, состав преступления, уголовно-правовая охрана.

**Постановка проблемы.** Теория уголовного права за длительный период своего развития сформировала собственный научный тезаурус. Большинство определений и понятий дошли до нас еще с древнейших времен, другие – стали результатом современных научных разработок. Следует отметить, что стремительные изменения в социальной сфере, появление новых форм преступной деятельности требуют от специалистов дальнейших научных исследований в отрасли формирования понятийного аппарата науки уголовного права. Ученые справедливо утверждают, что тексты уголовно-правовых норм обязательно должны проходить терминологическую (филологическую) и правовую экспертизы. Заданиями таких экспертиз является концептуальная, системно-юридическая, юрико-техническая оценка. Особенное значение имеет экспертиза оценки языка и терминологии закона, текст которого должен быть изложен сжато, литературным языком, понятно, точно, фразами несложной конструкции, без лишней перегрузки [1, с. 279]. Сказанное напрямую касается и определения понятия и анализа юридической природы последствий преступления и общественной опасности преступного деяния. Именно в этом и заключается актуальность рассмотрения вопросов, изложенных в настоящей статье.

Отдельным аспектам определения понятия, классификации, значения последствий преступления и общественной опасности преступного деяния в теории уголовного права уделялось определенное внимание в публикациях многих ученых: П.П. Андрушко, М.И. Бажанова, Ю.В. Баулина, П.С. Берзина, В.И. Борисова, Я.М. Брайнина, Б.В. Волженкина, С.Б. Гавриша, В.А. Глушкова, В.К. Грищука, Л.М. Демидовой, А.Э. Жалинского, В.Н. Кудрявцева, П.С. Матишевського, А.А. Музыки, В.А. Навроцкого, А.В. Наумова, Н.И. Панова, В.С. Прохорова, В.В. Сташиса, Е.Л. Стрельцова, В.Я. Тация, В.Д. Филимонова, Н.И. Хавронюка, С.С. Яценко и других. Однако, на наш

взгляд, дальнейший научный поиск должен способствовать пополнению уголовно-правового тезауруса и проникновению в природу преступности в целом. Именно поэтому целью настоящей статьи можно признать аналитическую проработку существующих точек зрения и выработку единого подхода к определению понятия и юридической природы последствий преступления и общественной опасности преступного деяния в теории уголовного права.

**Изложение основного материала.** Для обозначения последствий как самостоятельного правового феномена в уголовном праве используются такие общие понятия и понятийные обороты: следствие (последствия) преступного поведения; общественно опасное последствие; преступное следствие (преступные последствия); вредные последствия; следствия преступления (последствия преступления или преступлений); последствия преступного деяния (действия либо бездействия); преступный вред; убыток (убытки), преступный убыток (преступные убытки); преступный результат; уголовно-правовые последствия совершения деяния и др. [2, с. 172]. Терминология, которая используется для обозначения последствий как уголовно-правового явления, не характеризуется однозначностью. Такое обозначение в уголовном праве традиционно осуществляется за двумя направлениями: а) в пределах характеристики лишь тех понятий, которые касаются основания уголовной ответственности (например, понятия «вредные последствия», «общественно вредные изменения» и «вредные последствия – элемент состава» употребляются в теории уголовного права как равнозначные); б) «за пределами» такого основания, но относительно любого охраняемого уголовным законом объекта (отсюда, например, попытка обозначить оборотами «вред общественным отношениям» и «убыток, предусмотренный составом преступления» различные уголовно-правовые явления). Некоторые авторы считают последствиями преступления любые изменения,

которые вызывает преступное деяние во внешнем мире, а преступным результатом – последствия, которые имеют значение для наличия состава преступления [3, с. 211]. Такая точка зрения неоднократно поддавалась критике в связи с синонимичностью терминов «следствие» и «результат» или на основании игнорирования расхождения в терминах «последствия преступления» и «преступные последствия» [5, с. 115; 6, с. 45].

Кроме того, определение уголовно-правового явления, которым являются последствия поведения человека, происходит без соотношения их содержательных характеристик с другими понятиями и юридическими конструкциями. В синонимический ряд касательно «общественно опасных последствий» включаются «последствия преступления», «преступные последствия», «общественно опасный вред», «последствия преступного деяния», «вред, причиненный преступлением» или «вредные последствия», «последствия общественно опасных деяний», «последствия в составе преступления». Неоднозначность прослеживается и тогда, когда без надлежащего обоснования в названии характеристик элементов объективной стороны составов преступлений употребляются обороты: «преступные последствия», «последствие преступления», «последствие преступных посягательств, которое может быть признаком состава преступления», «последствия преступления», «последствия», «последствия как обязательный признак объективной стороны», «общественно опасные последствия» [4]. На наш взгляд, причина таких разноплановых подходов относительно неоднозначного определения заключается в отсутствии или непоследовательности решения вопросов о соотношении между изменениями в объекте уголовно-правовой охраны, общественно опасными последствиями, преступными последствиями, последствиями как элементом состава преступления, а также установление связи определенных проявлений поведения человека с изменениями, какие они вызывают в социальной сфере [1, с. 280]. Отсутствие однозначного решения этих вопросов предопределяет разногласия в терминологии при обозначении указанных разновидностей последствий поведения человека: а) одинаковыми понятиями, в частности, тех явлений, которые имеют различную уголовно-правовую природу; б) разными понятиями тех явлений, которые имеют одинаковую уголовно-правовую природу. На наш взгляд, в зависимости от того, как понимают эти разновидности последствий, должно осуществляться и их распределение, а содержание каждого из них – включать родовые признаки общего понятия последствий в социальной сфере.

Для определения понятия последствий необходимо, по нашему убеждению, обратиться к выяснению сущности и содержания общественной опасности, поскольку ее понятие связано с соответствующим типом поведения человека как социального явления и имеет внешние проявления – изменения в социальной сфере, которые подлежат нормативной фиксации. Для нормативной фиксации этих проявлений характерным является отбор тех из них, что касаются общественно опасного поведения, определенного преступлением. При нормативной фиксации общественной опасности одним из важнейших есть определение характера образованных общественно опасным поведением изменений в социальной сфере [7, с. 72]. Ведь именно от возможности деяния вызывать такие изменения зависит признание такого деяния преступлением. Наиболее четко связь общественно опасного поведения с изменениями, какие оно вызывает в социальной сфере, прослеживается в

понятии «вредность», которое наиболее точно отображает сущность любого преступления. Уголовный кодекс Украины конкретизирует общественную опасность как социальный признак общего определения понятия преступления, согласно которому не является преступлением действие или бездействие, которое хотя формально и содержит признаки любого деяния, предусмотренного УК, но в силу малозначительности не представляет общественную опасность, то есть не причинило и не могло причинить существенного вреда физическому или юридическому лицу, обществу или государству [4, с. 9]. Таким образом, законодатель признает, что малозначительные деяния лишены общественной опасности в связи с тем, что названное действие или бездействие причинило охраняемому уголовным законом объекту вред, который не является существенным, или создало угрозу причинения указанному объекту вреда, который не является существенным. Поэтому указание в таком определении на характеристику социальной сущности общественной опасности преступления – свойства причинять существенный вред объектам, взятым под охрану государства, – предопределяет возможность признания общественно опасными и тех деяний, которые (не будучи преступными) причинили или создали реальную угрозу причинения вреда, что не являются существенными.

Многими авторами при определении сущности общественной опасности традиционным является подход, в основе понимания которого учитывается ее дуалистическая природа: причинение или угроза причинения вреда объекту посягательства. При этом угроза причинения вреда рассматривается как разновидность результата общественно опасного поведения и связывается с тем, что преступное действие уже полностью совершено и уже вызвало в социальной сфере негативные изменения. Таким образом, сущность общественной опасности можно обосновать, по крайней мере, ее способностью образовывать в охраняемых уголовным законом объектах негативные изменения. При этом такие изменения в одних случаях имеют свою внешнюю объективизацию, а в других – таковой не имеют. На нормативном уровне свойство угрозы причинения вреда вызывать негативные изменения в объектах проявляется при фиксации в нормах Особенной части Уголовного кодекса признаков соответствующего состава преступления [6, с. 118].

Сущность общественной опасности преступления может заключаться в направленности совершенного деяния на поражение охраняемых уголовным законом социальных ценностей, которое влечет за собой их негативные изменения. Учет этой направленности в характеристике общественной опасности дает основания называть совершенное деяние посягательством, а его общественную опасность рассматривать как явление, в формировании которого участвует объективная характеристика вреда, который причиняется или может быть причинен. При этом именно общественная опасность преступления является собой негативную оценку обществом изменений, которые возникают в социальной среде, отображает волеизъявление законодателя о недопустимости данного деяния и свидетельствует о причинении или же о создании угрозы причинения вреда объектам уголовно-правовой охраны. Таким образом, любые изменения в социальной среде, вызванные нежелательным для общества деянием, являются негативными.

Поскольку общественная опасность всегда связана с образованием негативных изменений в социальной сфере, то констатация ее наличия зависит, в первую очередь, от

оценки таких изменений. Для раскрытия содержания элементов такой оценки используют понятие степени и характера общественной опасности [8, с. 44]. Степень выражает сравнительную величину, которая характеризует размер, интенсивность чего-либо, меру проявления чего-либо; употребляется для обозначения этапа, стадии развития чего-либо; состояния, уровня, а под характером понимают совокупность определяющих свойств, признаков какого-либо предмета, физического или психического явления, его типичные черты [6, с. 54]. При определении степени общественной опасности деяния следует исходить из того, что она является показателем уровня общественной опасности отделимого деяния, ее количественной характеристикой, которая определяется через основные величины (размер, объем, длительность) объективных и субъективных признаков общественно опасного деяния. На степень общественной опасности влияют, прежде всего, индивидуальные особенности, которые воссоздают содержание таких признаков, их систему, сочетание с другими фактическими обстоятельствами. Для определения этих свойств используется такой показатель уровня общественной опасности деяния, как ее характер. Выделение же основных признаков, которые влияют на степень общественной опасности совершенного, зависит от свойств общественно опасного посягательства образовывать соответствующие изменения в иерархии ценностей, являющихся объектом уголовно-правовой охраны [1, с. 281]. Само посягательство на этот объект свидетельствует о признании образованных в его содержании изменений вредом определенного вида, и, учитывая взаимосвязи совершенного посягательства и особенностей объекта уголовно-правовой охраны, позволяет констатировать, что общественная опасность деяния достигает уровня, который требует борьбы с ним мерами уголовно-правового воздействия. Показательным в этом плане является признание свойства преступления причинять существенный вред объектам уголовно-правовой охраны как основного фактора, который влияет на степень общественной опасности, а также может определяться непосредственно в УК на основании заранее определенных, абсолютно конкретных критериев и измеряться в фиксированных показателях кратковременного расстройства здоровья, потери работоспособности, потери органа или его функций, смерти и тому подобное.

Подобное понимание понятия, содержания и структуры общественной опасности позволяет, на наш взгляд, выделить следующие положения. Во-первых, законодатель признает преступлением не сами по себе объективно общественно опасные деяния, а действия волевые, то есть такие, которые находятся под контролем сознания и воли лица. Ориентиры относительно наличия в совершенном деянии общественной опасности, свойственной именно преступлению, зафиксированы в предписании о причинении и возможности причинения существенного вреда физическому или юридическому лицу, обществу или государству (ч. 2 ст. 11 УК). Во-вторых, анализ общественной опасности позволяет признать ее свойством объективной действительности, которая проявляется в следующем: а) направленности совершенного деяния на «поражение»

охраняемых законом социальных ценностей; б) негативном изменении этих ценностей как результата такого посягательства. Определяя направленность преступного деяния на социальные ценности, следует учитывать, что лишь она выражает взаимосвязь совершенного деяния и образованных в объекте уголовно-правовой охраны изменений. Такая взаимосвязь образуется лишь в случае, когда отмеченное психическое отношение приобретает характер посягательства. В-третьих, характер такой взаимосвязи обуславливается следующими факторами: а) совокупностью социальных ценностей, на которые посягает определенная группа деяний, и их (ценностей) местом в иерархии ценностей, которые охраняются законом; б) социальной сущности, содержанием и структурой общественной опасности деяния, которые позволяют определить ее уровень; в) отмеченной выше направленностью деяния на «поражение» охраняемых социальных ценностей, что позволяет считать его посягательством; образованные этим посягательством изменения в социальных ценностях считаются негативными.

**Выводы.** Подводя итог, следует отметить, что такое понимание более детально раскрывает основные признаки и уголовно-правовую природу последствий преступления и общественной опасности преступного деяния и при условиях дальнейших научных исследований будет способствовать формированию качественной доктринальной почвы политики уголовно-правового противодействия преступности.

#### Список использованной литературы

1. Албул С.В. Категорія ризику в кримінальному праві України // Правове життя сучасної України : матеріали Міжнародної наукової конференції проф.-викл. складу (20–21 квітня 2012 р.) / відп. за випуск д. ю. н., проф. В.М. Дрьомін // НУ «ОЮА» – Одеса : Фенікс, 2012. – Т. 2. – 2012. – 496 с. – С. 279–281.
2. Андрушко П.П. Законодавча техніка кримінального кодексу України 2001 року та її вплив на тлумачення його норм // Новий Кримінальний кодекс України: питання застосування і вивчення : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 25–26 жовтня 2001 р.) / редкол. : В.В. Сташис (голов. ред.) та ін. – К., Х. : «Юрінком Інтер», 2002. – 272 с.
3. Берзін П.С. Злочинні наслідки: поняття, основні різновиди, кримінально-правове значення. – К. : Дакор, 2011. – 252 с.
4. Кримінальний кодекс України. – Х. : Одиссей, 2014. – 224 с.
5. Кримінальне право України. Загальна частина : [підручник] / [Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.] ; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-те вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2013. – 456 с.
6. Кримінальне право України : [навчально-методичний посібник] / [С.В. Албул, Д.О. Балабанова, А.А. Березовський та ін.] ; відп. ред. В.О. Туляков. – Одеса : Фенікс, 2010. – 456 с.
7. Мальцев В.В. Проблемы уголовно-правовой оценки общественно-опасных последствий. – Саратов, 1989. – 206 с.
8. Михлин А.С. Последствия преступления. – М., 1969. – 244 с.

## ПІДСТАВИ ДЛЯ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ НЕЗАКОННИХ ДІЙ З ПЛАТІЖНИМИ ІНСТРУМЕНТАМИ

Олександр МЕДВЕДЕНКО,  
адвокат

Київської міської кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури

### SUMMARY

The complex research of factors has been carried out that together constitute the base of the criminalization of violation of the order of production and circulation of documents for transfer, payment cards and other means of access to bank accounts, e-money, equipment for their production. The author makes a conclusion that criminalization of illegal actions with payment instruments, due to: the economic factor, which indicates the importance of public relations in the sphere of non-cash payments; legislative regulation of normal functioning and development of social relations in the sphere of circulation of money, that is why they are placed under the protection of the criminal law; danger of illegal actions with payment instruments and the relative abundance of these acts; Ukraine's international obligations.

**Key words:** criminalization, monetary system, payment instruments, criminal law.

### АНОТАЦІЯ

Здійснено комплексне дослідження факторів, які у своїй сукупності становлять підстави для криміналізації порушення порядку виготовлення й обігу документів на переказ, платіжних карток та інших засобів доступу до банківських рахунків, електронних грошей, обладнання для їх виготовлення. Автор доходить висновку, що криміналізація незаконних дій з платіжними інструментами зумовлена такими чинниками: економічним фактором, який вказує на важливість суспільних відносин, що складаються у сфері безготівкових розрахунків; законодавчим регулюванням нормального функціонування й розвитку суспільних відносин у сфері грошового обігу, через що їх охороняє кримінальний закон; небезпекою незаконних дій з платіжними інструментами і відносною поширеністю цих діянь; міжнародними зобов'язаннями України.

**Ключові слова:** криміналізація, грошова система, платіжні інструменти, кримінальне законодавство.

**Постановка проблеми.** Зумовленість криміналізації будь-якого діяння визначається різними за своєю значимістю соціальними, політичними, психологічними та іншими чинниками, установлення й розкриття яких дає змогу пояснити необхідність охорони правового порядку випуску та обігу платіжних інструментів, діяльності суб'єктів господарювання у сфері грошового обігу, підвищити наукову обґрунтованість змісту закону. Ці чинники в сукупності і являють собою підстави для криміналізації.

Дослідження підстав для криміналізації щодо незаконних дій з платіжними інструментами в юридичній літературі ще не проводилось.

**Вклад основного матеріалу.** Загалом існує багато різних поглядів стосовно підстав для криміналізації. Спираючись певною мірою на ці дослідження, вважаємо, що при криміналізації суспільно небезпечних діянь, пов'язаних із незаконними діями з платіжними інструментами, доцільно враховувати насамперед такі чинники:

1) економічний (показує важливість національної грошової системи, банківської діяльності, а саме сфери грошового обігу, для розвитку господарських відносин, реформування економіки та забезпечення економічного розвитку країни; поширеність окремих видів платіжних інструментів);

2) нормативний (відображає зумовленість кримінально-правової охорони учасників грошового обігу, визначає коло їх прав і обов'язків, межі захисту їх законних інтересів, а також інтересів держави в грошовому обороті);

3) кримінологічний (визначає суспільну небезпеку незаконних дій з платіжними інструментами, розмір шкоди, заподіяної суспільству; поширеність відповідних діянь, що підлягають криміналізації);

4) порівняльно-правовий (демонструє практику кримінально-правової охорони платіжних інструментів в інших країнах і вказує на гармонізацію положень національного кримінального законодавства та законодавства інших країн).

Економічний чинник зумовлює економічну необхідність кримінально-правової заборони незаконних дій з платіжними інструментами.

Одним із стратегічних напрямів розвитку грошової системи України є запровадження безготівкових розрахунків у сфері торгівлі й послуг. Таке завдання визначено, зокрема, Законом «Про Концепцію Національної програми інформатизації» від 4 лютого 1998 р., указами Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України» від 20 березня 2001 р. № 183 та «Про заходи щодо детінізації економіки України» від 25 січня 2001 р., Законом «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму» від 28 листопада 2002 р., Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо функціонування платіжних систем та розвитку безготівкових розрахунків» від 18 вересня 2012 р. й іншими нормативними документами.

У багатьох розвинутих країнах світу є намагання максимально зменшити готівковий обіг, для чого вживають різні види платіжних інструментів. Наприклад, поширена чекова форма оплати, використання платіжних карток та інші [1, с. 79]. Готівка становить незначну частину грошової маси: 5–7%. В Україні ж питома вага готівки в грошовому обороті гіпертрофовано роздута.

За оцінкою Банку міжнародних розрахунків, економіка України значною мірою орієнтована на переважне використання готівково-грошових засобів, оскільки 50% грошової

маси представлені готівковими грошима в обігу. Така орієнтація економіки не тільки знижує здатність банків бути фінансовими посередниками, а й підпитує тіньову економіку [3, с. 3].

Готівка дає поштовх для розвитку «тіньової економіки», а запровадження безготівкових розрахунків позбавляє тіньовий бізнес сприятливого підґрунтя.

Згідно з даними World Bank, в Україні 19% населення розраховується платіжними картками. Для порівняння: у Росії – 10%, в Білорусі – 8%. За використанням кредитних карток Україна випереджає такі європейські країни, як Польща (18%) та Греція (17%). Проте Україна ще значно відстає від Люксембурга (72%) та Фінляндії (64%) [4, с. 48–49].

Серед великого масиву платіжних інструментів найпоширенішим є платіжні картки. Найбільш відомий і розповсюджений у світі спосіб оплати товарів і послуг за допомогою кредитної картки через Інтернет.

Щорічні витрати на підтримку грошового обігу в Україні становлять не менше ніж 220 млн доларів США (без урахування супутніх витрат на транспортування, упакування, перерахунок, облікові операції, контроль та охорону), тому навіть зниження на 20–25% потреби в готівці за рахунок введення нових платіжних інструментів – платіжних карток, може дати щорічну економію коштів державного бюджету, еквівалентну 60–100 млн доларів США [2, с. 72].

Для порівняння: витрати на обслуговування готівки в Німеччині становлять 12/5 млн євро в рік, ¼ витрат на обслуговування карток [5, с. 32–33].

Серед способів оплати в безготівковій формі в мережі Інтернет великого поширення набуває електронна торгівля – за допомогою використання електронних грошей. Електронні гаманці, на думку фахівців, можуть поліпшити економічну ситуацію в країні, адже економія від запровадження повноцінних безготівкових розрахунків за їх оцінками становить 1,0% від ВВП. Водночас світові експерти рекомендують Україні максимально перейти на електронні платежі, адже лише в Європі на них припадає 80% усіх розрахунків [6].

За даними Національного банку України, обіг електронних грошей (е-гроші) в Україні за період січень-вересень 2012 р. становив 1,164 млрд грн. Ця сума обігу електронних грошей, на яку користувачі здійснили операції з метою оплати товарів, за три квартали 2012 р. збільшилась майже в десять разів порівняно з показниками всього 2011 р. (116 млн грн).

Проте універсальність цих платіжних інструментів робить їх особливо привабливим об'єктом для злочинних посягань, а їх поява в системі безготівкових розрахунків неминує породила альтернативні правопорушення.

Саме через важливість суспільних відносин, які складаються між учасниками безготівкового грошового обігу (розрахункових відносин), їх охороняє кримінальний закон.

Імперативний метод, що застосовується в сучасних умовах для правового регулювання суспільних відносин, пов'язаних з організацією та функціонуванням грошового обігу і як особливого економічного процесу, і як сфери суспільного відтворення, де цей процес протікає, має на меті створення необхідних і достатніх умов для здійснення фінансової діяльності держави. При цьому держава за допомогою права прагне створити належним чином організоване середовище, яке передбачає наявність відповідних органів, необхідних інструментів, способів, засобів, правил, стандартів і процедур [7, с. 150].

Велике значення в соціальній зумовленості кримінально-правової заборони незаконних дій з платіжними інструментами має нормативний чинник. Його визначають норми Конституції України від 28 червня 1996 р., акти цивільного, господарського та інших галузей права, які регулюють діяльність суб'єктів грошового обігу.

Ст. 41 Конституції України передбачає, що кожен має право володіти, користуватися й розпоряджатися своєю власністю. З цього слід зробити висновок, що кожен громадянин має конституційне право здійснювати розрахунки.

Кожній людині надана свобода здійснення економічної діяльності, а її межі можуть бути встановлені державою в нормативно-правових актах. На сьогодні в Україні діє низка законів і підзаконних актів, які регулюють діяльність у сфері грошового обігу та відіграють важливу роль у становленні ринкової економіки й розвитку продуктивних сил в Україні: Цивільний кодекс України, Господарський кодекс України, закони «Про Національний банк України», «Про банки і банківську діяльність», «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні», «Про телекомунікації», «Про електронні документи та електронний документообіг», «Про електронний цифровий підпис» тощо.

Порядок випуску й обігу платіжних інструментів визначається Положенням про порядок емісії платіжних карток і здійснення операцій з їх застосуванням, затвердженим Постановою Правління НБУ від 19 квітня 2005 р. № 137, Інструкцією про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, затвердженою Постановою Правління НБУ від 29 січня 2001 р. № 22, Положенням про електронні гроші в Україні, затвердженим Постановою Правління НБУ від 04 листопада 2010 р. № 48<sup>1</sup>.

Розглядаючи кримінологічний чинник, слід зазначити, що безпосередньою та визначальною підставою для кримінально-правової заборони є підвищена суспільна небезпека.

Вивчення кримінальних справ про незаконні дії з платіжними інструментами приводить до висновку про високий ступінь суспільної небезпечності цього злочину, особливо з урахуванням способу його вчинення, заподіяної ним шкоди й виду вини.

Кредитно-фінансова система залишається найпривабливішою сферою, яка використовується для вдосконалення нових злочинних технологій. Кількість злочинів у цій сфері за останні роки зросла майже втричі й на сьогодні становить близько 9 тис. щорічно [8, с. 48]. Серед такого масиву злочинів мають місце і злочини, пов'язані з незаконними діями з платіжними інструментами, відповідальність за які передбачена ст. 200 КК України.

В Україні до прийняття нового Кримінального кодексу централізованого обліку злочинів, пов'язаних з незаконними діями з платіжними інструментами, не велося. Вони в основному кваліфікувалися як шахрайство або інший злочин проти власності, службовий підлог, підробка документів тощо. Статистика МВС України й на сьогодні не виокремлює злочинів, пов'язаних із використанням платіжних інструментів, в окрему групу й обмежується даними реєстрації злочинів за ст. 200 КК.

Матеріали кримінальних справ свідчать, що злочини з використанням системи електронних платежів стали можливими в тому числі й через відсутність належного контролю за станом міжбанківських розрахунків з боку відповідних підрозділів НБУ.

Відносно незначна кількість таких злочинів та їх питома вага серед злочинів у кредитно-фінансовій сфері не відобра-

<sup>1</sup> Норми Положення розроблені з урахуванням вимог Директиви Європейського Парламенту та Ради Європи 2009/110/ЄС від 16.09.2009 р. про запобігання та здійснення діяльності емітентів електронних грошей, а також пруденційний нагляд за такою діяльністю.

жає реального стану речей у зв'язку з тим, що ця категорія злочинів характеризується високою латентністю. Безумовно, такий чинник, як латентність, не повинен залишатися поза увагою. Показники, які характеризують реальний стан, динаміку і структуру цих злочинів, далеко не завжди відображаються в статистичній звітності правоохоронних органів та судовій статистиці.

Згідно з даними, отриманими із закордонних джерел, у поле зору правоохоронних органів потрапляє лише 15% учинених злочинів, пов'язаних з платіжними картками. Адже ці злочини характеризуються довготривалістю, підготовленістю, високим рівнем професійності, конспірації та маскуванню цих суб'єктів, що затрудняє виявлення.

Банки чи інші фінансові установи, які емітують платіжні картки, не завжди повідомляють правоохоронні органи про махінації, учинені з їх картками. Часто керівники фінансових структур бояться зашкодити діловій репутації своїх установ, адже гучні «карткові» справи відлякують потенційних клієнтів. Отже, слід урахувувати природу відносин у фінансовій сфері, які будуються на взаємній довірі в платоспроможності суб'єктів платіжного обігу, що є основою підтримання їх авторитету у фінансово-кредитній сфері. Саме тому й пояснюється небажання банків та інших небанківських фінансових установ надавати відповідну інформацію про вчинення злочинів, пов'язаних із платіжними інструментами.

У світовому масштабі злочинці щорічно «заробляють» на махінаціях із платіжними картками близько 2 млрд доларів США [9].

За неофіційними даними, збитки від діяльності «карткових злочинців» в Україні становлять близько 1,0% обсягу операцій з картками. Згідно з вимогами міжнародних платіжних систем Visa та Europay, ця цифра не повинна перевищувати 0,14 [10]. НБУ заявляє про приховання банками реальних збитків, що зазнають від шахрайства із платіжними картками. Офіційна статистика (збитків від шахрайства з платіжними картками) ґрунтується на одиничних випадках: це суми збитків, підтверджені рішеннями судів. Інші збитки банки покривають за свій рахунок, щоб не показувати наявність «шахрайства».

Банкіри визначають рівень латентності близько 60% – це та кількість випадків, коли клієнти беруть відповідальність за розкрадання на себе й не повідомляють ні банк, ні правоохоронні органи. Такі дії клієнтів зумовлюються особистісними факторами: недовірою до правоохоронних органів, невірою у відшкодування завданих збитків, небажанням брати участь у розслідуванні факту вчиненого діяння тощо.

Значний вплив на рівень латентності цієї категорії злочинів має низька кваліфікація працівників правоохоронних органів, брак знання законів ринкової економіки, функціонування платіжних систем, організації переказу коштів, банківських технологій, що не дає змоги вчасно реагувати на скоєння суспільно-небезпечних діянь, які ми аналізуємо. Водночас існує і неправильна кваліфікація злочинів, що реєструються.

Відсутність в Україні більш-менш вагомих показників виявлення злочинів у сфері випуску й обігу платіжних інструментів, крім високої латентності й низки інших причин, пояснюється й невисоким рівнем розвитку ринку платіжних інструментів. Платіжні картки переважно використовуються як зарплатні проекти для отримання готівки [11, с. 12].

Показником рівня злочинності є відношення витрат платіжних систем від злочинів до обігу по карткових рахунках [12, с. 3].

Так, у Великобританії станом на 31 грудня 2000 р. в обігу знаходилось 100 млн кредитних, дебетових і розрахункових карток, сума карткових операцій зросла за рік на 9%, у зв'язку з цим керівництво Visa UK назвало країну «ринком, орієнтованим на картки». Проте у 2000 р. рівень шахрайства з кредитними картками підскочив до 55% та збитки від нього становили 296,6 млн фунтів стерлінгів, удвічі перевищивши суму збитків по всій Європі [13, с. 24]. У 2001 р. розміри втрат британських емітентів досягли приголомшуючого рівня – 411,4 млн фунтів стерлінгів (594 млн доларів США), що становило приріст обсягу шахрайств з платіжними картками на 30% [14, с. 22]. При цьому в поліції Великобританії виділяють найбільш поширені способи шахрайства з платіжними картками: 1) використання викрадених чи загублених карток без унесення будь-яких змін; 2) використання перекрадених дійсних карток; 3) використання повністю виготовлених (підроблених) карток [15, с. 116].

На сьогодні країни Європи, у т. ч. Великобританія, вжили багато заходів щодо протидії й у злочинців залишилось два способи шахрайства: перероблена картка та використання даних карток в мережі Інтернет.

«Карткова злочинність» – проблема в усьому світі, навіть коли вважається, що знайдені способи протидії, злочинці знаходять інші шляхи. Тому на сьогодні маємо таку статистику у Великобританії, де вперше з 2008 р. витрати від злочинних операцій з картками вийшли в країні витрати на 114% та становили 388 млн фунтів (626,5 млн доларів США). За даними організації Financial Fraud Action UK, шахрайства в Інтернеті за останні 20 років збільшилися удвічі, тоді як з використання підробок зменшилося наполовину. Пік шахрайства припав на 2008 р., за цей час воно скоротилось на 75%, і це стосується не тільки Великобританії. За 2011–2012 рр. шахрайства з використанням підробок у Великобританії знизилось на 17%, тоді як в інших країнах ця цифра підвищилася на 42% [16, с. 50–51].

Вихід України на широку міжнародну арену вимагає врахування в законотворчості міжнародного досвіду. Тому є цілком логічним розгляд порівняльно-правового чинника.

Необхідним кроком у сфері боротьби зі злочинністю є гармонізація кримінального законодавства України про відповідальність за незаконні дії з платіжними інструментами із законодавством Ради Європи та ЄС. 7 вересня 2005 р. Україна ратифікувала Конвенцію про кіберзлочинність (Будапешт, 23 листопада 2001 р.). Відповідно до Конвенції, рекомендується уніфікувати кримінальне законодавство з питань комп'ютерних правопорушень і передбачити відповідальність за них.

Комітет у справах законодавства при Раді Європи уклав два переліки: перший – перелік обов'язків для всіх країн, для включення до національних законодавств, мінімальний перелік правопорушень, другий – необов'язковий (вибірковий) перелік правопорушень для розгляду [17, с. 25].

Згідно з міжнародною практикою класифікації комп'ютерних злочинів, для зручності користування та статистичної обробки даних кожному виду злочинів надано відповідний код. Серед необов'язкового переліку (списку) правопорушень є правопорушення, пов'язані з комп'ютерним шахрайством (код QF). До такої категорії правопорушень, згідно з переліком, зараховане шахрайство з платіжними засобами – «Шахрайство та крадіжка, пов'язані з платіжними засобами та системами реєстрації платежів» (код QFP). Відповідно до кримінального законодавства України, за вчинення значених вище діянь передбачена кримінальна відповідальність у ст. ст. 190, 200 та 362 КК України.

Розвиваючись, Україна обрала напрям до членства в Європейському Союзі. Тому в процесі вдосконалення кримінального законодавства України заслуговує на велику увагу гармонізація його з кримінальним законодавством ЄС.

З метою запозичення чи іншого врахування положень, які стосуються незаконних дій з платіжними інструментами, слід звернути увагу на Рамкове рішення Ради Європи «Про боротьбу з шахрайством та підробкою безготівкових платіжних засобів» (2001/413/ЮВС від 28 травня 2001 р.) [18, с. 220–226].

Згідно зі ст. 2 Рамкового рішення «Злочини, пов'язані з платіжними засобами», кожна держава-член вживає належних засобів щодо забезпечення того, щоб такі діяння були визнані кримінальним злочином, у випадку їх вчинення умисно, принаймні, стосовно кредитних карток, карток єврочеків, інших карток, виданих фінансовими установами, дорожніх чеків, єврочеків, інших чеків і векселів.

Серед запропонованих у Рамковому рішенні кримінально-карних діянь такі: 1) крадіжка або інше протиправне привласнення платіжного засобу; 2) підробка або фальсифікація платіжного засобу з метою використання в шахрайстві; 3) прийняття, отримання, переміщення, продаж або передання будь-якій особі чи володіння вкраденим, або іншим чином привласненим, або підробленим чи сфальсифікованим платіжним засобом, з метою його використання в шахрайстві; 4) шахрайське використання вкраденого, чи іншим чином протиправно привласненого, або підробленого чи сфальсифікованого платіжного засобу [19, с. 97].

Потреба гармонізації вітчизняного законодавства стосується не тільки правового простору ЄС, а й інших наявних міждержавних об'єднань Європи. Так, ст. 20 статуту СНД від 22 січня 1993 р. зазначає, що держави-члени сприяють зближенню національного законодавства.

17 лютого 1996 р. Міжпарламентська Асамблея СНД ухвалила Модельний Кримінальний кодекс для країн – учасниць СНД [20], який, незважаючи на свій рекомендаційний характер, слугував зразком для створення національних кримінальних кодексів і в кінцевому підсумку має забезпечити формування кримінального законодавства, відносно єдиного для всіх країн СНД. Більшість КК країн СНД, учасники яких брали участь у розробці Модельного КК, забезпечили досягнення його мети, зокрема, створення подібних національних КК, що дає змогу правоохоронним органам учасників СНД проводити злагоджені дії в боротьбі зі злочинністю.

Так, ст. 274 Модельного КК передбачає відповідальність особи за виготовлення або збут підроблених кредитних чи розрахункових документів. Необхідність кримінально-правової охорони суспільних відносин у сфері використання платіжних документів стала підставою для прийняття подібних норм у всіх країнах СНД.

**Висновки.** Викладене дає змогу зробити висновки про те, що криміналізація порушення порядку виготовлення й обігу документів на переказ, платіжних карток та інших засобів доступу до банківських рахунків, електронних грошей, обладнання для їх виготовлення зумовлена такими чинниками: 1) економічними чинниками; 2) тим, що законодавством України регламентується нормальне функціонування й розвиток суспільних відносин у сфері розрахунків; 3) небезпекою незаконних дій з платіжними інструментами й відносною поширеністю цих діянь; 4) міжнародними зобов'язаннями України.

#### Список використаної літератури

1. Дудоров О.О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика : [монографія] / О.О. Дудоров. – К. : Юридична практика, 2003. – 924 с.

2. Лагутін В.Д. Гроші та грошовий обіг : [навчальний посібник] / В.Д. Лагутін. – 5-те вид., стер. – К. : Т-во «Знання», КОО, 2003. – 199 с.

3. Социально-экономические выгоды от внедрения электронных платежей в России // Перспективы развития системы электронных карточных платежей в России. СЕМЕА-MemCom-MC0021-Sep-05-FSL-T © 2005 Visa International Servis Association, 112 с.

4. Western union анализирует. Исследование WORLD BANK // Карт бланш. – 2013. – № 2–3. – С. 48–49.

5. В Германии преобладают платежи наличными. Зарубежный опыт // Карт бланш. – 2013. – № 5. – С. 32–33.

6. Яровенчук Н. Нацбанк дозволив розрахунки електронними грошима у межах до 8 тисяч гривень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ubr.ua/uk/tv/bankivskyi-sektor/nacbank-dozvoliv-rozrahunki-elektronnimi-groshima-u-mejah-do-8-tisjach-griven-177251>.

7. Алісов Є. Правове регулювання системи органів, що сприяють організації та функціонуванню грошового обігу в Україні / Є. Алісов // Вісник академії правових наук. – 2 (37).

8. Чернявський С. Економічне шахрайство у банківській сфері: щодо аналізу / С. Чернявський // Право України. – 2003. – № 7.

9. Афанасьев А.Ю. Проблемы предупреждения хищений денежных средств, совершаемых с использованием пластиковых карт и других средств электронного доступа / А.Ю. Афанасьев // Российский следователь. – 2003. – № 4. – С. 31.

10. Святенко А. Втрати від карткового шахрайства усемеро більші від допустимих: час серйозно зайнятися безпекою електронних гаманців / А. Святенко // Дзеркало тижня. – № 40(415). – 19–25 Жовтня 2002 р.

11. «Сегодня»: Как воруют деньги с пластиковых карт в Украине [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://bin.com.ua/templates/news\\_article\\_big.shtml?id=32569](http://bin.com.ua/templates/news_article_big.shtml?id=32569).

12. Харченко В. Діяльність банків – 2004. Підсумки діяльності банків України на ринку платіжних карток / В. Харченко // Карт бланш. – 2005. – № 1. – С. 12.

13. Кто победит – банки или мошенники? [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.bankmib.ru/1741>.

14. Британские карточные мошенники «снимают сливки» с процесса миграции на чип // Мир карточек. – 2002. – № 5–6.

15. Осика І.М. Боротьба з підробленням пластикових карток: погляд з британських островів / І.М. Осика // Вісник Луганського інституту внутрішніх справ. Спеціальний випуск. Частина 2. Проблеми вдосконалення законодавства та практика його застосування з урахуванням прогнозу злочинності. – Луганськ, 1999. – С. 115–119.

16. Дивайт Д. (David Divitt). Alaric Systems Ltd. Жизненный цикл мошеннических операций / Д. Дивайт (David Divitt) // Карт бланш. – 2013. – № 7–8. – С. 50–51.

17. Виявлення та розслідування злочинів, що вчиняються у сфері інформаційних технологій : [науково-практичний посібник] / [Б.В. Романюк, В.Д. Гавловський, М.В. Гуцалюк, В.М. Бутузов] ; за заг. ред. проф. Я.Ю. Кондратьєва. – К. : Вид. ПАЛІВОДА А.В., 2004. – 144 с.

18. Качка Т. Боротьба з відмиванням грошей: Комплексний порівняльно-правовий аналіз відповідності законодавства України acquis Європейського Союзу у сфері боротьби та запобігання легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом / Т. Качка. – К. : Реферат, 2004. – 288 с.

19. Хавронюк М.І. Сучасне загальноєвропейське кримінальне законодавство: проблеми гармонізації : [монографія] / М.І. Хавронюк. – К. : Істина, 2005. – 264 с.

20. Информационный бюллетень Межпарламентской ассамблеи. – 1996. – № 10.

УДК 343.21

## СТРУКТУРА ОБЪЕКТА УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО КОНФЛИКТА

Григорий УСАТЫЙ,

кандидат юридических наук, старший научный сотрудник, доцент,  
докторант кафедры уголовного права и криминологии  
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

### SUMMARY

Article is devoted to determining the direction of criminal law conflict and its subject through the study of certain aspects of the legal category of "interest" in recent years increasingly used for domestic legislator in the design of new (including criminal law) norms. The author argues that the core of any conflict (including criminal law), is the interest or interest group, which encroaches on the crime. That is, in fact, a crime encroaches on social relations, the basis of which contain a variety of interests. And because of the conflicting interests of the criminal and the victim becomes necessary, with the help of criminal law to protect the relevant public relations from criminal attacks.

**Key words:** criminal law conflict, legitimate interests, illegal interest, object of criminal law conflict.

### АННОТАЦИЯ

Статья посвящена определению направленности уголовно-правового конфликта и его предмета через исследование отдельных аспектов правовой категории «интерес», которая в последнее время все активнее используется отечественным законодателем при конструировании новых (в том числе уголовно-правовых) норм. Автор утверждает, что ядром любого конфликта (в том числе уголовно-правового), является интерес либо группа интересов, на которые посягает преступление. То есть, по сути, преступление посягает на общественные отношения, в основе которых содержатся различные интересы. И именно из-за противоположности интересов преступника и потерпевшего возникает необходимость с помощью уголовного закона защищать соответствующие общественные отношения от преступных посягательств.

**Ключевые слова:** уголовно-правовой конфликт, законные интересы, незаконный интерес, объект уголовно-правового конфликта.

**Постановка проблемы.** В юридической литературе не существует единой точки зрения относительно тождества понятий преступления и уголовно-правового конфликта. Так, в частности, некоторые российские юристы утверждают, что это одинаковые (равнозначные) понятия [1, с. 111], другие же, в противовес этому мнению, отмечают: уголовно-правовой конфликт не исчерпывается совершением преступления, поскольку любой конфликт предполагает наличие соответствующих процедур его решения. Кроме того, только лишь при условии максимальной нейтрализации негативных последствий преступления конфликтная ситуация может быть решена не по форме, а по содержанию.

К тому же судебно-следственная практика убедительно доказывает, что преступление либо предшествует уголовно-правовому конфликту, либо же является его завершающим этапом. Можно отметить, что преступление выступает своеобразной основой (фундаментом) уголовно-правовых конфликтов.

Поэтому специалисты в сфере юридической конфликтологии убеждены, что, поскольку преступление является результатом уголовного конфликтного поведения, его признаки можно использовать для характеристики уголовного конфликта в отношении стороны, совершившей преступление. Кульминацию уголовного конфликта составляет деяние как волевое осознанное поведение (поступок) субъекта преступления (физического вменяемого лица, которое на момент его совершения достигло возраста, с которого наступает уголовная ответственность), непосредственно направленное на причинение определенных негативных последствий. Деяние должно быть виновным (совершенным умышленно либо по неосторожности), противоправным (его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия

четко определены в уголовном законе) и наказуемым (подлежать уголовному наказанию). Общественная опасность такого деяния заключается в том, что его следствием является причинение (или реальная опасность причинения) вреда отношениям, охраняемым уголовным законом [2, с. 89–90].

**Цель статьи.** Соглашаясь с такой позицией, все же отметим, что для проведения всестороннего анализа юридической природы уголовно-правового конфликта этого явно недостаточно. Ведь традиционная модель анализа преступлений недостаточно учитывает характер межличностного взаимодействия между преступником и потерпевшим, которое происходит до совершения преступления (на более ранних этапах преступной деятельности). Именно поэтому нами предлагается исследование уголовно-правового конфликта как системного явления, что предусматривает выделение в качестве его элементов: объекта – объективной стороны, субъекта – субъективной стороны.

Кстати, даже те ученые-юристы, которые категорически настаивают на необходимости исключения из уголовно-правовой науки учения о составе преступления [3, с. 42–43], в определенной мере подтверждают правильность выбранного нами подхода. Ведь, обратившись к действительности, нетрудно убедиться, что элементы, которые используются для юридического анализа состава преступления, присутствуя не только уголовному праву. Они являются составляющими элементами любой целенаправленной человеческой деятельности. Что бы не делало лицо, везде будут объект (то, на что направлена его деятельность), объективная (внешняя), субъективная (внутренняя) стороны его деятельности и сам субъект (человек).

**Изложение основного материала.** В ст. 1 УК Украины законодатель, раскрывая содержание задач Уголовно-



го кодекса Украины, определяет охраняемые им объекты уголовно-правовой защиты – права и свободы человека и гражданина, собственность, общественный порядок и общественную безопасность, окружающую среду, конституционный строй Украины, мир и безопасность человечества и так далее. Однако, по нашему мнению, не стоит отождествлять такие понятия, как объект преступления и объект уголовно-правового конфликта, а потому для анализа последнего больше подходит не традиционная концепция «объект преступления – общественные отношения» [4], которая сегодня преобладает в отечественной уголовно-правовой доктрине, а скорее «объект посягательства – интересы». Именно последняя концепция позволяет определить направленность уголовно-правового конфликта и его предмет.

Исходным положением для этого является то, что ядром любого конфликта (в том числе уголовно-правового) является интерес либо группа интересов, на которые посягает преступление. То есть преступление посягает на общественные отношения, а в основе последних лежат различные интересы. Именно из-за противоположности интересов преступника и потерпевшего возникает необходимость с помощью уголовного закона защищать соответствующие общественные отношения от преступных посягательств.

Аргументом в пользу такого мнения выступает позиция юристов, которые исследовали отдельные аспекты категории «интерес» и ее уголовно-правовое значение. В частности, Е.И. Каиржанов справедливо отмечает, что «интерес как определенное социальное благо, не завися от своего внешнего проявления (вещно-физического или духовно-идеального), может быть объектом уголовно-правовой охраны. Отсюда справедливо утверждение, что интерес – своеобразное «ядро» общественных отношений. Как следствие, это «ядро» общественных отношений является тем объектом, на который осуществляется преступное посягательство» [5, с. 154–155].

Стоит согласиться также с позицией П.П. Андрушко и А.А. Стрижевской, которые отмечают, что основательные исследования таких понятий, как «права», «свободы» и «интересы» человека и гражданина, а также понятий «интересы государства», «общественные интересы» и «интересы юридических лиц» в теории уголовного права практически отсутствуют. При рассмотрении вопросов уголовной ответственности за отдельные виды преступлений, объектами которых являются права, свободы и интересы граждан, исследователи ссылаются и берут за основу их определения в теории конституционного права и общей теории государства и права. Вопрос о понятии, содержании, объеме и соотношении терминов «права» и «свободы» человека и гражданина, а также «охраняемые законом интересы», которые используются в Конституции Украины и которые являются объектом уголовно-правовой охраны, в теории конституционного права является весьма спорными. Одними учеными понятие «права» и «свободы» отождествляются, другими различаются. Отсутствует единство в определении содержания понятий «права человека и гражданина», «свободы человека и гражданина» и «интересы человека и гражданина» и в теории уголовного права [6, с. 58–62].

Несмотря на указанные трудности в определении термина «интерес» в отечественной уголовно-правовой доктрине и его фактическую неопределенность в законодательстве, он достаточно активно используется в различных вариациях в пределах отдельных статей Общей и

Особенной частей УК Украины: ст. 8 (действие закона об уголовной ответственности в отношении преступлений, совершенных иностранцами или лицами без гражданства за пределами Украины) – интересы Украины; ч. 1 ст. 36 (необходимая оборона) – интересы лица, которое защищается, или другого лица, общественные интересы, интересы государства; ч. 1–2 ст. 39 (крайняя необходимость) – правоохраняемые интересы, общественные интересы, интересы государства; ст. 40 (физическое или психическое принуждение) – правоохраняемые интересы; ч. 1 ст. 41 (исполнение приказа или распоряжения) – правоохраняемые интересы; ч. 1–2 ст. 42 (деяние, связанное с риском) – правоохраняемые интересы; ч. 1 ст. 43 (выполнение специального задания по предупреждению или раскрытию преступной деятельности организованной группы или преступной организации) – правоохраняемые интересы; ч. 2 ст. 114 (шпионаж) – интересы Украины; ч. 2 ст. 182 (нарушение неприкосновенности личной жизни) – интересы личности; ч. 1 ст. 189 (вымогательство) – законные интересы лиц; ч. 1 ст. 206 (противодействие законной хозяйственной деятельности) – интересы того, кто занимается хозяйственной деятельностью; ст. 209–1 (умышленное нарушение требований законодательства о предотвращении и противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма) – охраняемые законом интересы отдельных граждан, государственные или общественные интересы или интересы отдельных юридических лиц; ст. 219 (доведение до банкротства) – личная заинтересованность или интересы третьих лиц; ч. 1 ст. 222–1 (манипулирование на фондовом рынке) – охраняемые законом интересы отдельных граждан, государственные или общественные интересы или интересы отдельных юридических лиц; ч. 1–2 ст. 232–1 (незаконное использование инсайдерской информации) – охраняемые законом интересы отдельных граждан, государственные или общественные интересы или интересы отдельных юридических лиц; ч. 2 ст. 244 (нарушение законодательства о континентальном шельфе Украины) – заинтересованное иностранное государство; ч. 1 ст. 319 (незаконная выдача рецепта на право приобретения наркотических средств или психотропных веществ) – личные интересы; ч. 2 ст. 330 (передача или сбор сведений, составляющих конфиденциальную информацию, которая находится во владении государства) – интересы государства; ч. 1 ст. 350 (угроза или насилие относительно служебного лица или гражданина, исполняющего общественный долг) – интересы угрожающего; ч. 1 и 3 и п. 3 примечания ст. 354 (подкуп работника государственного предприятия, учреждения или организации) – интересы того, кто предлагает, обещает, предоставляет неправомерную выгоду, интересы третьего лица, законные интересы; ст. 356 (самоуправство) – интересы гражданина, государственные или общественные интересы или интересы владельца; ч. 1 ст. 357 (похищение, присвоение, вымогательство документов, штампов, печатей, завладение ими путем мошенничества или злоупотребления служебным положением или их повреждение) – другие личные интересы; ч. 3 ст. 359 (незаконные приобретение, сбыт или использование специальных технических средств получения информации) – охраняемые законом интересы отдельных граждан, государственные или общественные интересы или интересы отдельных юридических лиц; ч. 1 ст. 364 (злоупотребление властью или служебным положением) – другие личные интересы, интересы третьих лиц, интересы службы, охраняемые за-

коном интересы отдельных граждан, или государственные или общественные интересы, или интересы юридических лиц; ч. 1 ст. 364–1 (злоупотребление полномочиями должностным лицом юридического лица частного права независимо от организационно-правовой формы) – интересы юридического лица частного права, охраняемые законом интересы отдельных граждан, или государственные или общественные интересы, или интересы юридических лиц; ч. 1 ст. 365 (превышение власти или служебных полномочий) – охраняемые законом интересы отдельных граждан, или государственные или общественные интересы, интересы юридических лиц; ч. 1 ст. 365–1 (превышение полномочий должностным лицом юридического лица частного права независимо от организационно-правовой формы) – охраняемые законом интересы отдельных граждан, или государственные или общественные интересы, интересы юридических лиц; ч. 1 ст. 367 (служебная халатность) – охраняемые законом интересы отдельных граждан, или государственные или общественные интересы, или интересы отдельных юридических лиц; ч. 1–2 ст. 368 (принятие предложения, обещания или получение неправомерной выгоды должностным лицом) – интересы того, кто предлагает, обещает или предоставляет неправомерную выгоду, интересы третьего лица; ч. 1 и 3 ст. 368–3 (подкуп должностного лица юридического лица частного права независимо от организационно-правовой формы) – интересы того, кто предлагает или предоставляет неправомерную выгоду, интересы третьего лица; ч. 1 и 3 ст. 368–4 (подкуп лица, которое предоставляет публичные услуги) – интересы того, кто предлагает или предоставляет неправомерную выгоду, интересы третьего лица; ч. 1–2 ст. 369 (предложение или предоставление неправомерной выгоды должностному лицу) – интересы того, кто предлагает, обещает, предоставляет неправомерную выгоду, интересы третьего лица; ч. 3 ст. 371 (заведомо незаконные задержания, привод, арест или содержание под стражей) – другие личные интересы; ч. 2 ст. 375 (вынесение судьей (судьями) заведомо неправосудного приговора, решения, определения или постановления) – другие личные интересы; ч. 3 ст. 382 (невыполнение судебного решения) – государственные или общественные интересы, или интересы юридических лиц; ч. 1 ст. 423 (злоупотребление военной служебной властью или служебным положением) – другие личные интересы, или интересы третьих лиц, УК Украины.

Итак, в тексте уголовного закона спектр использования термина «интерес» довольно широкий – от интересов Украины или иностранных государств до охраняемых законом интересов отдельных граждан. При этом законодатель использует термин «интерес» в различных смыслах и значениях, которые условно можно разделить на отдельные группы:

1. Законные интересы (также встречается обобщающая категория «правоохраняемые интересы»):

1) интересы физического лица (интересы лица, которое защищается, или другого лица; интересы лица; законные интересы лиц; интересы того, кто занимается хозяйственной деятельностью; охраняемые законом интересы отдельных граждан; личные интересы; интересы гражданина);

2) интересы юридического лица (интересы того, кто занимается хозяйственной деятельностью; интересы от-

дельных юридических лиц; интересы владельца; интересы юридического лица частного права, интересы юридических лиц);

3) интересы государства (интересы Украины; интересы государства, государственные интересы; интересы владельца; интересы службы; заинтересованное иностранное государство);

4) интересы общества (общественные интересы; гражданские интересы).

II. Незаконные (противоправные) интересы: (личная заинтересованность или интересы третьих лиц; интересы угрожающего; интересы того, кто предлагает, обещает, предоставляет неправомерную выгоду, интересы третьего лица, другие личные интересы; интересы того, кто предлагает, обещает или предоставляет неправомерную выгоду, интересы третьего лица).

Понимая сложность и многообразие проявлений категории «интерес», которая в последнее время все активнее используется отечественным законодателем при конструировании новых (в том числе уголовно-правовых) норм, а также существенные сложности при их реализации правоприменителями, Конституционный Суд Украины рассмотрел вопрос об официальном толковании понятия «охраняемый законом интерес», пытаясь упорядочить (гармонизировать) различные подходы к его пониманию.

При этом он отметил, что «этимологический смысл слова «интерес» включает: а) внимание к кому-, чему-либо, заинтересованность кем-то, чем-то; увлечение; б) вес; значение; в) то, что больше всего интересует кого-нибудь, что составляет содержание чьих-то мыслей и забот; г) стремление, потребность; д) то, что идет на пользу кому-, чему-либо, соответствует чьим-то стремлениям, потребностям; выгоду, пользу, корысть. В общесоциологическом смысле категория «интерес» понимается как объективно существующая и субъективно осознанная социальная потребность, как мотив, стимул, возбудитель, побуждение к действию; в психологии – как отношение личности к предмету как к чему-то для нее ценному, такому, что притягивает. В юридическом актах термин «интерес», учитывая его как этимологическое, так и общесоциологическое, психологическое значение, употребляется в широком или узком смысле как самостоятельный объект правоотношений, реализация которого удовлетворяется блокируется нормативными средствами.

Примером применения понятия «интерес» в широком смысле является Конституция Украины, а именно статьи 18, 32, 34, 35, 36, 39, 41, 44, 79, 89, 104, 121, 127, 140, которые делают акцент на национальных интересах, интересах национальной безопасности, экономического благосостояния, территориальной целостности, общественного порядка, здоровья и нравственности населения, политических, экономических, социальных, культурных интересах, интересах общества, интересах всех соотечественников, интересах гражданина, интересах, общих интересах территориальных общин сел, поселков и городов. Указывая на наличие таких интересов, Конституция Украины подчеркивает необходимость их обеспечения (ст. 18), удовлетворения (ст. 36) или защиты (ст. 44, 127). Содержание интересов в широком смысле Конституция Украины не раскрывает. Однако в Законе Украины «Об основах национальной безопасности Украины» от 19 июня 2003 № 964–IV дается как определение термина «национальные интересы» (ст. 1), так и исчерпывающий перечень их приоритетов (ст. 6).

Конституционный Суд Украины, исходя из содержания конституционного представления, осуществил интер-

претацию понятия «интерес» в узком смысле этого слова, поскольку в ходатайстве народных депутатов Украины речь идет именно о такой разновидности интереса в словосочетании «охраняемый законом интерес», то есть интерес, который, в отличие от интереса в широком смысле, находится исключительно в логически-смысловой связи с субъективными правами, но прямо ними не опосредуется, то есть выходит за пределы последних. В таком значении слово «интерес» применяется в Конституции Украины, в ч. 1 ст. 4 Гражданского процессуального кодекса Украины, отдельные положения которого подлежат официальному толкованию во многих законах и в других нормативно-правовых актах.

Исходя из содержания части первой ст. 8 Конституции Украины, охраняемый законом интерес находится под защитой не только закона, но и объективного права в целом, которое преобладает в обществе, в частности справедливости, поскольку интерес в узком смысле обусловлен общим содержанием такого права и является его составляющей. «Одним из проявлений верховенства права, – подчеркивается в подпункте 4.1 Решения Конституционного Суда Украины по делу о назначении судом более мягкого наказания от 2 ноября 2004 № 15-рп/2004, – является то, что право не ограничивается только законодательством как одной из его форм, а включает и другие социальные регуляторы, в частности нормы морали, традиции, обычаи, которые легитимированы обществом и обусловлены исторически достигнутым культурным уровнем общества. Все эти элементы права объединяются качеством, соответствующим идеологии справедливости, идее права, которая в значительной степени получила отражение в Конституции Украины. Такое понимание права не дает оснований для его отождествления с законом, который иногда может быть и несправедливым. Справедливость как одна из основ права является решающей в определении его как регулятора общественных отношений, одним из общечеловеческих измерений права. Обычно справедливость рассматривают как свойство права».

Более того, виды и содержание охраняемых законом интересов, находящихся в логико-смысловой связи с понятием «прав», как правило, не определяются в статьях закона, а потому фактически являются правоохраняемыми.

В случаях, когда интерес не подлежит охране ни законом, ни правом, законодатель всегда прямо об этом говорит. Так, в Гражданском кодексе Украины содержатся понятие интереса, который может противоречить общим принципам гражданского законодательства (ст. 15), интересам других (ст. 64) и интересу, который не противоречит закону (ст. 980), чем подчеркивается, что в тех или иных правоотношениях, с одной стороны, существуют интересы, которые не подлежат охране законом, поскольку они ему противоречат, а с другой – могут возникнуть конфликты интересов. Ч. 3 ст. 16 названного Кодекса предостерегает, что суд может отказать в защите интересов лица, если при реализации последних оно не удерживается от действий, которые могли бы нарушать права других лиц, нанести ущерб окружающей среде или культурному наследию, намерено причинить вред другому лицу или злоупотреблять правом в иных формах, не соблюдает нравственных основ общества, неправомерно ограничивает конкуренцию, прибегает к недобросовестной конкуренции, злоупотребляет монопольным положением на рынке.

Итак, интерес может быть как охраняемым законом, правоохраняемым законным, так и незаконным, то есть

таким, который не защищается ни законом, ни правом, не должен обеспечиваться ими, поскольку такой интерес направлен на ущемление прав и свобод других физических и юридических лиц, ограничивает защищенные Конституцией и законами Украины интересы общества, государства или «всех соотечественников» либо не соответствует Конституции или законам Украины, общепризнанным принципам права. Упор на «охраняемости законом» или законности того или иного интереса законодатель делает не всегда, несмотря на то, что упомянутые в законах интересы не противоречат Конституции Украины или вытекают из его содержания. Такое акцентирование, о чем, в первую очередь, свидетельствуют Гражданский процессуальный кодекс Украины, Уголовно-процессуальный кодекс Украины, Хозяйственный процессуальный кодекс Украины, применяется только в случае, когда не исключена возможность путем злоупотребления интересами, стремлениями, используя те или иные юридические нормы, обеспечить реализацию незаконных интересов. Именно на предотвращение таких возможностей направлены положения ст. 4 Гражданского процессуального кодекса Украины: заинтересованное лицо вправе обращаться в суд за защитой не любого, а исключительно охраняемого законом интереса, законного интереса.

Для правильного понимания понятия «охраняемый законом интерес» важно учитывать и то, что конфликт интересов присущ не только правовым и неправовым интересам, но и конгломерату собственно законных, охраняемых законом и правом интересов. Речь идет об исключительно легитимных, но конкурирующих интересах покупателя и продавца, должника и кредитора, нанимателя и наймодателя, потребителя и товаропроизводителя, прокурора и адвоката, следователя и подозреваемого. Определенной конфликтностью характеризуются и охраняемые законом и правом интересы гражданина и государства, личности и общества, акционера и акционерного общества, национальные и общечеловеческие, частные и публичные.

Особое значение приобретает четкое разграничение понятий «интерес» (в узком смысле) и «субъективное право», логично-смысловая связь между которыми очевидна: и то, и другое опосредуется объективным правом, гарантируется и охраняется государством.

В частности, и субъективное право, и связанный с ним интерес являются разрешениями. Но первое является особым разрешением, то есть разрешением, которое отображается в известной формуле: «Разрешено все, что предусмотрено законом», а второе – простым разрешением, то есть разрешением, к которому можно применять не менее известное правило: «Разрешено все, что не запрещается законом». Интерес, даже находясь под охраной закона или права, в отличие от субъективного права, не имеет такой правовой возможности, как последнее, поскольку не обеспечивается юридической обязанностью другой стороны. Законный интерес отражает только легитимное стремление своего носителя к тому, что не запрещено законом, то есть только его желание, мечту, влечение к нему, значит, не юридическую, а фактическую (социальную) возможность. Это стремление в пределах сферы правового регулирования к пользованию каким-то конкретным материальным или нематериальным благом. Отличие такого блага от блага, которое охватывается содержанием субъективного права, заключается в том, что пользование благом, на которое лицо имеет право, определяется возможностью в рамках закона, а к которому имеет законный интерес – без тре-

бований определенных действий от других лиц или четко установленных границ поведения.

Итак, понятие «охраняемый законом интерес», употребляемый в законах Украины в логико-смысловой связи с понятием «права» (интерес в узком смысле этого слова), означает правовой феномен, который: а) выходит за рамки содержания субъективного права; б) является самостоятельным объектом судебной защиты и других средств правовой охраны; в) имеет целью удовлетворение осознанных индивидуальных и коллективных потребностей; г) не может противоречить Конституции и законам Украины, общественным интересам, общепризнанным принципам права; д) означает стремление (не юридическую возможность) к пользованию в рамках правового регулирования конкретным материальным и/или нематериальным благом; е) рассматривается как простое легитимное разрешение, то есть, не запрещенное законом. Охраняемый законом интерес регулирует ту сферу отношений, углубление в которую для субъективного права законодатель считает невозможным или нецелесообразным [7].

**Выводы.** Учитывая вышесказанное, вполне справедливой представляется позиция В.Н. Кудрявцева о том, что понятие «интерес» не совпадает с понятием «общественные отношения» и имеет в известной мере субъективный характер [8, с. 148]. Дополняя мнение известного российского ученого, А.А. Музыка и Е.В. Лашук уточняют: вывод ученого является абсолютно правильным, поскольку путём использования категории «интересы» нельзя объяснить, что является объектом преступления; они – лишь составляющая психических процессов человека (лица), группы лиц или общества. Преступник не может посягать на законный интерес и наносить ему вред, а интересы самого

преступника могут только противостоять (противоречить) законным интересам субъектов общественных отношений, охраняемых уголовным законом [9, с. 44].

#### Список использованной литературы

1. Юридическая конфликтология – новое направление в науке («Круглый стол» журнала) // Государство и право. – 1994. – № 4. – 18 с.
2. Иванов В.М. Юридична конфліктологія / В.М. Иванов, О.В. Иванова. – К. : МАУП, 2004. – 224 с.
3. Малахов И.П. Основы уголовного права. Общая часть. Разд. 1. Основания уголовной ответственности / И.П. Малахов. – К. : МАУП, 2000. – 192 с.
4. Бажанов М.И. Уголовное право Украины. Общая часть / М.И. Бажанов. – Днепропетровск : «Пороги», 1992. – С. 30–31.
5. Каиржанов Е.И. Объект преступления – интересы социальных субъектов / Е.И. Каиржанов. – Алматы : Экономика, 2008. – 182 с.
6. Андрушко П.П., Стрижевська А.А. Злочини у сфері службової діяльності: кримінально-правова характеристика / П.П. Андрушко. – К. : Юрисконсульт, 2006. – 342 с.
7. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень ч. 1 ст. 4 ЦПК України (справа про охоронюваний законом інтерес) від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-04>.
8. Кудрявцев В.Н. Объективная сторона преступления. – М. : Госюриздат, 1960. – 244 с.
9. Музыка А.А., Лашук С.В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання : [монографія] / А.А. Музыка, С.В. Лашук. – К. : ПАЛИВОДА А.В., 2011. – 192 с.

УДК 343.3.7(477)

## ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ОБЩЕГО СОСТАВА ЗЕМЕЛЬНЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

**Андрей ШУЛЬГА,**  
кандидат юридических наук, доцент,  
профессор кафедры уголовного права и криминологии  
Харьковского национального университета внутренних дел

### SUMMARY

The article is devoted to actual issues of establishing the grounds of criminal liability for the land crimes as the main means of counteraction to land criminality in Ukraine. A theoretical study of the criminal liability phenomenon is conducted and theoretical study of legal grounds of criminal liability for the commission of land crimes in formal components of a crime provided by the appropriate articles of the Criminal Code of Ukraine is also conducted. The legal analysis of general formal components of land crimes is carried out. The legal content of objective and subjective elements of the corpus delicti of land crimes (object, item, objective features, the subject of the crime and the subjective features) is revealed. The conclusion about the importance of correct establishing of all components of land crimes as single legal ground of bringing guilty person to criminal liability is given.

**Key words:** criminal liability, land crimes, land resources, formal components of a crime, object of land crimes, item of land crimes, objective features of land crimes, subject of land crimes, subjective features of the land crimes.

### АННОТАЦИЯ

Статья посвящена актуальным вопросам установления и оснований уголовной ответственности за земельные преступления как основного средства противодействия земельной преступности в Украине. В статье проводится теоретическое исследование как самого явления – уголовной ответственности, так и юридического основания наступления уголовной ответственности за совершение земельных преступлений – состава преступления, предусмотренного соответствующими статьями Уголовного кодекса Украины. Осуществляется юридический анализ общего состава земельных преступлений. Раскрывается правовое содержание объективных и субъективных элементов состава земельных преступлений (объекта, предмета, объективной стороны, субъекта преступления и субъективной стороны состава земельных преступлений). Делается вывод о важности верного установления всех признаков состава земельных преступлений как единственного юридического основания привлечения виновного к уголовной ответственности.

**Ключевые слова:** уголовная ответственность, земельные преступления, земельные ресурсы, состав преступления, объект земельных преступлений, предмет земельных преступлений, объективная сторона земельных преступлений, субъект земельных преступлений, субъективная сторона земельных преступлений.

**Постановка проблемы.** На сегодняшний день проблема правовой охраны земельных ресурсов от преступных посягательств является достаточно актуальной. Это связано в первую очередь с важностью земельных ресурсов для существования государства, общества и конкретного человека. Количественные и качественные характеристики земельных ресурсов, их правовой статус, а также обеспечение правовой охраны земельных ресурсов выступают важными составляющими общегосударственной безопасности. Одним из наиболее действенных средств обеспечения охраны земельных ресурсов от общественно опасных, виновных и противоправных посягательств выступает уголовная ответственность.

**Актуальность темы исследования** подтверждается степенью нераскрытости темы. В настоящее время отсутствуют фундаментальные работы относительно обеспечения охраны комплекса земельных правоотношений путем применения уголовной ответственности к лицам, виновным в совершении земельных преступлений.

**Состояние исследования.** Вопросами правовой охраны природных ресурсов, в том числе земельных, занимались и продолжают заниматься В.И. Андрейцев, Ю.С. Богомяков, М.М. Бринчук, Т.Д. Бушуева, В.П. Владимиров, С.Б. Гавриш, Н.С. Гавриш, П.С. Дагель, О.В. Дубовик, Э.Н. Жевлаков, О.С. Колбасов, З.Г. Корчева, С.Н. Кравченко, У.Я. Крастыньш, Б.М. Леонтьев, Н.А. Лопашенко, Ю.И. Ляпунов, В.К. Матвийчук, В.Л. Мунтян, П.С. Ма-

тишевский, В.А. Навроцкий, В.В. Петров, П.Ф. Повелицына, Б.Г. Розовский, Н.И. Титова, Ю.С. Шемшученко, Н.Г. Шимбарева, М.В. Шульга и другие специалисты по уголовному праву и криминологии, экологическому и земельному праву.

**Целью статьи** является теоретическое исследование проблемы установления оснований уголовной ответственности за земельные преступления для дальнейшей оптимизации норм уголовного законодательства в сфере охраны земельных ресурсов от преступных посягательств.

**Изложение основного материала.** Уголовная ответственность является наиболее строгим видом юридической ответственности. В теории уголовного права сущность уголовной ответственности понимается по-разному. Одни ученые считают, что уголовная ответственность – это обязанность виновного лица дать в установленном порядке отчет о совершенном преступлении: быть подданным определенным правоограничениям (предупредительным мерам), исходящим из установленного порядка решения вопроса ответственности, быть осужденным от имени государства и понести надлежащее наказание [1, с. 21]. Такая обязанность основана на положениях закона об уголовной ответственности и обеспечивается принудительной силой государства [2, с. 25; 3, с. 86; 4, с. 49].

Другие исследователи отмечают, что уголовная ответственность – это государственное осуждение лица, совершившего преступление, закрепленное в обвинительном

приговоре суда и связанное с реальным применением или без такового мер уголовно-правового характера. Сущность уголовной ответственности в этом случае заключается в том, что ее обязательным, а иногда и единственным, элементом выступает осуждение виновного государством в лице суда в обвинительном приговоре [5, с. 39; 6, с. 39].

Третья группа ученых рассматривает уголовную ответственность как реальное применение уголовно-правовой нормы, а конкретно – ее санкции [7, с. 39]. В этом контексте сторонники такого понимания уголовной ответственности отождествляют ее с наказанием. Так, например, Ю.В. Баулин рассматривает сущность уголовной ответственности в пределах процесса реализации санкции уголовно-правовой нормы и определяет понятие уголовной ответственности так: «Предусмотренные Уголовным кодексом Украины вид и мера ограничения прав и свобод преступника, что индивидуализируется судом и осуществляется специальными органами государства» [8, с. 30].

Четвертая группа исследователей утверждает, что уголовная ответственность определяется через категорию правоотношений. При таком понимании уголовная ответственность определяется как совокупность уголовных, уголовно-процессуальных и уголовно-исполнительных правоотношений, которые возникают между преступником и государством в лице органов, осуществляющих борьбу с преступностью [9, с. 50]. Или же уголовная ответственность отождествляется только с уголовными правоотношениями или с их определенным видом – охранительными уголовно-правовыми отношениями, связанными с совершением преступления [10, с. 9].

Суть пятой позиции относительно понимания уголовной ответственности сводится к тому, что, кроме ответственности за прошлое поведение, которая является ретроспективной (негативной) ответственностью, есть еще и позитивная ответственность, которая заключается в осознании лицом необходимости соблюдения уголовно-правового запрета, формировании ответственного отношения лица к выполнению обязанностей по несвершению преступления. Дифференциация уголовной ответственности на две формы – позитивную и ретроспективную – обуславливается двумя разными основаниями ее возникновения. Так, совершение преступления влечет ретроспективную уголовную ответственность, а правомерное поведение, которое стимулируется законом, создает позитивную ответственность субъекта [11].

Последняя точка зрения относительно понимания уголовной ответственности сквозь призму «ретроспективной» и «позитивной» ответственности представляется наиболее обоснованной. Хотя при этом неоднозначной является позиция сторонников такого понимания уголовной ответственности в части ее определения как обязанности подвергнуться установленным в уголовном законе правоограничениям [12, с. 44–45] или как охраняемых уголовно-правовых отношений, сопряженных с совершением преступления [10, с. 9]. В то же время по поводу «позитивной» ответственности наметились тенденции к определению ее сущности не только как осознанной необходимости соблюдения уголовно-правового запрета, но и как определенного вида «поощрительных уголовно-правовых отношений» [10, с. 11].

В юридической литературе верно отмечается, что сущность уголовной ответственности определяется ее особенной юридической природой. Она является типичной формой реализации охранительных уголовно-правовых отно-

шений. Именно поэтому под уголовной ответственностью понимают типичную форму реализации охранительных уголовно-правовых отношений, порождаемых совершением преступления, которое заключается в государственном осуждении в обвинительном приговоре суда лица, совершившего преступление, как правило, сопряженном с применением к нему иных мер государственного принуждения, которые носят карательный характер и предусмотрены уголовным законодательством Украины [11].

В этимологическом понимании термин «ответственность» означает обязанность лица отвечать за что-то [13, с. 250]. Такое понимание в полном объеме отвечает философско-социологическому толкованию слова «ответственность» как определенного понятия, которое отображает объективный исторический характер взаимоотношений между человеком и обществом, человеком и государством с точки зрения сдерживания и выполнения взаимных требований, предъявляемых к ним.

В соответствии с законодательным положением уголовная ответственность наступает только при наличии определенных оснований. Такими основаниями, согласно ч. 1 ст. 2 Уголовного кодекса Украины (далее – УК Украины), являются совершение лицом общественно опасного деяния – фактическое основание, содержащее состав преступления, предусмотренного Особенной частью действующего УК Украины – юридическое основание. Исчерпывающий перечень всех преступных деяний содержится именно в Особенной части УК Украины. Среди таких деяний особое место занимают так называемые «земельные преступления». В науке уголовного права под земельными преступлениями понимают общественно опасные виновные деяния (действие или бездействие), предусмотренные соответствующими уголовно-правовыми нормами Особенной части УК Украины, которые совершаются соответствующим субъектом преступления и посягают на отношения в сфере охраны, рационального использования и воссоздания земельных ресурсов [14, с. 155]. Это определение построено на базе общего определения преступления (ч. 1 ст. 11 УК Украины). Дискутировать относительно правильности или неправильности такого определения можно в будущих публикациях и на научных конференциях.

В действующем УК Украины законодательно закреплены основания уголовной ответственности. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 2 УК Украины основанием уголовной ответственности является совершение лицом общественно опасного деяния, которое содержит состав преступления, предусмотренного действующим УК Украины. Если в качестве фактического основания наступления уголовной ответственности в нашем случае выступает совершение субъектом земельного преступления, то в качестве юридического – наличие в действиях этого субъекта состава преступления, то есть объективных и субъективных признаков совершенного деяния. При этом, как отмечается в литературе, следует ограничивать состав преступления от самого преступления [15, с. 87].

Состав преступления как единственное юридическое основание уголовной ответственности – это определенная модель любого преступления, в том числе и земельного. Под составом преступления в теории уголовного права понимают совокупность установленных в законе об уголовной ответственности объективных и субъективных признаков, которые определяют общественно опасное деяние как преступное. К этим признакам законодатель относит объект и предмет преступления, объективную сторону,

субъект преступления и субъективную сторону. Отсутствие хотя бы одного из элементов состава преступления означает автоматическую утрату основания уголовной ответственности.

Анализ общего состава земельных преступлений необходимо начинать с характеристики объективных признаков, в частности объекта и предмета преступления. Учение об объекте преступления является одним из центральных и дискуссионных в науке уголовного права. Объект преступления играет важную роль в определении самого понятия преступления, в значительной степени влияя на содержание объективных и субъективных его признаков, является начальным элементом при квалификации преступлений, а также критерием при построении системы Особенной части УК Украины [16, с. 86].

Самостоятельных исследований понятия, сущности, влияния и значения объекта земельных преступлений на сегодняшний день в теории уголовного права нет. Это можно объяснить тем, что данная группа преступлений сформировалась относительно недавно. Так, впервые в действующем УК Украины было закреплено лишь два состава: ст. 239 «Загрязнение или порча земель» и ст. 254 «Бесхозяйственное использование земель». А уже позже в УК Украины были включены ст. 197-1 «Самовольный захват земельного участка и самовольное строительство» (11 января 2007 г.), ст. 239-1 «Незаконное завладение грунтовыми покровом (поверхностным слоем) земель» и ст. 239-2 «Незаконное завладение землями водного фонда в особо крупных размерах» (5 ноября 2009 г.).

Среди существующих точек зрения относительно определения объекта преступления, не применяя детальный анализ каждой, предлагается считать в качестве объекта земельных преступлений общественные отношения, возникающие и существующие в сфере охраны, рационального использования и воссоздания земельных ресурсов. Такое понимание объекта уже существовало в науке, однако относительно других элементов окружающей естественной среды [17, с. 19; 18, с. 7]. Это понимание объекта видится наиболее логичным, поскольку земельные ресурсы, охраняемые национальным уголовным законом, выполняют разные функции. Так, например, ст. 197-1 УК Украины «Самовольный захват земельного участка и самовольное строительство» размещена законодателем в Разделе VI «Преступления против собственности». Соответственно, земельные ресурсы в контексте этой нормы рассматриваются как элемент отношений земельной собственности, то есть отношений по поводу владения, пользования и распоряжения земельными ресурсами в виде конкретного земельного участка. Статьи 239, 239-1, 239-2, 254 УК Украины нашли свое место в Разделе VIII «Преступления против окружающей среды». В этом случае земельные ресурсы выступают в качестве элемента окружающей природной среды, а также элемента системы хозяйственной деятельности. Поэтому в качестве объекта этих преступлений выступают те же отношения в сфере охраны, рационального использования и воссоздания земельных ресурсов как элемента права собственности, окружающей природной среды и элемента хозяйственной деятельности.

Как уже стало понятно, земельные ресурсы могут выступать в качестве составляющей общественных отношений земельной собственности, которые возникают и существуют по поводу владения, пользования и распоряжения конкретным земельным участком. Также земельные ресурсы вместе с другими природными объектами составляют

целостную систему окружающей природной среды. Наконец, земельные ресурсы выступают в качестве основы материального производства в сельском, лесном и других видах хозяйства, являются пространственным базисом для размещения жилья людей, производства, объектов инфраструктуры, жизнедеятельности человека и так далее. От характера и уровня эффективности правовой охраны и использования земельных ресурсов зависят развитие производительных сил, масштабы производства и, соответственно, материальное и биологическое благополучие населения государства.

Элемент состава преступления, который прямо относится к объекту, – предмет преступления. В теории уголовного права существует главенствующая точка зрения о том, что предметом преступления являются вещи материального мира, с определенными свойствами которых закон связывает наличие в действиях лица признаков конкретного состава преступления [15, с. 100; 19, с. 103; 22, с. 74]. Хотя существуют и несколько иные трактовки понимания этого элемента состава преступления [20, с. 93; 21, с. 71]. Соответственно, в качестве предмета рассматриваемых преступлений выступают земельные ресурсы в разных проявлениях, в частности как естественный объект природного происхождения [23, с. 56; 24, с. 6], как пространственно-территориальный базис для жизни человека и размещения производства [25, с. 146; 26, с. 113], как земной шар, часть космического пространства [27, с. 5; 28, с. 4], как основа производства в сельском, лесном хозяйстве [29, с. 364; 30, с. 26].

Следует отметить, что в литературе иногда отождествляют термины «земля», «земельные ресурсы», «территориальные ресурсы», «земельный фонд». Они являются разными по своему логическому значению и смысловому объему. Поэтому следует согласиться с мнением М.Б. Данилишина о том, что достаточно часто эти термины употребляются некорректно, а то и нестати [31, с. 234].

Следовательно, необходимо рассмотреть каждый из терминов, связанных с охраной, использованием и воссозданием земельных ресурсов. Существует законодательное определение понятий «земля» и «земельные ресурсы». Оно закреплено в Законе Украины «Об охране земель». Так, в соответствии со ст. 1 Закона Украины «Об охране земель» земля – это поверхность суши с почвами, полезными ископаемыми и другими природными элементами, которые органично соединены и функционируют вместе с ней. Земельные ресурсы в свою очередь представляют совокупный природный ресурс поверхности суши как пространственный базис расселения населения и его хозяйственной деятельности, основное средство производства в сельском и лесном хозяйстве [32]. Термин «земельные ресурсы» характеризуется многогранностью. Он имеет более широкое смысловое значение, чем термин «земля», поскольку земельные ресурсы характеризуются еще и тем, что они вовлечены в хозяйственную деятельность человека. Соответственно, анализируя предмет земельных преступлений, следует оперировать именно категорией «земельные ресурсы», а не просто «земли».

Объективная сторона состава преступления указывает на существующие в объективной действительности изменения, которые происходят во времени и пространстве. Такие изменения происходят в первую очередь путем осуществления определенного поведения, которое характеризуется своей общественной опасностью, виновностью и противоправностью. Объективным свойством

общественно опасного деяния выступает, как справедливо подчеркивается в литературе, способность причинять негативные изменения в объекте уголовно-правовой охраны [33, с. 127]. Так, при совершении действий, предусмотренных диспозициями ст. ст. 197-1, 239, 239-1, 239-2, 252, 254 УК Украины, вред причиняется существующим отношениям в сфере охраны, рационального использования и воссоздания земельных ресурсов. Механизм причинения такого вреда во всех видах земельных преступлений является разным, но все действия влекут наступление общественно опасных последствий в виде причинения существенного вреда законному владельцу или собственнику (ч. ч. 1, 2 ст. 197-1 УК Украины), создания опасности для жизни, здоровья людей или окружающей среды (ст. ст. 239, 239-1 УК Украины), причинения длительного снижения или потери плодородия, выведения земель из сельскохозяйственного оборота, смыва гумусного слоя, нарушения структуры почвы (ст. 254 УК Украины). Исключение представляет только ст. 239-2 УК Украины. Объективная сторона предусмотренного ею преступления сконструирована в виде формального состава и характеризуется лишь совершением общественно опасного деяния.

Как видим, земельные преступления характеризуются тем, что общественно опасные деяния (которые, кстати, в основном имеют форму действия) наносят вред земельным ресурсам как объекту окружающей среды, как объекту права собственности, как объекту хозяйственной деятельности. Это в свою очередь имеет важнейшее значение для установления объекта состава земельных преступлений.

Объективная сторона состава земельных преступлений в основном характеризуется материальным составом. Это значит, что для признания преступления окончательным необходимо установить наличие не только общественно опасного деяния, но и общественно опасного следствия, а также необходимой причинной связи между деянием и последствием. Установление признаков объективной стороны состава земельных преступлений является необходимым и обязательным условием правильной и точной квалификации преступления, позволяет сделать выводы относительно направленности действий виновного, которые имеют целью причинение вреда земельным ресурсам как элементу права земельной собственности, окружающей природной среды и составной хозяйственной деятельности человека.

Общественно опасные деяния, предусмотренные диспозициями ст. ст. 197-1, 239, 239-1, 239-2, 254 УК Украины, представляют активную форму поведения человека. В соответствии с ч. 1 ст. 11 УК Украины такой человек называется субъектом преступления. Субъектом земельных преступлений является лицо физическое, вменяемое, которое достигло 16-летнего возраста. То есть субъект этих преступлений является общим. Хотя отдельные преступления этой группы могут быть совершены и специальным субъектом, например, загрязнение или порча земель (ст. 239 УК Украины), незаконное завладение грунтовыми покровами (поверхностным слоем) земель (ст. 239-1 УК Украины), незаконное завладение землями водного фонда в особо крупных размерах (ст. 239-2 УК Украины), бесхозяйственное использование земель (ст. 254 УК Украины). Признание субъектом этих преступлений специального субъекта основывается на том, что санкцией указанных норм предусмотрено наказание в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью. Такое наказание может быть

применено лишь к специальному субъекту преступления [14, с. 156]. Во всех иных случаях квалификация земельных преступлений должна происходить по совокупности: соответствующая часть статьи, предусматривающей ответственность за соответствующее земельное преступление, и соответствующая часть статьи, которой предусмотрена ответственность за преступления в сфере служебной деятельности и профессиональной деятельности, связанной с предоставлением публичных услуг (например, ч. 1 ст. 197-1 и ч. 1 ст. 365 УК Украины и так далее).

Отдельным вопросом научного исследования является возможность признания субъектом земельных преступлений юридических лиц. В уголовном праве дискуссии относительно проблемы признания субъектом преступления юридических лиц активно начались еще в конце XX века. Многие ученые настаивали на признании юридического лица субъектом преступления [34, с. 35–36; 35, с. 31–37; 36, с. 18–27; 37, с. 227]. Их оппоненты отмечали, что за коллективной ответственностью юридического лица могут спрятаться настоящие виновники преступления [38, с. 133–139]. Последнюю позицию можно считать наиболее оправданной и обоснованной. Поэтому более логичным является признание в качестве субъекта земельных преступлений именно физического, а не юридического лица.

Субъекты, совершающие земельные преступления, действуют всегда умышленно. Именно умысел при совершении общественно опасных действий, предусмотренных диспозициями статей, относит их к преступлениям. Субъективная сторона рассматриваемых преступлений является обязательным признаком состава земельных преступлений. Однако не только общественно опасное деяние является обязательным признаком объективной стороны земельных преступлений, но и общественно опасные последствия. Такие последствия имеют форму или реального причинения вреда объекту уголовно-правовой охраны (ст. ст. 197-1, 254 УК Украины), или же форму создания опасности для жизни, здоровья или окружающей среды (ст. ст. 239, 239-1 УК Украины). Конструктивная сложность объективной стороны влияет на установление субъективной стороны анализируемых нами преступлений.

Земельные преступления могут совершаться полностью умышленно (ст. ст. 197-1, 239-2 УК Украины) или же иметь сложную форму вины (ст. ст. 239, 239-1, 254 УК Украины). В последнем случае имеем разное психическое отношение виновного отдельно к общественно опасному деянию (умысел) и отдельно к общественно опасному последствию (неосторожность). И если относительно умышленного совершения отдельных земельных преступлений проблемные вопросы возникают не так остро, то при установлении сложной формы вины в этих преступлениях присутствуют значительные сложности, которые являются предметом отдельного научного исследования.

Концепция сложной формы вины относится к методологическим принципам распределения психического отношения лица к общественно опасному деянию и к общественно опасным последствиям. Сложная форма вины признавалась фактически одной из отдельных форм вины наряду с умыслом и неосторожностью [39, с. 7]. В некоторых случаях, как уместно отмечает П.С. Берзин, специфическое уголовно-правовое содержание субъективной стороны состава преступления может включать наличие двух разных форм вины (сочетать две формы): отдельно относительно самого деяния (действия или бездействия) и отдельно относительно общественно опасных последствий,



которые наступили в результате совершения общественно опасного деяния. Однако в теории уголовного права, а также в правоприменительной практике нет единства относительно так называемой сложной формы вины [40, с. 102].

Некоторые ученые называют преступления с материальным составом, в которых разное психическое отношение к деянию и к последствиям, «общественно опасным деянием с двойной (смешанной или сложной) формой вины». Чаще всего такая форма вины имеет место при совершении преступлений, связанных с нарушением специальных правил или обязанностей, и наступлением в результате такого нарушения негативных последствий. По их мнению, сложная форма вины может проявляться в умысле относительно нарушения таких правил и в неосторожности относительно наступивших последствий [3, с. 144–146]. Также подвидом преступлений со сложной формой вины признают преступления с материальным составом, которые имеют два последствия: ближайшее (непосредственное) и производное (отдаленное) [15, с. 171–172].

Проблема «сложной» формы вины является одной из наиболее дискуссионных в теории уголовного права. Сторонники такой формы вины рассматривают ее не как обычное сочетание умысла и неосторожности в одной из существующих в законе форм вины, а как новую, третью форму вины, хотя действующее законодательство при этом ее не знает. Это, по мнению В.К. Матвийчука, является пробелом в украинском законодательстве. Он отмечает необходимость внесения разъяснений в соответствующее постановление Пленума Верховного Суда Украины: в каких именно случаях идет речь о «сложной», или же «смешанной», форме вины при совершении преступлений против окружающей природной среды, что будет способствовать позитивному решению вопроса об их субъективной стороне и упростит решение проблемы установления формы вины на практике [41, с. 304].

Следует отметить, что составы земельных преступлений сконструированы неоднозначно. Так, например, самовольный захват земельного участка и самовольное строительство – это преступление с материальным составом, который имеет два последствия: ближайшее (непосредственное) – нарушенное право земельной собственности, и производное (отдаленное) – причинение материального ущерба землевладельцу или землепользователю. В этом составе психическое отношение виновного к деянию и непосредственному последствию исключительно умышленное, а к производному последствию – может быть неосторожным. Однако в целом преступление следует признавать умышленным. Загрязнение или порча земель – это преступление с материальным составом, которое характеризуется, во-первых, нарушением установленных правил обращения с опасными для человека и окружающей среды веществами, а во-вторых, наличием двух последствий: непосредственного – загрязнение окружающей природной среды, и производного – создание опасности для жизни, здоровья людей или окружающей природной среды. Соответственно, такое преступление имеет сложную форму вины: отношение к деянию и к непосредственному последствию – умысел или неосторожность, а относительно производного последствия – исключительно неосторожность. Это преступление в целом следует считать неосторожным. Незаконное завладение грунтовым покровом (поверхностным слоем) земель – это преступление с материальным составом. В данном случае мы имеем классическое умышленное преступление, так как объективная сторона его не обременена дополнительными обстоятельствами. Незакон-

ное завладение землями водного фонда в особо крупных размерах – это преступление, которое имеет формальный состав. Соответственно, оно характеризуется исключительно умышленной формой вины. Наконец, состав бесхозяйственного использования земель, как и состав незаконного завладения грунтовым покровом (поверхностным слоем) земель, является материальным и, соответственно, имеет умышленную форму вины.

**Выводы.** Важность земельных ресурсов в общественной жизни требует от государства обеспечения их охраны всеми существующими средствами, особенно правовыми. Особая роль в правовой охране земельных ресурсов отводится мерам уголовно-правового воздействия. Именно эти меры являются наиболее действенными в современных условиях социальной, политической, экономической и экологической жизни, поэтому они требуют дальнейшего совершенствования. Наиболее действенной мерой уголовно-правового воздействия на нарушителей норм права является применение к ним уголовной ответственности. Данный вид ответственности может наступать только при обязательном наличии всех элементов состава преступления. Точное установление всех составляющих объективных и субъективных признаков составов земельных преступлений является залогом правильного применения норм закона об уголовной ответственности на практике.

#### Список использованной литературы

1. Карпушин М.П. Уголовная ответственность и состав преступления. / М.П. Карпушин, В.И. Курляндский. – М. : Юридическая литература, 1974. – 229 с.
2. Брайнин Я.М. Уголовная ответственность и ее основание в советском уголовном праве / Я.М. Брайнин. – М. : Юридическая литература, 1963. – 275 с.
3. Матишевський П.С. Кримінальне право України. Загальна частина : [підручник для студ. юрид. вузів і фак-тів] / П.С. Матишевський. – К. : А.С.К., 2001. – 352 с.
4. Пинаев А.А. Курс лекций по Общей части уголовного права Украины: в 2 кн. / А.А. Пинаев. – Х. : Харьков юридический, 2001. – Кн. 1 : О преступлении. – 2001. – 289 с.
5. Тихонов К.Ф. Субъективная сторона преступления. Проблема социального содержания вины в советском уголовном праве / К.Ф. Тихонов. – Саратов : Приволжское книжное изд-во, 1967. – 104 с.
6. Ной И.С. Сущность и функции уголовного наказания в советском государстве / И.С. Ной. – Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 1973. – 192 с.
7. Загородников Н.И. О пределах уголовной ответственности / Н.И. Загородников // Советское государство и право. – 1967. – № 7. – С. 39–46.
8. Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності : [монографія] / Ю.В. Баулін. – К. : Атіка, 2004. – 296 с.
9. Стручков Н.А. Уголовная ответственность и её реализация в борьбе с преступностью / Н.А. Стручков. – Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 1978. – 288 с.
10. Чугуников І.І. Правовідносини та форми їх реалізації у кримінальному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / І.І. Чугуников ; Одеська нац. юрид. академія. – О., 2001. – 23 с.
11. Сахнюк С.О. Загальна характеристика кримінальної відповідальності як основної категорії кримінального права України / С.О. Сахнюк // Юридичний журнал. – 2009. – № 11. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3344>.

12. Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика / Т.А. Лесниевски-Костарева. – М. : НОРМА, 1998. – 296 с.
13. Смолова Л.В. Институт відповідальності представницьких органів місцевого самоврядування / Л.В. Смолова // Ефективність державного управління : зб. наук. праць. – 2013. – № 35. – С. 248–256.
14. Шульга А.М. Проблеми кримінальної відповідальності за земельні злочини / А.М. Шульга // Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. Серія «Право». – Вип. 16. – 2013. – С. 154–157.
15. Кримінальне право України. Загальна частина : [підручник] / [Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.] ; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4-ге вид., перероб. і доп. – Х. : Право, 2010. – 456 с.
16. Вереша Р.В. Кримінальне право України. Загальна частина : [навч. посібник] / Р.В. Вереша. – 2-ге вид., перероб. та доп. – К. : Центр учбової літератури, 2012. – 320 с.
17. Эффективность юридической ответственности в охране окружающей среды / О.С. Колбасов, Н.И. Краснов и др. – М. : Наука, 1985. – 224 с.
18. Повелицына П.Ф. Уголовно-правовая охрана природы в СССР / П.Ф. Повелицына. – М. : Юридическая литература, 1981. – 88 с.
19. Кримінальне право України. Загальна частина : [підручник] / [Ю.В. Александров, В.І. Антипов, М.В. Володько та ін.] ; за ред. Я.Ю. Кондратьєва, В.А. Клименко, М.І. Мельника. – К. : Правові джерела, 2002. – 432 с.
20. Кримінальне право України. Загальна частина : [підручник] / [А.М. Бабенко, Ю.А. Вапсва, В.К. Гришук та ін.] ; за заг. ред. О.М. Бандурки. – Х. : Вид-во ХНУВС, 2011. – 378 с.
21. Фріс П.Л. Кримінальне право України. Загальна частина : [навч. посібник] / П.Л. Фріс. – К. : Центр навчальної літератури, 2004. – 362 с.
22. Уголовное право Украины. Общая и Особенная части : [учебник] / отв. ред. Е.Л. Стрельцов. – Х. : ООО «Одиссей», 2007. – 720 с.
23. Земельное право : [учебник] / под ред. С.А. Боголюбова. – М. : ООО «ТК Велби», 2002. – 400 с.
24. Земельне право України : [підручник] / [М.В. Шульга, Г.В. Анісімова, Н.О. Багай, А.П. Гетьман та ін.] ; за ред. М.В. Шульги. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – 368 с.
25. Экологическое право : [учебник] / под ред. М.М. Бринчук. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Юрист, 2003. – 670 с.
26. Дорогунцов С.І. Екологія : [підручник] / С.І. Дорогунцов, К.Ф. Коценко, М.А. Хвесик. – К. : КНЕУ, 2005. – 371 с.
27. Погребной А.А. Земельное право : [учеб. пособие] / А.А. Погребной, И.И. Каракаш. – К. : Истина, 2002. – 496 с.
28. Земельне право : [курс лекцій для студ. юрид. вузів та факультів] / за ред. В.М. Ковтун. – 2-е вид. – К. : ТП Пресс, 2003. – 208 с.
29. Академічний курс : [підручник для вищ. навч. закл.] / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка. – К. : ТОВ «Юридична думка», 2005. – 848 с.
30. Лютий Я.Н. Прогнозирование и планирование использования земельных ресурсов : [учеб. пособие] / Я.Н. Лютий. – К. : Изд-во УСХА, 1991. – 136 с.
31. Данілішин Б.М. Природно-ресурсний потенціал стало-го розвитку України / Б.М. Данілішин, С.І. Дорогунцов, В.С. Міщенко, Я.В. Коваль, О.С. Новоротов, М.М. Паламарчук. – К. : РВПС України, 1999. – 237 с.
32. Про охорону земель : Закон України від 19 червня 2003 р. № 962-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/962-15>.
33. Гуторова Н.О. Кримінально-правова охорона державних фінансів / Н.О. Гуторова. – Х. : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2001. – 383 с.
34. Жевлаков Э.Н. Экологические преступления: понятия, виды, проблемы ответственности : автореф. дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Э.Н. Жевлаков. – М., 1991. – 40 с.
35. Наумов А.В. Уголовный закон в условиях перехода к рыночной экономике / А.В. Наумов // Советское государство и право. – 1991. – № 2. – С. 31–37.
36. Никифоров А.С. Юридическое лицо как субъект преступления / А.С. Никифоров // Государство и право. – 2000. – № 8. – С. 18–27.
37. Гришук В.К. Кримінальна відповідальність юридичних осіб: порівняльно-правове дослідження : [монографія] / В.К. Гришук, О.Ф. Пасєка. – Львів : Львівський держ. ун-т внутр. справ, 2013. – 248 с.
38. Дудоров О.М. Проблема юридичної особи як суб'єкта злочину та її вирішення у проектах КК України / О.М. Дудоров // Вісник Академії правових наук України. – 1999. – № 2. – С. 133–139.
39. Горбуза А.Д. Смешанная форма вины по советскому уголовному законодательству : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. / А.Д. Горбуза. – М., 1972. – 20 с.
40. Берзін П.С. Про особливості врахування наслідків як результату поведінки людини в змісті юридичної конструкції складної форми вини / П.С. Берзін // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2009. – № 2(88). – С. 95–102.
41. Матвійчук В.К. Кримінально-правова охорона навколишнього природного середовища (кримінально-правове та кримінологічне дослідження) : [монографія] / В.К. Матвійчук. – К. : Азимут Україна, 2005. – 464 с.

## КРИМИНОЛОГИЯ

УДК 159.9:34.01

### ПСИХОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ В МОЛОДІЖНІЙ КРИМІНАЛЬНІЙ СУБКУЛЬТУРІ

Анна БАРБАРА,

здобувач кафедри юридичної психології  
Національної академії внутрішніх справ

#### SUMMARY

In this article we consider relevant to the modern society phenomenon of the criminal subculture of the youth. There have been distinguished the social and psychological factors which affect the spread of criminal subculture among the young people of modern society. The article provides a designation, as well as the psychological aspects inherent in criminal youth subculture.

**Key words:** crime, youth subculture, criminal subculture, psychological aspects.

#### АНОТАЦІЯ

У статті розглядається актуальний для сучасного суспільства феномен кримінальної субкультури молоді. Виділяються соціальні та психологічні фактори, що впливають на розповсюдження кримінальної субкультури в молодіжному середовищі сучасного соціуму. Дається визначення, а також викладаються психологічні аспекти, притаманні молодіжній субкультури.

**Ключові слова:** злочинність, молодіжна субкультура, кримінальна субкультура, психологічні аспекти.

**Постановка проблеми.** На рівні повсякденних уявлень кримінальна субкультура має місце лише у виправних установах, приймальниках-розподільниках, слідчих ізоляторах, у спеціальних навчально-виховних закладах для правопорушників. Справді, саме тут кримінальна субкультура представлена найбільш концентровано. Але слід зазначити, що вона також існує поза межами цих установ: в інтернатах, армійських підрозділах, у технікумах та вищих навчальних закладах. Звідси – розмова про вікову, у нашому випадку – молодіжну субкультуру. Для того щоб ефективно протидіяти поширенню молодіжної злочинності, необхідно з'ясувати психологічні механізми, згідно з якими вона функціонує.

Вікова субкультура являє собою специфічний набір ознак і цінностей, за яким представники певного вікового прошарку усвідомлюють та стверджують себе як відмінність від інших вікових спільнот [4]. Поняття кримінальної субкультури коротко можна сформулювати так: це спосіб життєдіяльності осіб, котрі об'єдналися в кримінальні угруповання та дотримуються певних законів і традицій [2]. За визначенням В.Д. Пирожкова, кримінальна субкультура – це своєрідна цивілізація зі своєю системою цінностей, у якій усі підпорядковані компоненти утворюють сувору систему та взаємодоповнюють одне одного. Це сукупність духовних і матеріальних цінностей, які регламентують і упорядковують життя та злочинну діяльність кримінальних співтовариств, що сприяє їх життєздатності, згуртованості, активності, спадкоємності поколінь. Основу кримінальної субкультури становлять чужі громадянському суспільству цінності, норми, традиції, різні ритуали, стилі спілкування [8].

**Виклад основного матеріалу.** Кримінальна субкультура через наявність у ній певної частки романтизму, таємничості, незвичайності, емоційної насиченості є привабливою для молоді та порівняно легко нею засвоюється, при цьому детермінуючими факторами є характерні для певної вікової групи особливості: групування з однолітками та протест проти суспільних стандартів. У юнацькому

віці спілкування з однолітками перетворюється на сенс існування, і група стає провідним фактором розвитку особистості, саме вона є носієм соціальних норм і цінностей [4]. Належність до спільноти є внутрішньою потребою молодої людини, тому йде активний пошук групи – як зразка для порівняння і як джерела соціальних норм. Молода людина, ґрунтуючись на індивідуальних вікових особливостях, схильна дистанціюватися від дорослих та усвідомлено вибирати референтну групу. Надалі вже сама група через свої закономірності націлена карати членів, чия поведінка відхиляється від загальної лінії. Норми, цінності, умовності та прийняття зразків поведінки, що існують у групі, є обов'язковими для всіх її учасників. Для дотримання цих норм усіма членами групи виробляється система санкцій, які можуть мати заохочувальний або заборонний характер. У першому випадку група заохочує своїх членів, що виконують її вимоги, наприклад, підвищенням статусу, зростанням загальної поваги. У другому – група карає тих членів, поведінка яких не відповідає нормам. Формами покарання є бойкот, зменшення інтенсивності спілкування з порушниками, зниження їх статусу, виключення зі структури комунікативних зв'язків, насильство. Застосовані санкції (навіть якщо мова не йде про насильство) є відчутними для підлітків, саме через вікові особливості й потребу в спілкуванні, визнанні, прийнятті. У цьому стосунку кримінальна субкультура є авторитарною, тоталітарною за своїм характером. Вона не визнає свободи вираження особистості, її прав, вважаючи, що права є тільки в тих, хто перебуває вгорі ієрархічної драбини. Отже, відбувається становлення групового відхилення. Відчуваючи страх бути відкинутим групою («бути не зрозумілим», «залишитися самому», «стати білою вороною»), молода людина виявляє характерний для цього віку високий рівень конформізму, тобто готовність до прийняття групових норм, зміни поведінки або переконань, згідно з думкою групи, як наслідок реального чи уявного впливу з її боку [7].

І.А. Баєва виділяє ще одну закономірну для кримінальної субкультури рису – остракізм, та описує його методи:

«Методи остракізму одвічні: спочатку дискредитувати особистість, деперсоналізувати, а потім вимагати приборкати її з колективу. Остракізм має «нормативну» основу й чітку процедуру виконання. Небезпека остракізму полягає в тому, що він набуває все більшого поширення в середовищі молоді, проникаючи на поведінковому рівні в структуру спілкування. Юнаки добре поінформовані про способи деперсоналізації, застосовувані у кримінальному середовищі, про процедури та механізми остракізму» [4, с. 88]. При цьому захисні механізми відносно впливу й маніпуляцій у молоді не достатньо сформовані, що пов'язується з нестійкістю Я-концепції та нерозвиненістю таких навичок, як уміння відмовляти, адекватно сприймати критику, приймати самостійні рішення. Слід зазначити, що в юнацькому віці закладається самосвідомість, самооцінка, що відіграють вирішальну роль у процесі особистісного самовизначення й саморегулювання. Формування самооцінки, самосвідомості відбувається, насамперед, у спілкуванні в процесі активної взаємодії із собі подібними. За словами Л.С. Виготського, становлення особистості представлено таким процесом: «Особистість стає для себе тим, що вона є в собі, через те, що вона висуває до інших» [10, с. 330]. Потреби спілкування й самоствердження мають реалізовуватися в сприятливих умовах, на основі соціально значущої корисної діяльності. Якщо ж цього не стається, якщо особистість незадоволена своїм низьким статусом у системі офіційних відносин, не отримує визнання, якщо в структурі особистості домінують негативні якості: лінь, безвілля, конформність, агресивність, то прилучення до кримінальної субкультури відбувається відносно швидко і є своєрідним способом компенсації невдач, яких зазнає особа.

Включаючись у субкультуру, молода людина отримує величезні можливості для самоствердження, самореалізації свого «Я» та компенсації тих невдач, що спіткали її в суспільстві. Е. Фромм зазначав, що потреба зв'язку з навколишнім світом, потреба уникнути самотності є однією з фундаментальних людських потреб і реалізується через самоотождолення з якими-небудь ідеями, цінностями, соціальними стандартами, тобто шляхом формування соціальної ідентичності. У міру посилення ідентифікації з групою збільшується конформність і наростає деіндивідуалізація: втрачається особистісна самосвідомість, відповідальність, страх зовнішньої оцінки, відбувається зняття обмежень і стимуляція негативних установок, адже групові ситуації забезпечують анонімність поведінки й не заохочують увагу на конкретному індивіді [7]. До факторів, що впливають на характер спілкування загалом, можна зарахувати також кримінальний жаргон, який є багатofункциональним за своїм призначенням: він використовується як засіб самоствердження та ієрархічної діагностики, для вирішення проблемних ситуацій, пов'язаних зі злочинною діяльністю, слугує базою існування кримінальної субкультури, забезпечуючи відтворення законів, традицій кримінального світу. Через вікові особливості молоді її кримінальний жаргон володіє власною специфікою: вона більш інтенсивно перетворює словниковий запас, легше засвоює та активніше використовує його елементи в повсякденному житті.

Отже, кримінальна субкультура деформує особистість і на соціальному рівні, і на психологічному. Соціальна школа полягає в тому, що кримінальна субкультура стимулює протиправну поведінку і є механізмом «відтворення» злочинності в молодіжному середовищі, а психологічні збит-

ки виявляються у формуванні відхилень у сприйнятті себе, інших людей і світу загалом. На зміну свідомості молодих людей впливає особлива «філософія» кримінального світу, котра виправдовує вчинення злочинів, заперечує провину та відповідальність за скоєне, замінює низинні спонукання благородними й піднесеними мотивами: у насильницьких злочинах – почуттям «колективізму», товариською взаємодопомогою, обвинуваченням жертви; у корисливих злочинах – ідеєю перерозподілу наявної в людей власності та її присвоєння з найрізноманітнішою «позитивною» мотивацією. Перехід до ринкових відносин стимулював у злочинному середовищі ідею швидкого збагачення, зневаги до економічних інтересів інших людей, що дало спалах корисливій злочинності зі своїми жорсткими правилами гри.

У цьому контексті можна виділити такі особливості кримінальної субкультури: наявність в установі (населеному пункті, мікрорайоні) угруповань, що ворогують між собою, і конфліктів між ними; жорстка групова стратифікація з розподілом людей на «чужих» та «своїх», а «своїх» на касти; наявність різноманітних привілеїв для «еліти» й різного роду табу; поширеність ритуалів «прописки» новачків; факт появи «знедолених» («недоторканих»); таврування речей і предметів, якими мають користуватися тільки «недоторкани»; здирицтво та побори з представників «низів»; поширеність спеціальних способів зниження статусу. Ознаками, що характеризують способи проведення вільного часу, є поширеність азартних ігор; розповсюдженість тюремних способів проведення дозвілля, тюремної лірики й тюремних виробів; групове вживання токсичних і наркотичних речовин, поширеність чіфриваріння. Можна також виділити ознаки, що характеризують способи спілкування, упізнання та зв'язку: поширеність прізвиськ як засобу стигматизації; поширеність татуювань як знакової системи спілкування, упізнання «своїх» і стигматизації; поширеність кримінального жаргону та інших засобів спілкування, прийнятих у кримінальному середовищі [8]. Ці критерії, по-перше, є зовнішніми показниками особистісної деформації, а по-друге, можуть допомогти в діагностиці та оцінюванні кримінальності субкультури в молодіжному угрупованні.

**Висновки.** Отже, норми, цінності й атрибутика кримінальної субкультури формуються з урахуванням вікових особливостей юнаків, надаючи широкий діапазон для самоствердження, самореалізації свого «Я», компенсації соціальної невдачі, із залученням ореолу романтики, таємничості та незвичайності, відсутністю моральних обмежень і заборон. Норми й цінності кримінальної групи сприймаються юнаками справедливими, щирими, благородними, оскільки не містять «подвійної моралі»: дав слово – тримай, граеш у карти – грай чесно, маєш борг – вчасно поверни, що добув злочинним шляхом – усе віддай у «загальний казан», а якщо порушив якесь правило – санкції вживаються негайно. Молодіжна субкультура, у тому числі й кримінальна, – реальне явище повсякденного життя. Знання механізмів виникнення й закономірностей його функціонування дасть змогу зрозуміти внутрішні закони відтворення молодіжної злочинності, а також вибудувати превентивні заходи з урахуванням специфічних особливостей цього віку та психологічних аспектів кримінальної субкультури.

#### Список використаної літератури

1. Абраменкова В.В. Подростковая субкультура как пространство самореализации / В.В. Абраменкова // Мир психологии. – 2008. – № 1. – С. 175–189.

2. Александров Ю.К. Очерки криминальной субкультуры / Ю.К. Александров. – М. : Права человека, 2001. –152 с.
  3. Антонян Ю.М. Профилактика правонарушений / Ю.М. Антонян, Т.М. Миньковский. – М. : Юр. лит., 1978. – 328 с.
  4. Баева И.А. Психология молодежной субкультуры / И.А. Баева // Вестник практической психологии образования. – 2007. – № 1 (10). – С. 82–93.
  5. Ветров Н.И. Профилактика правонарушений среди молодежи / Н.И. Ветров. – М. : Юрид. лит., 1980. – 182 с.
  6. Казміренко Л.І. Юридична психологія. Словник / Л.І. Казміренко. – К. : ТОВ «Кондор», 2008. – 224 с.
  7. Косарецкая С.В. О неформальных объединениях молодежи / С.В. Косарецкая, Н.Ю. Синягина. – М. : ВЛАДОС, 2004. –159 с.
  8. Пирожков В.Ф. Законы преступного мира молодежи / В.Ф. Пирожков. – Тверь : Мир, 1994. – 227 с.
  9. Джужа О.М. Проблеми девіантної поведінки (кримінологічний аспект) / О.М. Джужа, С.М. Корецький // Науковий вісник НАВСУ. – 1999. – № 1. – С. 179–183.
  10. Чуфаровский Ю.В. Юридическая психология : [учебник для высших учебных заведений] / Ю.В. Чуфаровский. – М. : Проспект, 2007. –480 с.
-

УДК 343.9

## ПРОБАЦІЯ ЩОДО НЕПОВНОЛІТНІХ ЯК МЕХАНІЗМ ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИНАМ НЕПОВНОЛІТНІХ

**Ілона МИХАЙЛОВА,**  
помічник судді  
Верховного Суду України,  
здобувач кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права  
Національної академії внутрішніх справ

### SUMMARY

The article deals with the outlooks for introduction in Ukraine of the juvenile justice in the system of preventing juvenile delinquency, where the institute of probation should be one of the integral parts, which is caused by objective necessity of humanizing criminal justice. The author has analyzed publications and research papers, which launched settlement of the problems of development of the juvenile justice components both at the level of fundamental researching and expertizing the introduction of probation; on the basis of empirical data it is proved the necessity to establish juvenile justice in Ukraine, and general and special functions to be performed by the bodies and agencies with the competence in the sphere of children protection have been defined; and also legislative ways of realization of the resocialization function of juvenile justice have been analyzed.

**Key words:** juvenile justice, juveniles, probation, socialization, resocialization, adaptation of juveniles, who committed crimes and are released from the places of detention.

### АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена вивченню перспектив запровадження в Україні ювенальної юстиції в системі запобігання злочинам неповнолітніх, однією із складових якої має бути інститут пробації, що зумовлено об'єктивною потребою гуманізації сфери кримінальної юстиції. Автором проаналізовано публікації та наукові роботи, де започатковано розв'язання проблем розвитку складових ювенальної юстиції як на рівні ґрунтовних досліджень, так і під час підготовки наукових експертних висновків стосовно запровадження пробації; на підставі емпіричних даних доведено необхідність створення в Україні ювенальної юстиції, визначено загальні та спеціальні функції, які мають виконувати органи й служби, компетентні у сфері захисту прав дітей; проаналізовано законодавчі шляхи реалізації ресоціалізаційної функції ювенальної юстиції.

**Ключові слова:** ювенальна юстиція, неповнолітні, пробація, соціалізація, ресоціалізація, адаптація неповнолітніх, які вчиняють правопорушення та звільняються з місць позбавлення волі.

**Постановка проблеми.** На сучасному етапі розвитку України відбуваються докорінні зміни не лише в соціально-політичному житті суспільства, а й у системі кримінальної юстиції. Це тривалий і складний процес, оскільки він вимагає одночасного вирішення низки важливих питань. Одним із них є вжиття дієвих заходів щодо запобігання злочинам осіб, які не досягли повноліття.

Результатом аналізу вікових груп неповнолітніх за допомогою кримінологічних показників і соціологічного опитування неповнолітніх свідчить, що коефіцієнт кримінальної активності у віковій групі 14–16 років майже втричі нижчий, ніж у неповнолітніх віком 16–18 років. Для злочинності неповнолітніх характерна підвищена латентність, тому що більшість їх протиправних діянь сприймаються як дії, викликані недостатньою соціальною зрілістю (хуліганські дії, відбирання грошей у інших дітей молодшої вікової категорії тощо). Також характерними особливостями злочинності неповнолітніх є рівень рецидиву, що постійно зростає та у 2013 році, порівняно з попередніми роками, становив близько 27%. Ще однією ознакою є груповий характер злочинності неповнолітніх, що дає їм змогу компенсувати психологічну невпевненість у своїх вчинках, малий життєвий досвід, сприяє об'єднанню фізичних зусиль, необхідних для досягнення злочинного результату [1, с. 71–86].

За результатами аналізу судової статистики за 2009–2013 рр. з'ясовано, що в період з 2009 р. до 2010 р. кількість неповнолітніх засуджених суттєво збільшилась – з 8,6 тис. до 10,9 тис. осіб (на 27,2%) [2]. У 2011 р. показник

засуджених неповнолітніх знизився на 20,2% і дорівнював 8,7 тис. осіб. Наступний 2012 р. характеризувався незначним збільшенням (майже на 4%) кількості неповнолітніх засуджених – до 9 тис. осіб.

У 2013 р. за вчинення злочинів у неповнолітньому віці було засуджено 5,9 тис. осіб, що на 34,4% менше, порівняно з 2012 р., їх частка від кількості всіх засуджених становила 4,8% (у 2012 р. – 5,5%). У тому числі у віці від 14 до 16 років вчинили злочини 1,7 тис. осіб, що на 33,3% менше, або 28,7% (у 2012 р. – 28,2%) від кількості засуджених неповнолітніх. За тяжкі та особливо тяжкі злочини засуджено 3,3 тис. осіб, або 55,6% (у 2012 р. – 57,9%). До позбавлення волі на певний строк засуджено 1,2 тис. неповнолітніх осіб, що на 22,9% менше, водночас їх частка від кількості засуджених неповнолітніх дещо збільшилася – 19,5% (у 2012 р. – 16,6%). Суди звільнили від відбування покарання з випробуванням 3,6 тис. підлітків, або 61,5% (у 2012 р. – 68,2%) від кількості засуджених неповнолітніх. Примусові заходи виховного характеру суди застосували стосовно 987 неповнолітніх осіб, що на 40% менше порівняно з 2012 р.

Вищенаведене вказує на те, що існує стійка тенденція до гуманізації сфери кримінальної юстиції, зокрема щодо здійснення кримінального судочинства стосовно неповнолітніх. Хоча спостерігається збільшення частки обвинувальних вироків стосовно осіб, які не досягли повноліття, проте відбувається й збільшення кількості звільнених від відбування покарання з випробуванням від кількості засуджених неповнолітніх. Однак суспільно небезпечні наслідки злочинів неповнолітніх потребують не тільки за-

стосування соціально-економічних, медичних, правових та інших заходів впливу, а й пошуку інших ефективних засобів запобігання цьому небезпечному соціально-правовому явищу.

На сьогодні у вітчизняному правовому середовищі активно обговорюється питання щодо перспектив запровадження в Україні ювенальної юстиції в системі запобігання злочинам неповнолітніх, однією із складових якої має бути інститут пробації.

Аналіз публікацій і наукових робіт, де започатковано розв'язання проблем розвитку складових ювенальної юстиції свідчить про те, що питання доцільності впровадження, місця й ролі вказаного інституту в правовій системі держави, засади функціонування такого інституту привертати увагу вітчизняних учених-юристів як на рівні ґрунтовних досліджень (наприклад, роботи С.М. Зеленської, Н.М. Крестовської, О.Г. Кальмана, Ю.А. Ліхолстової, Я.В. Мачужак), так і опосередковано при висвітленні більш змістовних проблемних питань, при підготовці наукових експертних висновків стосовно напрямів та зразків запровадження перспективної моделі ювенальної юстиції. Водночас однакості в науковому фаховому середовищі щодо конкретних шляхів вирішення цих питань, на жаль, немає і до цього часу. Вважаємо, що дослідниками недостатньо уваги приділялося вивченню механізму реалізації функцій ювенальної юстиції в системі запобігання злочинам неповнолітніх в Україні.

**Метою статті** є вивчення питання щодо механізму реалізації ресоціалізаційної функції ювенальної юстиції в Україні, зокрема в аспекті доцільності впровадження інституту ювенальної пробації як засобу постпенітенціарної адаптації неповнолітніх осіб, які вчиняють правопорушення та звільняються з місць позбавлення волі.

Мета зумовила постановку й розв'язання таких завдань: визначити доцільність упровадження ювенальної юстиції в Україні; проаналізувати точки зору прихильників запровадження такого виду юстиції та його противників; на підставі емпіричних даних зробити висновок щодо необхідності створення в Україні ювенальної юстиції; визначити загальні та спеціальні функції, які мають виконувати органи й служби, компетентні у сфері захисту прав дітей; проаналізувати законодавчі шляхи реалізації ресоціалізаційної функції ювенальної юстиції.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** У сучасному українському суспільстві точки зору з приводу доцільності впровадження в нашій країні ювенальної юстиції розділилися. Одні вважають її необхідним елементом судової системи, інші бачать у ній загрозу, що згубно впливатиме на життя українських родин.

Окремі громадські організації, представники духовенства в засобах масової інформації та на сторінках інтернет-видань заперечують проти впровадження системи ювенальної юстиції в Україні. Такий сплеск активності представників громадськості, безумовно, є позитивним фактором, свідчить про небайдужість суспільства до розвитку нових процедур і механізмів захисту прав дитини.

Точка зору вказаних представників базується на несумісності ювенального правосуддя із православним підходом до виховання дитини, антихристиянським характером такої системи, приматом держави над сім'єю. У цієї категорії суб'єктів викликає побоювання, що впровадження системи ювенальної юстиції призведе до появи деструктивних явищ в українському суспільстві у вигляді незаконного й безпідставного вилучення дітей із благополучних,

але бідних сімей і поміщення таких дітей у прийомні сім'ї, надання працівникам соціальних служб та судів безмежних владних повноважень для втручання в сім'ю зумовить зловживання зазначених працівників [3, с. 5].

Своє невдоволення щодо запровадження ювенальної юстиції висловив і єпископ Української Православної Греко-Католицької Церкви (УПГКЦ) Владика Тимотей, який вважає, що ювенальна юстиція – це мережа ювенальних судів у справах неповнолітніх і їм підпорядкованих соціальних служб, які через законодавство й нечіткі юридичні формулювання отримають право контролювати всі сім'ї, навіть благополучні. На думку єпископа, ювенальна юстиція приховує в собі три основні речі, які матимуть юридичну силу: по-перше, матиме місце насильне забирання дітей у батьків і позбавлення батьківських прав; по-друге, дискримінація прав і обов'язків батьків виховувати своїх дітей згідно з моральними та християнськими цінностями; по-третє, ювенальна юстиція підірватиме стосунки між дитиною та батьками, які нібито є найбільшими ворогами дитини [4, с. 12–14].

Дещо в іншому аспекті, але теж критично висловився з приводу впровадження ювенальної юстиції в Україні український психіатр С.В. Глузман [5]. Він наголошує на необхідності розвитку ювенальної юстиції лише за наявності розгалужених соціальних структур для лікування й реабілітації дітей, які страждають від алкогольної та наркотичної залежності, відповідних соціальних служб, де б з неповнолітніми, які відбувають покарання за злочин або до яких судом застосовано примусові заходи виховного характеру, а також із дітьми групи ризику та з важкими підлітками працювали професійні психологи. С.В. Глузман наголошує на відсутності професійних дитячих психіатрів, які за результатами роботи із вищевказаними категоріями неповнолітніх здатні правильно визначити проблему дитини і спрямувати її розвиток у необхідному соціально позитивному напрямі. Вважаємо таку точку зору слушною, оскільки проведені останнім часом дослідження свідчать про те, що існує тенденція зростання психічно хворих осіб та осіб із психічними аномаліями. Уразливим контингентом у цьому випадку є насамперед підлітки [6, с. 74], також існує реальний зв'язок насильницької злочинності з їх психічними аномаліями в межах осудності, які є її умовами, хоча не завжди безпосередніми [7, с. 5].

Дослідження стану злочинності неповнолітніх, аналіз законодавства, яке визначає їх правовий статус і повноваження судів, правоохоронних органів, у тому числі пенітенціарної служби, можливостей реабілітації неповнолітніх правопорушників, результати соціологічного опитування 450 професійних суддів місцевих та апеляційних загальних судів, а також 200 неповнолітніх осіб, до яких було застосовано примусові заходи виховного характеру у вигляді направлення до спеціальної навчально-виховної установи для дітей і підлітків, зокрема серед неповнолітніх, які перебувають у Комишуваській загальноосвітній школі соціальної реабілітації (Запорізька область) та Охтирському професійному училищі соціальної реабілітації (Сумська область), неповнолітніх осіб, які відбувають покарання у вигляді позбавлення волі в Мелітопольській виховній колонії (спеціальній виховній установі в Запорізькій області), вивчення 227 кримінальних справ про злочини неповнолітніх, що розглядалися у 2005–2012 рр. апеляційними судами м. Києва, Запорізької та Сумської областей, Дарницьким районним судом м. Києва, дає підстави для однозначного висновку про необхідність створення в Україні ювенальної

юстиції шляхом реформування наявних і запровадження нових інституцій, залучення недержавних організацій.

Виходячи з цього, вважаємо, що органи та служби, компетентні у сфері захисту прав дітей, мають виконувати як загальні функції, тобто характерні для запобігання злочинам загалом, так і спеціальні, пов'язані з особливим об'єктом запобіжного впливу органів та служб у системі ювенальної юстиції.

До спеціальних функцій ювенальної юстиції слід зарахувати охоронну, запобіжну, виховну, відновну, реабілітаційну, ресоціалізаційну [8, с. 76–79]. Однією із спеціальних функцій ювенальної юстиції є ресоціалізаційна функція, у межах реалізації якої система органів і служб ювенальної юстиції покликана вжити заходів щодо відновлення неповнолітнього, який відбуває покарання у вигляді позбавлення волі, у соціальному статусі повноправного члена суспільства шляхом поновлення фізичного, психологічного й соціального стану дитини (ч. 2 ст. 6 Кримінально-виконавчого кодексу України).

Концепцією державної політики у сфері реформування Державної кримінально-виконавчої служби України, схваленою Указом Президента України від 8 листопада 2012 р. № 631/2012, встановлено, що наявна система виконання кримінальних покарань і попереднього ув'язнення, побудована ще за радянських часів, не відповідає сучасному рівню соціально-економічного розвитку суспільства та принципам гуманізму й поваги до прав і свобод людини у процесі виконання покарань.

Однією з проблем Державної кримінально-виконавчої служби України є низький рівень організації соціально-виховної та психологічної роботи із засудженими, що не дає змоги забезпечувати умови для ефективної індивідуальної корекції їх поведінки, створення умов для виправлення й ресоціалізації засуджених, що призводить до непоодиноких випадків суїцидів в установах виконання покарань і слідчих ізоляторах, невідповідності до життя після звільнення з установ виконання покарань і, як наслідок, до значної кількості випадків пенітенціарного рецидиву. Критичний стан підприємств установ виконання покарань не дає змоги забезпечити залучення всіх засуджених до праці, яка є одним із засобів виправлення та ресоціалізації. Неefективною є й система виконання покарань, альтернативних позбавленню волі. Зазначене зумовлено невідповідністю матеріально-технічної бази й кількості персоналу кримінально-виконавчої інспекції та обсягу покладених на неї завдань і функцій. Процес виконання покарань, не пов'язаних із позбавленням волі, не забезпечує соціально-виховного впливу на засуджених і переважно зводиться до формального контролю за виконанням засудженими обов'язків, покладених на них судом [9].

Пунктом 3 зазначеної концепції визначені шляхи і способи розв'язання вказаних проблем: 1) поліпшення умов тримання засуджених та осіб, узятих під варту; 2) підвищення рівня організації соціально-виховної та психологічної роботи із засудженими; 3) підвищення ефективності виконання покарань, не пов'язаних з позбавленням волі.

Загалом для вирішення вищевказаних соціально значимих проблем у роботі Державної кримінально-виконавчої служби України найперспективнішим є створення правових і матеріально-технічних умов для реформування кримінально-виконавчої інспекції в службу пробації, а також запровадження процедури досудової пробації.

Пробація (від лат. Probatio) – випробування – юридичний термін, що використовується в міжнародному праві

для визначення назви й діяльності служби, що історично створювалася для організації роботи з особами, які вчинили кримінально каране діяння, засудженими, але не позбавленими волі, або звільненими з-під варту.

Залежно від специфіки національної системи кримінальної юстиції різняться й сутність інституту пробації. Член Ради з питань умовно-дострокового звільнення Німеччини, експерт Ради Європи Юрген Мутц, вважає, що пробація в широкому сенсі охоплює будь-яку діяльність, спрямовану на реабілітацію й реінтеграцію злочинця в суспільство. У цьому сенсі пробація розглядається як елемент соціальної та кримінальної політики, котра має бути спрямована на запобігання злочинності, рецидивізму і створення безпечнішого суспільства [10, с. 19–23].

Підтримуючи вищезазначену точку зору, вважаємо, що в широкому сенсі є можливим розуміння інституту пробації як форми соціально-правового контролю, що об'єднує заходи виховного впливу на злочинців, які перебувають на волі в умовах випробування [11, с. 190–193].

Суть пробації полягає в установленні певних обмежень і обов'язків, що покладаються судом на правопорушника з метою його соціальної реабілітації [12, с. 45–49]. Відтак, інститут пробації має стати складовою системи ювенальної юстиції як комплекс заходів, що за рішенням суду може бути застосований до особи, котра вчинила злочин, у разі призначення їй покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, або іншого виду відповідальності, спрямованого на ресоціалізацію цієї особи.

У межах вказаного інституту забезпечуються заходи, спрямовані на надання різних видів допомоги піднаглядній особі. Пробація передбачає не вчинення нових злочинів і виконання визначених судом обов'язків, наприклад, пройти курс лікування, продовжити професійне навчання, повідомляти суд про зміну місця проживання й роботи, прибути до суду за викликом тощо. Це дещо нагадує чинну ст. 75 КК «Звільнення від відбування покарання з випробуванням», але пробація – це ширший комплекс заходів, здійснення корекційних програм, спрямованих на профілактику агресивної поведінки, рецидиву злочинів, мотивацію позитивних змін особистості й поліпшення соціальних стосунків.

Слід відзначити, що протягом останніх років суб'єктами законодавчої ініціативи ведеться активна робота щодо законодавчої регламентації впровадження інституту пробації.

За останні роки органами державної влади, науковцями та окремими громадськими організаціями в Україні зроблено істотні кроки щодо реалізації державної політики у сфері кримінальних і кримінально-виконавчих відносин, у тому числі стосовно неповнолітніх, запровадження пробації, реформування пенітенціарної системи, зокрема, кримінально-виконавчої служби тощо. Прийнято низку нормативно-правових актів у зазначених сферах, а також суб'єктами законодавчої ініціативи внесено до парламенту кілька проектів законів стосовно гуманізації кримінального законодавства, у тому числі шляхом запровадження пробації.

Зокрема, у 2013 р. Кабінетом Міністрів України на розгляд парламенту було внесено Проект Закону України «Про апробацію» від 18.01.2013 р. за реєстр. № 1197-1, що передбачає впровадження в Україні пробації як системи наглядових і соціально-виховних заходів, які застосовуються за рішенням суду до осіб, які притягаються або яких притягнуто до кримінальної відповідальності. На вказаний



проект закону було надано позитивний висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України.

Новелою законопроекту є те, що однією з функцій органів пробації буде складання досудових доповідей, тобто письмове забезпечення суду інформацією, що характеризує особу, яка притягається до кримінальної відповідальності. Зазначені норми є правовою підставою для реалізації досудової функції інституту пробації. Однак вважаємо доцільним ст. 9 доповнити положенням про те, що «...працівникові органу пробації заборонено здійснювати вплив на суд».

Вищевказаним проектом закону передбачається зниження рівня рецидивної злочинності в державі завдяки вдосконаленню системи нагляду та впровадженню соціально-виховної роботи з особами, звільненими від відбування покарання з випробуванням, та засудженими до покарань, не пов'язаних з позбавленням волі.

Крім того, більше ніж 98% опитаних професійних суддів висловили думку про потребу в здійсненні соціального супроводу або патронажу неповнолітніх, які звільнилися з місць позбавлення волі. Сутність післясудової функції пробації полягає в соціально-психологічному впливі працівника пробації на засудженого з метою зняти напруження, страх, невдоволення, агресію тощо. Значну роль у цьому випадку відіграють тематичні бесіди з піднаглядним засудженим, відвідування його вдома тощо.

Відповідно до ст. 4 законопроекту, метою пробації є забезпечення безпеки суспільства шляхом виправлення засуджених, запобігання вчиненню ними повторних кримінальних правопорушень і забезпечення суду інформацією, що характеризує обвинувачених, з метою прийняття судом рішення про міру їх відповідальності.

Окрім того, ст. 13 законопроекту «Особливості пробації щодо неповнолітніх» визначає, що пробація стосовно осіб, віком від 14 до 18 років, здійснюється з урахуванням вікових і психологічних особливостей неповнолітніх. Пробація щодо неповнолітніх спрямована на забезпечення їх нормального фізичного та психічного розвитку, профілактику агресивної поведінки, мотивацію позитивних змін особистості й поліпшення соціальних стосунків.

Ст. 8 вказаного проекту закону встановлено види пробації: досудова, наглядова та пенітенціарна пробація.

Пенітенціарна пробація визначена як підготовка осіб, які відбувають покарання у вигляді обмеження або позбавлення волі на певний строк, до звільнення з метою трудового й побутового влаштування таких осіб після звільнення за обраним ними місцем проживання (ст. 11 проекту закону).

Проте серед заходів, що застосовуються до осіб, які відбувають покарання у вигляді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк, указаною нормою встановлено лише таке: визначення місця проживання після звільнення, влаштування до спеціалізованих установ для звільнених, госпіталізація до закладів охорони здоров'я, працевлаштування працездатних осіб. Вважаємо, що заходи пенітенціарної пробації слід диференціювати й наповнити заходами соціально-виховного, психологічного характеру (наприклад, перебувати в тісному контакті із працівником органу пробації, приходити до нього на бесіди та приймати його в себе вдома; брати участь у визначеній судом діяльності, зокрема, у спеціалізованих соціально-психологічних тренінгах для осіб, що вчинили злочини проти життя і здоров'я та інші види протиправних діянь, програмах утримання від вживання алкоголю тощо).

Убачається, що вжиття вищевказаних заходів дало б змогу реалізувати функцію органів пробації щодо здійснення нагляду і проведення із суб'єктами пробації соціально-виховної роботи. Ця робота буде проводитися за індивідуальним планом з урахуванням оцінки ризиків учинення суб'єктом пробації нових кримінальних правопорушень і передбачатиме диференційований підхід при наданні консультативної, психологічної та інших видів допомоги, сприятиме працевлаштуванню, залученню до навчання, участі у виховних заходах і соціально корисній діяльності.

Загалом вважаємо, що положення вказаного проекту закону забезпечуватимуть поліпшення умов тримання засуджених та осіб, узятих під варту; сприятимуть підвищенню рівня організації соціально-виховної і психологічної роботи із засудженими; зростанню ефективності виконання покарань, не пов'язаних із позбавленням волі.

Однак вищевказаним проектом закону не визначено конкретного переліку заходів, що можуть бути застосовані до неповнолітнього, який відбував покарання у вигляді позбавлення волі. Зміст і перелік таких заходів має бути сформований з урахуванням сутності ресоціалізаційної функції ювенальної юстиції. Це зумовлено зацікавленістю суспільства повернути собі повноцінних людей після відбування ув'язнення, а також захистити себе від скоєння звільненими особами повторних злочинів.

Проблема позитивної постпенітенціарної ресоціалізації неповнолітніх осіб, які звільнилися з місць позбавлення волі, може бути вирішена, якщо провести аналіз понять соціалізації та ресоціалізації неповнолітніх, які відбували покарання у вигляді позбавлення волі.

Соціалізація (лат. "socialis" – суспільний) – це процес засвоєння індивідом певної системи знань соціальних норм і культурних цінностей, настанов і зразків поведінки, які дають йому змогу функціонувати як повноправний член суспільства, до якого він належить [13, с. 29].

Процес соціалізації поділяють на два взаємопов'язаних етапи – адаптацію та інтеріоризацію (інтерналізацію). Першим передбачається пристосування людини до навколишнього суспільного середовища, другим – засвоєння і привласнення нею знань, норм життя певного суспільства, що стають складовими самосвідомості особистості [14, с. 7].

Соціалізація відбувається постійно й поступово через накопичення досвіду, розширення знань, формування навичок. Адаптація – шляхом перебування, ламання вже сформованих типів поведінки, звичок, установок, уявлень.

Отже, соціальна адаптація неповнолітніх, звільнених із місць позбавлення волі, як особливий різновид процесу соціалізації особи забезпечує відповідність поведінки індивіда вимогам суспільства, засвоєння ним соціально корисних позицій, які сприяють виробленню здатності особи вирішувати життєві проблеми.

Адаптація особи як спосіб включення її в систему норм, соціальних і моральних цінностей нерозривно пов'язана з правовою культурою, розумінням наявних у суспільстві політичних, етичних, правових явищ, із засвоєнням приписів моральних і правових норм як власних життєвих установок.

Особливостями соціальної адаптації неповнолітніх, звільнених від відбування покарання, є такі: 1) вона протікає після звільнення від покарань, пов'язаних із позбавленням волі; 2) цей соціально-психологічний процес починається з моменту звільнення засуджених від покарання й завершується досягненням відповідності між очікуваннями-вимогами суспільства (окремих соціальних груп) і по-

ведінкою раніше судимої особи; 3) завданням соціальної адаптації осіб, звільнених від покарання, є залучення їх до життя без правообмежень, пов'язаних із покаранням, у новому або такому, що змінилося, 4) соціальна адаптація звільнених від покарання залежить від адаптаційних навичок і здібностей, властивих індивідові спочатку й вихованих в умовах виконання покарання; 5) успіх соціальної адаптації звільнених значною мірою залежить від співвідношення системи особистісних установок і вимог, що висуваються середовищем (трудоим колективом, найближчим побутовим оточенням, сім'єю); 6) соціальна адаптація звільнених може бути забезпечена лише за наявності позитивної взаємозумовленої соціальної спрямованості мікросередовища й особи судимого, сумісності соціальних очікувань середовища й моральних позицій, ціннісних орієнтацій особи.

Вивчення юридичної літератури свідчить про те, що однією із найефективніших технологій соціальної роботи в напрямі соціальної адаптації неповнолітніх, які повернулися із місць позбавлення волі, є соціальний супровід.

Постпенітенціарний соціальний супровід – цілеспрямована діяльність державних і недержавних організацій, соціального працівника (соціального педагога) з питань реалізації соціальної політики щодо осіб, які повернулися із місць позбавлення волі, з метою створення необхідних умов для позитивної соціалізації. Обраний варіант соціального супроводу має бути найефективнішим серед усіх можливих, він узгоджується з клієнтом, реалізується через партнерські стосунки, орієнтується на конкретну проблему, поєднує форми індивідуальної й групової роботи, спрямований на використання інновацій соціальної роботи для позитивної соціалізації молоді, яка повернулася з місць позбавлення волі.

Основними організаційними формами постпенітенціарного соціального супроводу є індивідуальна та групова робота. Серед методів – консультування, представництво прав, психокорекція, тренінгові форми набуття соціальної компетенції та інші методи соціальної впливу [15].

Соціальний працівник (соціальний педагог) для забезпечення рівня постпенітенціарного соціального супроводу має ґрунтовно бути обізнаним у правових, психологічних, педагогічних, соціокультурних питаннях, що стосуються досягнення мети. Фахівці соціальних служб, здійснюючи соціальний супровід, орієнтують людину на стандарти демократичного суспільства. Відтак, підхід має орієнтуватися на позитивні чинники, віру в гуманну природу людини, але водночас слід розуміти всі складності поновлення соціальних рис колишніх ув'язнених.

Постпенітенціарний соціальний супровід молоді, яка звільнена з місць позбавлення волі, – це технологія соціальної роботи, яка полягає у створенні умов для ресоціалізації звільнених, а в разі потреби – і представництво їх інтересів у правозахисній діяльності з метою дотримання прав і свобод покараних.

Відповідно до ст. 6 Кримінально виконавчого кодексу України, ресоціалізація – свідоме відновлення засудженого в соціальному статусі повноправного члена суспільства; повернення його до самостійного загальноприйнятого соціально-нормативного життя в суспільстві. Це складна соціально-правова категорія, яка охоплює різні сторони оновлення соціальних зв'язків як під час відбування покарання, так і після нього. Саме тому в пенітенціарній педагогіці ресоціалізацію ділять на пенітенціарну та постпенітенціарну. Пенітенціарна ресоціалізація являє собою вироблен-

ня в засудженого законослухняної поведінки в установі виконання покарань; до постпенітенціарної ресоціалізації зараховують комплекс заходів щодо трудового й побутового влаштування і встановлення зв'язків із засудженим з метою його подальшої соціальної реабілітації після звільнення на свободу, у результаті чого забезпечується відновлення засудженого в соціальному статусі та повернення до самостійного життя. Говорити про досягнення ресоціалізації можливо лише в тому випадку, коли в засудженого після звільнення вирішені всі проблеми як соціального, так і побутового плану: житлова проблема, питання працевлаштування, фінансового забезпечення тощо [16]. Виходячи з цього, говорити про остаточну ресоціалізацію неповнолітнього засудженого безпосередньо під час відбування покарання неможливо, у цей період можна лише зробити певні кроки для забезпечення її досягнення після звільнення.

Створення умов для позитивної соціалізації молодих людей, які повернулися з місць позбавлення волі, полягає в обізнаності своїх прав і обов'язків, які передбачені вітчизняним законодавством.

Відповідно до вимог Закону України «Про соціальну адаптацію осіб, які відбувають чи відбули покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк» звільнені молоді люди, віком до 35 років, отримують інформаційну, правову, трудову, психолого-педагогічну, медичну й інші форми соціальної допомоги в центрах соціальних служб для сім'ї, дітей та молоді на підставах і в порядку, передбаченому законодавством.

Згідно із законодавством, здійснюється паспортизація осіб, які відбувають покарання, вирішуються проблеми повернення їх у сім'ю, забезпечення права на створення житлово-побутових умов, реалізації права на працю й освіту, надання медичної допомоги звільненим особам.

Проте на практиці вказані питання щодо неповнолітніх, які відбували покарання у вигляді позбавлення волі, вирішуються, на жаль, не в повному обсязі. Позитивний досвід роботи в указаному напрямі свідчить лише про пошуки для засуджених роботи та житла. Натомість досвід інших країн засвідчує більш ефективну підтримку для звільнених з місць позбавлення волі. Так, Мін'юст Великобританії закликає найбільші компанії брати на роботу більше екс-ув'язнених. Представники найбільших британських компаній позитивно поставилися до ініціативи влади допомогти їм знову розпочати чесне життя.

У США до слухання справи про умовно-дострокове звільнення засудженого має підготувати план свого перебування на свободі після умовно-дострокового звільнення з указівкою на те, де він буде проживати, чим планує займатися, який спосіб життя буде вести.

Призначення заходів пробації передбачається законодавством федерації та всіх штатів як альтернатива позбавленню волі. Найчастіше пробація включається в систему покарань, оскільки цей захід нічим не відрізняється від низки інших. Вирішення питання та застосування пробації судом неможливо без попереднього вивчення особистості засудженого.

У Китаї існує мікрорайонна реабілітація, що працює в експериментальному порядку у великих містах і провінціях. Зміст мікрорайонної реабілітації полягає в тому, що для спостереження за особою, яка звільняється з місць позбавлення волі, у мікрорайоні призначається спеціальний державний орган, що за допомогою зацікавлених громадських рухів та організацій, соціальних добровольців займається виправленням злочинної психології і сприяє її ресоціалі-

зації. Суб'єктами є засуджені, яким призначено покарання у вигляді громадського нагляду з відстрочкою виконання вироку, а також особи, звільнені умовно-достроково або за спливом строку покарання із позбавленням політичних прав [10, с. 19–23].

Досягнення таких позитивних результатів вимагає активної взаємодії кількох суб'єктів системи ювенальної юстиції, зокрема, органів державної влади, місцевого самоврядування та інститутів громадянського суспільства. Необхідною умовою реалізації цієї функції є виправлення неповнолітнього, який відбуває покарання, соціально-виховна робота з такою категорією осіб, заходи залучення до суспільно-корисної праці, загальноосвітнє і професійно-технічне навчання, залучення громадських організацій для уникнення ризику випадання неповнолітніх із позитивної соціалізації.

З огляду на викладене з метою успішного постпенітенціарного соціального супроводу неповнолітніх і молоді проект закону варто доповнити низкою положень, які більш детально будуть характеризувати особливості пробації щодо неповнолітніх, а саме:

– по-перше, визначити перелік обов'язків, які можуть покладатися на дитину, якій установлено пробацію: суспільно-корисні роботи; зайняття певними видами діяльності, спрямованою на відшкодування збитків, спричинених злочином; участь у реабілітаційних програмах; обмеження дозвілля; обмеження в часі перебування на вулиці; перебування в пробаційному центрі; відвідування сеансів психотерапії; проходження курсу лікування від алкогольної, наркотичної, токсичної залежності; відвідування корекційних програм, спрямованих на профілактику агресивної та девіантної поведінки тощо; зобов'язання здобути повну середню, базову чи повну вищу освіту;

– по-друге, визначити, перелік заходів виховного характеру, що можуть застосовуватись у межах пробації щодо неповнолітніх, не пов'язаних із позбавленням волі: виправний нагляд, здійснюваний наглядачем; громадський осуд; примусове вибачення перед потерпілим; примусове усунення шкоди, завданої неповнолітнім, що вчинив злочин; проходження курсу виховного навчання у визначеній судом школі або спеціальній школі-інтернаті; повідомлення про можливість направлення на навчання до визначеної судом школи або спеціальної школи-інтернату;

– по-третє, доповнити ст. 9 «Види пробації» таким видом пробації, як судова пробація, яка виконуватиме роль соціально-психологічної оцінки неповнолітнього з метою допомогти суду при індивідуалізації покарання [12, с. 45–49]. Також вважаємо за доцільне ст. 9 доповнити положенням про те, що «...працівникові органу пробації заборонено здійснювати вплив на суд».

**Висновки.** Підводячи підсумки, зазначимо, що запровадження інституту ювенальної пробації в Україні – це прогресивна ідея, яка має змінити на краще стан запобігання злочинам неповнолітніх, сприятиме усуненню передумов їх учинення, що мають економічний, інформаційний, соціальний, моральний, правовий характер. Указаний інститут має стати складовою системи ювенальної юстиції, щоб удосконалити суспільні відносини в державі, підвищити рівень життя, змінити ставлення людей до низки цінностей і поліпшити моральне та фізичне здоров'я нації.

### Список використаної літератури

1. Моніторинговий кримінологічний аналіз злочинності в Україні (2009–2013 роки) : [монографія] / [С.М. Блажівський, І.М. Козьяков, О.О. Книженко, О.М. Литвак, О.Н. Ярмиш та ін.]. – К. : Національна академія прокуратури України, 2014. – с. 71–86.
2. За даними Державної судової адміністрації України за 2009–2013 роки [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua>.
3. Тимошук А. Ювенальная юстиция: зло во благо детей? Почему ювенальные суды превращаются в детских монстров? / А. Тимошук // Судебно-юридическая газета. – 2010. – 26 апреля. – № 15. – С. 5.
4. Сесар К. Карательное отношение общества: реальность и миф / К. Сесар // Правоведение. – 1998. – № 4. – С. 12–14.
5. Глузман С. Нужна ли Украине ювенальная юстиция? / С. Глузман [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lifepravda.com.ua/columns/2011/06/20/80615/>.
6. Лень В. Психічне здоров'я населення України – одне з першочергових завдань держави / В. Лень // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2004. – № 8 (34). – С. 74.
7. Ходимчук О.О. Насильницька злочинність осіб з психічними аномаліями та її запобігання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / О.О. Ходимчук ; Нац. Акад. внутр. справ України. – К., 2005. – С. 5.
8. Михайлова І.М. Щодо спеціальних функцій ювенальної юстиції в Україні / І.М. Михайло // “LUDSKE A OBČIANSKE PRAVA A SLOBODY: MECHANIZMUS ICH IMPLEMENTACIE A OCHRANY V ROZNYCH ODVETVIACH PRAVA” Zbornik prispěvkov z medzinarodnej vedeckej konferencie, Bratislava, 19–20 septembra 2014 p. – Bratislava : PANEURÓPSKA VYSOKÁ ŠKOLA FAKULTA PRÁVA, 2014. – С. 76–79.
9. Концепція державної політики у сфері реформування Державної кримінально-виконавчої служби України, схвалена Указом Президента України від 8 листопада 2012 року № 631/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua/>.
10. Никитин А.М. Зарубежный опыт постпенитенциарной адаптации лиц, освобождающихся из мест лишения свободы / А.М. Никитин, Е.Л. Плюшева // Российская юстиция. – 2013. – № 8. – С. 19–23.
11. Михайлова І.М. Інститут пробації: окремі аспекти впровадження / І.М. Михайлова // Підприємництво, господарство і право. – № 10. – 2009. – С. 190–193.
12. Василевич В.В. Кримінологічне обґрунтування запровадження інститутів відновного правосуддя та пробації в Україні / В.В. Василевич, І.М. Михайлова // Науковий вісник національної академії внутрішніх справ. – 2014. – № 3. – С. 45–49.
13. Зверева О.В. Соціальна робота в Україні : [навчальний посібник] / О.В. Зверева, С.Я. Безпалько, І.Д. Марченко. – К. : Центр навч. літ., 2004. – С. 29.
14. Пальчевський С.С. Соціальна педагогіка : [навчальний посібник] / С.С. Пальчевський. – К. : Кондор, 2005. – С. 7.
15. Коваль В.В. Постпенітенціарний соціальний супровід неповнолітніх / В.В. Коваль [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://irbis-nbuv.gov.ua>.
16. Науково-практичний коментар до ст. 6 Кримінально-виконавчого кодексу України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://radnuk.info/komentar/kruminal-vukon/309-glava1/4756--6-----.html>.

# УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС, КРИМИНАЛИСТИКА

УДК 343.137.9

## ОСОБЛИВИЙ ПОРЯДОК КРИМИНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЩОДО АДВОКАТА

Садіг АСКЕРОВ,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного і адміністративного права  
Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана

### SUMMARY

This article deals with the problems of implementation of special order of criminal proceedings against lawyers with regards to the constitutional legal status and additional guarantees under the legislation of Ukraine. The provisions of the Ukrainian Constitution, the Code of Criminal, the Code of Criminal Procedure, the law of Ukraine "About advocacy and advocate activity" and other legal acts, regulating special procedure for criminal proceedings against lawyers are analyzed in the article.

**Key words:** criminal proceedings, certain categories of persons, notification of suspicion, criminal proceedings against a lawyer, a special procedure for criminal proceedings.

### АНОТАЦІЯ

У статті досліджуються проблеми реалізації особливого порядку кримінального провадження щодо адвокатів з урахуванням конституційно-правових основ їх статусу й додаткових гарантій, передбачених законодавством України. Аналізуються норми Конституції України, Кримінального кодексу, Кримінального процесуального кодексу, Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» та інших правових актів, що регулюють особливий порядок кримінального провадження щодо адвокатів.

**Ключові слова:** кримінальне провадження, окрема категорія осіб, повідомлення про підозру, кримінальне провадження щодо адвоката, особливий порядок кримінального провадження.

**Постановка проблеми дослідження.** З прийняттям Кримінального кодексу України (далі – КК України) (2001 р.) і Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) (2012 р.) не припиняються зусилля з удосконалення їх норм, інститутів, враховуючи практику застосування й міжнародно-правові зобов'язання України. Виключення умов, що призводять до неоднозначного тлумачення й застосування норм законодавства України щодо правового статусу учасників кримінального провадження та інших осіб під час здійснення кримінального провадження, є запорукою ефективної реалізації завдань кримінального процесу.

Конституція України (ст. ст. 21, 24) передбачає рівність усіх людей у правах і перед законом, що означає забезпечення всім рівних правових можливостей як матеріального, так і процесуального характеру для реалізації однакових прав і свобод [1].

При цьому передбачений особливий порядок кримінального провадження щодо окремої категорії осіб у КПК України (глава 37) від 2012 р. не є винятком із цієї конституційної засади, є більш передовим порівняно з наявним раніше порядком кримінального провадження щодо окремої категорії осіб.

КПК України (ст. ст. 480–483) передбачає особливий порядок кримінального провадження щодо окремої категорії осіб: народного депутата України, судді КСУ, професійного судді, а також присяжного й народного засідателя на час здійснення ними правосуддя, кандидата в Президенти України, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, Голови Рахункової палати, його першого заступника, заступника, головного контролера та секре-

таря Рахункової палати, депутата місцевої ради, адвоката, Генерального прокурора України, його заступника [2].

Водночас інститут особливого порядку кримінального провадження щодо окремої категорії осіб КПК України має певні недоліки і складнощі у правозастосовній діяльності, як наслідок, проблеми в реалізації завдань кримінального процесу загалом.

У зв'язку з цим, актуальність теми дослідження зумовлена необхідністю осмислення на теоретичному, правотворчому і правозастосовному рівнях умов реформування кримінального й кримінального процесуального законодавства, які врахували б відповідні наукові дослідження та передовий міжнародний досвід, проблеми їх конкретизації й реалізації в кримінальному процесуальному законодавстві України.

**Дослідження та публікації.** Проблеми з кримінального провадження щодо окремої категорії осіб були предметом дослідження таких вітчизняних науковців і правників, як В.Г. Гончаренко, Т.В. Варфоломєєва, М.М. Михеєнко, Ю.М. Грошевий, В.Т. Нор, В.М. Тертишник, В.В. Молдован, В.О. Попелюшко, Л.М. Лобойко, Г.М. Омеляненко, В.П. Шибіко, Л.Д. Удалова, І.В. Бабій, І.С. Смирний, С.В. Скрипниченко та інших.

Однак не всі науково обґрунтовані пропозиції були враховані законодавцем і практично реалізовані. Сучасні кардинальні зміни в суспільному житті потребують більш нових досліджень для наукового обґрунтування пропозицій удосконалення законодавства з особливого порядку кримінального провадження щодо окремої категорії осіб, адвоката тощо.

**Мета дослідження.** Метою написання статті є науково-правове дослідження проблем законодавства з особли-

вого порядку кримінального провадження щодо окремої категорії осіб, зокрема адвоката, як однієї з процесуально-правових гарантій здійснення ними своїх повноважень під час виконання правозахисної функції тощо. Також вивчення й аналіз практичного застосування міжнародних, національних правових норм і на цій основі розроблення й наукове обґрунтування пропозицій, спрямованих на вдосконалення законодавства України.

**Виклад основного матеріалу.** Постійне вдосконалення кримінального і кримінального процесуального законодавства України має відбуватися з чітким дотриманням положень Конституції України, відповідно до її міжнародних зобов'язань. З метою забезпечення ефективної реалізації завдань кримінального процесу необхідно створити умови, що виключають незаконний вплив на учасників кримінального провадження під час кримінального провадження з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових (службових) осіб та інших сторонніх чинників.

Інститут особливого порядку кримінального провадження щодо окремої категорії осіб у КПК України від 2012 р. запроваджений згідно з нормами Конституції України, є кроком уперед і більш передовим порівняно з наявним раніше порядком кримінального провадження щодо окремої категорії осіб.

Зарахування до цієї категорії осіб адвоката як учасника кримінального провадження є однією з процесуально-правових гарантій незалежності діяльності адвокатів.

Важливу роль у забезпеченні реалізації захисту й охорони прав і свобод людини та громадянина в Україні як демократичній, правовій державі відведено праву особи на правову допомогу, передбаченому в ст. 59 Конституції України.

Гарантування кожного права на правову допомогу є не тільки конституційно-правовим обов'язком держави, а й дотриманням узятих Україною міжнародно-правових зобов'язань відповідно до положень Загальної декларації прав людини 1948 р. [3], Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. [4], Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р. [5] тощо.

КПК України (п. п. 19, 25, 26 ст. 3) передбачає, що захисник (адвокат) є стороною кримінального провадження з боку захисту. Адвокат також є учасником кримінального й судового провадження, який, відповідно до Конституції України й законодавства, на професійній основі уповноважений здійснювати захист у кримінальному процесі.

При цьому в нормах-дефініціях ст. 3 КПК не визначено змісту категорії «захисник» (адвокат) у кримінальному процесі.

Водночас ст. 45 КПК передбачає, що захисник у кримінальному процесі – це адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію).

Захисником не може бути адвокат, відомості про якого не внесено до Єдиного реєстру адвокатів України або стосовно якого в Єдиному реєстрі адвокатів України містяться відомості про зупинення або припинення права на зайняття адвокатською діяльністю.

Отже, КПК України 2012 р. не передбачає участі як захисника у кримінальному процесі інших, крім адвокатів, фахівців у галузі права, близьких родичів тощо.

Однак залишається відкритим питання щодо виконання рішення Конституційного Суду України (далі – КСУ) від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 у справі про право вільного вибору захисника, де зазначено про можливість допуску до участі в кримінальному провадженні інших, крім адвокатів, фахівців у галузі права [6].

У свою чергу, у рішенні КСУ від 30 вересня 2009 р. № 23-рп/2009 у справі про право на правову допомогу щодо офіційного тлумачення положення частини другої ст. 59 Конституції України передбачено про можливість допуску до участі в кримінальному провадженні інших, крім адвокатів, якщо законами України щодо цього не встановлено обмежень [7].

Визнання у КПК України тільки за адвокатами право здійснювати захист у кримінальних справах можна пояснити як бажання законодавця підвищити рівень правової допомоги, захисту, що можуть забезпечити захисники із найбільш кваліфікованих юристів – адвокатів, тому що саме вони можуть виконати передбачені законом обов'язки захисника, є компетентними у використанні способів захисту й несуть юридичну відповідальність за невиконання чи неналежне виконання обов'язків захисника [8, с. 94–97].

Для забезпечення належних умов з реалізації завдань по захисту КПК України передбачає для захисника (адвоката) додаткові гарантії – особливий порядок під час кримінального провадження щодо адвоката. Застосування особливого порядку кримінального провадження щодо адвоката означає, що кримінальне провадження стосовно адвоката загалом здійснюється за загальними правилами, установленими КПК, з урахуванням низки особливостей, визначених у відповідних нормах глави 37 КПК і законодавчих актів.

Отже, при застосуванні особливого порядку кримінального провадження щодо адвоката слід враховувати положення Конституції України, КПК України, Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність», Кримінального кодексу України та інших правових, міжнародних актів.

Особливості кримінального провадження щодо адвоката передбачають здійснення письмового повідомлення про підозру адвокату Генеральним прокурором України, його заступником чи прокурором області (п. 1 ч. 1 ст. 481 КПК), інформування відповідних органів адвокатського самоврядування про обрання запобіжного заходу (затримання), ухвалення вироку щодо адвоката (п. 1 ч. 1 ст. 483 КПК).

Закріплення в КПК особливого порядку кримінального провадження щодо адвоката пов'язано з намірами законодавця забезпечити цим адвокатам найбільш сприятливі умови для здійснення ними власних повноважень і захистити їх від можливого незаконного впливу [9].

Отже, ці особливості із загального порядку кримінального провадження щодо адвоката можна розглядати як «кримінальний імунітет» від переслідувань при сумлінному виконанні ним професійних обов'язків у суді або іншому юридичному чи адміністративному органі.

Однак, незважаючи на закріплені в законодавстві (ЗУ «Про адвокатуру і адвокатську діяльність», КПК і КК України) гарантії незалежності діяльності адвокатів, є непоодинокі випадки грубого порушення цих гарантій з боку органів державної влади, їх посадових і службових осіб, правоохоронних органів, що ведуть кримінальне провадження. Частіше такими порушеннями є незаконні дії щодо проведення огляду, витребування чи вилучення документів, пов'язаних із здійсненням адвокатської діяльності, недотримання вимог закону про забезпечення присутності

представника ради адвокатів регіону та завчасного повідомлення останньої про проведення процесуальної дії відносно адвоката, невручення письмового повідомлення про підозру адвоката компетентними суб'єктами, визначених законом, не інформування відповідних органів адвокатського самоврядування про обрання запобіжного заходу (затримання) щодо адвоката.

Саме про такі порушення професійних прав адвоката Дениса Гордєєва, що мали місце 25 червня 2014 р., було зазначено в офіційному зверненні Голови Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури (далі – ВДККА) України до Генеральної прокуратури України [10].

Крім порушення законодавства про гарантії діяльності адвокатів, є непоодинокі випадки незаконного посягання, нападу на адвокатів, тоді як життя, здоров'я, честь і гідність адвоката та членів його сім'ї, їх майно перебуває під охороною держави, а посягання на них тягнуть відповідальність, передбачену законом. Про напад на адвоката Олега Беляєва під час виконання професійних обов'язків 25 липня 2014 р. Головою ВДККА офіційно було повідомлено Генерального прокурора України [11].

Такі регулярні порушення законодавства про гарантії діяльності адвоката зумовлюють необхідність посилення відповідальності за перешкоджання правомірній професійній діяльності адвокатів, погрози або насильство щодо захисника (адвоката), посягання на життя захисника, у зв'язку з наданням правової допомоги та інші незаконні дії щодо адвоката, що передбачені ст. ст. 397–400 КК України [12].

При забезпеченні гарантій діяльності адвокатів в Україні слід врахувати й норми міжнародно-правових актів у цій сфері, зокрема Основні Положення про роль адвокатів, прийняті VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам від 01 серпня 1990р. [13].

Відповідно до цих Положень, Уряди мають забезпечити адвокатам можливість здійснювати їх професійні обов'язки без залякування, перешкод, завдання турботи й недоречного втручання, можливість вільно пересуватися й консультувати клієнта у своїй країні та за кордоном, виключення можливості піддавати покаранню або погрожувати його застосуванням і можливості обвинувачення, адміністративних, економічних та інших санкцій за дії, здійснювані відповідно до визнаних професійних обов'язків, стандартів та етичних норм.

Там, де безпека адвокатів перебуває під загрозою у зв'язку з виконанням професійних обов'язків, вони мають бути адекватно захищені властями.

Адвокати не повинні ідентифікуватися з клієнтами та їх справами у зв'язку з виконанням професійних обов'язків.

Суд або адміністративний орган не повинні відмовляти у праві адвоката, що має допуск до практики, представляти інтереси свого клієнта, якщо він не був дискваліфікований відповідно до національного права і практики його застосування й цих Положень.

Адвокат повинен мати кримінальний і цивільний імунітет від переслідувань за заяви стосовно справи, зроблені в письмовій або усній формі, під час сумлінного виконання свого обов'язку й здійснення професійних обов'язків у суді, трибуналі або іншому юридичному або адміністративному органі.

Обов'язком компетентних органів є забезпечення адвокату можливості своєчасно знайомитися з інформацією, документами й матеріалами справи, а у кримінальному процесі – не пізніше за закінчення розслідування – до судового розгляду.

Уряди повинні визнавати й додержувати конфіденційність комунікацій і консультацій між адвокатом і клієнтом у межах відносин, пов'язаних із виконанням адвокатом своїх професійних обов'язків.

З огляду на викладене, слід конкретизувати визначення конституційно-правових особливостей правового статусу адвоката при застосуванні особливого порядку кримінального провадження щодо адвоката.

Аналізуючи положення законодавства України про правовий статус адвоката, гарантії їх діяльності, з особливого порядку кримінального провадження щодо адвоката, можна зробити висновок про те, що саме набуття особою повноважень і здійснення відповідних функцій адвоката встановлює для неї особливий правовий режим за рахунок додаткових прав та обов'язків.

При цьому ми вважаємо: у КПК України не достатньо враховані й відображені положення законодавства України та міжнародно-правових актів щодо гарантій діяльності адвокатів, що актуально під час застосування до них особливого порядку кримінального провадження.

Ми переконані, що слід враховувати положення ст. 23 Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» від 05 липня 2012 р. № 5076-VI у КПК України, передбачивши в ньому проведення стосовно адвоката оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій, які можуть проводитися виключно з дозволу суду, здійснюватися на підставі судового рішення, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора України, його заступників, прокурора Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя.

Орган або посадові особи, які затримали адвоката або застосували до нього запобіжний захід, зобов'язані негайно повідомити про це відповідну раду адвокатів регіону.

Під час проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, тимчасового доступу до речей і документів адвоката має бути присутній представник ради адвокатів регіону. Для забезпечення його участі службова особа, яка буде проводити відповідну слідчу дію чи застосовувати захід забезпечення кримінального провадження, заздалегідь повідомляє про це раду адвокатів регіону за місцем проведення такої процесуальної дії.

Закріплення перелічених гарантій діяльності адвокатів у КПК України піде на користь для суб'єктів правозастосовної діяльності, не вимагатиме від них знання інших законів, де визначено додаткові гарантії під час застосування особливого порядку кримінального провадження щодо адвокатів.

Слід зазначити, що чинний КПК України не містить чітких визначень понять «підозра», «обвинувачення» й «початок кримінального переслідування», що має важливе значення для реалізації положень ст. 481 КПК України щодо повідомлення про підозру адвоката.

Водночас офіційне повідомлення особи компетентним органом про те, що вона підозрюється в учиненні кримінального злочину визначене як кримінальне обвинувачення Європейським судом з прав людини у справі «Екле проти Федеративної Республіки Німеччини» (рішення ЄСПЛ від 1982 р.).

Отже, повідомлення про підозру визначене як кримінальне обвинувачення (початок до кримінального переслідування) і притягнення до кримінальної відповідальності.

Аналіз положень КПК України, Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» від 05 липня 2012 р.

№ 5076-VI та інших правових актів виявляє, що притягнення до кримінальної відповідальності адвоката розпочинається з повідомлення про підозру, що здійснюється Генеральним прокурором України, його заступником, прокурором Автономної Республіки Крим, області, міста Києва й міста Севастополя в межах їх повноважень.

Хоча письмове повідомлення про підозру адвокату має здійснювати Генеральний прокурор України або його заступник, прокурор Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя в межах їх повноважень, однак у КПК не розкривається, хто складає письмовий текст повідомлення про підозру адвокату, підписує його та вручає адвокату.

Такий порядок притягнення до кримінальної відповідальності адвоката, що передбачено ст. ст. 481, 482 КПК України, має свої недоліки й може негативно позначитися на ефективності реалізації завдань кримінального процесуального законодавства і правозахисної діяльності адвоката.

Вважаємо, що для притягнення до кримінальної відповідальності адвоката, крім положень законодавства (Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність», КК), було б доцільно враховувати норми міжнародно-правових актів і передовий зарубіжний досвід, що посилять гарантії адвокатів під час правомірної захисної діяльності.

За таких обставин положення про повідомлення про підозру адвокату (притягнення до кримінальної відповідальності), проведення щодо нього певних оперативно-розшукових, слідчих і судових дій як складові особливого порядку кримінального провадження щодо адвоката потребує більш науково-правового та практичного обґрунтування.

**Висновки.** Враховуючи викладене, пропонуємо доповнити ст. 481 КПК України, де передбачити обов'язок Генерального прокурора України або його заступника, прокурора Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя в межах їх повноважень у разі повідомлення про підозру адвокату складати письмовий текст повідомлення про підозру, підписувати та протягом 24 годин вручати його адвокату при застосуванні особливого порядку кримінального провадження щодо адвоката.

Також доцільно доповнити ст. 482 КПК України, передбачивши в ній проведення стосовно адвоката оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій, що можуть проводитися виключно з дозволу суду, здійснюватися на підставі судового рішення, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора України, його заступників, прокурора Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя.

Під час проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, тимчасового доступу до речей і документів адвоката має бути присутній представник ради адвокатів регіону. Для забезпечення його участі службова особа, яка буде проводити відповідну слідчу дію чи застосовувати захід забезпечення кримінального провадження, заздалегідь (за 72 години) повідомляє про це раду адвокатів регіону за місцем проведення такої процесуальної дії.

Пропонується доповнити ст. 483 Кримінального кодексу України таким змістом: «Орган або посадові особи, які

затримали адвоката або застосували до нього запобіжний захід, ухвалили вирок, зобов'язані негайно, не пізніше ніж за 24 години повідомити про це відповідну раду адвокатів регіону».

#### Список використаної літератури

1. Конституція України від 28 червня 1996 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/law2/main.cgi?nreg=254%EA%2F96-%E2%F0>.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України // Офіційний вісник України. – 2012. – № 37. – Ст. 1370.
3. Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 р. // Офіційний вісник України. – 2008. – № 93. – Ст. 3103.
4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. // Офіційний вісник України. – 1998. – № 13; 2006. – № 32 – С. 270.
5. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16.12.1966 р.
6. Рішення Конституційного Суду України від 16.11.2000 року № 13-рп/2000 у справі щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право вільного вибору захисника) // Офіційний вісник України. – 2000 – № 47. – Ст. 2045.
7. Рішення Конституційного Суду України від 30.09.2009 року № 23-рп/2009 у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу) // Офіційний вісник України. – 2009. – № 79. – Ст. 2694.
8. Лобойко Л.М. Кримінальний процес : [підручник] / Л.М. Лобойко – К. : Істина, 2014. – 432 с.
9. Про адвокатуру і адвокатську діяльність: Закон України від 05 липня 2012 року № 5076-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.
10. Про порушення професійних прав адвоката : Офіційне звернення Голови Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури (ВКДКА) до Генеральної прокуратури України від 04 липня 2014 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://vkdka.org/golova-vkdka-napraviv-ofitsijne-zvernennya-do-generalnoji-prokuraturoi-ukrajini-schodoporushennya-profesijnih-prav-advokata-denis-a-gordjejeva>.
11. Про порушення гарантій адвокатської діяльності : Офіційне звернення Голови Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури до Генеральної прокуратури України від 25 липня 2014 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://vkdka.org/napad-na-zastupnika-golovi-vkdka-olega-bjelyajeva>.
12. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001р. № 2341-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001р. – № 25. – Ст. 131.
13. Основні Положення про роль адвокатів, прийняті VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам від 01.08.1990 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_835](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_835).
14. Кримінальний процес : [підручник] / за заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного. – К. : Центр учбової літератури, 2013. – 544 с.

УДК 343.98

**НЕВЕРБАЛЬНА ІНФОРМАЦІЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ: ДОПИТ****Олеся ВАЩУК,**кандидат юридичних наук, доцент кафедри криміналістики  
Національного університету «Одеська юридична академія»**SUMMARY**

The article deals with nonverbal information in criminal proceedings. Said multifunctional role of non-verbal information simultaneously contributes to solving complex problems, most of which are intermediate, but causing major. The study focused on the verification of the information and emotional state of being questioned in the preparation and conduct of examination. The factors and the factors that contribute examination, duration and subject of previous conversations with the investigator questioned. A strategic development and use of the algorithm behavior investigator will ensure compliance by establishing psychological contact during any stage of interrogation.

**Key words:** nonverbal information, criminal proceedings, questioning methods of learning, nonverbal communication, verbal communication, under questioning, interrogation stages, recommendations techniques.

**АНОТАЦІЯ**

У статті розглядаються питання невербальної інформації в кримінальному судочинстві. Зазначена багатофункціональна роль невербальної інформації водночас сприяє вирішенню комплексу завдань, більшість із яких є проміжними, що зумовлюють основні. Дослідження зосереджено на верифікації емоційного й інформаційного станів допитуваного при підготовці та проведенні допиту. Визначено чинники, що зумовлюють допит, тривалість і тематику попередніх бесід слідчого з допитуваним. Запропоновано розробку й використання стратегічного алгоритму поведінки слідчого, дотримання якого забезпечить установлення психологічного контакту під час будь-якої стадії допиту.

**Ключові слова:** невербальна інформація, кримінальне судочинство, допит, методи пізнання, невербальне спілкування, вербальне спілкування, стадії допиту, етапи допиту, рекомендації, прийоми.

**Постановка проблеми.** Дослідження невербальної інформації під час підготовки та проведення такої слідчої (розшукової) дії, як допит, спрямоване на отримання доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні. Саме допит є однією з найбільш вживаною слідчою (розшуковою) дією, а процесуальною підставою для проведення його є наявність достатніх відомостей, що вказують на можливість досягнення загальної мети дії [1, с. 118–119].

**Стан дослідження проблеми.** Питанням дослідження допиту (з боку вербальної сторони спілкування) присвячені роботи Л.Є. Ароцкера [2], Б.П. Бахіна [3], О.М. Васильєва [4], В.К. Весельського В [5], Г.Г. Доспулова [6], Г.О. Зоріна [7], І.В. Кергеса [8], В.С. Комаркова [9], Я.В. Комісарової [10], В.О. Коновалової [11], В.Г. Лукашевича [12], В.О. Образцова [13], В.В. Печерського [14], М.І. Порубова [15], О.Б. Соловйова [16; 17], Л.Д. Удалової [18], О.В. Фунікової [19], В.Ю. Шепітко [20] та ін. Аналізуючи стан дослідження цієї сфери, ми приділимо увагу менш досліджену питанню – невербальній інформації в допиті.

**Метою статті** є дослідження невербальної інформації при підготовці та проведенні допиту, його місця, значення й установлення особливостей у кримінальному судочинстві.

**Виклад основного матеріалу.** Невербальна інформація порівняно з іншими формами інформації відіграє в кримінальному судочинстві багатофункціональну роль, водночас вирішуючи комплекс завдань, більшість із яких є проміжними. Про наявність і необхідність її дослідження в кримінальному судочинстві свідчить аналіз кримінального процесуального законодавства, практика досудового розслідування та судового провадження. Однак для детального й повного дослідження такої неоднозначної категорії, як «невербальна інформація», в кримінальному судочинстві

треба розпочати процес її вивчення відповідно до стадій кримінального провадження, поділивши його на окремі сфери діяльності. Мова йде про класифікацію дослідження невербальної інформації, відповідно до змісту Кримінального процесуального кодексу України, щодо заходів забезпечення кримінального провадження, досудового розслідування, судового провадження в першій інстанції, судового провадження з перегляду судових рішень, міжнародного співробітництва під час кримінального провадження тощо [1]. Вищевказані елементи при дослідженні необхідно розглянути більш детально, поділивши їх на складові вивчення. Наприклад, досудового розслідування на такі:

- слідчі (розшукові) дії;
- негласні слідчі (розшукові) дії;
- повідомлення про підозру;
- зупинення досудового розслідування;
- закінчення досудового розслідування;
- звернення до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру;
- оскарження рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування.

Доречною є також градація на досудове розслідування злочинів (форма – досудове слідство) і кримінальних проступків (форма – дізнання, у порядку передбаченому КПК України) [1]. У свою чергу, слідчі (розшукові) дії діляться на такі складові:

- допит;
- пред'явлення для впізнання;
- проникнення до житла чи іншого володіння особи;
- обшук;
- огляд;
- слідчий експеримент;
- освідування особи;



- експертиза;
- отримання зразків для експертизи.

Для початку саме в цій статті ми зупинимося на питаннях дослідження невербальної інформації під час підготовки та проведення допиту як потерпілого, так і свідка, підозрюваного, обвинуваченого, врахуємо особливості допиту малолітньої та неповнолітньої особи. Зазначимо, що допит як слідча (розшукова) дія водночас є дієвим засобом збору, фіксації й перевірки не тільки доказової, а й орієнтувальної інформації, яку слідчий отримує від допитуваної особи за допомогою засобів комунікації.

Залежно від поділу допиту на стадії, такі як підготовча, робоча й завершальна, слід зазначити особливості дослідження невербальної інформації, відповідно, окремо щодо кожної з них. На стадії підготовки до проведення допиту слідчий вивчає дані стосовно кримінального провадження (щодо події злочину, предмета посягання, механізму злочину, особи потерпілого, слідової картини та обов'язково особи допитуваного). Під час цього попереднього вивчення зовнішніх і психологічних складових допитуваного, завдяки тривалому цілеспрямовану аналізу його емоційного та інформаційного стану, слідчий отримує дані не тільки про зовнішній, уявний образ допитуваного (який він охоче сам демонструє), а й про його справжній, психологічний образ загалом, так і відповідно до події злочину окремо.

На цій стадії необхідно розробити й дослідити стратегічний алгоритм поведінки слідчого, дотримання якого забезпечить установа психологічного контакту під час робочої стадії допиту. Однак слід врахувати доволі різноманітний, індивідуальний і ситуативний комплекс психологічних умов, чинників і впливів, центрів їх перетину, що вимагатиме від слідчого проведення комплексу робіт для зведення їх у більш-менш універсальний алгоритм. Також дійсно конструктивним видається володіння слідчим комплексом психологічних методів, прийомів і правил та, саме базуючись на них, і вибір найбільш дієвих, ефективних для тієї чи іншої стадії допиту.

Робоча стадія допиту залежно від конкретного кримінального провадження, а саме отримання даних про ознаки, властивості й стани допитуваного, під час детального аналізу його вербальної та невербальної поведінки сприяє миттєвому орієнтуванню слідчого вже на його початковому етапі. Слідчий, оцінюючи отримані знання, формує оптимальну лінію власної поведінки для вирішення окремих чи проміжних завдань і досягнення мети допиту.

Учені рекомендують під час наступного етапу робочої стадії допиту використовувати такі методи пізнання [21], як спостереження (відкрите, приховане), спілкування (зі всіма учасниками слідчої (розшукової) дії, з унесенням змін в обстановку, з демонстрацією володіння слідчим певними даними, що мають вирішальне значення у кримінальному провадженні, з пред'явленням знаряддя злочину або інших об'єктів, що належать слідчій картині злочинної події), експеримент (щодо події злочину загалом, окремих його обставин або інших обставин, які начебто не мають стосунку на цій стадії розслідування до події злочину). Застосування цих методів пізнання вплине на своєчасну діагностику емоційного стану допитуваного, полегшить установа подальшого контакту з ним, допоможе виявити його справжнє ставлення до шуканої інформації, створить передумови для прогнозування різних рівнів протидії в установленні істини, сприятиме визначенню керівного впливу слідчого на психіку й поведінку допитуваного. Однак не варто розраховувати на те, що емоційний стан допитувано-

го легко виявити, розпізнати і тим більше дослідити, тому що отримання даних під час допиту зумовлюється здатністю слідчого до своєчасної організації власної поведінки та її зовнішньої форми, планомірного й цілеспрямованого вивчення особистості допитуваного до початку проведення допиту на стадії підготовки та під час проведення допиту, оцінювання й використання вже наявних і з'ясованих під час допиту даних у судовому розслідуванні.

На наступному етапі робочої стадії допиту може бути застосована техніка власне ведення розмови, що складається з використання психологічної закономірності при мимовільному несвідомому наслідуванні всіх змін пози й загального стану допитуваного під час узгодженого спілкування-опитування [4]. Корежуючи власні невербальні вияви, демонструючи відкритість, доброзичливість, розуміння тощо, слідчий зможе отримати й відповідні зміни в поведінці та емоційному стані допитуваного як щодо самого слідчого, так і щодо події злочину.

Під час робочої стадії допиту має місце формування певних ситуацій. Найпоширеніший їх поділ на конфліктні й безконфліктні. Нерідко конфліктна ситуація зумовлена негативними причинами суто суб'єктивного характеру, що детермінують якість і зміст міжособистісних взаємин слідчого й допитуваного [8]. До цього доречно є рекомендація з приводу постійної уваги та контролю слідчого до виявів власної поведінки, бо налагоджені взаємини слідчого з допитуваним можуть скластися тільки тоді, коли останній буде бачити в слідчому професіонала, який дотримується закону й поважає інтереси оточуючих. Витік же негативних станів і якостей (вільний або мимовільний) нехай навіть і буденного характеру формує глибоке неприйняття особистості слідчого, яке в сукупності з іншими негативними обставинами здатне призвести до вагомого руйнування комунікаційних стосунків між слідчим і допитуваним. Ця рекомендація, незважаючи на її очевидність і простоту, досить складна в плані реалізації під час проведення допиту, тому що будь-яка людина практично не має зворотного зв'язку з невербальними виявами свого тіла, не маючи можливості спостерігати за собою водночас. Однак дієвий контроль за власними засобами вербального й невербального спілкування можливий на основі практичного тренування за допомогою спеціальних вправ з використанням зворотного відображення для отримання бажаного результату.

І це не свідчить про те, що слідчий постійно мусить прагнути до абсолютного пригнічення своїх невербальних виявів, в жодному разі. Під час робочої стадії допиту він повинен водночас адекватно реагувати на допитуваного з використанням усього спектра засобів невербального спілкування, що сприятиме підтриманню взаємного контакту між ним і допитуваним. Наочною ознакою позитивного налагодженого контакту між слідчим і допитуваним є подібність їх манер спілкування та прийнятих ними поз (мізансцена) [22]. До того ж демонстрація «копіювання» виявляється не тільки ознакою тісного зумовленого контакту, а й засобом його встановлення та подальшої підтримки. Тому розробка й використання технології підстроювання, що полягає у своєрідному копіюванні поведінки допитуваного, приведенні у відповідність швидкості, гучності й тону вербальних і невербальних сигналів, допомагають слідчому у своєчасному налагодженні контакту з ним.

Обов'язковим правилом роботи слідчого у будь-якій ситуації, що складається при проведенні допиту, є його діяльність щодо діагностування емоційного та інформаційного станів допитуваного щодо самого себе, навколишнього й,

головне, події злочину. Оцінювання та результат рішення (верифікація) питання про достовірність або недостовірність показань допитуваного, знання або незнання ним істотних для провадження даних докорінно визначають характер слідчої активності під час допиту, формують оцінку рівня її визначеності або, навпаки, невизначеності. При цьому невизначеність ситуації допиту сприяє збільшенню міри тактичного ризику як під час його проведення окремо, так і для досудового розслідування загалом, що, безумовно, є фактором негативного характеру, оскільки збільшує ймовірність учинення слідчим помилкових, неадекватних дій, прийняття хибних рішень і як результат настання несприятливих наслідків. Тут і виникає закономірний попит на формування рекомендацій щодо проведення оцінювання емоційного та інформаційного станів допитуваної особи.

Закономірність сигналів емоційного й інформаційного станів невербального вияву допитуваного зумовлена тим, що, якщо він приховує свій справжній емоційний та інформаційний стани, вигадавши для цього дані, спотворюючи або замовчуючи вже наявні, він змушений постійно контролювати свою зовнішню поведінку, а в необхідних випадках коректувати свої показання з плином часу, у зв'язку з чим ситуація спілкування-опитування зі слідчим для такого допитуваного завжди стресова, що, відповідно до теорії стресу, знаходить зовнішнє емоційне вираження [23]. Дослідженню мають підлягати не тільки поточний і звичайний стани допитуваного, а й відповідність вербальних і невербальних сигналів допитуваного один одному. Виключною ознакою обману з боку допитуваного є неузгодженість і дисгармонія вербальної та невербальної комунікативних складових. Це зумовлено внутрішньою боротьбою, напруженням допитуваного з приводу конструювання та дачі ним неправдивих показань і його нездатністю у зв'язку з цим контролювати абсолютно всі вияви свого тіла. Спроби ж приховати допитуваним ті свої невербальні вияви, які видають його справжнє ставлення до шуканої інформації, зводяться до концентрації певних напрямів його діяльності:

1. Активізація на базі наявних стереотипів поведінки умисних дій для того, щоб не виявляти своєї зацікавленості під час провадження, водночас викликаючи до себе довіру та запевнюючи у своїй непричетності до злочину, приховати справжні переживання, симулювати емоції та почуття.

2. Мінімізація власних поведінкових сигналів, що вимагає певної попередньої підготовки, формування в підсвідомості заборони певних жестів, прийняття відповідних поз. Однак спроби тотального контролю за невербальними виявами зумовлюють неприродну скутість у поведінці.

Звідси випливає, що допиту має передувати досить тривала бесіда слідчого з допитуваним на різні теми, тактичною метою якої і є дослідження звичайної поведінки, її особливостей, емоційних виявів при розмовах на буденні теми, що безпосередньо не стосуються предмета допиту. Іноді варто провести попередню розмову, завданнями якої є не встановлення даних стосовно події злочину, а як раз встановлення відомостей, що характеризують особу допитуваного, звичних варіантів його вербальної та невербальної комунікації. Тривалість і тематика таких бесід визначаються суто індивідуально й можуть залежати від рівня інтелектуального розвитку допитуваного і слідчого, ступеня їх емоційного стану, дослідження слідчим особистості допитуваного, наявного психологічного контакту між слідчим і допитуваним, процесуального становища допитуваного тощо.

Учені-криміналісти виділили й типові, найбільш інформативні теми таких попередніх бесід залежно від особи допитуваного, категорії кримінального провадження, що розслідується, та інших чинників [19; 20].

Особливої уваги вимагає той факт, що інтенсивність вияву зовнішніх ознак нещирості допитуваного вимагає певної стимуляції з боку слідчого. При цьому загальне місце в більшості досліджень, присвячених проблемам виявлення та викриття неправдивих показань, є пропоновані в тій чи іншій формі рекомендації психологічного тиску на допитуваного, мета яких полягає в подоланні його внутрішніх захисних бар'єрів, що приховують шукану інформацію та справжній емоційний стан. Основою цих рекомендацій є вмле й цілеспрямоване маневрування слідчим наявними в його розпорядженні даними та іншими можливостями. Невербальна інформація при цьому відіграє двояку роль, з одного боку, як засіб інформування слідчого про стан допитуваного, з іншого – як дієвий засіб здійснення впливу на нього, а в більшості ситуацій відіграє і ту, й іншу роль водночас.

Реалізація ефективного та вживаного прийому вторгнення в чужу психологічну зону може здійснюватися в таких варіантах поведінки слідчого:

– поступове, неявне вторгнення в особисту зону, здійснюване на тлі й мовби поза контекстом з рештою діяльністю, що призводить до поступового наростання негативних емоцій, пережитих допитуваним;

– несподіване вторгнення в особисту зону допитуваного, приурочене безпосередньо до подання якої-небудь емоційно значимої інформації;

– поступове, неявне вторгнення в особисту зону, що поступово змінюється несподіваним уторгненням в особисту зону допитуваного;

– несподіване вторгнення в особисту зону допитуваного, що поступово змінюється на поступове, неявне вторгнення в особисту зону [24, с. 55].

У будь-якому разі при всіх варіантах реалізації розглянутий прийом має поєднуватися з іншими формами впливу слідчого на допитуваного.

Під час допиту слідчий також стикається зі станом повного самоконтролю й напруженості допитуваного, його об'єктивного суперництва з ним. Зовні це практично завжди виражається у прийнятті допитуваним закритих поз, явному напруженні м'язів шийно-плечового поясу, стегон, прагненням не зустрічатися зі слідчим поглядом або, навпаки, дивитися тільки в очі тощо [23]. Подолання цієї ситуації для слідчого зумовлено його цілеспрямованою демонстрацією позитивного ставлення до отриманих показань, раптовою зміною предмета розмови, розосередженням уваги на предметах, не пов'язаних з розслідуваною подією.

Важливу роль може відіграти і вплив на невербальні вияви закритості допитуваного шляхом непомітного подання його позі більш відкритого характеру (для того щоб допитуваний розімкнув руки, можна запропонувати йому цигарку, склянку води, будь-який документ для вивчення тощо; а положення ніг і всього тулубу можна змінити запропонувавши допитуваному пересісти на інший стілець або підійти до столу слідчого для демонстрації якогось об'єкта). Ще одним прийомом правомірного психологічного впливу на допитуваного є просторова організація спілкування між ним і допитуваним, яка ґрунтується на врахуванні просторової близькості й розташуванні сторін при спілкуванні. Об'єктивно на практиці вибір слідчим просторової форми спілкування задається швидше умовами

його роботи й обстановкою кабінету, ніж його бажанням. Мабуть, тому до цього аспекту організації спілкування при допиті слідчі ставляться формально, а часто й зовсім не надають йому жодного значення. Однак, аналізуючи слідчу практику, з цим погодитися важко, тому необхідно звернути увагу й облаштувати обране місце відповідно до спланованого плану дій. За своїм тактичним задумом у просторовій організації спілкування слідчий зберігає за собою пріоритетне становище, ініціативу її зміни.

**Висновки.** Досліджуючи невербальну інформацію в кримінальному судочинстві, а саме при підготовці та проведенні допиту, ми прийшли до висновків, які мають значення для формування результативності допиту загалом. Дані про ознаки, властивості, емоційний та інформаційний стани допитуваного, отримані слідчим на всіх стадіях допиту, під час детального аналізу його вербальної і невербальної складових поведінки позитивно й ефективно сприяють миттєвому орієнтуванню слідчого в ситуації, одночасному вибору ним оптимальної лінії власної поведінки для досягнення загальної мети допиту.

#### Список використаної літератури

1. Кримінальний процесуальний кодекс України. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України». – Х. : Одиссей, 2012. – 360 с.
2. Ароцкер Л.Е. Тактика и этика судебного допроса / Л.Е. Ароцкер. – М. : Юрид. лит., 1969. – 120 с.
3. Бахин В.П. Допрос на предварительном следствии : Уголовно-процессуальные и криминалистические вопросы / В.П. Бахин и др. – Алматы : Орк., 1999. – 208 с.
4. Васильев А.Н. Тактика допроса при расследовании преступлений / А.Н. Васильев, Л.М. Карнеева. – М. : Юрид. лит., 1970. – 208 с.
5. Весельський В.К. Сучасні проблеми допиту (процесуальні, організаційні і тактичні аспекти) : [монографія] / В.К. Весельський. – К. : Правник; НАВСУ, 1999 – 126 с.
6. Доспулов Г.Г. Психология допроса на предварительном следствии / Г.Г. Доспулов. – М., 1976. – 112 с.
7. Зорин Г.А. Руководство по тактике допроса / Г.А. Зорин. – М., 2001. – 320 с.
8. Кертэс И. Тактика и психологические основы допроса / И. Кертэс. – М. : Юрид. лит., 1965. – 168 с.
9. Комарков В.С. Тактика допроса : [учебное пособие] / В.С. Комарков. – Х., 1975. – 208 с.
10. Комиссарова Я.В. Особенности невербальной коммуникации в ходе расследования преступлений / Я. В. Комиссарова, В.В. Семенов. – М. : Юрлитинформ, 2004. – 224 с.
11. Коновалова В.Е. Допрос: тактика и психология : [учеб. пособие] / В.Е. Коновалова. – Х. : Консум, 1999. – 156 с.
12. Лукашевич В.Г. Криминалистическая теория общения: постановка проблемы, методика исследования, перспективы использования / В.Г. Лукашевич. – К., 1993. – 194 с.
13. Образцов В.А. Допрос потерпевшего и свидетеля на предварительном следствии / В.А. Образцов, С.Н. Богомолов. – М., 2003. – 522 с.
14. Печерский В.В. Типовые программы допроса : [пособие] / В.В. Печерский. – Гродно : ГрГУ, 2002. – 160 с.
15. Порубов Н.И. Тактика допроса на предварительном следствии : [учебное пособие] / Н.И. Порубов. – М. : Высшая школа, 1998. – 208 с.
16. Соловьев А.Б. Использование доказательств при допросе / А.Б. Соловьев. – М. : Юрид. лит., 1981. – 104 с.
17. Соловьев А.Б. Использование доказательств при допросе на предварительном следствии : [методическое пособие] / А.Б. Соловьев. – М. : Юрлитинформ, 2001. – 136 с.
18. Удалова Л.Д. Теория і практика отримання вербальної інформації у кримінальному процесі України : [монографія] / Л.Д. Удалова. – К. : Изд-во Паливода А.В., 2005. – 324 с.
19. Фунікова О.В. Теоретичні основи класифікації запитань у криміналістиці / О.В. Фунікова. – Х., 2008. – 144 с.
20. Шепітько В.Ю. Тактика допиту : [текст лекцій] / В.Ю. Шепітько. – Х., 1992. – 22 с.
21. Справочник следователя / авт.-сост. У.А. Усманов. – М. : ПРИОР, 2000. – 256 с.
22. Фрай О. Ложь: три способа выявления / О. Фрай. – СПб. : Прайм-Еврознак, 2006. – 450 с.
23. Психология делового общения : [учебное пособие] / Г.В. Бороздина. – М. : ИНФРА-М, 1999. – 224 с.
24. Вашук О.П. Можливості використання невербальної інформації при проведенні допиту / О.П. Вашук // Митна справа. Науково-аналітичний журнал. Фахове видання. – Книга 2. – Ч. 2. – 2013. – № 5 (89). – С. 50–56.

УДК 343.1

## ПРАВО НА ДИТИНСТВО: КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ВИМІР

Іванна ГОЛУБ,

здобувач кафедри правосуддя та кримінально-правових дисциплін  
Інституту права імені Іоаннікія Малиновського  
Національного університету «Острозька академія»

### SUMMARY

The paper investigates the terms “child”, “juvenile”, “minor”, their value and importance in the legislation of Ukraine and in the criminal process in particular. States and the international community, defining the term “child”, “juvenile”, clearly established a group of people – children – with a special legal status because of their special psychological and physiological features, as well as specific, distinct from adult rights and responsibilities. But legal science has not yet produced a consensus concerning the definition of terminology concerning children of different age groups. The article substantiates the need to implement into the national legislation of Ukraine and the Criminal Procedure Code in particular the concept of child of the appropriate age as a carrier of the special rights and duties, such who needs special protection. It is analyzed and researched the issue of protecting the rights of children suspected, accused or defendants women that is requiring a study and practical implementation.

**Key words:** juvenile, minor, child, special legal status, suspected or accused pregnant women or women with children.

### АНОТАЦІЯ

У статті досліджено терміни «дитина», «малолітній», «неповнолітній», їх співвідношення та значення в законодавстві України загалом і кримінальному процесі зокрема.

Держава й міжнародна спільнота, визначивши терміни «дитина», «неповнолітні», чітко встановили групу осіб – дітей – зі спеціальним юридичним статусом унаслідок їх особливих психологічних і фізіологічних особливостей, а також специфічних, відмінних від повнолітніх прав та обов'язків. Але юридична наука ще досі не виробила єдиної думки стосовно термінологічного визначення дітей різних вікових груп. У статті обґрунтовано необхідність ввести в національне законодавство України загалом і кримінальний процес зокрема поняття дитини відповідного віку як носія особливих прав та обов'язків і такої, що потребує особливого захисту. Проаналізовано й досліджено питання захисту прав дітей підозрюваних, обвинувачених і підсудних жінок, яке потребує вивчення й упровадження в практичну діяльність.

**Ключові слова:** неповнолітні, малолітні, дитина, спеціальний юридичний статус, підозрювані, обвинувачені, підсудні вагітні жінки або жінки, які мають малолітніх дітей.

**Постановка проблеми.** Важливою тенденцією в українському кримінальному судочинстві є захист прав неповнолітніх і малолітніх осіб. Науковцями досліджуються правовий статус, права й обов'язки неповнолітніх свідків, потерпілих і неповнолітніх підозрюваних, обвинувачених, підсудних, але окремі питання захисту прав дітей у кримінальному процесі України все ще чекають на своє дослідження. Адже діти різних вікових груп потребують ставлення до них відповідно до їх фізичного, психологічного й інтелектуального розвитку, що необхідно закріпити законодавчо. Також є ще одна досить значна група неповнолітніх у кримінальному процесі України, які юридично не є учасниками кримінального процесу, а їх права порушуються саме в кримінальному судочинстві, – діти, права яких обмежуються, хоч вони не вчинили кримінально-караного діяння. Це діти підозрюваних, обвинувачених, підсудних жінок, у тому числі й ненароджені. Адже в Декларації прав дитини 1959 р., одним зі співавторів якої була Україна, зазначається, що дитина, унаслідок її фізичної та розумової незрілості, потребує спеціальної охорони й турботи, включаючи належний правовий захист як до, так і після народження, а в кримінальному процесі особливо.

**Актуальність теми** підтверджується відсутністю в законодавстві України єдиного розуміння значення та співвідношення понять «малолітній», «неповнолітній». Потребує законодавчого врегулювання термін «дитина» відповідно до ратифікованих Україною міжнародних документів і вимог сучасних реалій суспільного життя.

**Метою статті** є дослідження визначення понять «дитина», «малолітній», «неповнолітній», їх співвідношення та значення в законодавстві України загалом і кримінальному процесі зокрема, а також уточнення поняття дитини в кримінальному процесі.

**Виклад основного матеріалу.** У сучасній науці одним із пріоритетів є виникнення нових напрямів досліджень. Адже на сьогодні багато теоретичних і практичних питань юриспруденції потребують наукового обґрунтування та практичного вирішення. Дуже часто проблемні питання виникають на стику наявних наук і наукових дисциплін. Деякі питання юриспруденції вимагають ґрунтовного вивчення й дослідження з використанням новітніх наукових розробок низки суспільствознавчих дисциплін. Виховання молодого покоління є і одним із найбільш пріоритетних завдань держави й суспільства. Дитині як особистості, її безпеці, вихованню, навчанню та розвитку має приділятися якнайбільше уваги як сім'єю та соціальним середовищем дитини, так і державою й державними органами. Проблеми дітей, їх виживання, навчання, виховання і дитинство як соціальне явище загалом на сьогодні є одними з фундаментальних пріоритетів кожної держави та глобальною проблемою людства. Оскільки в більшості розвинутих країн світу існує проблема старіння населення, усі держави й низка світових організацій стверджують про необхідність законодавчого врегулювання різних аспектів життя дитини та вдосконалення норм права, що регулюють правовідносини, пов'язані з дитинством. А в країнах, що розвиваються, проблем із захистом дитини й дитинства ще більше.

Одним із найважливіших завдань демократичної держави й суспільства є забезпечення дотримання прав найбільш вразливої категорії населення – дітей.

Щодо поняття дитини в законодавстві України немає єдиної точки зору. Насамперед, почнемо з того, що в ч. 1 ст. 52 Конституції зазначено, що діти рівні у своїх правах незалежно від походження, а також від того, народжені вони у шлюбі чи поза ним. Крім того, у ч. 5 ст. 43 використовується термін «неповнолітні», а в ч. 2 ст. 51 – «повнолітні діти», але чіткого визначення цих понять Основний закон не дає [1, с. 1]. У ст. 1 Закону України «Про громадянство України» вказано, що дитина – особа віком до 18 років [2, с. 1]. У різних галузях права ми знаходимо термін «неповнолітній» – це особа, яка не досягнула певного віку, з настанням якого закон пов'язує її повну цивільну дієздатність, тобто можливість реалізовувати в повному обсязі передбачені Конституцією та іншими законами суб'єктивні права й обов'язки.

Щодо термінів «неповнолітній», «малолітній», «дитина», їх співвідношення та загального визначення, то єдиних визначень цих термінів в законодавстві України немає. Але, аналізуючи ці поняття в контексті правовідносин, які регулюються різними галузями права, можна помітити певні відмінності. Зокрема, у Законі України «Про освіту» терміни «неповнолітній» і «дитина» вживаються як синоніми [3, с. 1], а в Законі «Про дошкільну освіту» вживається виключно термін «дитина» – діти до шести (семи) років, діти дошкільного віку [4]. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про охорону дитинства» дитина – це особа віком до 18 років (повноліття), якщо згідно з законом, застосованим до неї, вона не набуває прав повнолітньої раніше, а дитинство – період розвитку людини до досягнення повноліття. Але в цьому Законі використовується й термін «неповнолітній», зокрема в ст. 33–34 [5, с. 2], але не розкривається зміст цього терміна.

«Малолітня особа», згідно зі ст. 31 Цивільного кодексу України, – це фізична особа, яка не досягла 14 років, а неповнолітня особа – це особа, віком від 14 до 18 років [6, с. 1]. Визначення термінів «неповнолітній» і «малолітній» містить і ст. 6 Сімейного кодексу України: малолітньою вважається дитина до досягнення нею чотирнадцяти років, неповнолітньою – дитина, у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років. Правовий статус дитини має особа до досягнення нею повноліття [7, с. 1].

А також у Законі України «Про органи і служби в справах дітей та спеціальні установи для дітей» зазначається, що, виходячи з Конституції України та Конвенції ООН про права дитини, вищезазначений Закон, використовуючи термін «дитина», визначає правові основи діяльності органів і служб у справах дітей і спеціальних установ для дітей, на які покладається здійснення соціального захисту і профілактики правопорушень серед осіб, які не досягли вісімнадцятирічного віку [8, с. 1].

У Законі України «Про міліцію» зазначаються терміни «неповнолітні», «малолітні», а також «неповнолітні, віком до 16 років», «неповнолітні, які вчинили суспільно небезпечні діяння і не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність» (ст. 11) тощо [9].

Але й цей закон не розкриває змісту вищезазначених термінів. Ст. 4 Положення про Міністерство внутрішніх справ України [10] та Інструкція з організації роботи підрозділів кримінальної міліції у справах дітей [11] використовують виключно термін «дитина». Кримінальний процесуальний кодекс України дає такі визначення понять

«неповнолітні» та «малолітні»: малолітня особа – дитина до досягнення нею чотирнадцяти років; неповнолітня особа – малолітня особа, а також дитина, у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років [12, с. 1]. У Кримінальному кодексі України є окремий розділ «Особливості кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх», а також уживається термін «малолітній», але чіткого визначення вищезазначених понять цей закон не містить [13].

У Декларації прав дитини 1959 р., одним зі співавторів якої була Україна, зазначається, що дитина, унаслідок її фізичної та розумової незрілості, потребує спеціальної охорони й турботи, включаючи належний правовий захист як до, так і після народження [14]. На необхідності такої охорони наголошувалося ще в Женевській Декларації про права дітей 1924 р, де, зокрема, зазначено, що діти не можуть здійснювати свої права самостійно, а тому потрібна особлива турбота держави й суспільства до дитини та дитинства. Конвенція ООН про права дитини в ст. 1 визначає термін «дитина»: дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосованим до цієї особи, вона не досягає повноліття раніше [15].

Україні спостерігається стійка тенденція і розуміння переваги терміна «дитина» й усе частіше термін «дитина» зустрічається в працях учених-процесуалістів [16, с. 17] та законодавстві України.

Держава й міжнародна спільнота, визначивши терміни «дитина», «неповнолітній», чітко встановили групу осіб – дітей – зі спеціальним юридичним статусом унаслідок їх особливих психологічних і фізіологічних особливостей дітей, а також специфічних, відмінних від повнолітніх прав та обов'язків. Але юридична наука ще й досі не виробила єдиної думки стосовно термінологічного позначення неповнолітніх різних вікових груп. Відтак, використання в науковій літературі й законодавчих актах таких термінів, як «діти», «молодь», «підліток», «малолітній», «неповнолітній» не завжди відображає специфіку їхнього правового статусу [18]. Аналіз чинної нормативно-правової бази свідчить про те, що термін «дитина» все інтенсивніше впроваджується в національне законодавство України, у тому числі й кримінальне процесуальне, так як він є більш точним і відповідає міжнародним стандартам, і дитинству як соціально-правовому явищу приділяється все більше уваги.

Дитинство – це відносно короткий і надзвичайно важливий період у житті людини. Події, пережиті в дитячому віці, накладають відбиток на все подальше життя. Найважливішим у дитячому віці є формування бази знань, умінь і навичок для подальшого життя, становлення особистості та творчого зростання, самореалізації людини. Дитячий період є дуже вразливим, будь-яка пережита в дитинстві подія впливає на формування світогляду дитини, позначається на її психологічному стані та впливає на все подальше життя. Адже в маленькій людини часто бувають зовсім недитячі проблеми. Уваги держави, суспільства й наукової спільноти потребує нестандартна ситуація, коли новонароджені та малолітні діти, які не вчинили злочин і не могли його скоїти, опиняються в ситуації, коли їх мати підозрюється або обвинувачена в учиненні кримінально-караного діяння. Діти стають заручниками складних обставин, нерідко потрапляючи за ґрати разом із мамами. Для дитини до трьох років її мама – це цілий світ, і не важливо, як її оцінює суспільство. У кримінально-виконавчому праві значна увага приділяється утриманню разом з мамами-засудженими дітей до трьох років. Звичайно, для кожної дитини виховання її рідною матір'ю є найважливішим чинником

для розвитку, виховання й навчання, а також для збереження фізичного та психічного здоров'я. Але у вітчизняному законодавстві дуже мало й надзвичайно формально викладене це питання. Наприклад, до винесення матері вироку доля маленької людини взагалі ігнорується. Дуже часто трапляється, що при затриманні матері такі діти залишаються бездоглядними, не відвідують навчальних закладів.

В Україні значна увага приділена жінкам-засудженим і засудженим підліткам. У 2006–2009 рр. за підтримки Швейцарської агенції з розвитку і співробітництва Державний департамент з питань виконання покарань разом з Інформаційно-консультативним жіночим центром реалізував проект «Жінки і матері з дітьми в ув'язненні» [19]. Він був спрямований на жінок, які мали дітей до трьох років, що відбували покарання разом із мамами. В Україні таких близько 100 осіб у двох колоніях – в Одеській та Чернігівській [20]. Завдяки таким проектам спостерігається стійка тенденція до покращення умов дітей засуджених жінок. А питання прав дітей підозрюваних, обвинувачених і підсудних жінок законодавством України взагалі не досліджене та потребує вирішення. Деякі жінки народжують у слідчому ізоляторі. Що записано у свідоцтві про народження дитини? Наскільки правильно надається допомога при пологах породіллі й малюку? Наскільки правильним є мамин догляд за малюком в умовах позбавлення волі? Чи забезпечуються мінімальні потреби малюка? За законом такі жінки не отримують допомоги при народженні дитини [21]. Враховуючи, що більшість таких жінок малозабезпечені або матері-одиначки, вони не можуть забезпечити в таких умовах навіть мінімальних потреб своїх малюків. Так, згідно з законодавством України, мама малюка вчинила кримінально-каране діяння й перебуває в таких умовах згідно із законом. І те, що дитина хоча б частково перебуває поряд з підозрюваною, обвинуваченою чи засудженою матір'ю, – це велике благо як для дитини, так і для матері. Звичайно, і держава, і суспільство дуже суворо ставляться до осіб, що вчинили злочин або підозрювані в учиненні злочину. Але частина цих жінок так ніколи й не будуть засуджені за вчинення злочину – з різних причин. А нерідко підозрюваними чи обвинуваченими є вагітні жінки або жінки, які мають малолітніх дітей. І не важливо, які життєві ситуації, причини, мотиви, помилки чи обставини стали причиною потраплення цих, як правило, зовсім молодих жінок у таку життєву ситуацію. Тим більше нікого не цікавлять причини, які спонукали цих жінок вчинити злочин. Незнання закону не звільняє від відповідальності. Вони вчинили кримінально-каране діяння й мають бути покарані. Один із основоположних принципів права – невідворотність покарання. Є обвинувальний вирок суду, є покарання. Але є діти. Адже з моменту вчинення злочину до моменту оголошення вироку минає час. Значний час, особливо для маленької людини. Адже перинатальний період розвитку маленької людини – усього дев'ять місяців. А наскільки він важливий у житті людини. Період пологів – усього від декількох годин. Про важливість умов народження малюка й надання кваліфікованої медичної допомоги для збереження дитини та її подальшого здоров'я, а також збереження здоров'я породіллі не варто навіть говорити – це очевидно. Період новонародженості – до 28 днів. Це той період у житті дитини, коли роль матері надзвичайно важлива. А якщо цей час життя маленької людини внаслідок нещасливого збігу обставин припав на час досудового розслідування тяжкого злочину, у вчиненні якого підозрюють чи обвинувачують матір дитини. Якщо цей період збігся з

часом її перебування, наприклад, у слідчому ізоляторі? Тут виникає нестандартна ситуація, що потребує детального вивчення: вагітна жінка, чи жінка з малолітньою дитиною, щодо якої не винесено обвинувального вироку, затримана за підозрою в учиненні злочину. Або перебуває у процесуальному статусі підозрюваної чи обвинуваченої. Те, що саме вона вчинила злочин, ще треба довести. Вироку ще немає. А шкода для маленької людини, яка навіть не є учасником кримінального процесу, уже очевидна.

Також є значна кількість жінок, у яких діти старші за три роки. За ув'язнення матерів вони переважно мешкають з іншими родичами. Але зустрічаються випадки, коли жінки не знають, де опиняться їхні діти, коли вони самі потрапляють за ґрати [22]. Наприклад, під час затримання жінок були неточно оформлені документи або наявність дитини не була оформлена зовсім, дітей зарахували до розряду безбаченків і безхатченків, держава передала їх до відповідних установ. Відтак, родичі загалом можуть втратити інформацію про них. Слідкувати за точним оформленням документів під час затримання треба дуже чітко. Зокрема, це передбачають Правила ООН стосовно поводження з ув'язненими жінками й засобів покарання для жінок-правопорушниць без позбавлення їх волі (Бангкокські правила), схвалені Генеральною Асамблеєю ООН у грудні 2010 р. Деякі з цих правил на сьогодні не закріплені в законодавстві України. Наприклад, щодо жінок з дітьми, які потрапляють у місця позбавлення волі.

Десятки років доля дітей обвинувачених чи підозрюваних у вчиненні злочину жінок не вивчалася. Немає даних про затриманих за підозрою в учиненні злочину вагітних жінок чи жінок, у яких є неповнолітні діти. Жорсткість закону можна зрозуміти, коли справа стосується злочинниць, жінок, що вчинили злочин, вина яких доведена, обвинувальний вирок винесено та покарання призначено. Суспільство має з цим змиритися, адже така жінка потребує виправлення та ресоціалізації. Але до моменту винесення вироку матері діти не повинні перебувати в таких умовах. Адже карати потрібно за вчинене, і запобіжні заходи потрібно застосовувати дуже уважно оцінюючи всі обставини й ураховуючи особливості справи і суспільну небезпеку підозрюваної чи обвинуваченої особи. А інтереси дітей мають стати найвищим пріоритетом для держави й суспільства.

**Висновки.** На законодавчому рівні в Україні необхідно врегулювати низку проблемних питань щодо дітей у кримінальному процесі, від закріплення терміна «дитина» до чіткої класифікації прав, обов'язків і статусу дітей різних вікових груп, у тому числі й дітей підозрюваних та обвинувачених. Отже, у національному законодавстві, у тому числі й у кримінальному процесі, варто ввести поняття дитини відповідного віку як носія особливих прав та обов'язків і такої, що потребує особливого захисту. Наприклад, новонароджені діти, діти віком до одного року потребують особливих умов, у тому числі й цілодобового спільного перебування разом з матір'ю. Також необхідно законодавчо закріпити права дітей підозрюваних, обвинувачених і підсудних жінок, розробити механізм дотримання прав цих дітей згідно з національним законодавством та світовими тенденціями. Також необхідно розробити механізм захисту прав вагітних підозрюваних, обвинувачених і підсудних з метою захисту прав ще ненароджених дітей, оскільки в Декларації прав дитини 1959 р., одним зі співавторів якої була Україна, зазначається, що дитина, унаслідок фізичної та розумової незрілості, потребує спеціальної охорони й

турботи, включаючи належний правовий захист як до, так і після народження. Отже, права дитини мають бути пріоритетними при вирішенні будь-якого конфлікту інтересів і в кожній галузі права, а особливо в кримінальному процесі.

#### Список використаної літератури

1. Конституція України від 28 червня 1996 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.
2. Закон України «Про громадянство України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2235-14>.
3. Закон України «Про освіту» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1060-12>.
4. Закон України «Про дошкільну освіту» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2628-14>.
5. Закон України «Про охорону дитинства» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2402-14>.
6. Цивільний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
7. Сімейний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.
8. Закон України «Про органи і служби в справах дітей та спеціальні установи для дітей» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/20/95-%D0%B2%D1%80>.
9. Закон України «Про міліцію» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/565-12/page2>.
10. Положення про Міністерство внутрішніх справ України, затверджене Указом Президента України від 06 квітня 2011 року № 383 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/383/2011/para7#n7>.
11. Інструкція з організації роботи підрозділів кримінальної міліції у справах дітей, затверджена наказом Міністерства внутрішніх справ України від 19 грудня 2012 року № 1176 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0121-13>.
12. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651%D0%B0-17>.
13. Кримінальний кодекс України від 05 квітня 2001 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/page>.
14. Декларація прав дитини 1959 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_384](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_384).
15. Конвенція ООН про права дитини від 20 листопада 1989 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_021](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_021).
16. Ліхолетова Ю.А. Актуальні проблеми судового захисту прав неповнолітніх: міжнародний досвід / Ю.А. Ліхолетова // Вісник Академії адвокатури України. – 2011. – № 2 (21). – С. 169–174.
17. Карпенко М.О. Особливості кримінального провадження щодо неповнолітніх за кримінальним процесуальним кодексом України: прогресивний підхід чи старі проблеми? / М.О. Карпенко // Університетські наукові записки. – 2012. – № 4 (44) – С. 395–399.
18. Ковна У.С. Поняття малолітньої особи та її процесуальне становище в кримінальному судочинстві / У.С. Ковна // Вісник Львівського національного університету. Серія «Юридична». – 2004. – Випуск 39. – С. 459–464.
19. Договір між Державним департаментом України з питань виконання покарань та Швейцарською агенцією з розвитку та співробітництва за проектом «Жінки та матері з дітьми у в'язницях» (етап I з 1 червня 2006 року по 30 червня 2008 року) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/756\\_031](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/756_031).
20. Тюремний портал. Статистика системи покарань. Жінки в місцях позбавлення волі [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ukrprison.org.ua/statistics/1347257528>.
21. Сидоренко О. Ув'язнені матері вперше отримали «дитячі» гроші / О. Сидоренко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.bbc.co.uk/ukrainian/entertainment/2013/06/130613\\_chernigiv\\_jail\\_money\\_nk](http://www.bbc.co.uk/ukrainian/entertainment/2013/06/130613_chernigiv_jail_money_nk).
22. Нечипорук Р. Як захистити права ув'язнених жінок / Р. Нечипорук [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://maydan.drohobych.net/?p=16305>.

УДК 343.146

## КРИТЕРИИ КЛАССИФИКАЦИИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В ТЕОРИИ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА И ОБОСНОВАННОСТЬ ИХ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ДЛЯ ТИПОЛОГИИ ВЕЩЕСТВЕННЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

Сергей КОВАЛЬЧУК,

кандидат юридических наук, доцент

Прикарпатского юридического института Национального университета «Одесская юридическая академия»

**SUMMARY**

The article is dedicated to research of the classification criteria of the proofs as a category of criminal procedural law. Classification criteria, based on which decided to carry out the structural ordering of proofs, analysis. Based on the results of the analysis of theoretical concepts the validity of the use of the classification criteria of proofs for typology of the material proofs determined.

**Key words:** proofs, material proofs, classification of proofs, classification of material proofs, classification criteria of proofs, classification criteria of material proofs.

**АННОТАЦИЯ**

Статья посвящена исследованию критериев классификации доказательств как категории уголовно-процессуального права. Анализируются классификационные критерии, на основании которых принято осуществлять структурную систематизацию доказательств. На основании результатов анализа теоретических концепций определяется обоснованность использования критериев классификации доказательств для типологии вещественных доказательств.

**Ключевые слова:** доказательства, вещественные доказательства, классификация доказательств, классификация вещественных доказательств, критерии классификации доказательств, критерии классификации вещественных доказательств.

**Постановка проблемы.** Существенным аспектом системного подхода к изучению правовых категорий является их классификация, поскольку она позволяет углубить процесс познания путем более полной характеристики объекта исследования и создать основу для дальнейшей разработки практических рекомендаций относительно использования правовых категорий в правоприменительной практике. Теоретическое и практическое значение классификации обуславливает ее широкое использование во всех отраслях современной науки, в том числе и науке уголовного процесса, в качестве методологической основы для разрешения ряда задач.

Исследование теоретических вопросов, касающихся определения и правовой природы доказательств, и практических проблем их собирания, проверки, оценки и использования в уголовно-процессуальном доказывании обуславливает повышенный интерес ученых к их структурной систематизации. В частности, исследованию критериев классификации и видов доказательств посвящены научные работы В.Д. Арсеньева, А.Х. Асамутдинова, Н.В. Багрия, А.Р. Белкина, А.И. Винберга, М.М. Выдри, В.П. Гмырко, Н.Н. Егорова, Д.Ю. Камалходжаева, Е.Г. Коваленко, В.Н. Лищенко, Д.А. Лопаткина, А.А. Ляша, Б.А. Миренского, И.Б. Михайловской, М.М. Михеенко, Ю.К. Орлова, А.В. Победкина, Н.А. Погорецкого, А.А. Ясова, Д.Б. Сергеевой, С.В. Слинько, С.Н. Стаховского, Н.Н. Стоянова, М.С. Строговича, В.М. Тertyшника, А.И. Трусова, А.А. Хмырова, Н.Е. Шумило и других ученых. При этом в теории уголовного процесса выделяют различные критерии классификации вещественных доказательств, большинство из которых основывается на общей типологии доказательств, что обуславливает необходимость исследования их научной обоснованности и прикладной значимости, в частности определения обоснованности применения

критериев классификации доказательств для типологии вещественных доказательств.

**Цель статьи** заключается в исследовании теоретических концепций, посвященных исследованию критериев классификации доказательств как уголовно-процессуальной категории, определении наиболее обоснованных классификационных критериев и обоснованности их использования для типологии вещественных доказательств.

**Изложение основного материала.** В теории уголовного процесса обращается внимание на существенную теоретическую и практическую роль классификации доказательств, предопределяющую существование различных критериев, на основании которых осуществляется структурная систематизация доказательств. В частности, С.Н. Стаховский указывает, что «многоплановое значение классификации доказательств свидетельствует, что провести разделение доказательств по одному признаку или свойству невозможно. Именно поэтому классификация доказательств в уголовном судопроизводстве имеет достаточно разветвленную систему» [1, с. 151]. При этом прослеживается и обратная связь существования различных критериев классификации доказательств и ее роли в теории уголовного процесса и правоприменительной практике. Как отмечает Н.Н. Егоров, «доказательства, в том числе и вещественные, – это многогранная юридическая категория, отсюда типология их допустима по нескольким основаниям, что позволяет более точно определить в нормах процессуального права правила работы с ними, глубже изучить отдельные доказательства» [2, с. 63]. Таким образом, существование нескольких критериев классификации доказательств, в том числе и вещественных, является обоснованным и оправданным, поскольку позволяет более полно раскрыть ее теоретическое и практическое значение.



Одновременно следует обратить внимание на то, что каждый из классификационных критериев, которые приводятся учеными, имеет право на существование. Как обоснованно указывают авторы учебника по теории доказательств в уголовном процессе, «основания, по которым построена классификация доказательств, не являются взаимоисключающими или конкурирующими. Они просто отражают различные стороны этого многогранного юридического понятия» [3, с. 286]. С этих позиций необходимо согласиться с В.В. Бибиковым, который считает, что «даже неверные классификации могут играть положительную роль в развитии данной отрасли знания, поскольку позволяют отбросить не оправдавший себя вариант и быстрее определить путь к правильному решению» [4, с. 14]. Поэтому определение наиболее обоснованных классификационных критериев, на основании которых осуществляется структурная систематизация вещественных доказательств в теории уголовного процесса, обуславливает необходимость исследования всей совокупности теоретических концепций, посвященных исследованию содержания их классификации.

Классификация вещественных доказательств основывается на классификации доказательств, в пределах которой вещественные доказательства традиционно принято выделять в качестве самостоятельного вида. В свою очередь, как обоснованно указывает Д.А. Лопаткин, «к вещественным доказательствам можно применить некоторые основания деления доказательств вообще» [5, с. 44].

Классифицируя доказательства, ученые выделяют от трех до семи критериев, на основании которых осуществляют их структурную систематизацию.

Так, М.С. Строгович классифицирует доказательства по трем критериям: 1) по отношению к предмету обвинения: обвинительные и оправдательные; 2) по отношению источника сведений о доказываемом факте к самому этому факту: первоначальные и производные; 3) в зависимости от того, устанавливает ли доказательство главный факт (совершение обвиняемым инкриминируемого ему преступления) или доказательственный факт (какой-либо побочный факт, не входящий в главный факт, но который в совокупности с другими обстоятельствами дела служит основанием для установления главного факта): прямые и косвенные [6, с. 372–384]. Несколько корректируя названия классификационных критериев и выделяемых по ним видов доказательств, аналогичную по содержанию классификацию осуществляют В.Д. Арсеньев, Е.Г. Коваленко, М.М. Михеенко и А.И. Трусов [7, с. 39–40; 8, с. 52; 9, с. 121; 10, с. 140–141; 11, с. 114].

Большинство ученых, расширяя классификацию доказательств за счет выделения дополнительных классификационных критериев, возлагают указанные три критерия в основу предлагаемой ими систематизации доказательств.

В частности, по указанным критериям классифицируют доказательства С.С. Алексеев, А.Х. Асамутдинов, В.П. Божьев, Г.Ф. Горский, Д.Ю. Камалходжаев, Н.Н. Ковтун, Л.Д. Кокорев, Б.А. Миренский, С.Н. Стаховский, М.А. Чельцов и П.С. Элькинд, придерживаясь одновременно позиции о необходимости их классификации и по четвертому критерию – в зависимости от механизма формирования: личные и вещественные [1, с. 154; 12, с. 6; 13, с. 96; 14, с. 110; 15, с. 118–128; 16, с. 193]. С.В. Слинко и В.М. Тертышник предлагают использовать в качестве четвертого классификационного критерия процессуальную форму доказательств и выделяют виды доказательств, ко-

торые дублируют закрепленные уголовно-процессуальным законом процессуальные источники доказательств [17].

Ряд ученых обобщает указанные выше критерии классификации доказательств и предлагает классифицировать их по пяти критериям. В частности, такую позицию отстаивают авторы научно-практического комментария к УПК Украины 1960 года под редакцией В.Т. Маляренко и В.Г. Гончаренко, которые в качестве основного критерия типологии доказательств используют их процессуальную форму и дополнительно осуществляют классификацию доказательств по традиционно принятым четырем критериям [18, с. 197–198]. Разделяя указанную позицию, авторы учебника по уголовному процессу под редакцией В.Я. Тация, Ю.М. Грошевого, О.В. Каплиной и О.Г. Шило несколько корректируют название последнего из приведенных критериев – в зависимости от процессуального источника доказательств, по которому классифицируют доказательства на четыре вида: показания, вещественные доказательства, документы и заключения экспертов [19, с. 182–184].

Отдельные ученые, осуществляя более широкую классификацию доказательств, используют пять указанных критериев и дополняют ее указанием на дополнительные классификационные критерии. Так, А.И. Винберг классифицирует доказательства по шести критериям, предлагая в качестве шестого выделять зависимость от характера связи предмета с событием преступления, используя этот критерий только для вещественных доказательств и определяя открытый перечень их видов: орудия преступления, объекты посягательства и т. д. [3, с. 257–258]. А.Р. Белкин предлагает выделять семь классификационных критериев, дополняя пятиэлементную классификацию доказательств такими критериями: 1) по отношению к задачам доказывания: доказательства истинности и доказательства ложности; 2) по отношению к доказываемому тезису: положительные факты и отрицательные факты («негативные обстоятельства») [20, с. 32–38].

Выделяя шесть критериев классификации доказательств, В.П. Гмырко несколько по-иному подходит к определению как их содержания, так и видов доказательств, которые выделяются по каждому из них: 1) по характеру логической связи между фактами предмета доказывания и доказательствами: относимые и неотносимые; 2) по наличию (отсутствию) промежуточных звеньев между событием и процессуальными источниками информации о доказательственных фактах уголовного дела: первоначальные и вторичные; 3) по характеру материальности источников информации (лица или вещи в широком смысле) о доказательственных фактах и ходе доказательственных действий: личные и вещественные; 4) по результатам оценки сторонами и судом степени познавательного качества информационного блока доказательств: достоверные и недостоверные; 5) по характеру степени юридической доброкачественности процессуальных доказательств: допустимые и недопустимые; 6) в зависимости от этапа производства по уголовному делу, на котором сформированы доказательства: доказательства подготовительного производства и доказательства юрисдикционного производства [21, с. 40–43].

Рассматривая отдельные проблемы классификации доказательств, ряд ученых разделяет позицию о необходимости выделения последнего из указанных критериев, уточняя при этом названия выделяемых видов доказательств. В частности, Н.Е. Шумило в качестве самостоятельного кри-

терия классификации доказательств выделяет зависимость от этапа процессуального производства, на котором они собраны, по которому классифицирует доказательства на два вида: досудебные и судебные [22, с. 24–25; 23, с. 6–7; 24, с. 47–48; 25, с. 86]. На различную правовую природу указанных видов доказательств обращают внимание и другие ученые в контексте анализа понятий «досудебные доказательства» и «судебные доказательства». Так, Н.А. Погорелкий отмечает правомерность использования данных понятий в зависимости от стадий уголовного производства, поскольку получение указанных видов доказательств происходит в разных процессуальных режимах [26, с. 19]. Д.Б. Сергеева обосновывает целесообразность данного классификационного критерия, исходя из предложенных ею понятий «досудебные доказательства» и «судебные доказательства» [27, с. 340]. Позицию о необходимости классификации доказательств по этому критерию разделяют И.Б. Михайловская и А.В. Победкин, которые выделяют два вида доказательств: следственные и судебные [28, с. 39; 29, с. 219–220].

Анализируя приведенные позиции ученых, необходимо указать, что выделение вещественных доказательств в качестве самостоятельного вида доказательств (наряду с личными доказательствами) в теории уголовного процесса производится по критерию зависимости от механизма формирования. Целесообразность классификации доказательств по указанному критерию неоднократно подвергалась критике со стороны отдельных ученых. Так, М.М. Выдря указывает, что такая классификация доказательств противопоставляет вещественные доказательства показаниям свидетелей, потерпевших, подозреваемых и обвиняемых [30, с. 19]. Аналогичную позицию высказывает М.С. Строгович [31, с. 311], в связи с чем рассматривает вещественные доказательства в системе видов доказательств как источников сведений о подлежащих установлению фактах [6, с. 392]. Указанная позиция была поддана критике А.А. Хмыровым, который указывает, что в данном случае речь идет не о противопоставлении доказательств, а о признании очевидных различий между сообщениями о фактах, которые исходят от людей, и материальными предметами, которые требуют иного процессуального режима их хранения и закрепления [32, с. 69]. Такая критика является вполне обоснованной, поскольку цель классификации доказательств заключается в углублении процесса их познания за счет детального изучения выделяемых при ее помощи видов доказательств, а не в противопоставлении последних. В связи с этим предлагаемая учеными классификация доказательств в зависимости от механизма формирования, в соответствии с которой выделяются два вида доказательств – личные и вещественные [1, с. 154; 3, с. 257–258; 12, с. 96; 13, с. 96; 14, с. 110; 15, с. 118–128; 16, с. 193; 18, с. 197–198; 19, с. 182–184; 20, с. 32–37], является вполне обоснованной и выступает основой для дальнейшей классификации вещественных доказательств в теории уголовного процесса.

Несколько приближенной, на первый взгляд, к классификации доказательств по указанному критерию выступает осуществляемая в теории уголовного процесса их типология по критерию процессуальной формы доказательств (по их процессуальному источнику) [3, с. 257–258; 6, с. 392; 17; 18, с. 197–198; 19, с. 182; 20, с. 32–37]. Анализируя классификацию доказательств по данному критерию, авторы научно-практического комментария к УПК Украины под редакцией В.Т. Маляренко и В.Г. Гончарен-

ко отмечают, что «классификация доказательств по видам осуществляется на основании специфических и наиболее существенных особенностей их формы и содержания, что определяет и особый процессуальный режим формирования и использования доказательств данного вида в уголовном процессе» [18, с. 197–198]. Поскольку доказательствами являются фактические данные, которые содержатся в процессуальных источниках доказательств, указанных классификационных критерий не относится к типологии доказательств: он только отражает нормативно закрепленный перечень видов процессуальных источников доказательств.

Классификация доказательств по трем основным критериям (по отношению к предмету обвинения; по отношению источника сведений о доказываемом факте к самому этому факту; по отношению к обстоятельству, которое подлежат доказыванию) в теории уголовного процесса является общепринятой, но проводится с несущественной корректировкой учеными названий классификационных критериев и видов доказательств, выделяемых по каждому из них [1, с. 154; 3, с. 257–258; 6, с. 372–384; 7, с. 39–40; 8, с. 52; 9, с. 121; 10, с. 140–141; 12, с. 96; 13, с. 96; 14, с. 110; 15, с. 118–128; 17; 18, с. 197–198; 19, с. 182–184; 20, с. 32–37]. В полном объеме указанные критерии подлежат применению к классификации вещественных доказательств, поскольку позволяют установить с целью углубленного теоретического исследования и учета в правоприменительной практике различия между выделяемыми по каждому из критериев видами вещественных доказательств: обвинительными и оправдательными, первоначальными и производными, прямыми и косвенными. При этом необходимо согласиться с позицией А.А. Рясова, который обоснованно рассматривает классификацию доказательств на обвинительные и оправдательные, прямые и косвенные, первоначальные и производные в качестве традиционной научной классификации вещественных доказательств [33].

Предлагаемая классификация доказательств по критерию зависимости от характера связи предмета с событием преступления [3, с. 257–258] применительно исключительно к классификации вещественных доказательств и отражает виды вещественных доказательств, закрепленные нормами уголовного-процессуального закона: 1) вещественные доказательства, которые были орудиями совершения уголовного правонарушения; 2) вещественные доказательства, сохранившие на себе следы или содержащие другие сведения, которые могут быть использованы как доказательство факта или обстоятельство, устанавливаемых в ходе уголовного производства, в том числе предметы, которые были объектом уголовно противоправных действий, деньги, ценности и другие вещи, приобретенные уголовно противоправным путем. В связи с тем, что по критерию зависимости от характера связи предмета с событием преступления классифицируются только вещественные доказательства, он не может рассматриваться в качестве общего критерия классификации доказательств.

Обосновывая целесообразность классификации доказательств по критерию отношения к задачам доказывания на доказательства истинности и доказательства ложности, А.Р. Белкин указывает, что «доказывание истинности того или иного положения может осуществляться путем опровержения всех противоположных доказываемому положений» [20, с. 36–37]. Поскольку по результатам применения метода опровержения то или иное доказательство признается истинным или ложным, приведенный классификационный критерий в полном объеме отвечает другому пред-

лагаемому в теории уголовного процесса критерию – по результатам оценки сторонами и судом степени познавательного качества информационного блока доказательств [21, с. 41–42], анализ которой будет осуществлен ниже. Здесь же хотелось бы отметить, что о доказательствах истинности и доказательствах ложности в «чистом виде» можно говорить только по результатам их оценки, в связи с чем их классификация по указанному критерию является недостаточно обоснованной. В частности, в теоретическом аспекте ее существование не позволяет раскрыть особенности видов доказательств, которые выделяются по данному критерию, а в практическом аспекте она не позволяет определить особенности работы с указанными видами доказательств.

Классификация доказательств по отношению к доказываемому тезису [20, с. 32–37] позволяет учитывать особенности негативных обстоятельств, под которыми в теории уголовного процесса понимают «реальные явления, которые являются отражением сопутствующих, совместимых или несовместимых с преступными действиями, материальных процессов взаимодействия (следы, изменения в обстановке места происшествия и т. п.), или проявлений в актах поведения и показаниях лиц диссимуляции (сокрытия чего-либо), наблюдаемые в ходе следственных действий как несогласующиеся с установленными фактическими данными о конкретном событии и требующие системно-структурного исследования с целью выяснения их происхождения и сущности обнаруженного противоречия» [34, с. 63]. В то же самое время, в юридической литературе негативные обстоятельства обоснованно рассматриваются в контексте анализа косвенных доказательств или вещественных доказательств, которые не относятся к следам преступления. В частности, по мнению Н.В. Багрия, «если с помощью негативных обстоятельств, при условии установления их соответствия действительности и после их логического осмысления, будет установлено, что они противоречат привычному объяснению факта в соответствии с определенной версией, то это будет свидетельствовать о том, что такое объяснение является ошибочным. В данном случае, негативные обстоятельства следует рассматривать как косвенные доказательства, поскольку они будут фактическими данными, содержащими информацию, которая относится к предмету доказывания по конкретному уголовному делу» [35, с. 45]. С.В. Слинью и В.М. Тертышник, осуществляя классификацию вещественных доказательств по критерию связи с событием преступления на вещественные доказательства – следы преступления и вещественные доказательства, не являющиеся следами преступления (иные материальные улики), относят ко второму виду материальные объекты, которые не были частью той среды, в которой произошло расследуемое событие, либо не получили каких-либо изменений в процессе его совершения: объекты, имеющие доказательственное значение ввиду отсутствия на них каких-либо следов (так называемые «негативные обстоятельства материального характера») [17; 36, с. 155–156]. В связи с изложенным выделение в качестве самостоятельного критерия классификации вещественных доказательств их отношение к доказываемому тезису не представляется целесообразным.

В основу предлагаемых критериев классификации доказательств по характеру логической связи между фактами предмета доказывания и доказательствами, по результатам оценки сторонами и судом степени познавательного качества информационного блока доказательств, по характеру

степени юридической доброкачественности процессуальных доказательств [21, с. 40–43] возлагаются свойства доказательств: первого из указанных критериев – относимость, второго – достоверность, третьего – допустимость. При определении понятий «доказательство» и «свойства доказательств» ученые обращают внимание на возможность признания фактических данных доказательством и использования их в уголовно-процессуальном доказывании исключительно при наличии всех свойств, присущих доказательству. В частности, В.Н. Лищенко и А.А. Ляш отмечают, что «общее понятие «доказательство» должно быть юридической конструкцией, которая аккумулирует в себе основные характеристики и требования, свойственные доказательству как системе взаимосвязанных элементов (относимость, достоверность, допустимость и достаточность для принятия определенного процессуального решения или разрешения уголовного дела), комплекс которых и позволяет говорить о доказательстве» [37, с. 11]. Ю.К. Орлов определяет свойства доказательств как такие их необходимые признаки, отсутствие которых не позволяет использовать их в качестве доказательств [38, с. 40]. Н.Г. Нарбикова та Н.М. Стоянов указывают, что свойствами доказательства являются такие неотъемлемые его признаки, при наличии которых определенные сведения получают качество доказательства и, наоборот, при отсутствии хотя бы одного из них сведения не имеют доказательственного значения [39, с. 252; 40, с. 39]. Таким образом, отсутствие у фактических данных свойств относимости, достоверности и допустимости обуславливает невозможность их признания доказательством и использования в уголовно-процессуальном доказывании. Изложенное позволяет согласиться с позицией С.Н. Стаховского, который отмечает, что «ставить в основу разделения доказательств на группы критерии оценки этих доказательств (относимость, допустимость и достоверность) видимо нецелесообразно и неуместно» [1, с. 154]. Более того, на неприемлемость использования приведенных критериев для классификации доказательств, в том числе и для классификации вещественных доказательств, указывает то, что выделяемые на основании каждого из них виды доказательств не характеризуются какими-либо существенными различиями, которые позволяли бы обеспечить достижение цели классификации.

Предлагаемая в теории уголовного процесса классификация доказательств в зависимости от этапа процессуального производства, на котором они собраны, но с корректировкой учеными названий видов доказательств, выделяемых на основании этого критерия [21, с. 40–43; 22, с. 24–25; 23, с. 6–7; 24, с. 47–48; 25, с. 86; 26, с. 19; 27, с. 340; 28, с. 39; 29, с. 219–220], является вполне обоснованной, поскольку позволяет с учетом норм уголовно-процессуального закона определить особенности формирования досудебных и судебных доказательств и их использования в доказывании в ходе досудебного расследования и судебного производства. В полном объеме критерий зависимости от этапа процессуального производства, на котором собраны доказательства, подлежит применению к классификации вещественных доказательств.

**Выводы.** Осуществленный анализ критериев классификации доказательств позволяет утверждать, что к типологии вещественных доказательств могут быть применены такие общие классификационные критерии: 1) по отношению к предмету обвинения: обвинительные и оправдательные; 2) по отношению источника сведений о доказываемом

факте к самому этому факту: прямые и косвенные; 3) по отношению к обстоятельствам, которые подлежат доказыванию: первоначальные и производные; 4) в зависимости от этапа уголовного производства, на котором они используются: досудебные и судебные.

Как обоснованно указывает И.В. Кертэс, «классификация вещественных доказательств, основывающаяся на общей классификации доказательств, не дает ответа на все возникающие в теории вещественных доказательств вопросы. Поэтому возникает необходимость в их специфической классификации» [41, с. 38]. Соглашаясь с такой позицией, необходимо отметить, что вещественные доказательства поддаются самостоятельной классификации как в уголовно-процессуальном законе, так и в теории уголовного процесса, что является предметом самостоятельного исследования.

### Список использованной литературы

1. Стахівський С.М. Кримінально-процесуальні засоби доказування : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09 / С.М. Стахівський. – К., 2005. – 396 с.
2. Егоров Н.Н. Теоретические и прикладные проблемы учения о вещественных доказательствах : дисс. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.09 / Н.Н. Егоров. – Иркутск, 2005. – 376 с.
3. Теория доказательств в советском уголовном процессе / [Р.С. Белкин, А.И. Винберг, В.Я. Дорохов, Л.М. Карнеева и др.]; ред. кол.: Н.В. Жогин (отв. ред.) и др. – 2-е изд., исправ. и доп. – М. : Юридическая литература, 1973. – 736 с.
4. Бибииков В.В. Микрообъекты и их криминалистическое исследование методами молекулярной спектроскопии : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / В.В. Бибииков. – М., 1981. – 184 с.
5. Лопаткин Д.А. Вещественные доказательства (процессуальные и криминалистические аспекты) : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / Д.А. Лопаткин. – Краснодар, 2003. – 193 с.
6. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса : в 2-х т. / М.С. Строгович. – М. : Наука, 1968. – Т. 1. – 1986. – 470 с.
7. Коваленко Є.Г. Теорія доказів у кримінальному процесі України : [підручник] / Є.Г. Коваленко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 632 с.
8. Трусов А.И. Основы теории судебных доказательств. Краткий очерк / А.И. Трусов. – М. : Госюриздат, 1960. – 176 с.
9. Арсеньев В.Д. Вопросы общей теории судебных доказательств в советском уголовном процессе / В.Д. Арсеньев. – М. : Юридическая литература, 1964. – 180 с.
10. Михеєнко М.М. Кримінальний процес України : [підручник] / М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, В.П. Шибіко. – 2-ге видання, перероблене і доповнене. – К. : Либідь, 1999. – 536 с.
11. Науково-практичний коментар Кримінально-процесуального кодексу України / [М.М. Михеєнко, В.П. Шибіко, А.Я. Дубинський]; відп. ред.: В.Ф. Бойко, В.Г. Гончаренко. – 2-ге вид. – К. : Юрінком Інтер, 1999. – 624 с.
12. Миренский Б. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе : [учебник] / Б. Миренский, А. Асамутдинов, Д. Камалходжаев. – Ташкент : Академия МВД Республики Узбекистан, 2003. – 140 с.
13. Алексеев С.С. Обсуждение спорных вопросов теории доказательств в советском уголовном процессе / С.С. Алексеев, В.П. Божьев // Социалистическая законность. – 1965. – № 5. – С. 95–98.
14. Чельцов М.А. Советский уголовный процесс / М.А. Чельцов. – 4-е изд., испр. и перераб. – М. : Госюриздат, 1962. – 503 с.
15. Горский Г.Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / Г.Ф. Горский, Л.Д. Кокорев, П.С. Элькинд. – Воронеж : Издательство Воронежского университета, 1978. – 303 с.
16. Уголовный процесс России : [учебник] / [А.С. Александров, Н.Н. Ковтун, М.П. Поляков, С.П. Сереброва]; науч. ред. В.Т. Томин. – М. : Юрайт-Издат, 2003. – 821 с.
17. Тертышник В.М. Теория доказательств : [учебное издание] / В.М. Тертышник, С.В. Слинько. – Х. : Арсис, 1998. – 256 с. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.pravo.vuzlib.su/book\\_z382.html](http://www.pravo.vuzlib.su/book_z382.html).
18. Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. В.Т. Маляренка, В.Г. Гончаренка. – К. : Форум, 2003. – 938 с.
19. Кримінальний процес : [підручник] / [Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та ін.]; за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. – Х. : Право, 2013. – 824 с.
20. Белкин А.Р. Теория доказывания в уголовном судопроизводстве / А.Р. Белкин. – М. : Норма, 2007. – 528 с.
21. Гмирко В.П. Кримінально-процесуальні докази: поняття, структура, характеристика, класифікація : [конспект проблемної лекції] / В.П. Гмирко. – Дніпропетровськ : Академія митної служби України, 2002. – 63 с.
22. Шумило М.Є. Гносеологічна і процесуальна природа доказів у Кримінальному процесуальному кодексі України / М.Є. Шумило // Актуальні питання кримінального процесуального законодавства України : збірник матеріалів міжвузівської наукової конференції (м. Київ, 26 квітня 2013 року). – К. : Алерта, 2013. – С. 13–27.
23. Шумило М.Є. Докази досудового і судового провадження: проблема функцій та співвідношення / М.Є. Шумило // Юридичний вісник України. – 2013. – № 40 (5–11 жовтня). – С. 6–7.
24. Шумило М.Є. Поняття «докази» у Кримінальному процесуальному кодексі України: спроба критичного переосмислення ідеології нормативної моделі / М.Є. Шумило // Вісник Верховного Суду України. – 2013. – № 2 (150). – С. 40–48.
25. Шумило М.Є. Досудові і судові докази у КПК України / М.Є. Шумило // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 1. – С. 82–86.
26. Погорецький М.А. Актуальні питання теорії доказів / М.А. Погорецький // Докази і доказування за новим Кримінальним процесуальним кодексом України (до 75-річчя з дня народження доктора юридичних наук, професора Михайла Макаровича Михеєнко) : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, (м. Київ, 6–7 грудня 2012 р.). – Х. : Видавець Строков Д.В., 2013. – С. 15–22.
27. Сергєєва Д.Б. Щодо співвідношення понять «судові докази», «досудові докази» й «процесуальні докази» у кримінальному процесі України / Д.Б. Сергєєва // Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Серия «Юридические науки». – 2013. – Т. 26 (65). – № 2–2. – С. 337–341.
28. Михайловская И.Б. Соотношение следственных и судебных доказательств / И.Б. Михайловская // Государство и право. – 2008. – № 4. – С. 34–40.
29. Победкин А.В. Уголовно-процесуальное доказывание / А.В. Победкин. – М. : Юрлитинформ, 2009. – 416 с.
30. Выдря М.М. Вещественные доказательства в советском уголовном процессе / М.М. Выдря. – М. : Госюриздат, 1955. – 118 с.
31. Строгович М.С. Материальная истина и судебные доказательства / М.С. Строгович; отв. ред. Б.С. Никифоров. – М. : Издательство АН СССР, 1955. – 384 с.
32. Хмыров А.А. Косвенные доказательства / А.А. Хмыров. – М. : Юридическая литература, 1979. – 184 с.

33. Рясов А.А. Проблемы собирания вещественных доказательств в досудебных стадиях российского уголовного процесса : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / А.А. Рясов. – Волгоград, 2008. – 19 с. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://lawtheses.com/problemu-sobiraniya-veschestvennyh-dokazatelstv-v-dosudebnyh-stadiyah-gossiyskogo-ugolovnogo-protssesa>.

34. Лисиченко В.К. Негативні обставини та їх значення в розслідуванні злочинів / В.К. Лисиченко, І.І. Когутич. – К. : Дія, 2002. – 182 с.

35. Багрій М.В. Використання непрямих доказів у кримінальному судочинстві України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / М.В. Багрій. – Львів, 2010. – 217 с.

36. Тертышник В.М. Уголовный процесс : [учебное пособие] / В.М. Тертышник. – 2-е изд., пер. и доп. – Х. : Арсис, 1999. – 528 с.

37. Ляш А.О. Поняття доказів у кримінальному процесі / А.О. Ляш, В.М. Ліщенко // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2012. – № 2(6). – С. 1–17 – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n2/12laoukr.pdf>.

38. Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе / Ю.К. Орлов. – М. : Юристъ, 2009. – 175 с.

39. Нарбікова Н.Г. Сутність достовірності доказів у кримінальному судочинстві / Н.Г. Нарбікова, М.М. Стоянов // Актуальні проблеми політики. – 2009. – Вип. 36. – С. 251–256.

40. Стоянов М.М. Властивості доказів у кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / М.М. Стоянов. – Одеса, 2010. – 245 с.

41. Кертэс И. Основы теории вещественных доказательств / И. Кертэс. – М. : Издательство ВНИИ МВД СССР, 1973. – 104 с.



## ЗАГАЛЬНІ ОЗНАКИ ТИМЧАСОВОГО ДОСТУПУ ДО РЕЧЕЙ І ДОКУМЕНТІВ ЯК ЗАХОДУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Богдан КУСПИСЬ,

аспірант кафедри кримінального процесу та криміналістики  
Львівського національного університету імені Івана Франка

### SUMMARY

The features of temporary access to items and documents as measure of criminal proceedings provision are researched in the article. The idea is substantiated that temporary access to items and documents possesses the same features as the measure of criminal proceedings provision in general. Nevertheless the essential expression of these features has certain peculiarities which are caused by the presence of own goal in this measure. In the article all these peculiarities are in detail analysed within the study of every feature of the temporary access to items and documents.

**Key words:** criminal proceedings provision measure, temporary access to items and documents, general features, criminal proceedings.

### АНОТАЦІЯ

У статті проведено дослідження ознак тимчасового доступу до речей і документів як заходу забезпечення кримінального провадження. Обґрунтовується думка, що тимчасовий доступ до речей і документів наділений усіма тими ознаками, що й заходи забезпечення кримінального провадження загалом. Тим не менш, сутнісне вираження цих ознак має певні особливості, які зумовлені наявністю в цього заходу забезпечення власної мети. Детально аналізуються всі ці особливості в межах дослідження кожної ознаки тимчасового доступу до речей і документів.

**Ключові слова:** заходи забезпечення кримінального провадження, тимчасовий доступ до речей і документів, загальні ознаки, кримінальне провадження.

**Постановка проблеми.** Тимчасовий доступ до речей і документів є однією із законодавчих новел, яка введена законодавцем у тексті нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України). Ця процесуальна дія розглядається КПК України як складова системи заходів забезпечення кримінального провадження. Варто зауважити, що й сам процесуальний інститут заходів забезпечення кримінального провадження в національному кримінально-процесуальному праві теж є новим. Хоча і включає в себе окремі процесуальні дії, які були відомі КПК України 1960 р.

Не зважаючи на законодавчу новизну цієї процесуальної дії, судова практика свідчить, що вона набула широкого застосування. Такого висновку можна дійти навіть при локальному аналізі судової практики її застосування. Так, у межах м. Києва станом на 2013 р. слідчими судьями, судом було розглянуто 14 468 клопотань про надання тимчасового доступу до речей і документів [1]. Але в силу того, що тимчасовий доступ до речей і документів є новою та нетиповою для національного кримінально-процесуального законодавства процесуальною дією, практика її застосування у багатьох випадках суперечлива. Про це свідчать висновки Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ). Так, в Узагальненні судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження від 07.02.2014 р. (далі – Узагальнення) аналізується чимала кількість проблемних та суперечливих моментів застосування тимчасового доступу до речей і документів на практиці [2]. Аналіз цього Узагальнення надає можливість стверджувати, що більшість проблем пов'язані не так із недоліками законодавчої техніки законодавця в частині нормативного оформлення цього процесуального заходу в тексті КПК України, як із відсутністю самого розуміння його поняття.

Дослідження ознак, якими характеризується тимчасовий доступ до речей і документів як захід забезпечення кримінального провадження, створить підґрунтя для правильного розуміння поняття цього заходу забезпечення, а відтак, дасть змогу уникнути окремих недоліків його застосування, зокрема тих, які пов'язані із відсутністю розуміння цього процесуального заходу.

**Метою статті** є дослідження загальних ознак тимчасового доступу до речей і документів як заходу забезпечення кримінального провадження.

На момент написання цієї статті наукових праць, присвячених цілісному дослідженню поняття тимчасового доступу до речей і документів, немає. Але дослідження окремих питань застосування цього заходу забезпечення здійснювались такими науковцями, як М.П. Климчук, І.В. Гловюк, С.В. Андрусенко, С.В. Смоков та інші.

**Виклад основного матеріалу.** У КПК України 2012 р. законодавцем передбачено новий кримінально-процесуальний інститут, який знайшов своє відображення в Розділі II КПК України й отримав назву «заходи забезпечення кримінального провадження». Відповідно до ч. 2 ст. 131 КПК України, систему заходів забезпечення кримінального провадження становлять такі заходи: 1) виклик слідчим, прокурором, судовий виклик і привід; 2) накладення грошового стягнення; 3) тимчасове обмеження в користуванні спеціальним правом; 4) відсторонення від посади; 5) тимчасовий доступ до речей і документів; 6) тимчасове вилучення майна; 7) арешт майна; 8) затримання особи; 9) запобіжні заходи.

Вичерпний перелік заходів забезпечення, який наведено законодавцем у ч. 2 ст. 131 КПК України, надає можливість помітити, що частина з них раніше вже мала своє юридичне відображення в положеннях КПК України 1960 р., щоправда, із зовсім іншим змістовим наповненням. Наприклад, у попередньому КПК України був представлений

процесуальний інститут запобіжних заходів, відсторонення від посади, виклик слідчим тощо. Усі ці процесуальні інститути мали своє функціональне призначення, мету, підстави та процесуальний порядок застосування й нормативно відображались у різних розділах Кодексу. У новому ж КПК України законодавцем застосовано законодавчу техніку, згідно з якою частина вищезгаданих процесуальних інститутів були об'єднані в систему заходів забезпечення кримінального провадження. У цю саму систему законодавцем включено низку нових процесуальних дій. Як наслідок, систему заходів забезпечення кримінального провадження становлять заходи, які за своєю процесуальною спрямованістю є різними настільки, наскільки це можливо для існування в межах одного процесуального інституту.

Зарахування різнофункціональних процесуальних заходів до системи заходів забезпечення кримінального провадження надає можливість говорити про те, що поняття «заходи забезпечення кримінального провадження» відносно процесуальних заходів, передбачених ч. 2 ст. 131 КПК України, перебувають у відношенні підпорядкування. Із наведеного випливає, що поняття «заходи забезпечення кримінального провадження» відносно кожного окремого заходу забезпечення виступатиме підпорядковуючим поняттям. У свою чергу, кожен захід забезпечення відносно системи заходів забезпечення кримінального провадження буде підпорядкованим поняттям. Зміст відношення підпорядкування передбачає таку смислову конструкцію: «підпорядковане поняття включає до свого змісту всі ознаки, властиві підпорядковуючому, плюс ознаки, специфічні тільки для підпорядкованого поняття» [3, с. 38]. Отже, наведене надає можливість твердити, що кожен захід забезпечення кримінального провадження характеризується як загальними ознаками, притаманними всім заходам забезпечення, так і власними – спеціальними, які властиві лише їм.

У науці серед ознак, якими характеризуються заходи забезпечення кримінального провадження, виділяють такі: 1) вони мають процесуальний характер і регулюються кримінально-процесуальним законом, а тому є складовою кримінально-процесуальної форми; 2) підстави, межі й порядок їх застосування детально регламентовані законом; 3) спрямовані на досягнення єдиної мети – забезпечення належного порядку кримінального провадження, його дієвості; 4) мають виражений примусовий характер, який залежить не від порядку реалізації цих заходів, а від їх законодавчої моделі; 5) мають виключний характер, тобто застосовуються лише в тих випадках, коли іншими заходами публічні завдання кримінального провадження досягнути неможливо; 6) специфічним є суб'єкт їх застосування: як правило, слідчий суддя, суд [4, с. 256].

У межах цього дослідження першими двома загальними ознаками, які не потребують особливого пояснення, є процесуальний характер заходів забезпечення кримінального провадження й урегульованість процесуальним законом підстав, меж і порядку їх застосування. Ці ознаки притаманні будь-якій процесуальній дії. З огляду на це, єдиним, про що видається за доцільне згадати, є те, що заходам забезпечення кримінального провадження в чинному КПК України присвячений Розділ II КПК України «Заходи забезпечення кримінального провадження». Для кожного процесуального заходу, який становить систему заходів забезпечення кримінального провадження, передбачена окрема глава, яка розкриває особливості процесуального порядку його застосування. Тимчасовий доступ

до речей і документів як захід забезпечення кримінального провадження отримав нормативне закріплення в положеннях Глави 15 КПК України.

Серед ознак, якими характеризуються заходи забезпечення кримінального провадження, основною можна вважати їх мету, оскільки зміст останньої визначає законодавчу ідею нормативного існування як системи заходів забезпечення кримінального провадження загалом, так і кожного окремо взятого заходу забезпечення. Також мета заходів забезпечення визначає їх законодавчу модель і місце серед інших процесуальних інститутів, які отримали своє юридичне відображення в положеннях КПК України. Як уже згадувалось, законодавець у межах одного процесуального інституту об'єднав дев'ять абсолютно різних за функціональним призначенням процесуальних заходів. Усі вони об'єднані спільною метою, яка, відповідно до ч. 1 ст. 131 КПК України, полягає в забезпеченні дієвості кримінального провадження. Можна погодитися з думкою, що словосполучення «дієвість кримінального провадження» сформульовано законодавцем доволі абстрактно [5, с. 207], але у будь-якому випадку його зміст не може тлумачитись довільно. Так, існує думка, і вона видається правильною, що під дієвістю кримінального провадження слід розуміти можливість виконання завдань, заради яких воно здійснюється [6, с. 306]. У контексті цієї думки варто додати, що цими завданнями є завдання кримінального провадження, які передбачені у ст. 2 КПК України.

У силу різнофункціонального призначення кожного заходу, який входить у систему заходів забезпечення кримінального провадження, можна припустити, що законодавцем у ч. 1 ст. 131 України наведена лише загальна мета. Тоді як конкретна мета кожного заходу забезпечення кримінального провадження впливає із змісту процесуальних норм, які регламентують процесуальний порядок їх застосування. Очевидним є твердження, що конкретна мета заходів забезпечення кримінального провадження не може суперечити загальній, яка визначена в ч. 1 ст. 131 КПК України. Навпаки, конкретна мета будь-якого процесуального заходу, передбаченого Розділом II КПК України, завжди спрямована на досягнення їх загальної мети – забезпечення дієвості кримінального провадження, але, у свою чергу, кожен захід забезпечення кримінального провадження забезпечує її досягнення у свій специфічний спосіб, зумовлений переважно специфікою законодавчої моделі їх побудови.

У системі норм, які присвячені правовій регламентації процесуального порядку надання тимчасового доступу до речей і документів, законодавець прямо не вказує на його мету. Але, як видається, конкретна мета тимчасового доступу до речей і документів опосередковано впливає із юридичного розуміння цієї процесуальної дії, яке наводиться законодавцем у ч. 1 ст. 159 КПК України. Відповідно до цієї процесуальної норми, тимчасовий доступ до речей і документів полягає в наданні сторонам кримінального провадження особою, у володінні якої знаходяться речі та документи, можливості ознайомитись із ними, зробити їх копії, а у випадку прийняття відповідного рішення слідчим суддею чи судом вилучити їх (здійснити їх вилучення). Таке законодавче формулювання розуміння (визначення) тимчасового доступу до речей і документів підштовхує до висновку, що він забезпечує дієвість кримінального провадження шляхом надання сторонам захисту й обвинувачення можливості збирати докази, якими вони обґрунтовують свою позицію у кримінальному провадженні [7, с. 91].

Із вищенаведеною позицією щодо визначення мети заходів забезпечення кримінального провадження погоджуються далеко не всі. Зокрема, у п. 9 Узагальнення, про яке вже згадувалось, ВССУ зазначає, що тимчасовому доступу до речей і документів мета збирання доказів не властива [2]. ВССУ ніяким чином не обґрунтував своєї позиції. Також в Узагальненні не вказується, яка тоді мета цієї процесуальної дії. Тому такий висновок породжує більше питань, аніж відповідей.

Наступною сутнісною ознакою заходів забезпечення кримінального провадження є яскраво виражений примусовий характер цих заходів. За законодавчою ідеєю процесуальні заходи, передбачені ч. 2 ст. 131 КПК України, покликані забезпечити дієвість кримінального провадження, що, своєю чергою, зумовило об'єктивну необхідність у формуванні законодавчої моделі цих заходів, яка у своїй основі оснований на процесуальному примусі. Окрім цього, видається, що законодавець усі процесуальні дії, які він вважав примусовими, юридично закріпив у Розділі II КПК України «Заходи забезпечення кримінального провадження».

Роль заходів забезпечення кримінального провадження є безперечною. Важко навіть уявити ефективне кримінальне провадження без існування в ньому процесуальних заходів, які передбачають можливість у випадках, передбачених законом, застосування щодо учасника цього провадження примусу з метою досягнення його дієвості. З огляду на це, можна лише додати, що, як видається, виконання завдань кримінального провадження можливе лише за умови забезпечення його дієвими заходами примусового характеру, якими в чинному КПК України є процесуальні заходи, передбачені ч. 2 ст. 131 КПК України.

У науці процесуальні заходи, які передбачають можливість застосування щодо учасника кримінального процесу примусу, прийнято іменувати заходами кримінально-процесуального примусу. У літературі немає єдиного універсального визначення, яке розкриває поняття цих заходів, як і немає його єдиного розуміння. Не вдаючись до аналізу численної кількості наукових підходів, присвячених визначенню поняття заходів кримінально-процесуального примусу, обмежимося лише тим, що вкажемо те визначення, яке із суб'єктивної позиції автора статті видається найбільш повним. Так, під кримінально-процесуальним примусом розуміють систему заходів психологічного, фізичного, організаційного чи матеріального впливу, пов'язаних із обмеженням суб'єктивних прав учасника кримінального провадження з метою забезпечення дієвості кримінального провадження та запобігання процесуальним правопорушенням шляхом застосування уповноваженими особами передбачених законом владно-примусових заходів, що полягають у спонуканні до виконання процесуальних обов'язків, припинення протиправної поведінки, притягненні до процесуальної відповідальності [8, с. 149].

Основною перевагою цього визначення є різнобічність бачення процесуальної спрямованості заходів забезпечення кримінального провадження. Із наведеного вище розуміння заходів кримінально-процесуального примусу випливає, що процесуальний примус в одних випадках може бути спрямований на виконання учасником кримінального провадження своїх процесуальних обов'язків, в інших – на припинення протиправної поведінки або ж на його притягнення до процесуальної відповідальності. Також видається правильним зауважити, що автор запропонованого визначення не пов'язує можливість застосування заходів забез-

печення кримінального провадження лише із протиправною поведінкою учасника кримінального провадження.

Аналіз кримінально-процесуальних норм, присвячених процесуальному порядку застосування тимчасового доступу до речей і документів, надає можливість дійти висновку, що в межах цього заходу забезпечення кримінального провадження процесуальний примус спрямований на забезпечення виконання власником речей і документів своїх процесуальних обов'язків, виникнення яких пов'язане із застосуванням цього заходу. Як убачається із положень Глави 15 КПК України «Тимчасовий доступ до речей та документів», основним процесуальним обов'язком власника є надання доступу сторонам кримінального провадження до речей та/або документів, зазначених у відповідній ухвалі слідчого судді або суду. Цей процесуальний обов'язок має правообмежувальний характер, який виявляється в тому, що власник речей і документів тимчасово фактично позбавляється права володіння, користування та розпорядження своїм майном (правомочності власника – ст. 312 Цивільного кодексу України).

У випадку із тимчасовим доступом до речей і документів лише не надання речей та/або документів може слугувати фактичною підставою для застосування щодо їх власника процесуального примусу. Аналіз положень Глави 15 КПК України «Тимчасовий доступ до речей та документів» надає можливість помітити, що застосування примусу в межах процесуального заходу тимчасового доступу до речей і документів має специфічний характер. Так, законодавцем у ст. 166 КПК України передбачений наслідок невиконання власником ухвали слідчого судді або суду про надання тимчасового доступу до речей і документів. Зокрема, у цій процесуальній нормі вказується, що в разі невиконання ухвали про надання тимчасового доступу до речей і документів слідчий суддя, суд за клопотанням сторони кримінального провадження, якій надано право на доступ до речей і документів на підставі ухвали, має право постановити ухвалу про дозвіл на проведення обшуку згідно із положеннями КПК України з метою відшукування та вилучення зазначених речей і документів.

З огляду на це, убачається, що невиконання ухвали слідчого судді, суду про надання тимчасового доступу до речей і документів передбачає можливість проведення обшуку, який покликаний забезпечити одержання стороною провадження необхідного доказу (речі та/або документа), що власне і сприяє досягненню конкретної мети цього заходу забезпечення – створення процесуальної можливості збирати докази шляхом одержання до них тимчасового доступу.

Наступною ознакою, яка певною мірою тісно пов'язана із попередньою, є виключний характер заходів забезпечення. Сутність цієї ознаки полягає в тому, що заходи забезпечення кримінального провадження застосовуються лише в тих випадках, коли іншими заходами досягнути завдання кримінального провадження неможливо. У контексті наведеного твердження варто уточнити, що питання можливості застосування заходів забезпечення кримінального провадження зумовлене не так неможливістю іншими способами виконати завдання кримінального провадження загалом, як неможливістю іншими способами досягти конкретної мети того чи іншого заходу забезпечення кримінального провадження без його застосування. Для розкриття цієї позиції варто нагадати, що, як уже згадувалось, застосування заходів забезпечення кримінального провадження передбачає обмеження конституційних прав і свобод особи. У зв'язку із цим, вирішуючи питання про на-



дання дозволу на застосування заходу забезпечення кримінального провадження слідчий суддя чи суд має вирішити питання про можливість досягнення мети того чи іншого заходу забезпечення кримінального провадження без його застосування, тобто в інший спосіб. Під словосполученням «інший спосіб» слід розуміти можливість застосування інших процесуальних дій, які не пов'язані з обмеженням конституційних прав і свобод особи, але при цьому дають змогу досягти конкретної мети заходу забезпечення кримінального провадження, про застосування якого сторона провадження подала відповідне клопотання.

Вищенаведена позиція також впливає із Листа ВССУ «Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження», зокрема у п. 1 Листа вказується таке: «Вирішуючи питання про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, у кожному випадку розгляду відповідних клопотань слідчі судді зобов'язані перевірити наявність об'єктивної необхідності та виправданості такого втручання у права і свободи особи, з'ясувати можливість досягнення мети, на яку посилається автор клопотання, без застосування цих заходів». Наведена позиція ВССУ також відображена на нормативному рівні. Зокрема, у ч. 4 ст. 132 КПК України законодавець указав, що для оцінки потреб досудового розслідування слідчий суддя або суд повинні врахувати можливість без застосування заходу забезпечення кримінального провадження отримати речі й документи, які можуть бути використані під час судового розгляду для встановлення обставин у кримінальному провадженні.

Процесуальна можливість одержання речей і документів без застосування тимчасового доступу передбачена законодавцем у ст. 93 КПК України. Зокрема, ч. 2 ст. 93 КПК України встановлює, що сторона обвинувачення здійснює збирання доказів шляхом проведення слідчих (розшукових) дій, витребування й отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств установ та організацій, службових і фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених Кодексом. Для сторони захисту можливість одержання доступу до речей і документів без застосування юридичної процедури, установленої Главою 15 КПК України «Тимчасовий доступ до речей та документів», передбачена ч. 3 ст. 93 КПК України. У згаданій процесуальній нормі зазначається, що сторона захисту, потерпілий здійснює збирання доказів шляхом витребування й отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових і фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок, ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити суду подання належних і допустимих доказів.

З огляду на вищенаведене, залишається лише додатково звернути увагу на те, що процесуальний обов'язок слідчого судді чи суду щодо з'ясування можливості отримати речі й документи без застосування тимчасового доступу до речей і документів (ч. 4 ст. 132 КПК України) спрямований на створення додаткової процесуальної гарантії невинуватого обмеження прав та свобод особи у кримінальному провадженні внаслідок його застосування. Але, як видається, цей обов'язок не варто розглядати як абсолютне правило, яке не має

винятків. Зокрема, ведеться до того, що не завжди слідчий суддя чи суд мають «автоматично» відмовляти в задоволенні клопотання про надання тимчасового доступу в тих випадках, коли сторона провадження попередньо не вжила заходів щодо одержання речей і документів у порядку, передбаченому ст. 93 КПК України. Річ у тім, що із об'єктивних причин одержання речі чи документа в добровільному порядку не завжди є можливим. Наприклад, у випадках, коли стороні кримінального провадження достовірно відомо чи є обгрунтована підозра вважати, що такі речі чи документи не будуть надані, то їх витребування на підставі ст. 93 КПК України буде наперед безуспішним. У цьому випадку видається логічним одразу звертатись із клопотанням про надання тимчасового доступу до речей і документів, але при цьому сторона кримінального провадження повинна обгрунтувати, чому вона не вжила заходів щодо одержання цих доказів шляхом їх добровільного витребування (ст. 93 КПК України).

До ознак заходів забезпечення кримінального провадження також можна зарахувати наявність специфічного суб'єкта застосування, яким, як правило, є слідчий суддя або суд. Найменування цієї ознаки потребує певного словесного уточнення. Коли ми говоримо про роль слідчого судді чи суду щодо реалізації положень Розділу II КПК України, то варто пам'ятати, що слідчий суддя чи суд не застосовують заходи забезпечення кримінального провадження. Їхня роль полягає в наданні права на їх застосування, яке закріплюється у відповідній ухвалі слідчого суді або суду, тоді як безпосереднім суб'єктом застосування є сторони кримінального провадження. У зв'язку із цим, видається більш правильним цю ознаку іменувати так: «Наявність специфічного суб'єкта, який приймає рішення про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, яким, як правило, є слідчий суддя або суд».

Новий КПК України пронизаний тенденцією розширення судового контролю в частині застосування щодо учасників кримінального провадження процесуальних дій, які передбачають обмеження їх прав чи свобод, що створює додаткові гарантії їх необгрунтованого використання під час здійснення кримінального провадження. Ця тенденція торкнулась і новоствореного процесуального інституту заходів забезпечення кримінального провадження. Аналіз положень Розділу II КПК України надає можливість ствердити, що більшість заходів забезпечення кримінального провадження застосовуються саме на підставі рішення слідчого суді або суду. До таких процесуальних заходів належить і тимчасовий доступ до речей і документів.

**Висновки та результати дослідження.** У межах проведеного дослідження було з'ясовано, що поняття «заходи забезпечення кримінального провадження» із кожним окремим заходом забезпечення перебуває у співвідношенні підпорядкування. На основі цього в межах цієї статті стало можливим виділити та дослідити загальні ознаки тимчасового доступу до речей і документів через призму належності до заходів забезпечення кримінального провадження.

Дослідження загальних ознак заходів забезпечення кримінального провадження дало змогу встановити, що тимчасовий доступ до речей і документів повною мірою наділений усіма сутнісними ознаками, що й заходи забезпечення кримінального провадження загалом. Крім цього, у більшості випадків фактичне вираження цих ознак у межах цього процесуального заходу має свої певні особливості, які можна пояснити наявністю, з одного боку, специфічної моделі побудови цих заходів, а з іншого – наявністю в кожного заходу забезпечення свої конкретної мети.

### Список використаної літератури

1. Узагальнення судової практики розгляду слідчими суддями клопотань сторін кримінального провадження про тимчасовий доступ до речей та документів відповідно до статей 159–166 КПК України року від 13.08.2014 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.apcourtkiev.gov.ua/apcourtkiev/uk/publish/article/114191.jsessionid=F85707CC25150DA23621A853258F3ACA>.
2. Узагальненні судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження від 07.02.2014 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/n0001740-14/print1403867001787795>.
3. Жеребкін В.Є. Логіка : [підручник] / В.Є. Жеребкін. – 11-ге вид., випр. – К. : Т-во «Знання», КОО, 2011 – С. 262.
4. Кримінальний процес : [підручник] / [Ю.М. Грошовий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та ін.] ; за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошового, О.В. Капліної, О.Г. Шило. – Х. : Право, 2013. – С. 824.
5. Миколенко О.М. Кримінальний процесуальний примус у положеннях нового Кримінального процесуального кодексу України / О.М. Миколенко // Правова держава. – 2013. – № 16. – С. 207.
6. Науково-практичний коментар до Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 року / за ред. О.М. Банчука, Р.О. Куйбіди, М.І. Хавронюка. – Х. : Фактор. – С. 1072.
7. Куспись Б.А. Призначення тимчасового доступу до речей та документів у системі заходів забезпечення кримінального провадження / Б.А. Куспись // Юридична наука: виклики і сьогодення : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, Україна, 8–9 серпня 2014 року). – Одеса : ГО «Причорноморська фундація права», 2014. – С. 108.
8. Мирошніченко Ю.М. Заходи кримінально-процесуального примусу: сутнісна характеристика, умови та підстави застосування / Ю.М. Мірошніченко // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». – 2013. – Вип. 4. – Т. 2. – С. 248.

## МЕРЕЖА ІНТЕРНЕТ У ДІЯЛЬНОСТІ СЛІДЧОГО

Артур ПАНАСЮК,  
аспірант кафедри криміналістики  
Національного університету «Одеська юридична академія»

### SUMMARY

To research the Internet to the investigator, the analysis of the current state of differentiation on the call sign and negative aspects, identification of important events in its development, the formation of his own categorical apparatus. Characterized investigating possibilities for the use of the Internet in detecting, preventing, investigating and solving crimes. Highlight the place and importance of the Internet in a professional investigator with the increasing number of crimes that are committed by the help of which the Internet is both a means of committing a crime and localization of the main trace of the picture.

**Key words:** investigator, investigating crimes, network, Internet, software, online fraud, spamming, DoS-attacks, Website defacement, phishing, cybersquatting, cyber-war, karderstvo, pseudo-site.

### АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена дослідженню мережі Інтернет в діяльності слідчого, аналізу її сучасного стану з диференціацією на позивні та негативні аспекти, виокремленню важливих подій у її розвитку, формуванню власного категоріального апарату. Охарактеризовано можливості слідчого щодо використання мережі Інтернет при виявленні, запобіганні, розслідуванні й розкритті злочинів. Виділено місце та значення мережі Інтернет у професійній діяльності слідчого з урахуванням збільшення кількості злочинів, що вчинюються за її допомогою, де Інтернет є водночас і засобом вчинення злочину, і місцем локалізації його основної слідової картини.

**Ключові слова:** слідчий, розслідування злочинів, мережа, Інтернет, програми, онлайн-шахрайство, спам-розсилки, DoS-атаки, дефейс, фішинг, кіберсквотинг, кібервійна, кардерство, псевдосайт.

**Постановка проблеми.** Інтернет у діяльності слідчого загалом, а особливо при розслідуванні злочинів у сфері електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем і комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку посідає центральне й вагомe місце. Інтернет бере свій початок з кінця 60-х років ХХ століття у вигляді оборонного проекту, створеного у вигляді комунікаційної мережі, де відсутній єдиний центр управління й де один комп'ютер не більш важливий, ніж будь-який інший у ній, при цьому основною умовою була його здатність функціонувати під час атомної війни. Історичним моментом було створення єдиного стандарту комунікацій TCP/IP міжмережевого протоколу управління передачею, який дав змогу різним мережам з'єднуватися одна з одною. З цього моменту й бере свій початок саме мережа Інтернет, у якій надалі було створено всесвітню павутину – World Wide Web (w.w.w.) з новим методом передачі інформації (протоколи передачі гіпертекстів, гіпермедіа).

**Метою статті** є дослідження мережі Інтернет у діяльності слідчого, визначення її місця серед інших технологічних розробок, розкриття початкових основ її розвитку та функціонування, окреслення уявлень щодо її можливостей на сьогодні та в майбутньому, аналіз її сучасного стану з диференціацією на позивні й негативні аспекти.

**Виклад основного матеріалу.** Питанням дослідження Інтернету в криміналістиці присвячені роботи Б.В. Андрєєва щодо розслідування злочинів у сфері комп'ютерної інформації [1], П.Д. Біленчука відносно комп'ютерної злочинності [2], В.Б. Вехова стосовно методики розслідування злочинів у сфері комп'ютерної інформації [3], В.В. Крилова щодо інформаційних комп'ютерних злочинів [4], В.О. Мещерякова відносно правового та криміналістичного аналізу злочинів у сфері комп'ютерної інформації [5], О.І. Усова стосовно судово-експертних досліджень комп'ютерних засобів [6], Д.М. Цехана щодо використання високих інфор-

маційних технологій в оперативно-розшуковій діяльності [7], І.Ф. Хараберюша відносно використання оперативних засобів у протидії злочинам, що вчинюються у сфері нових інформаційних технологій [8], В.І. Федотова стосовно виявлення й розслідування комп'ютерних злочинів [9] та ін. Аналізуючи вищезазначені роботи, приходимо до висновку, що варто приділити увагу менш дослідженому питанню, як мережа Інтернет у діяльності окремого суб'єкта, а саме слідчого.

Слідчому для початкового уявлення устрою Інтернету необхідно насамперед ознайомитися з великою кількістю інформації щодо неї. Ми не будемо зупинятися на розкритті цих понять і їх значенні в мережі, але поділимо ці знання на сфери для виявлення слідчим злочинних подій у ній. Отже, саме подальше розуміння мережі Інтернет у діяльності слідчого вимагає викладу основних категорій (понять, термінів) у цій сфері.

Варто розпочати зі структури. Мережа Інтернет – це всесвітня комп'ютерна мережа, тобто комп'ютери, які територіально віддалені один від одного, з'єднані між собою для спільної роботи. Види комп'ютерних мереж: локальні (комп'ютери, що знаходяться в одному приміщенні) та глобальні (декілька локальних мереж чи окремі комп'ютери, віддалені один від одного в радіусі 1000 м.). Тобто, Інтернет – це всесвітня комп'ютерна мережа, що складається з різних комп'ютерних мереж, об'єднаних стандартними угодами про способи обміну інформацією, єдиною системою адресації з наступними з'єднувальними лініями: лінії зв'язку, оптиковолоконні, радіозв'язок, супутниковий зв'язок тощо. Тут варто пізнати сутність таких категорій, як протоколи Інтернету, система адресації (формати IP і DNS), канали зв'язку між її мережами, система передачі інформації (вузли або маршрутизаторами (router)), способи підключення (сеанс: програма–телефонна лінія–модем, підключений в одну з мереж Інтернет, або окрема телефон-

на лінія, цифрова телефонна лінія, цифровий канал зв'язку, радіоканал за допомогою радіомодема, супутниковий зв'язок), ресурси мережі: новини, електронна пошта, вебінари, протоколи передачі файлів, системи пошуку, всесвітня павутина (URL-адреса, Web-сторінка, формат HTML, Web-сервер, Web-сайт), форуми, блоги та чати, розмови за принципом телефону.

Актуальними є питання програмного забезпечення персонального комп'ютера слідчого для роботи в Інтернеті за допомогою сучасних програм-клієнтів і його постійного оновлення для тих відділів, які розслідують злочини у сфері електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електров'язку. Але сучасний стан розвитку інформаційних технологій у сфері електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електров'язку, що дає змогу на високому рівні з великою точністю дослідити переміщення інтернет-користувача по мережі (місце, час, тривалість тощо), відвідування сайтів (час, тривалість, рух по розділах, скачування тощо), рух коштів на платіжних рахунках (кількість, отримувач, вартість), спілкування (соціальні мережі, форуми, обговорення, будь-які відмітки тощо) як у межах певної країни, так і в усьому світі, у свою чергу, має як позитивні аспекти так і негативні.

Варто дослідити ці аспекти більш детально, відповідно до діяльності правоохоронних органів.

Позитивні аспекти:

1. Пошук інформації, документів і будь-яких даних, необхідних для забезпечення професійної діяльності, з диференціацією слідчого за часом, місцем, мовою тощо.

2. Пошук орієнтуючої інформації щодо фізичних і юридичних осіб, їх кола знайомих, клієнтів.

3. Контроль за професійною діяльністю фізичної та юридичної особи за допомогою мережі Інтернет у межах кримінального провадження [1; 2; 3; 4; 8; 9].

4. Функціонування форумів, чатів, ICQ, які дають змогу мільйонам людей спілкуватися, ділитися інформацією про себе й оточуючих (безкоштовне, швидке джерело обміну будь-якими даними, що є доступними для слідчого).

5. Віртуальне відвідування за допомогою спеціальних програм ділянок, приміщень, вулиць тощо (наприклад, відтворення в пам'яті свідка злочинної події за допомогою Google Maps, Яндекс-карт тощо).

6. Форма демонстрації колегам, суспільству та ЗМІ результатів діяльності структурного підрозділу правоохоронного органу на його офіційному сайті тощо.

7. Проведення нарад, навчальних занять, семінарів у форматі відео конференцій/вебінарів з великою кількістю учасників.

8. Доступ до різноманітної літератури на спеціалізованих сайтах найбільших бібліотек світу, якими може скористатися будь-який слідчий у будь-якому місці й у будь-який час.

9. Використання програм, що забезпечують зв'язок та інші можливості у віртуальному світі (програмне забезпечення, електронний зв'язок, Google документи, Google диск, календарі тощо). Кожна програма вирішує певне коло завдань.

10. Підвищення рівня освітніх знань слідчого за допомогою спеціальних програм та вдосконалення вже набутих навичок тощо.

11. Постійний доступ до всіх новин (як широкої, так і вузької тематики), крім цього, і до новин минулих років, що не є менш важливим у розслідуванні злочинів минулих років.

12. Користування послугами телефонного зв'язку через Інтернет.

13. Інше...

Отже, на сьогодні за допомогою мережі Інтернет можна робити практично все, але й це ще не все. Ми з надією дивимось в майбутнє, і розробники нам у відповідь майже кожного дня запускають для користувачів нову програму, технологію або технічний засіб. А правоохоронні органи, у свою чергу, будучи активним користувачем міжнародної мережі Інтернет, можуть ефективно застосовувати його технологічні й інші можливості в боротьбі зі злочинністю. І от саме тут стикаємося зі специфічними негативними аспектами цього інформаційно-комунікаційного буму, як-от:

1. Тривала робота за комп'ютером погано впливає на фізичний стан людини. Усе це з часом позначається на багатьох системах організму (вищої нервової, ендокринної, репродуктивної, імунної тощо).

2. Інтернет – ілюзія всюдозволеності та безкарності. Саме тут існують різні сайти наркоманів, найманих убивць, самогубців, крадів, терористів.

3. Через Інтернет можна придбати зброю, наркотичні й сильнодіючі засоби та інші заборонені засоби. Крім цього, можна навчитися самому всі ці речі виготовляти.

4. Інтернет – найбільше джерело розповсюдження порнографії, наклепів, образ, екстремістських закликів.

5. Порушення авторських та інших інтелектуальних прав в офлайн (торгівля контрафактними дисками й програмами, послуги інсталяторів, які не мають прав на програмне забезпечення тощо).

6. Онлайн-шахрайство. Функціонування фіктивних Інтернет магазинів (торгівля); псевдосайтів благодійних і релігійних організацій, громадських та політичних партій і рухів (пожертвування, внески); сайтів із проханням про матеріальну допомогу під різні історії: хвороба, катастрофа, жадлива доля; фіктивних шлюбних агентств; фіктивних банків та інвестиційних фондів з обіцянками великих процентів по депозитах; фіктивних сайтів щодо працевлаштування з обов'язковим «вступним фіксованим внеском». Також шахрайські дії щодо Інтернет-трафіка й шахрайство в онлайн-іграх.

7. Спам-розсилки. Розсилка в Інтернет-мережі: пропозиції щодо придбання програм, які дають змогу економити або збільшувати кошти на рахунку тощо; шкідливі програми; заклики до вчинення екстремістських і терористичних дій; прохання щодо надання грошової допомоги хворим, обездоленим, знівеченим тощо.

8. DoS-атаки. В Інтернеті орудують спеціалісти, які створюють програми, що руйнують усе на своєму шляху задля задоволення власного самолюбства.

9. Дефейс. Злочинець змінює зовнішній вигляд веб-сайта потерпілого різними способами, частіше тільки першу сторінку, але іноді й інші (потерпілий – фізична або юридична особа).

10. Функціонування RBL – спеціальних чорних списків (база даних IP-адресов), спрямована на протидію розсилці спаму й на захист від спаму, які основані на протоколі DNS.

11. Фішинг – виманювання під різними приводами в потерпілих їх персональних і конфіденційних даних, які надалі використовуються в злочинній діяльності (види: вішинг, фармінг).

12. Кіберсквотинг – перепродаж доменних імен, тобто придбання доменного імені з метою його недоброякісного використання чи з метою завадити його доброякісному використанню законним власником.

13. Кардерство – отримання даних банківської карти, включаючи пароль. Способи реалізації цих даних: придбання товарів в Інтернет-магазинах; розрахунки за Інтернет-послуги; фіктивне придбання товарів в Інтернет-магазинах або фіктивний розрахунок за Інтернет-послуги; гра в Інтернет-казино; зняття коштів з рахунків тощо.

14. Шкідливе програмне забезпечення: троянські програми та їх підвиди (ransomware, черва, троянець тощо); програми, що впроваджують відкрито або приховано на персональний комп'ютер несанкціоновану рекламу; програми, які слугують для підвищення привілеїв користувача й приховання його дій; програми, що програмують знищення будь-якої інформації в будь-який час з дотриманням певним вимог або/чи їх виконанням.

15. Функціонування трьох найбільш розповсюджених груп дій, які надають можливість спостерігати за діяльністю в мережі Інтернет, можуть бути виконані програмними закладками: копіювання інформації користувача комп'ютерної системи, що знаходиться в ОП або зовнішній пам'яті цієї чи підключеної до неї комп'ютерної системи; зміни в алгоритмах функціонування системних, прикладних і службових програм; нав'язування певних режимів роботи. Саме потенціал цих груп використовують спецслужби багатьох країн для своєї розвідувальної діяльності (COPM, EȘELON, PRISM).

16. Незаконний контроль за життям мільйонів людей, виток інформації в будь-якій формі, працездатність систем спостереження, які дають змогу отримати доступ до особистої пошти та списку сайтів будь-якого користувача (наприклад, перехоплення мережевих з'єднань і пакетів, паролів (кейлогер), звернень браузера до сайтів за допомогою HTTP Proxu або розширень браузера, експорт усіх даних із сервісів тощо).

17. Існування в Інтернет мережі платіжних систем, що надають можливість провести незаконні транзакції великих сум, введення та виведення коштів, у тому числі анонімних (так звані «кримінальні платежі»).

18. Кібервійна – це інформаційна війна, без учинення бойових дій, використання вогнепальної зброї або іншого її виду, де зброєю є спеціально оброблені та підготовлені дані.

19. Замкненість у мережі Інтернет інформації в централізованих базах даних, що належать обмеженому колу осіб, які ними володіють.

20. Інше.

**Висновки.** Ці аспекти можна й варто досліджувати. Але головне, що варто підкреслити, це те, що з плином дуже короткого проміжку часу Інтернет мережа посіла першорядне місце в діяльності слідчого й саме вона надає йому безліч можливостей для розвитку, оперативності, швидкості. І як будь-який елемент матеріального світу, він має як позитивні аспекти, так і негативні, навіть можна говорити про наявність ще й нейтральних. Однак складові цих аспектів завжди залежатимуть від багатьох суб'єктивних та об'єктивних факторів, які ми і збираємося дослідити в подальшій діяльності.

#### Список використаної літератури

1. Андреев Б.В. Расследование преступлений в сфере компьютерной информации / Б.В. Андреев, П.Н. Пак, В.П. Хорст. – М. : Юрлитинформ, 2001. – 152 с.

2. Комп'ютерна злочинність : [навчальний посібник] / [П.Д. Біленчук, Б.В. Романюк, В.С. Цимбалюк]. – К. : Атіка, 2002. – 240 с.

3. Вехов В.Б. Расследование преступлений в сфере компьютерной информации : [учебно-методическое пособие] / В.Б. Вехов, А.Ф. Родин. – Волгоград : ВА МВД России, 2004. – 164 с.

4. Крилов В.В. Информационные компьютерные преступления : [учебное и практическое пособие] / В.В. Крилов. – М. : ИНФРА-М : Норма, 1997. – 276 с.

5. Мещеряков В.А. Преступления в сфере компьютерной информации: правовой и криминалистический анализ / В.А. Мещеряков. – Воронеж : Воронежский государственный университет, 2001. – 176 с.

6. Усов А.И. Судебно-экспертное исследование компьютерных средств и систем: основы методического обеспечения : [учебное пособие] // под ред. Е.Р. Россинской. – М. : Экзамен : Право и закон, 2003. – 368 с.

7. Цехан Д.М. Використання високих інформаційних технологій в оперативно-розшуковій діяльності органів внутрішніх справ : [монографія] / Д.М. Цехан. – Одеса : Юридична література, 2011. – 214 с.

8. Використання оперативно-технічних засобів у протидії злочинам, що вчиняються у сфері нових інформаційних технологій : [монографія] / [І.Ф. Хараберюш, В.Я. Мацюк, В.А. Некрасов, О.І. Хараберюш]. – К. : КНТ, 2007. – 196 с.

9. Федоров В.И. Компьютерные преступления: выявление, расследование и профилактика / В.И. Федоров // Законность. – 1994. – № 6. – С. 44.

УДК 343.150.1

## ЗАСТОСУВАННЯ НАЛЕЖНОЇ ПРАВОВОЇ ПРОЦЕДУРИ СУДОМ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ ПРИ ВИРІШЕННІ ПИТАННЯ ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ

**Олександр ПАНАСЮК,**  
асистент кафедри правосуддя  
Полтавського юридичного інституту  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

### SUMMARY

The article is devoted to the problem of realization of the power of court of first instance at the trial stage which is connected with evaluation of admissibility of evidence. It is concluded that the regulation described above, need improvement, because only well-coordinated mechanism for the implementation of this institute will help fulfill that purpose, relying on him in criminal proceedings. Attention is paid not only to some problem procedural aspects of procedure for solving the evidence inadmissible in court proceedings, but also the role of court and importance of internal judicial conviction in this process; also offers solutions to some problematic or controversial in science and practice issues.

**Key words:** admissibility of evidence, evaluation of evidence, power of court, judicial discretion, court of first instance, due process.

### АНОТАЦІЯ

Статтю присвячено проблемі реалізації повноважень суду першої інстанції на стадії судового розгляду, що пов'язані з оцінкою допустимості доказів. Робиться висновок про те, що правове регулювання окресленого питання потребує вдосконалення, адже тільки відлагоджений механізм реалізації цього інституту дасть змогу виконувати ту мету, що покладається на нього в кримінальному провадженні. Звертається увага не лише на деякі проблемні процедурно-процесуальні аспекти порядку визнання доказів недопустимими в судовому провадженні, а й на ролі суду й значенні внутрішнього суддівського переконання в цьому процесі; також пропонуються шляхи вирішення деяких проблемних чи спірних у науці й практиці питань.

**Ключові слова:** допустимість доказів, оцінка доказів, повноваження суду, розсуд суду, суд першої інстанції, належна правова процедура.

**Постановка проблеми.** Традиційно в літературі взначають допустимість доказу як зовнішню його властивість, яка пов'язана з можливістю використання цього доказу в кримінальному провадженні [1, с. 186]. Допустимість як одна з обов'язкових та важливих властивостей доказів (у всякому разі – з точки зору сучасної загальноновизнаної доктрини кримінального процесу) природно не залишала поза увагою наукову думку, що формувалася вченими різних епох.

Так, у різні часи проблемам допустимості доказів так чи інакше присвячували свої дослідження такі вчені<sup>1</sup>. У «до-революційний» період – С. Вікторський, Л. Владимиров, П. Люблінський, М. Розін, В. Случевський, В. Спасович, І. Фойницький, О. Чебишев-Дмитрієв та інші. У радянські часи – такі процесуалісти, як В. Арсенєв, Р. Белкін, А. Вишинський, А. Вінберг, Г. Горський, М. Гродзинський, Ю. Грошевий, В. Дорохов, О. Ейсман, П. Елькінд, М. Жогін, Л. Кокорєв, П. Лупинська, І. Михайловська, М. Михеєнко, Г. Мінковський, Г. Мосесян, І. Петрухін, М. Полянський, О. Ратінов, В. Савицький, Н. Сібільова, М. Строгович, Ф. Фаткуллін, М. Чельцов-Бебутов, С. Шейфер та інші. Не залишилася поза увагою ця проблема й у дослідженнях сучасних вітчизняних і зарубіжних науковців, зокрема таких, як В. Балакшин, А. Белкін, В. Бозров, Ю. Гармасєв, О. Горбачов, Р. Данилова, В. Жажицький, В. Золотих, О. Ка-

пліна, М. Кіпніс, М. Колоколов, Р. Костенко, Н. Костовська, В. Маляренко, В. Нор, Ю. Орлов, С. Прилуцький, О. Руденко, О. Селіна, С. Стахівський, В. Толмосов, О. Хімичева, Б. Хубер, О. Шило, М. Шумило.

Однак дозволимо собі з упевненістю констатувати, що ця тема не лише не вичерпана, але й продовжує викликати численні запитання в теорії і ще гостріше – на практиці. Актуальність цього питання ще більше зростає у зв'язку з прийняттям нового Кримінального процесуального кодексу України від 13.04.2012 (далі – КПК), який вперше на законодавчому рівні закріпив правила, що стосуються допустимості доказів у кримінальному провадженні.

КПК безальтернативно закріплює, що судові рішення повинні бути обґрунтованими на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені доказами (ч. 3 ст. 370), а недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посилатися суд при ухваленні судового рішення (ч. 2 ст. 86). Таким чином, право кожної людини на справедливий судовий розгляд, визнане міжнародним співтовариством та імplementоване в законодавство України, неможливе без виконання такого завдання кримінального провадження, як застосування до кожного учасника кримінального провадження «належної правової процедури» (ст. 2 КПК), що безпосередньо залежить від інституту допустимості доказів.

<sup>1</sup> До того ж зазначимо, що проблеми допустимості доказів зачіпали у своїх дослідженнях не лише ті науковці, які займалися питаннями доказового права в кримінальному судочинстві, але й ті, що тим чи іншим чином розробляли положення, що стосувалися провадження досудового розслідування, процесуального порядку провадження слідчих дій, або вивчали питання діяльності суб'єктів кримінального процесу.

Однак разом з тим, що кримінальний процесуальний закон надає такого важливого значення допустимості доказів, правове регулювання окресленого питання потребує вдосконалення, адже тільки відлагоджений механізм реалізації цього інституту дасть змогу виконувати ту мету, що покладесться на нього в кримінальному провадженні. Вважаємо, що КПК надто «лаконічно» (лише ст. 89 та деякою мірою – 350) регулює сам процесуальний порядок визнання судом доказів недопустимими протягом судового розгляду. Ця прогальність закону значно ускладнює механізм правореалізації відповідного повноваження суду. Як зазначають В. Бозров та Н. Костовська, норми закону, що регулюють кримінальну процесуальну форму, й критерії оцінки доказів для прийняття рішення про їх допустимість, потребують конкретизації [2, с. 4].

**Мета статті.** Видається доцільним вказати на: 1) деякі проблемні аспекти законодавчого регулювання інституту допустимості доказів, зокрема, наголосити на процесуальному порядку визнання доказів недопустимими в судовому провадженні; 2) роль суду та значення внутрішнього суддівського переконання в цьому процесі<sup>2</sup>. Отже, вважаємо за необхідне наголосити на таких аспектах означеної проблеми.

**Виклад основного матеріалу.** 1. Більш детальної законодавчої регламентації й теоретичного осмислення, як убачається, потребує питання про те, на якому етапі судового розгляду необхідно суду реалізовувати своє повноваження по визнанню доказів недопустимими. За загальним правилом, суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення (ч. 1 ст. 89 КПК)<sup>3</sup>. Однак у ч. 2 ст. 89 КПК передбачено виняток із цього правила, що стосується встановлення «очевидної недопустимості доказу» (у цьому разі суд визнає цей доказ недопустимим «під час судового розгляду», тобто на більш ранньому етапі, до виходу в нарадчу кімнату). Отже, з цього випливає, що законодавець, як зазначають учені, ознаки недопустимості доказів поділяє на очевидні та неочевидні<sup>4</sup>. І залежно від цього суд за своїм внутрішнім переконанням визначає момент прийняття рішення щодо недопустимості доказів, який окреслений межами судового розгляду. І хоча інших винятків у ст. 89 КПК не передбачено, все ж, як убачається, суд може визнавати докази недопустимими під час судового розгляду (судового слідства) і в інших випадках. При цьому можна звернути увагу на таку обставину. Якщо, наприклад, сторона подає клопотання про визнання доказів недопустимими, а недопустимість їх не є очевидною, то чи має право суд розглянути й вирішити це клопотання безпосередньо після його заявлення або ж відкласти його вирішення на більш пізній етап (постановлення рішення в нарадчій кімнаті).

Убачається, що більш доцільним є розгляд цього клопотання і дослідження інших доказів на підтвердження доводів сторін про дотримання чи недотримання (порушення) закону під час формування доказу саме безпосередньо після заявлення цього клопотання. Ряд процесуалістів, погоджуючись із тим, що питання про допустимість доказів повинно ставитися відразу ж по його виявленні, допускають, що лише в деяких випадках воно повинно бути відкладено: «навіть чи

правильно відкладати прийняття цього рішення до моменту винесення вироку... лише коли сторона обвинувачення не згодна із визнанням доказу недопустимим і має намір під час подальшого судового слідства відшукати нові аргументи, що спростовували б твердження про порушення закону під час збирання й закріплення доказів, суд вправі відкласти вирішення клопотання до закінчення судового слідства або до постановлення вироку» [6, с. 48]. Оскільки не завжди навіть за наявності добре аргументованого клопотання можна зробити безпомилковий висновок про недопустимість доказів. Так, твердження про застосування до обвинуваченого насильства або фальсифікацію підписів понятих у протоколі слідчої дії вимагають їх перевірки в судовому слідстві. Тому подібні клопотання суду доцільно вирішувати після дослідження доводів під час судового слідства. Наприклад, клопотання про визнання речових доказів або документів недопустимими суду доцільно розглядати після огляду чи оголошення відповідного документу в порядку, передбаченому законом [6, с. 48; 7, с. 14; 8, с. 100] (ст. ст. 357–359 КПК).

Отже, вважаємо, що вирішення питання допустимості доказів має відбуватися в нарадчій кімнаті при постановленні підсумкового судового рішення не як єдино можливий порядок (за одним єдиним винятком) – а саме такий висновок можемо зробити при буквальному тлумаченні норм КПК<sup>5</sup>, – а лише як один із можливих (доцільних саме за розсудом суду) варіантів.

Вирішення означеного питання до виходу в нарадчу кімнату сприяло би більш ефективному судовому розгляду, економило час та вносило визначеність у процес судового розгляду, оскільки встановлення судом недопустимості доказу (що означає те, що в суду вже сформувалося внутрішнє переконання, впевненість у тому, що цей доказ є недопустимим) тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні. Отже, при цьому не лише суд, а й сторони втрачали б можливість у подальшому посилаючись на цей доказ як на підставу обстоювання ними своїх правових позицій, орієнтувало б сторін на коригування мотивів та обґрунтування своїх аргументацій, власної лінії поведінки. Так, у літературі висловлено таку, що цілком справедливо заслуговує на підтримку, точку зору про те, що висновок про право чи обов'язок суду здійснювати оцінку допустимості доказів лише в підсумкових судових актах неодмінно призводить до обмеження прав учасників процесу. Це виражається в тому, що «учасник процесу, який надав визнаний судом недопустимий доказ, позбавляється таким чином права своєчасно подати додатковий доказ, позбавляється можливості іншим чином відреагувати на ситуацію, що склалася після вирішення питання про допустимість доказів» [10, с. 262.; 11, с. 15; 12, с. 54].

Окрім цього, наводяться й такі аргументи на підтримку висловленої позиції. Сторони, дізнаючись про оцінку судом доказів лише при оголошенні вироку, не мають можливості висловити свою думку з цього питання, право на що передбачено законом (зокрема, ч. 3 ст. 89 КПК), а також надати докази на підтримку цієї думки (ст. 22; п. п. 9, 10 ч. 3, п. п. 1, 2, 3

<sup>2</sup> При цьому, як зазначають учені, вказані обставини характеризують відповідно формальну та змістовну сторони інституту допустимості доказів. Наголошується, що проблеми реалізації цього інституту свідчать про назрілу необхідність посилення саме змістовного, а не формального аспекту цієї властивості доказів [див.: 3, с. 31].

<sup>3</sup> Такої позиції, до речі, дотримувалися й деякі радянські автори [див., наприклад: 4, с. 54].

<sup>4</sup> До цього слід додати, що в літературі звертається увага на те, що необхідно розмежовувати поняття «очевидне недотримання норм» та «суттєве порушення закону»; при чому суттєве порушення не завжди буває «очевидним», його потрібно встановити, часто шляхом глибокого аналізу [див.: 5, с. 24].

<sup>5</sup> Однак не лише українське законодавство дає підстави для такого висновку. Також і деякі російські дослідники (і твердження їх, зазначимо задля справедливості, також піддаються критиці) вказують, що на стадії судового розгляду за власною ініціативою суд може визнати доказ недопустимим тільки при постановленні вироку, вказавши мотиви, на підставі яких він відхиляє докази, подані сторонами. У цьому контексті автор є навіть більш категоричним, аніж вітчизняний законодавець [див.: 9, с. 36].

ч. 4 ст. 42; п. п. 3, 6 ч. 1, п. 3 ч. 3 ст. 56; ч. 3 ст. 61; ч. 3 ст. 62; ч. 1 ст. 349 КПК). Вказане позбавлення учасників кримінального судочинства як зі сторони захисту, так і зі сторони обвинувачення, їх процесуальних прав у випадку, коли суд здійснив оцінку (переоцінку) доказів у нарадчій кімнаті, про що вони дізнаються тільки із вироку (іншого підсумкового акта), знаходить своє вираження також і в такому. Вважаючи здійснену судом під час судового слідства оцінку допустимості доказів остаточною, сторони виходять із цього в підтримці своєї позиції, зокрема в питанні про достатність доказів, наведених в обґрунтування своїх тверджень. Доводячи до відома сторін про оцінку допустимості доказів лише в підсумковому судовому акті, суд суттєво обмежує сторони в можливості відстоювати свої процесуальні інтереси. На думку дослідників, така ситуація суперечить принципу справедливості судового розгляду, закріпленому в п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод. Окрім того, крім обмеження прав учасників процесу, вказана форма оцінки призводить і до меншої обґрунтованості самого рішення суду в питанні допустимості доказів, яке встановлюється в цьому разі без урахування аргументів учасників кримінального провадження [12, с. 54].

Будучи ознайомленими до закінчення судового слідства з ухвалою суду про виключення того чи іншого доказу, сторони мали б можливість: заявити клопотання про визнання виключеного судом доказу допустимим, підкріпивши його за необхідності наявними в провадженні чи додатково наданими доказами, або ж заявивши клопотання про їх отримання; вжити заходи щодо отримання нових доказів, здатних підтвердити замість виключених факт, що підтверджує тезу обвинувачення або захисту; скоригувати свою позицію в провадженні (наприклад, прокурор може змінити обвинувачення або відмовитися від підтримання державного обвинувачення в суді); побудувати свою промову в судових дебатах з урахуванням знання про відсутність виключеного доказу. Тому вбачається цілком правомірним і необхідним саме «оперативне» реагування на виявлені порушення закону при отриманні доказів у вигляді винесення судом окремого процесуального рішення [12, с. 54–55; 13, с. 88; 14, с. 83]. У розвиток вказаних положень доцільно також буде навести думку П. Лупінської про те, що «кожна із сторін може обґрунтувати свої висновки й клопотання лише на доказах, допустимість яких визнана судом» [15, с. 2].

Ще одним аргументом на користь такого вирішення цього питання є й те, що в КПК відсутній механізм відновлення судового слідства та повернення до з'ясування обставин та перевірки їх доказами на етапі постановлення вироку, що позбавляє суд можливості розглянути питання допустимості того чи іншого доказу, якщо такі труднощі виникають у суду саме на цей момент. Зауважимо, що КПК України 1960 р. передбачав можливість відновлення судового слідства під час наради суддів при постановленні вироку, коли суд визнає за необхідне з'ясувати будь-яку обставину, яка має значення для кримінального провадження (ст. 326 КПК 1960 р.). Вважаємо, що необхідно відновити це положення і в новому КПК, доповнивши його таким положенням. А до цього моменту, як зазначають дослідники, необхідно застосовувати відповідний

порядок за аналогією закону. Так, дійшовши в нарадчій кімнаті до іншого, аніж під час судового слідства, висновку про оцінку допустимості доказів, суду доцільно буде: відновити судове слідство; поставити до відома сторін те, які підстави суд убачає для постановки питання про оцінку допустимості доказів; запропонувати сторонам та іншим учасникам судового розгляду висловити свою думку й надати докази в її підтримку; здійснити заходи щодо отримання доказів, необхідних для перевірки допустимості доказів, що викликали сумніви в суду (наприклад, доручити проведення експертизи, допитати свідків тощо); за результатами перевірки ухвалити з цього питання рішення у виді ухвали, після чого продовжити судовий розгляд з етапу доповнення судового слідства<sup>6</sup>.

Таким чином, визнання доказів недопустимими не завжди повинно відкладатися до постановлення вироку. Так, до прикладу, щодо оцінки доказу на предмет його достовірності, то закон передбачає деякі випадки виключення під час провадження судового розгляду матеріалів з числа доказів, якщо існують сумніви в достовірності останніх. Наприклад, викликає сумнів достовірність наданого суду або долученого до матеріалів кримінального провадження документа (ч. 3 ст. 358 КПК), що повинно бути перевірено судом (зокрема, шляхом проведення відповідної експертизи цього документа). Тому вважаємо, що немає жодних перешкод для того, щоб відповідний порядок міг би бути застосований і до процедури оцінки допустимості доказу в судовому розгляді.

2. Відсутній у законі також і чіткий припис про те, якого саме судового рішення стосується ч. 1 ст. 89 КПК – лише вироку, чи й ухвали суду, а це безпосередньо впливає на процесуальний порядок та момент вирішення цього питання. У теорії вказана проблема вирішується неоднозначно. Так, деякі автори розглядають оцінку допустимості доказів лише в підсумковому судовому акті як законне право суду, як питання суддівської дискреції [17, с. 41]. Але вважаємо, що поняття «судове рішення», використовуване в ч. 1 ст. 89 КПК, необхідно тлумачити широко, тобто йдеться не лише про вирок, але й ухвалу (ст. 369 КПК), адже це зумовлено, знову ж таки, правозахисною, правозабезпечувальною (створення необхідних умов для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків) роллю суду в кримінальному провадженні та впливає з обов'язку суду постановити законне, обґрунтоване і вмотивоване судове рішення (ст. 370 КПК), тобто як остаточне (підсумкове), так і так зване «проміжне». Незважаючи на те, в якому саме рішенні суд вирішить дане питання, воно, безумовно, повинно бути мотивованим. На підтвердження цього зазначимо, що положення ст. 89 КПК знайшли конкретизацію в ст. 372 («Зміст ухвали») та ст. 374 («Зміст вироку») у частині їх мотивованості. Так, п. 2 ч. 1 ст. 372 вимагає від суду при постановленні ухвали зазначити мотиви неврахування окремих доказів, мотиви, з яких суд виходив при постановленні ухвали, і положення закону, яким він керувався. А в п. 1 ч. 3 ст. 374 вказується, що в мотивувальній частині вироку зазначаються підстави для виправдання обвинуваченого з зазначенням мотивів, з яких суд відкидає докази обвинувачення, та в п. 2 ч. 3 цієї ж статті також наголошується, що в разі визнання особи винуватою зазначаються докази на підтвердження встановлених судом

<sup>6</sup> Див. детальніше: [12, с. 55–56]. Вчені зазначають, що ще М. С. Строгович вказував на те, що «немає підстав обмежувати відновлення судового слідства тільки тими випадками, коли є підстави вважати, що можуть бути отримані нові докази. Цілковито можливо відновити судове слідство й для того, щоб уточнити вже наявні докази, отримати щодо них додаткові пояснення (наприклад, уточнити показання вже допитаного свідка, роз'яснити показання, яке по-різному зрозуміли судді, отримати додаткове пояснення особи стосовно наявних у справі документів тощо). Чим би не було викликано відновлення судового слідства, навіть якщо воно торкнулося лише однієї якоїсь обставини, за ним слідують нові судові дебати й нове останнє слово підсудного. Звичайно, в нових судових дебатах сторони не повинні обов'язково повторювати вже сказане ними в попередніх виступах і можуть обмежитися лише деякими додатковими міркуваннями стосовно того, що мало місце на відновленому судовому слідстві, але це залежить від самих сторін, суд в цьому відношенні не може їх обмежувати» [див.: 16, с. 338].



обставин, а також мотиви неврахування окремих доказів [18, с. 264]. Незазначення мотивів може бути підставою для скасування або зміни судового рішення (наприклад, п. 3 ч. 1 ст. 411 КПК).

3. Також необхідно розглянути проблему ініціативи суду в питаннях оцінки допустимості доказів у судовому розгляді. У ч. 3 ст. 89 КПК прямо вказується на те, що право під час судового розгляду подавати клопотання про визнання доказів недопустимими надано сторонам та потерпілому. Аналіз ч. 1 і ч. 2 цієї ж статті КПК дозволяє зробити висновок про те, що суд і за власною ініціативою може визнати доказ недопустимим<sup>7</sup>. Однак деякі науковці зазначають, що визнання судом доказів недопустимими за власною ініціативою порушувало б принцип змагальності в кримінальному судочинстві<sup>8</sup>. Однак переконані, що така позиція не може заслуговувати на підтримку з таких підстав.

Вважаємо, що у виняткових випадках суд не лише може, але й повинен визнавати докази недопустимими за власною ініціативою, з обов'язковим винесенням цього питання на обговорення учасникам судового провадження. Така судово дискреція щодо покладення на суд обов'язку визнати недопустимими докази, отримані внаслідок істотного порушення прав людини та основоположних свобод (ст. 87 КПК), зумовлена правозахисною роллю суду в кримінальному провадженні. Як зазначають науковці, визнання доказів недопустимими по суті має значення санкції за порушення прав людини і громадянина при отриманні доказів [18, с. 262]. Це також обумовлюється обов'язком суду створювати необхідні умови для реалізації сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків (ч. 6 ст. 22, ст. 321 КПК) і прямо впливає з обов'язку суду постановити законне, обґрунтоване і вмотивоване судове рішення (ст. 370 КПК).

В. Кучко та М. Белоковильський також обстоюють позицію, відповідно до якої наділення суду повноваженнями визнавати докази недопустимими за власною ініціативою не порушує принципу змагальності. Вони вказують на те, що діяльність суду по забезпеченню допустимості доказів – це один із елементів судового контролю, що здійснюється в рамках здійснення ним функції правосуддя, а звідси – змішування з процесуальними функціями обвинувачення й захисту в цьому разі не відбувається [12, с. 53]. Як правильно відмічає І. Дикарьов, не відбувається в цьому разі й порушення рівноправності сторін, які повною мірою мають можливість викласти свою думку з цього питання [11, с. 14]. Окрім цього, як правильно зазначається в літературі, сторони мають право не лише висловлювати свої думки «за» і «проти» визнання доказу недопустимим, але й подавати докази на підтримку своєї позиції, а також клопотати перед судом про провадження судових та інших процесуальних дій, спрямованих на їх отримання. Таким чином, активність суду в питанні перевірки й оцінки допустимості доказів не лише не порушує принципу змагальності сторін, але й є його гарантією, забезпечує саму можливість його реалізації, вимагаючи від учасників кримінального судочинства додержуватися «чесних правил гри» [12, с. 53]. Повноваження суду за власною ініціативою перевіряти й давати оцінку допустимості доказів впливає також і з імперативного характеру конституційної норми (ч. 3 ст. 62 Конституції України, що знайшла своє відображення і в ч. 3

ст. 17, ст. 86 КПК), що містить заборону на використання при здійсненні правосуддя доказів, отриманих з порушенням закону. До прикладу, дослідники також зазначають, що в практиці Конституційного Суду РФ міститься з цього приводу ще більш категорична позиція, у якій наголошується на тому, що суд «вправі й зобов'язаний» відмовити в дослідженні доказів, які не відповідають вимогам закону<sup>9</sup>.

4. Тісно з попереднім пов'язано також і питання про те, чи обов'язково повинен суд, визнаючи докази недопустимими протягом судового розгляду (до виходу в нарадчу кімнату) за власною ініціативою, поставити відповідне питання на обговорення учасникам кримінального провадження. Виходячи із змагальної побудови судового провадження, вважаємо, що не лише може, а й повинен враховувати думку учасників. Як відмічають науковці, подаючи суду свої доводи щодо законності отримання тих чи інших доказів, сторони змагаються в здійсненні впливу на його внутрішнє переконання. До того ж сторона захисту знаходиться в більш вигідному становищі, оскільки їй достатньо заявити клопотання й надати доводи недопустимості відомостей, обов'язок по спростуванню яких покладено на прокурора. В інших випадках тягар доказування лежить на стороні, що заявила клопотання [20, с. 36; 21, с. 156]. Зазначимо при цьому, що в КПК (ч. 2 ст. 92) відносно цього питання йдеться лише про обов'язок доказування *допустимості* (а не *недопустимості* чи *спростування допустимості*) доказів стороною, що їх подає, і лише щодо обмеженого кола питань (розмір процесуальних витрат та обставини, які характеризують обвинуваченого).

У літературі зустрічається позиція, відповідно до якої, якщо відсутні заперечення іншої сторони по суті заявленого клопотання про визнання доказу недопустимим, воно підлягає задоволенню [18, с. 265; 20, с. 36; 6, с. 48]. Так, наприклад, В. Миронов, посиляючись на норми КПК РФ (зокрема, ч. 5 ст. 234, ч.ч. 1, 4 ст. 235) відмічає, що за відсутністю заперечень про виключення доказу на підставі його недопустимості суд задовольняє клопотання<sup>10</sup>. При цьому автор цілком справедливо робить на підставі таких положень висновок, що саме від активності й професіоналізму сторін залежить доказова база їх опонентів [20, с. 36]. І тільки у випадку заперечення протилежної сторони суд здійснює перевірку такого клопотання (зокрема, шляхом дослідження матеріалів провадження, допиту свідків, понятих, шляхом залучення спеціалістів, експертів) [18, с. 265]. Вважаємо дещо уточнити таку думку. Суд, безумовно, зобов'язаний враховувати позиції сторін, однак повинен приймати відповідне рішення, самостійно оцінивши й перевіривши наявні докази, якщо визнає це за необхідним. І в разі, якщо суд дійде висновку, протилежного, аніж у заявленому клопотанні, то він повинен мотивувати таке своє рішення. При цьому «мовчання» іншої сторони, як убачається, не повинно обмежувати внутрішнє переконання суду.

5. Не дає відповіді закон і на запитання про те, чи повинен суд своє рішення щодо визнання доказів недопустимими оформляти в окремий процесуальний акт – ухвалу; і якщо так, то чи з обов'язковим видаленням до нарадчої кімнати. Радянські процесуалісти вказували на те, що висновок про недопустимість доказів повинен бути зафіксований у відповідному процесуальному акті (постанова, ухвала), винесеному спеціально з цього питання, або в підсумковому процесуальному

<sup>7</sup> Таку думку виловлюють і деякі науковці [див., наприклад: 15, с. 4].

<sup>8</sup> Так, наприклад, Е. Мерінов зазначає, що в судовому засіданні суд не може бути ініціатором визнання доказів недопустимими, оскільки це суперечить принципу здійснення правосуддя на основі змагальності та рівноправ'я сторін [9, с. 36]. Такої точки зору дотримується, наприклад, і С. В. Некрасов [19, с. 221–222, 230].

<sup>9</sup> Див.: Определение Конституционного Суда РФ «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Глухова Анатолия Петровича на нарушение его конституционных прав статьями 281, 286 и 292 УПК РСФСР» [цит. за: 12, с. 53–54].

документі при аналізі сукупності доказів [22, с. 245]. Підтримують цю позицію й деякі сучасні дослідники [8, с. 101].

Окрім того, як убачається, вимога обов'язкового мотивування судового рішення неодмінно вимагає оформлення останнього в окремий процесуальний акт – ухвалу; якщо ж суд поступає іншим чином, то в цьому разі відповідні мотиви суд має зазначити вже у вирокі<sup>11</sup>. На підтвердження цієї позиції зазначається також, що обсяг доказів, які будуть досліджуватися в судовому розгляді, та порядок їх дослідження визначаються *ухвалою* (курсив авт. – *О.П.*) суду і в разі необхідності можуть бути змінені (ч. 2 ст. 349 КПК). А значить – ухвалою повинен і змінюватися цей обсяг досліджуваних доказів (адже визнання доказу недопустимим, що тягне неможливість дослідження останнього в судовому розгляді, є не чим іншим, як зміною обсягу досліджуваних доказів).

У літературі вказується також на те, що недотримання такого порядку може призвести в окремих випадках навіть до порушення закону. Зазначається, наприклад, про такі випадки на практиці, коли суд вирішує питання недопустимості показань свідка в певній частині шляхом надання вказівки секретарю судового засідання викреслити з протоколу частину показань свідка про факти в тому випадку, коли, наприклад, він не в змозі назвати джерело своєї поінформованості. Такі дії суду є не лише незаконними, а й позбавляють можливості в подальшому, за наявності підстав, визнати такий доказ допустимим. Саме тому єдино правильною та законною називається така форма реагування суду на виявлену недопустимість доказу, як постановлення відповідної ухвали про визнання таких доказів недопустимими та виключення їх із усієї сукупності доказів [12, с. 55].

При цьому можна також поставити питання й про те, чи повинен суд відображати мотиви свого рішення про визнання доказів недопустимими, що зазначаються у відповідній ухвалі, також й у вирокі (іншому підсумковому рішенні суду). Вважаємо, що необхідно стверджувально відповісти на це запитання, оскільки вимоги мотивування судового рішення не містять винятків у законі, тим паче, що технічні можливості щодо написання судових документів не становлять на сьогодні суттєвих перешкод для відображення відповідних положень як в ухвалі, так і у вирокі. Дослідниками підкреслюється, що покладений на суд обов'язок відображати у вирокі мотивовану оцінку допустимості доказу означає не дозволити утриматися від прийняття цього рішення в ході судового розгляду як окремого акта (зокрема, ухвали), а лише покладення на суд обов'язку дублювати в підсумковому судовому акті сутність і мотивування прийнятого з цього питання рішення. Пояснюється це, окрім іншого, також забезпеченням можливості перевірки законності й обґрунтованості прийнятих судом першої інстанції рішень стосовно цього питання під час перегляду судом вищої інстанції, у ситуаціях, коли в судді, що розглядає відповідну скаргу, окрім доданих підсумкових судових рішень, можуть бути відсутні інші матеріали кримінального провадження [12, с. 55].

6. Залишається невирішеним також питання про те, яка подальша «доля» доказів, що були визнані недопустимими: чи повинні вони бути вилучені з матеріалів кримінально-

го провадження (і про це також має бути зазначено в ухвалі суду), і відповідно – підлягати знищенню; або ж навпаки – ці докази залишаються в матеріалах, лише втрачаючи своє доказове значення. Вважаємо, що в такому разі було би більш виваженим підтримати позицію тих дослідників, які пропонують залишити їх в матеріалах справи<sup>12</sup>. Цю думку можна аргументувати так:

1) відповідний доказ, що визнаний судом недопустимим, є по суті фактичною підставою, обґрунтуванням відповідного судового рішення, яке базується на основі цих матеріалів; тому фактична відсутність такого доказу позбавила б можливості перевірити обґрунтованість, а значить – істинність, правильність відповідного рішення;

2) сторони можуть заявити клопотання про визнання таких доказів допустимими (у всякому разі вони не позбавлені такої можливості, зокрема, на підставі ст. 350 КПК), наприклад, у разі, якщо з'явиться нова інформація, будуть виявлені додаткові відомості, які не були відомі раніше, або ж будуть спростовані протилежною стороною ті аргументи, що стали підставою для визнання доказів недопустимими. У цьому разі постане ще одне, не вирішене остаточно ні в доктрині вітчизняного кримінального процесу, ні в законі, питання про те, чи можна недопустимі докази визнати допустимими. Вважаємо, що потрібно позитивно відповісти на це питання, однак відповідне рішення суду повинно мати достатньо переконливу аргументацію та мотивування. До прикладу, за КПК Російської Федерації під час розгляду кримінальної справи по суті суд за клопотанням сторони вправі повторно розглянути питання про визнання виключеного доказу допустимим (ч. 7 ст. 235 КПК РФ) [24];

3) цей доказ буде підставою для визнання недопустимими інших доказів, які здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини відповідно до так званої теорії «плодів отруєного дерева» (ч. 1 ст. 87 КПК);

4) окрім цього, відповідний недопустимий доказ може бути використаний у судовому розгляді, якщо вирішується питання про відповідальність за вчинення зазначеного істотного порушення прав та свобод людини, внаслідок якого такі відомості були отримані (ч. 3 ст. 87 КПК). Так, у літературі справедливо зазначається, що наявність у матеріалах справи інформації про *всі* (виділено мною. – *О.П.*) вчинені процесуальні дії та їх зміст, по-перше, дозволяє контролювати законність реалізації владних повноважень посадовими особами, що здійснюють провадження по справі; по-друге, допомагає реконструювати хід розслідування й оцінити якість його проведення; по-третє, дає можливість без необхідності не повторювати «пройдений шлях» і зберегти *всі* здобуті відомості [25, с. 101];

5) сторони також мають право оскаржити рішення суду в апеляційному порядку, мотивуючи свою позицію, зокрема, посиланням на безпідставне визнання доказу недопустимим. Так, у ч. 2 ст. 392 КПК зазначається, що проти ухвал (це, наприклад, може бути й ухвала про визнання доказу недопустимим), постановлених під час судового провадження в суді першої інстанції до ухвалення підсумкового судового рішен-

<sup>10</sup> До того ж, вважаємо за необхідне зробити суттєве, на наш погляд, уточнення: мова в даному разі йде не про стадію судового розгляду, а про попереднє слухання (КПК РФ допускає вирішення таких питань на цій стадії кримінального судочинства).

<sup>11</sup> З цього також логічно випливає і висновок про необхідність видалення суду до нарадчої кімнати для постановлення відповідної ухвали, тим паче, коли в учасників провадження існують суперечливі погляди щодо питання допустимості того чи іншого доказу. Така позиція відстоюється також і в літературі [див., наприклад: 12, с. 55].

<sup>12</sup> Думку про те, що визнані судом недопустимими докази необхідно залишати в матеріалах справи, висловлюють деякі вчені [див., наприклад: 22, с. 245; 15, с. 4-5; 23, с. 20].

ня, можуть бути зроблені заперечення, які можна включити до апеляційної скарги на оскаржуване судове рішення. Цими матеріалами може бути додатково обґрунтовано апеляційну скаргу, відповідно до вимог закону (п. 4 ч. 2 ст. 396 КПК);

б) нарешті, суд апеляційної інстанції за клопотанням учасників судового провадження зобов'язаний повторно дослідити обставини, встановлені під час кримінального провадження, за умови, що вони досліджені судом першої інстанції не повністю або з порушеннями, та може дослідити докази, які не досліджувалися судом першої інстанції (ч. 3 ст. 404 КПК), оскільки були визнані ним недопустимими.

Однак є і противники позитивного твердження про залишення недопустимих доказів у матеріалах справи. Так, О. Руденко зазначає, що хоча суд і виключає такі докази із числа допустимих, виносячи вирок, однак сам факт наявності в справі обвинувального (хоч і недопустимого) доказу серйозно впливає на формування внутрішнього переконання суду [26, с. 139, 183]. Проте це твердження автора піддається критиці. Так, О. Селіна вказує, що професійний суддя покликаний вирішувати питання про допустимість доказів. Якщо ж слідувати вищезазначеній логіці, яка визнає вплив недопустимих обвинувальних доказів на внутрішнє переконання професійного судді, то можна прийти лише до парадоксу прагнення до відсторонення професійного судді від визначення допустимості доказів у кримінальному процесі, який побудований на остаточній оцінці доказів судом. Авторка наголошує, що відповідно до принципів кримінального процесу визнання доказу недопустимим будь-ким із суб'єктів доказування не може і не повинно тягнути його виключення з матеріалів справи [3, с. 32–33].

Підсумуюмо, отже, що виключення відповідних доказів, визнаних недопустимими, з матеріалів кримінального провадження, потягло б за собою безповоротну втрату цінної, з точки зору важливості для кримінального процесуального доказування та забезпечення процесуальних прав учасників судового провадження, доказової інформації.

**Висновки.** Отже, як бачимо, проблема реалізації належної правової процедури під час вирішення судом питання про визнання доказів недопустимими на стадії судового розгляду, є назрілою та потребує якнайшвидшого вирішення, оскільки перешкоди нормативної регламентації вказаного інституту тягнуть за собою не лише складнощі «формального» характеру, а й суттєво обмежують права й законні інтереси учасників судового провадження, перешкоджають здійсненню справедливого судового розгляду на основі принципу змагальності, а в деяких випадках призводять до порушення закону й постановлення, відповідно, неправосудного вироку.

#### Список використаної літератури

1. Грошевий Ю.М., Капліна О.В., Шило О.Г. Докази і доказування // Кримінальний процес : [підручник] / [Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та ін.]; за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. – Х. : Право, 2013. – 824 с.
2. Бозров В.М., Костовская Н.В. Судебное решение и оценка доказательств по уголовному делу : [монография]. – М. : Юрлитинформ, 2013. – 160 с.
3. Селина Е.В. Допустимость доказательств и судьейское усмотрение в уголовном процессе // Государство и право. – 2009. – № 8. – С. 31–38.
4. Сибилева Н.В. Допустимость доказательств в советском уголовном процессе : [учеб. пособие]. – К. : УМК ВО, 1990. – 68 с.
5. Лупинская П. Допустимость доказательств: пора обеспечить единство судебной практики // Российская юстиция. – 1998. – № 11. – С. 23–24.

6. Чувилов А., Лобанов А. «Плоды отравленного дерева» // Российская юстиция. – 1996. – № 11. – С. 47–49.
7. Соколов А. Процессуальный порядок признания в суде доказательств не имеющими юридической силы // Российская юстиция. – 1994. – № 10. – С. 14–15.
8. Строган А. Заявления, розгляд і вирішення клопотань про виключення доказів зі справи як недопустимих // Юридична Україна. – 2008. – № 7. – С. 96–101.
9. Меринов Э. Правомерна ли активность суда в решении вопросов о допустимости доказательств? // Законность. – 2006. – № 3. – С. 35–37.
10. Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе / В.В. Золотых. – М. : АСТ; Ростов н/Д : Феникс, 1999. – 286 с.
11. Дикарев И. Признание доказательств недопустимыми по инициативе суда // Законность. – 2007. – № 3. – С. 14–15.
12. Кучко В.Г., Белоковильский М.С. Спорные вопросы проверки и оценки судом первой инстанции допустимости доказательств на стадии судебного разбирательства // Российская юстиция. – 2009. – № 2. – С. 53–56.
13. Прилуцкий С. Допустимость доказаний: современность та перспективы кримінального процесу України // Право України. – 2006. – № 4. – С. 85–89.
14. Прилуцкий С. Проблемы допустимости доказаний в кримінальному судочинстві України // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2006. – № 9 (59). – С. 77–86.
15. Лупинская П. А. Основания и порядок принятия решений о недопустимости доказательств // Российская юстиция. – 1994. – № 11. – С. 2–5.
16. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса в 2-х т. –Т. 2: Порядок производства по уголовным делам по советскому уголовно-процессуальному праву. – М. : Наука, 1970. – 516 с.
17. Корневский Ю.В., Падва Г.П. Участие защитника в доказывании по новому уголовно-процессуальному законодательству : [практ. пособие]. – М. : Юристъ, 2004. – 159 с.
18. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. – Т. 1 / [О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бурдоль та ін.]; за ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. – Х. : Право, 2012. – 768 с.
19. Власов А.А., Лукьянова И.Н., Некрасов С.В. Особенности доказывания в судопроизводстве : [научно-практическое пособие] / под ред. А. А. Власова. – М. : Экзамен, 2004. – 317 с.
20. Миронов В. Правила оценки допустимости доказательств // Законность. – 2006. – № 5. – С. 35–36.
21. Кузьмина О.В. Особенности доказывания по уголовным делам в состязательном судопроизводстве // Известия Высших учебных заведений. Правоведение. – 2012. – № 5. – С. 148–157.
22. Теория доказательств в советском уголовном процессе / под ред. Н. В. Жогина. – М. : «Юрид. лит.», 1973. – 736 с.
23. Плетнев В.В. Проблемы использования доказательств, полученных с нарушением процессуального закона // Российская юстиция. – 2014. – № 4. – С. 18–20.
24. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.consultant.ru/popular/upkrf>.
25. Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. – М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 192 с.
26. Руденко А.В. Переход от вероятности к достоверности в доказывании по уголовным делам. – Краснодар, 2001. – 196 с.

## ПРОБЛЕМИ ВИОКРЕМЛЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КЕРІВНИЦТВА ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ВІД ПРОКУРОРСЬКОГО НАГЛЯДУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО КОНСТИТУЦІЄЮ УКРАЇНИ

**Владислав ПАШКОВСЬКИЙ,**  
студент юридичного факультету  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

### SUMMARY

In this article the distinction between “procedural manual” and “prosecutor’s supervision”. The question of procedural guidance pre-trial investigation and supervision of the implementation of laws. We give conclusions and suggestions to resolve this issue.

**Key words:** procedural manual, prosecutor’s supervision, power-regulatory authority, authority, head pretrial investigation.

### АНОТАЦІЯ

У статті наводиться розмежування понять «процесуальне керівництво» та «прокурорський нагляд». Досліджується питання процесуального керівництва досудового розслідування та прокурорського нагляду за дотриманням законності. Наводяться висновки та пропозиції щодо врегулювання цього питання.

**Ключові слова:** процесуальне керівництво, прокурорський нагляд, владно-розпорядчі повноваження, владні повноваження, керівник досудового розслідування.

**Постановка проблеми.** Насамперед, слід зазначити, що згідно Кримінального процесуального кодексу України 2012 року прокурорів українських прокуратур наділили не просто владними, а владно-розпорядчими повноваженнями. Останні положення дають право та зобов’язують прокурора не лише керувати роботою слідчих, а і самому безпосередньо брати участь у слідчому процесі, знаходити помилки, що були допущені під час досудового розслідування, мати власну позицію та доводити її у суді, щодо наявності факту злочину та винуватості підсудного. Але існування інших положень КПК України щодо наявності певної самостійності слідчих певним чином виключає і доповнює процесуальне керівництво прокурора, тому дане питання потребує дослідження.

**Метою статті** є розмежувати та визначити співвідношення понять «процесуальне керівництво» та «прокурорський нагляд», «владні повноваження» та «владно-розпорядчі повноваження», порівняти роль слідчого в досудовому розслідуванні із роллю прокурора, керівника досудового розслідування, дослідити та врегулювати керівництво досудового розслідування прокурором, а також проаналізувати міжнародний досвід керівництва досудового розслідування на прикладі КПК Федеративної Республіки Німеччина.

**Виклад основного матеріалу.** Як вже зазначалось, згідно КПК України 2012 прокурор має здійснювати процесуальне керівництво досудового розслідування, але згідно із ч. 5 ст. 40 КПК України слідчі мають певну «самостійність», так як слідчий, виконуючи надані йому законодавством повноваження, є самостійним під час здійснення досудового розслідування, зокрема у своїй процесуальній діяльності, в яку не можуть втручатися особи, що не мають на те повноважень, передбачених законодавством.

Насамперед, можна погодитись із І. Гловюк щодо того, що аналіз повноважень прокурора, закріплених п. 2–5, 7–10, 16–19 ч. 2 ст. 36 КПК, свідчить про їх керівний, організаційний характер, що дозволяє їх віднести до повноважень із

здійснення прокурорського нагляду у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням.

Такі повноваження, як повідомляти особі про підозру; затверджувати чи відмовляти в затвердженні обвинувального акта, клопотань про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, вносити зміни до складеного слідчим обвинувального акту чи зазначених клопотань, самостійно складати обвинувальний акт чи зазначені клопотання; звертатися до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності, беззаперечно вказують на можливість виділення повноважень прокурора із здійснення кримінального переслідування.

Крім того, прокурор реалізує конституційну функцію представництва інтересів громадян або держави в суді у формі пред’явлення цивільного позову та його підтримання [20].

Слідчий, який КПК віднесений до сторони обвинувачення, фактично здійснює кримінальне переслідування у формі підозри з моменту повідомлення особи про підозру. До цього моменту, вважаємо, ним здійснюється функція розслідування кримінальних правопорушень.

На те, що законодавець не повністю відмовився від покладення на слідчого цієї функції, вказує, наприклад, ч. 2 ст. 9 КПК, у відповідності до якої прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий зобов’язані всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом’якшують чи обтяжують його покарання, надати їм належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень; а також положення ст. 94 КПК, ч. 5 ст. 223 КПК. Таким чином, слід констатувати поліфункціональність діяльності слідчого, що полягає в здійсненні функції розслідування (до повідомлен-

ня про підозру) та кримінального переслідування (у формі підозри) [20].

Керівник органу досудового розслідування, незважаючи на віднесення до сторони обвинувачення, не формулює і не висуває обвинувальну тезу, не складає і не погоджує повідомлення про підозру, не затверджує обвинувальний акт.

Безумовно, його діяльність є пов'язаною із реалізацією кримінального переслідування у формі підозри, оскільки він здійснює відомче процесуальне керівництво діяльністю слідчих із кримінального переслідування в тому числі, однак безпосередньо цю діяльність не здійснює. Серед системи повноважень керівника органу досудового розслідування неможливо виділити повноваження, що безпосередньо спрямовані на викриття конкретної особи у вчиненні кримінального правопорушення та притягнення її до кримінальної відповідальності або застосування інших заходів кримінально-правового впливу [21].

Тобто коректно стверджувати, що керівник органу досудового розслідування в цьому статусі не є суб'єктом реалізації функції кримінального переслідування. Функціями керівника органу досудового розслідування є: відомче процесуальне керівництво досудовим розслідуванням; функція розслідування та кримінального переслідування – виключно у випадку особистого здійснення досудового розслідування [21].

Вимоги, що ставляться перед органами державної влади, місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації чи службові або фізичні особи, слідчим повинні виконуватися.

По суті, слідчий, а саме начальник слідчого відділу фактично здійснює організацію досудового розслідування, але такі дії не повинні під час здійснення досудового розслідування не можуть суперечити рішенням і вказівкам прокурора, так як слідчий повноважень з процесуального керівництва досудовим кримінальним провадженням він не має.

З таким визначенням прокурорського процесуального керівництва досудовим розслідуванням не погоджується багато вчених правознавців України. Нині в юридичній літературі сформувалося шість поглядів на цю проблему. Так, одні автори повністю відкидають керівну роль прокурора під час проведення досудового розслідування кримінальних правопорушень, вважаючи, що процесуальне керівництво несумісне з прокурорським наглядом ні за призначенням, ні за змістом, ні за порядком реалізації [1, с. 104].

Але думка не має виправдання хоча б тому, що кожна справа фактично повинна пройти прокурорську перевірку на законність, і на досудовому розслідуванні також.

Другі автори вважають, що в ролі процесуальних керівників можуть виступати лише керівники органів досудового розслідування, яким більш притаманний цей вид процесуальної діяльності. Вони навіть пропонують термін «відомчий контроль» замінити терміном «процесуальне керівництво» для характеристики діяльності цих владних суб'єктів досудового розслідування [2, с. 155]. Якраз таки прокурор має не лише владні, а владно-розпорядчі повноваження, що дає йому право і здійснювати керівництво досудовим розслідуванням також.

Треті відстоюють наявність у прокурора процесуального керівництва під час проведення досудового розслідування, але тлумачать його, як і український законодавець, у формі прокурорського [3, с. 4].

Дуже важко погодитись із поняттям «прокурорське керівництво», адже в цьому випадку прокурор здійснює не лише функцію, що із радянських часів була покладена на прокуратуру – нагляд, виключно прокурорська функція, і по суті можна було б при нагляді говорити про прокурорське ке-

рівництво, але в цьому випадку мова йде виключно про досудове розслідування, і не про нагляд, а про його виокремлену КПК частину – керівництво досудовим розслідуванням, це процесуальне керівництво, а не прокурорське, хоч і здійснюється фактично прокурором.

Четверті визначають процесуальне керівництво як один із засобів взаємодії прокурора з дізнавачем та слідчим [4, с. 50]. От найбільше можна погодитись із цією думкою, адже прокурор здійснює таку собі взаємодію із слідчим під час керівництва досудовим розслідуванням, хоч і потрібно пам'ятати, що прокурор під час керівництва досудовим розслідуванням має значно ширший пакет повноважень, на відміну від слідчих, що із ним взаємодіють.

П'яті обґрунтовують наявність у прокурора самостійної функції у досудовому розслідуванні, що йменується процесуальним керівництвом під час проведення досудового розслідування кримінального правопорушення [5, с. 178–179].

Так, керівництво досудовим розслідуванням – це дійсно самостійна функція прокурора, але є також і слідчий та інші суб'єкти досудового розслідування, що взаємодіють із прокурором та допомагають останньому реалізувати його процесуальну нову чи виокремлену функцію, закріплену КПК України.

Шості автори взагалі не знаходять ніякої різниці між прокурорським наглядом і прокурорським керівництвом під час проведення досудового розслідування кримінального правопорушення, вважаючи ці два поняття ідентичними [6, с. 71–73].

Убачається, що найбільш переконливою є п'ята точка зору, бо прокурорське процесуальне керівництво під час проведення досудового розслідування – це, по-перше, самостійний напрям прокурорської діяльності, спрямований на забезпечення швидкого, повного, всебічного і неупередженого розслідування – дослідження всіх обставин учиненого кримінального правопорушення для надання зібраним доказам належної правової оцінки, що вказує на функціональний характер вказаної прокурорської діяльності.

По-друге, якщо виконання прокурором функції нагляду за додержанням законів спрямоване на забезпечення законності всього досудового розслідування (дій і рішень всіх учасників цієї стадії процесу без будь-якого винятку), то виконання ним функції процесуального керівництва спрямоване лише на забезпечення швидкого, повного, всебічного і неупередженого розслідування кримінального правопорушення владними суб'єктами процесу – дізнавачами і слідчими, діючими вже в рамках забезпеченого прокурором режиму законності. [9, с. 279].

Тому М. Руденко вважає, що наділення прокурора в досудовому розслідуванні правом на здійснення процесуального керівництва органами дізнання і досудового слідства – це об'єктивна закономірність, що має під собою міцну законодавчу базу, підтверджену системним тлумаченням норм КПК України 2012 р.

Більше того, порядок реалізації цього права, його спрямованість і зміст свідчать, що реалізація його відбувається не у формі прокурорського нагляду, а як самостійна додаткова функція прокурора, що виконується ним у досудовій стадії процесу.

Указана функція є обов'язковою і незаперечною. Без її наявності і реалізації не може бути виконане жодне із завдань досудового розслідування – важливої і необхідної стадії кримінального процесу України.

Є надія, що законодавець України шляхом внесення змін і доповнень до КПК України чітко й однозначно розмежує прокурорські кримінальні процесуальні функції (нагляду за

додержанням законів і процесуального керівництва під час проведення досудового розслідування).

Не випадково в наказі Генерального прокурора України «Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні» всі прокурори, діючі в досудовій стадії кримінального процесу, прямо йменуються «процесуальними керівниками досудового розслідування» від 19 грудня 2012 р. № 4 гн (п. 1–12 наказу) [9, с. 282].

Так дійсно, потрібно розмежовувати ці поняття, і слід погодитись із думкою щодо того, що процесуальний керівник є більш доцільною назвою для особи – прокурора, що здійснює процесуальне керівництво досудового розслідування, адже прокурорський нагляд – це більш ширше поняття, і виходячи із положень як нового КПК України, так і ЗУ «Про прокуратуру», включає в себе процесуальне керівництво досудового розслідування.

Але, навіть порівнюючи ст. 36 та ст. 40 КПК України, беззаперечно слід вважати, що повноваження прокурора під час досудового розслідування значно ширші ніж слідчого, так як керівник органу досудового розслідування виконує вимоги прокурора, належним чином оформлені; невиконання останніх передбачають відповідальність. І слід зазначити, що лише таким чином можна добитись об'єктивно правильного, законного результату в досудовому розслідуванні.

Завжди повинна бути особа, яка спрямовує, чи координує, перевіряє, видає накази щодо проведення досудового розслідування, і саме кандидатура прокурора, який завжди займався наглядом, та добре знає, які бувають помилки, порушення, повинен здійснювати процесуальне керівництво досудовим розслідуванням задля ефективності останнього зазначеного етапу кримінального провадження.

О. Ларін, характеризуючи зміст керівництва процесуальною діяльністю як окремої самостійної функції, зазначає, що ухвалювати рішення про скерування слідства та проведення слідчих дій, в яких поряд із слідчим беруть участь й інші особи, давати доручення та вказівки, пред'являти вимоги і виносити постанови, виконання яких є обов'язковим для інших – це означає керувати, здійснювати керівництво [14, с. 113].

Питання процесуального керівництва досудовим розслідуванням опрацьовував О. Халіулін, який не відділяв його в окрему функцію, оскільки вважав, що вона є методом, способом здійснення прокурорського нагляду [15, с. 130].

Але дуже важко погодитись із такою думкою, адже метод – це спосіб врегулювання чи здійснення чогось, а процесуальне керівництво – це сама процесуальна функція, сам порядок дій, сама процедура, передбачена кримінальним процесуальним законодавством, і остання потребує окремого виділення, так як її не можна ототожнювати із прокурорським наглядом.

Здійснюючи тлумачення процесуальних норм, О. Геселев зазначає, що процесуальне керівництво прокурором досудовим розслідуванням вбачається як ефективний спосіб забезпечення законності дій, а також забезпечення законності рішень органів досудового розслідування та реалізації визначених Конституцією України відповідних наглядових повноважень.

Нагляд за додержанням законів у формі процесуального керівництва дозволяє прокурору за допомогою обов'язкових для виконання зазначеними органами вказівок, доручень, процесуальних дій та рішень безпосередньо спрямовувати хід та перебіг кримінального провадження, і звертати увагу слід на всіх досудових стадіях, що має велике значення.

Також мається на увазі цілеспрямовано впливати на результат діяльності органів досудового розслідування та вико-

нання ними завдань кримінального судочинства, насамперед щодо захисту особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорони прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування. Із цією думкою слід погодитись.

Так як КПК певним чином корегує реалізацію вищевказаної конституційної функції прокурора щодо нагляду за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство [19].

Зміщуючи акцент із суто наглядової діяльності прокурора на безпосереднє керівництво процесуальною діяльністю органу досудового розслідування щодо проведення слідчих (розшукових) дій, спрямованих на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у кримінальному провадженні, новий КПК істотно посилює статус прокурора саме як сторони кримінального провадження з боку обвинувачення [19].

За змістом відповідних статей нового КПК прокурор, здійснюючи нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням, знаходиться вже «поруч і разом зі слідчим». Прокурор у такому випадку безпосередньо керує діями органу досудового розслідування щодо проведення певних процесуальних або слідчих дій, бере активну участь у проведенні будь-якої процесуальної, слідчої дії або сам безпосередньо проводить їх [19].

Здійснюючи процесуальне керівництво, прокурор безпосередньо несе відповідальність за своєчасність та законність прийняття органами досудового розслідування процесуальних рішень, а також проведення слідчих дій, спрямованих на встановлення та перевірку доказів у кримінальному провадженні, отримання таких доказів з підстав та в порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом, дотримання правил їх належності та допустимості. Порушення встановленого законом порядку проведення слідчих дій та отримання за їх результатами доказів, наявність недопустимих доказів негативно впливає на можливість їх використання прокурором під час судового розгляду, звужує доказову базу прокурора в процесі як сторони кримінального провадження [19].

У ст. 36 нового КПК України прямо передбачено, що прокурор здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням. Таким чином, законодавство України використовує другий підхід науковців – процесуальне керівництво досудовим розслідуванням існує як форма нагляду.

Наш КПК дуже схожий на КПК Німеччини, і слід порівняти функцію прокурора щодо процесуального керівництва досудового розслідування із такою функцією в Німеччині. Аналіз норм робить В. Луцик та зазначає [13, с. 359–360], що в науковій літературі на прокуратуру в кримінальному процесі ФРН покладено три основні функції: вона є «господарем дізнання», підтримує державне обвинувачення на стадії провадження щодо віддання обвинуваченого до суду і на стадії судового розгляду, а також є органом, що здійснює виконання кримінальних покарань [9, с. 62]. Мається на увазі перша функція, яка є аналогом функції процесуального керівництва досудовим розслідуванням у кримінальному процесі України. Прокурор керує розслідуванням і може проводити його сам у повному обсязі.

Незважаючи на те, що в КПК ФРН прокуратурі відводиться провідна роль у розслідуванні, на практиці розсліду-

вання в більшій мірі здійснюється поліцією, а роль прокуратури зводиться до узагальнення результатів поліцейського розслідування. Особисто прокурори беруть участь лише в розслідуванні тяжких злочинів. На органи прокуратури покладасться розслідування державних і політичних злочинів, а також злочинів, що вчиняються організованими злочинними угрупованнями [10, с. 53].

Прокурор є процесуально незалежним, але організаційно підпорядковується керівнику прокуратури. Всі прокурори підпорядковані міністру юстиції. Керівний прокурор уособлюється з органом прокуратури. Підлеглі йому прокурори працюють цілком незалежно та самостійно, керуючись лише законом та власним переконанням. Керуючий прокурор має наступні права:

- давати вказівки підлеглим прокурорам;
- передавати справи від одного прокурора іншому;
- замінити одного прокурора іншим.

У німецькому кримінально-процесуальному праві діє принцип: де немає публічного позивача, там немає і судді, без публічного обвинувачення немає кримінального процесу. Тільки в прокуратурі є право ініціювати кримінальний процес та підтримувати обвинувачення. Відповідно до §170 абз. 1 КПК ФРН, якщо в процесі проведення дізнання здобуто достатньо підстав для порушення публічного обвинувачення, то прокуратура пред'являє його шляхом подання обвинувального акту до відповідного суду. Прокуратура повинна відмовитись від обвинувачення, тільки виходячи з принципу доцільності.

Як випливає з цього, у кримінальному процесі Німеччини встановлений принцип монополії прокуратури порушувати кримінальне переслідування в усіх випадках скоєння злочину [11, с. 13]. Причому КПК ФРН не встановлює термінів перевірки повідомлень про злочин і вирішення питання про початок кримінального переслідування.

КПК ФРН наділяє прокуратуру повноваженнями досліджувати обставини справи на стадії попереднього розслідування для того, щоб зробити висновок про можливість постановлення обвинувального вироку для обвинуваченого в судовому засіданні, а також чи може бути пред'явлене обвинувачення, чи попереднє розслідування повинно бути припинено з підстав, зазначених у §§152a–154a КПК ФРН. У цьому контексті варто погодитись з думкою, що в Німеччині єдиною формою досудового розслідування є прокурорське дізнання [12, с. 21].

Аналіз зарубіжного законодавства дає підстави стверджувати, що у всіх європейських державах, за винятком Англії та Уельсу, Ірландії, прокурори наділені тими чи іншими повноваженнями щодо нагляду за досудовим розслідуванням або процесуальним керівництвом досудовим розслідуванням. Обсяг цих повноважень є різним з урахуванням належності до відповідної правової системи (романо-германської або англосаксонської), історичних передумов їх формування [16, с. 4].

І навіть порівнюючи із КПК 1960 року, назване «процесуальне керівництво» новим КПК України не виокремлює нову функцію прокуратури, про що слід пам'ятати, а лише узагальнює попередній нагляд, хоча із прийняттям у жовтні 2014 р. нового ЗУ «Про прокуратуру», що набуде чинності в червні 2015 р. загальний нагляд дещо зміниться, але це не стосується досудового розслідування чи процесуального керівництва досудовим розслідуванням. Так як такий нагляд бере свої початки із положень Конституції України, що закріплює за органами прокуратури функцію нагляду.

І. Гловюк зазначає, що керівник органу досудового розслідування не формує і не висуває обвинувальну тезу,

не складає і не погоджує повідомлення про підозру, не затверджує обвинувальний акт. Безумовно, його діяльність є пов'язаною із реалізацією кримінального переслідування у формі підозри, оскільки він здійснює відомче процесуальне керівництво діяльністю слідчих із кримінального переслідування в тому числі, однак безпосередньо цю діяльність не здійснює.

Так, деякі повноваження прокурора – зокрема, повідомляти особі про підозру; затверджувати чи відмовляти в затвердженні обвинувального акта, клопотань про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, вносити зміни до складеного слідчим обвинувального акта чи зазначених клопотань, самостійно скласти обвинувальний акт чи зазначені клопотання; звертатися до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності – можна віднести до повноважень із здійснення кримінального переслідування.

Це дозволяє виділити цю функцію як напрямок діяльності прокурора поряд із функцією нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування, але серед системи повноважень керівника органу досудового розслідування неможливо виділити повноваження, що безпосередньо спрямовані на викриття конкретної особи у вчиненні кримінального правопорушення та притягнення її до кримінальної відповідальності або застосування інших заходів кримінально-правового впливу [18].

Та робить висновок, що керівник органу досудового розслідування в цьому статусі не є суб'єктом реалізації функції кримінального переслідування. Слід відзначити і те, що керівник органу досудового розслідування, за ч. 2 ст. 9 КПК України, як і слідчий та прокурор, зобов'язаний всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їм належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень [18].

Але слід підкреслити, що необхідність виділення процесуального керівництва як процесуальної функції, повноваження прокуратури була необхідною внаслідок впровадження принципу «незмінності прокурора при проведенні конкретного кримінального провадження», відповідно до якого процес формування обвинувачення в ході досудового кримінального провадження та підтримання його в суді буде забезпечуватися одним прокурором. Але слід зазначити те, що на практиці приклади реалізації функції прокурорського нагляду у формі процесуального керівництва розслідуванням застосовувались і раніше (навіть без прямої вказівки про це в законі).

У підсумку слід зазначити, що прокурор у кримінальному провадженні реалізує визначені законом повноваження самостійно і несе відповідальність за правильність, законність та обґрунтованість прийнятих рішень та проведених процесуальних дій. Насамперед це стосується:

- надання органам досудового розслідування обов'язкових для виконання вказівок та доручень;
- складання та вручення особі письмового повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення;
- погодження або відмови в погодженні клопотання слідчого до слідчого судді про проведення слідчих, процесуальних дій чи самостійного подання слідчому судді таких клопотань у випадках, передбачених Кодексом;

– прийняття рішення про контроль за вчиненням злочину та проведення інших негласних слідчих (розшукових) дій;

– закриття кримінального провадження; затвердження чи відмови в затвердженні обвинувального акта, клопотань про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, самостійного складання чи внесення змін до складеного слідчим обвинувального акта чи зазначених клопотань.

У разі необхідності може бути визначено групу прокурорів, які здійснюватимуть відповідні повноваження в конкретному кримінальному провадженні, один з яких керівником органу прокуратури визначається старшим прокурором такої групи і керує діями інших прокурорів.

На функцію процесуального керівництва досудовим розслідуванням покладаються великі надії як законодавцем, через призму нормативно-правових процесуальних і не лише, актів, так і надії фізичних осіб, права та свободи яких визнаються найвищою юридичною цінністю згідно з Конституцією України. Ця функція є ефективною навіть виходячи із свого змісту, так як вона створює своєрідний порядок під час проведення досудового розслідування. А взаємодія двох суб'єктів із різних правоохоронних структур дає змогу реалізувати вищенаведений порядок. Процедура здійснення прокурором процесуального керівництва досудовим розслідуванням грамотно прописана в нашому кримінальному процесуальному законодавстві, і дає змогу стверджувати, що і на практиці буде реалізована як це передбачається законодавством.

**Висновки.** Виходячи із наведених попередньо думок та аналізу законодавчих положень, слід дійти висновку, що не слід ототожнювати функцію нагляду та функцію процесуального керівництва, або співвідносити ці поняття як частину і ціле, адже функція процесуального керівництва досудовим розслідуванням є ширшою за нагляд, бо виходить за межі нагляду, так як є окремою процесуальною функцією прокурора із власними завданнями та процесуальними формами реалізації.

Не має право на життя також поняття «прокурорське керівництво», а не «процесуальне керівництво», так як слід грамотно розуміти законодавство, і мати на увазі, що якщо прокурор здійснює процесуальне керівництво досудового розслідування, то ніяк інакше цю функцію перейменовувати не можна.

Також слід погодитись із тим, що процесуальне керівництво та нагляд співвідносяться як частина і ціле, хоч і існує велика кількість думок вчених, що не погоджуються із даним твердженням.

Проаналізувавши німецьке кримінальне процесуальне право та процесуальне законодавство, слід дійти висновку, що процесуальне керівництво відділене від нагляду не лише в нас, а і в більшості країн романо-германської правової системи.

### Список використаної літератури

1. Гришин Ю.А. О статусе прокурора на стадии досудебного расследования в реформируемом уголовном процессе / Ю.А. Гришин // Актуальні проблеми реформування кримінально-процесуального законодавства й удосконалення діяльності судових і правоохоронних органів : матеріали міжнарод. наук.-практ. конф. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2012. – С. 98–107.

2. Мірковець Д.М. Інститут керівництва досудовим слідством за проектом КПК України / Д.М. Мірковець // Проблеми реформування кримінально-процесуального та кримінального законодавства України : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. – Х. : ХНУВС, 2011. – С. 152–156.

3. 80 процентов поправок к новому УПК Украины // Закон и бизнес. – 2012. – № 10 (1049). – 4 с.

4. Тищенко С. Суб'єкти взаємодії сторони обвинувачення під час досудового розслідування / С. Тищенко // Вісник прокуратури. – 2013. – №1. – С. 49–54.

5. Юрчишин В.М. Місце і роль прокурора у досудовому розслідуванні та їх відображення в теорії, законодавстві і практиці : монографія / В.М. Юрчишин. – Чернівці : Вид. дім «Родовід», 2012. – 289 с.

6. Бабкова В. Проблеми здійснення прокурором наглядових повноважень у формі процесуального керівництва під час проведення досудового розслідування / В. Бабкова // Вісник Нац. акад. прокуратури України. – 2012. – № 3. – С. 71–73.

7. Юрчишин В.М. Місце і роль прокурора у досудовому розслідуванні та їх відображення в теорії, законодавстві і практиці : [монографія] / В.М. Юрчишин. – Чернівці : Вид. дім «Родовід», 2012. – 185 с.

8. Руденко М.В., Півненко В.П. Про сутність прокурорського процесуального керівництва досудовим розслідуванням [Електронний ресурс]. – Режим доступу : file:///C:/Users//Downloads/aymvs\_2013\_1\_49.pdf.

9. Бойльке В. Уголовно-процесуальное право ФРГ : [учебник] / В. Бойльке ; под ред. Л.В. Майоровой. – Красноярск : РУМЦ ЮО, 2004. – 352 с.

10. Щерба С.П., Додонов В.Н. Полномочия прокуроров на досудебных стадиях в уголовном процессе Германии, Франции, Англии, Италии и Испании // Законность. – 2011. – № 6. – С. 53–57.

11. Щукин М.Д. Прокурор в уголовном процессе Германии / М.Д. Щукин. – М., 2004. – 26 с.

12. Чурикова А.Ю. Правовая модель деятельности прокурора в досудебном производстве: российский опыт / А.Ю. Чурикова. – Саратов, 2010. – 29 с.

13. Луцик В.В. Процесуальне керівництво досудовим розслідуванням як функція прокуратури у кримінальному процесі Німеччини [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.pap.in.ua/3-1\\_2013/9/Lutsyk%20V.V.pdf](http://www.pap.in.ua/3-1_2013/9/Lutsyk%20V.V.pdf).

14. Ларин А.М. Расследование по уголовному делу: процессуальные функции / А.М. Ларин. – М. : Юрид. лит., 1986. – 160 с.

15. Халиулин А.Г. Уголовное преследование как функция прокуратуры Российской Федерации (проблемы осуществления в условиях правовой реформы) / А.Г. Халиулин. – М., 1997. – 261 с.

16. Литвинчук О.С. Нагляд прокурора за досудовим розслідуванням: відповідність європейським стандартам [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://e-pub.aau.edu.ua/index.php/chasopys/article/viewFile/272/293>.

17. Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.rada.gov.ua>.

18. Гловюк І. Процесуальне керівництво прокурора досудовим розслідуванням. Функціональна ідентифікація / І. Гловюк // Вісник прокуратури. – 12/2013. – № 12. – С. 79–89.

19. Геселев О.В. Процесуальний статус та повноваження прокурора за новим КПК України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nsj.gov.ua/training/judges/kpk6>.

20. Гловюк І.В. Сторона обвинувачення у досудовому розслідуванні: питання коректності визначення кола учасників [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.corp-iguvd.lg.ua/d140102.html>.

21. Гловюк І.В. Проблеми визначення функціональної спрямованості діяльності керівника органу досудового розслідування // Матеріали Міжнародній науково-практичній інтернет-конференції «Політика в сфері боротьби зі злочинністю» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://law-dep.pu.if.ua/conference2014/articles/hlovyuk.pdf>.



## КРИМІНАЛІСТИЧНА КЛАСИФІКАЦІЯ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

**Оксана ПЧЕЛІНА,**

кандидат юридичних наук, доцент кафедри криміналістики, судової медицини та психіатрії  
факультету підготовки фахівців для підрозділів слідства  
Харківського національного університету внутрішніх справ

### SUMMARY

Essence of forensic crime classification and its role for the ordering of methods of crime investigation are clarified in this article. Classification helps to develop practical methods adapted for investigating crimes. Scientific approaches to the determination of forensic classification criteria are analyzed. We present the features of criminal law and criminological classification of crimes. Classification criteria of crimes division is defined. We point to the need to use a dual criterion of division – criminal law and forensic. We use for forensic classification specified offenses such criteria as: the scope of occurrence of relations, which impinge crimes; industry-specific; subject, which impinge on the interests of specific criminal acts; kind of service; form of guilt; object of attack; criminal purpose; characteristics of the offender; ways to implement the criminal plan; scope.

**Key words:** criminalist crime classification, classification criteria, methods of investigating, crimes in the field of service activity.

### АНОТАЦІЯ

У статті з'ясовується сутність криміналістичної класифікації злочинів і її роль в упорядкуванні криміналістичних методик розслідування злочинів. Класифікація допомагає розробити практично адаптовані методики розслідування злочинів. Аналізуються підходи науковців до питання визначення критеріїв криміналістичної класифікації. Наводяться особливості кримінально-правової і кримінологічної класифікації злочинів. Визначаються класифікаційні критерії поділу злочинів. Вказується на необхідність використовувати подвійний критерій поділу – кримінально-правовий і криміналістичний. У якості критеріїв для криміналістичної класифікації визначених деліктів зазначаються такі: сфера виникнення відносин, на які посягають злочини; галузева специфіка; суб'єкт, на інтереси якого посягають конкретні злочинні діяння; різновид служби; форма вини; предмет посягання; злочинна мета; характеристики особи злочинця; способи реалізації злочинного задуму; масштаб.

**Ключові слова:** криміналістична класифікація злочинів, класифікаційний критерій, криміналістична методика, злочини у сфері службової діяльності.

**Постановка проблеми.** Злочини у сфері службової діяльності характеризуються високим рівнем суспільної небезпеки, що вказує на необхідність держави в обличчі її правоохоронних органів кидати на боротьбу з цим негативним і руйнівним явищем всі можливі сили та засоби. І криміналістична наука не може «стояти осторонь» від так званого поля битви. Зокрема, існує потреба в розробці методики розслідування вказаних кримінальних правопорушень. А криміналістична класифікація є невід'ємною умовою ефективного пізнання злочинів у сфері службової діяльності, основою для розроблення відповідних рекомендацій чи їх системи. Адже криміналістичні рекомендації не повинні бути абстрактними, вони передбачають певний ступінь їх упорядкованості і «видову» спрямованість. Саме тому розроблення науково обґрунтованих рекомендацій у методиці розслідування передбачає використання диференційованого підходу, зумовленого особливостями роду або виду злочину [1, с. 9]. Все вищезазначене неодмінно підкреслює актуальність питання про криміналістичну класифікацію злочинів у сфері службової діяльності.

**Аналіз останніх досліджень.** Питання, пов'язані з вивченням проблематики теорії криміналістичної класифікації злочинів взагалі та по відношенню до конкретних родів (видів) злочинів зокрема, неодноразово були предметом дослідження в працях таких учених, як О.Я. Басєв, В.П. Бахін, Ю.П. Беліх, Р.С. Белкін, О.М. Васильєв, І.О. Возгрін, А.Ф. Волобуєв, І.Ф. Герасимов, А.Ю. Головін, Л.Я. Драпкін, В.А. Журавель, О.Н. Колесниченко,

В.Я. Колдін, П.Б. Куцонис, Г.М. Карепанов, М.В. Карепанов, В.О. Малярова, Г.А. Матусовський, В.О. Образцов, М.В. Салтєвський, Р.Л. Степанюк, В.В. Тіщенко, С.Н. Чурилов, В.Ю. Шепітько, А.В. Шмонін, Б.В. Щур, М.П. Яблоков. Але, незважаючи на низку сформульованих положень, залишається ряд невирішених і дискусійних питань. Зокрема, відсутня однозначна позиція серед учених стосовно визначення критеріїв поділу та не розроблена криміналістична класифікація злочинів у сфері службової діяльності.

**Метою статті** є з'ясування сутності криміналістичної класифікації злочинів шляхом аналізу наукових підходів до визначення цього терміну, а також виділення критеріїв поділу з урахуванням існуючих потреб в упорядкуванні криміналістичних методик розслідування злочинів, на їх основі – наведення криміналістичної класифікації злочинів у сфері службової діяльності.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Деякі криміналістично подібні види злочинів можуть бути розміщені в різних розділах Особливої частини Кримінального кодексу України. Окремі види злочинів можуть поєднуватись поміж собою, бути взаємопов'язаними, а їх розкриття та розслідування потребують комплексного підходу [1, с. 10]. Зазначене є актуальним і для злочинів у сфері службової діяльності, адже останні характеризуються, по-перше, розкиданістю по всій Особливій частині кримінального закону, а, по-друге, взаємообумовленістю – в якості засобів досягнення єдиного злочинного задуму виступають різні склади злочинів (тобто сукупність злочинів є окремими

сходинами на шляху реалізації спільної злочинної мети). Все перераховане вказує на комплексність злочинів у сфері службової діяльності, а значить – і на необхідність розробки комплексної методики розслідування наведених деліктів. Проте останнє неможливе без попередньої криміналістичної класифікації злочинів у сфері службової діяльності.

Детальний аналіз підходів учених до трактування криміналістичної класифікації злочинів нами було здійснено в окремому дослідженні [2], тому в представлений роботі вказане питання висвітлено поверхнево.

Класифікацію можна розглядати одночасно як процес і результат застосування типологічного методу, що дозволяє розділити множинність об'єктів на підмножини (підкласи) за визначеними ознаками [3, с. 41]. Класифікація є процесом упорядкування певних явищ, процесів чи фактів за характерними й в той же час відмінними (специфічними) ознаками. Цей процес наукового пізнання дозволяє зрозуміти та розробити загальні принципи, що пояснюють появу та порядок відповідних явищ, процесів чи фактів, що спостерігається. Класифікації притаманна властивість описового інструмента для вивчення взаємного розташування класів з визначеними для них розпізнавальними властивостями [4, с. 66–67].

Що ж стосується криміналістичної класифікації злочинів, то вона спрямована на вдосконалювання і розвиток методик розслідування окремих категорій злочинів, сприяючи деталізації, з'ясуванню особливостей їх криміналістичної характеристики [3, с. 41]. Тобто криміналістичні класифікації злочинів дозволяють оптимізувати процес криміналістичної діяльності, оскільки сприяють розробленню гнучких і ситуативно пристосованих криміналістичних методик [5, с. 248]. На необхідність керування під час розробки криміналістичних методик, у тому числі й криміналістичної класифікації злочинів, диференційованими методами пізнання вказував і В.О. Образцов. Останні, на його думку, дозволяють виділити ситуативний аспект злочинів як одну із специфічних їх властивостей. У результаті в криміналістиці здійснюються наукові розробки «диференційованих методичних рекомендацій» з розслідування окремих злочинних діянь, яким притаманні відмінні й у той же час специфічні ознаки, котрі й обумовлюють їх подібність [6, с. 9–10].

Таким чином, криміналістична класифікація злочинів виконує прагматичну функцію [1, с. 11]. На цільове призначення криміналістичної класифікації злочинів вказував у своїх дослідженнях і В.В. Лисенко. Зокрема, вчений розглядає криміналістичну класифікацію злочинів через призму методів пізнання об'єкта. Причому цей метод є своєрідною передумовою для реалізації інших методів криміналістичного дослідження, адже має безпосередній вихід на практичну діяльність органів дізнання та слідства, сприяючи цим ефективній діяльності щодо виявлення та розслідування злочинів [7, с. 20–21].

Вдалим є твердження В.Ю. Шепітька стосовно того, що криміналістична класифікація злочинів в економічній сфері сприятиме формуванню їх криміналістичних характеристик та опрацюванню окремих криміналістичних методик [8, с. 217]. Ми погоджуємося із зазначеним, оскільки злочини в економічній сфері є занадто громіздким терміном, котрий включає в себе великий масив злочинних діянь. Тому неможливо розробити дієві рекомендації та відповідно правильно наладити діяльність зі своєчасного виявлення, документування та розслідування окресленої категорії деліктів. У зв'язку із цим і потрібна розробка

їх криміналістичної класифікації. Вважаємо можливим і доцільним висловлене твердження проектувати й на злочини у сфері службової діяльності. Адже останній термін включає велику кількість злочинів, передбачених різними статтями різних розділів Особливої частини кримінального закону України.

У контексті зазначеного заслуговує на увагу й позиція В.В. Тіщенко, згідно з якою криміналістична класифікація злочинів дозволяє провести багатосторонній аналіз виділених категорій злочинів, синтезувати їх криміналістично значимі властивості й дати відповідні криміналістичні характеристики таким категоріям злочинів [9, с. 44; 10, с. 15–16].

Питання про критерії (підстави) класифікації – найважливіше у проблемі побудови класифікації злочинів, оскільки критерій є показником теоретичного та практичного значення класифікації в цілому, тих цілей і задач, що перед нею ставляться [11, с. 27]. Зокрема, у криміналістичній науці усталилися три підходи до вирішення вказаного питання: перший полягає в криміналістичній класифікації злочинів за їх кримінально-правовими ознаками; другий – за криміналістичними; а третій – за поєднання кримінально-правового та криміналістичного критеріїв. Ми підтримуємо останній підхід, так як він дозволяє врахувати всі деталі механізму – технології злочинної діяльності, їх взаємообумовленість [2, с. 308].

Методики розслідування можуть та повинні розроблятися для груп злочинів, об'єднаних у методичних цілях на основі певної криміналістичної ознаки [12, с. 341]. Прихильниками поєднання кримінально-правових і криміналістичних критеріїв під час здійснення криміналістичної класифікації злочинів також є А.В. Кофанов, О.Л. Кобилянський, Я.В. Кузьмічов, Ж.В. Удовенко та С.В. Хільченко [13, с. 240].

Як вірно зазначає Р.Л. Степанюк, критеріїв криміналістичної класифікації злочинів більше, ніж кримінально-правових. Адже основною функцією такої класифікації є значущість для побудови теоретичних і практичних рекомендацій, спрямованих на вирішення основних завдань кримінального провадження. Саме тому підстави класифікації мають відображувати перш за все суттєві в криміналістичному сенсі риси відповідної злочинної діяльності [14, с. 34–35].

Як правильно зазначив В. Л. Синчук, «чистої» криміналістичної класифікації злочинів об'єктивно існувати не може, тому що так чи інакше до неї входять об'єкти й елементи кримінально-правової класифікації, а ознаки, характерні для злочинів з кримінально-правової точки зору, використовуються як підстави для побудови криміналістичної класифікації цих явищ, тобто йдеться про відповідний синтез застосування положень різних наук кримінального циклу. Відповідно кримінально-правова класифікація злочинів виступає орієнтиром для криміналістичних класифікаційних досліджень. При цьому криміналістична класифікація повинна здійснюватись на підставі криміналістично значущих ознак, з урахуванням закономірностей розвитку та функціонування об'єктів дослідження [15, с. 63].

Тож в якості критеріїв криміналістичної класифікації злочинів слід виділити ознаки, що є водночас криміналістично значимими та спільними для групи злочинних посягань у сфері службової діяльності. Такого роду підстави поділу дозволяють диференціювати злочини у сфері службової діяльності, що у свою чергу «дозволять визначити напрями проведення наукових і прикладних досліджень із

метою створення окремих криміналістичних методик різного ступеня загальності» [14, с. 36].

Звичайно, неможливо виділити криміналістичні критерії класифікації злочинів, у тому числі й у сфері службової діяльності, не розглянувши попередньо кримінально-правову та кримінологічну класифікації. У кримінально-правовій класифікації злочинів за основу беруть структурні елементи складу злочину – об'єкта, об'єктивної сторони, суб'єкта та суб'єктивної сторони. При цьому очевидна перевага надається такому критерію класифікації, як об'єкт посягання. Останній взятий за основу й законодавцями під час структуризації Особливої частини Кримінального кодексу. Проте трапляються випадки, коли злочин у сфері службової діяльності посягає одночасно на два обов'язкові безпосередні об'єкти, одним із яких є суспільні відносини, що забезпечують інтереси службової діяльності в різних сферах, яка базується на дотриманні та виконанні законів і (чи) інших нормативно-правових актів, а другим – різноманітні інші суспільні відносини [16, с. 48].

Зокрема, залежно від об'єкту злочинного посягання вчені в галузі кримінального права в системі службових злочинів виділяють: загальні, спеціальні та альтернативно-службові злочини; злочини проти державної влади, інтересів державної служби та служби в органах місцевого самоврядування, злочини проти інтересів служби в комерційних та інших органах, злочини проти воєнної служби, спеціальні посадові злочини в різних сферах, злочини, що вчиняються з використанням службового становища, злочини, що вчиняються окремими категоріями службовців; посадові злочини, квазіпосадові злочини, альтернативно-посадові злочини [17, с. 8–11].

Для кримінологічної ж класифікації набагато важливіше враховувати ознаки, що свідчать про характер анти-суспільної спрямованості особистості винного, її глибини й стійкості, про механізм, спосіб злочинного зазіхання, обставини, що сприяють вчиненню злочину [18, с. 45].

На відміну від кримінально-правового та кримінологічного критерію, криміналістичний дозволяє враховувати особливості механізму вчинення злочину (технології злочинної діяльності), які у свою чергу ситуативно обумовлюють діяльність з розслідування кримінальних правопорушень.

Тож розглянемо основні підходи вчених щодо виділення критеріїв криміналістичної класифікації злочинів у цілому, на аналізі яких зазначимо власні й сформулюємо криміналістичну класифікацію злочинів у сфері службової діяльності.

О.Д. Трубачев виділив дві групи злочинів – злочини, механізм учинення яких відбивається в обліковій документації господарських і торговельних організацій; злочини, механізм учинення яких відбивається в пам'яті людей, обставинці місця події, на окремих предметах [19, с. 68–81].

Серед критеріїв криміналістичної класифікації злочинів М.П. Яблоков виділяє деякі типові риси слідчих ситуацій, що виникають у момент початку провадження [20, с. 290]; А.Ф. Волобуєв – ознаку підпорядкованості, виділяючи основні (предикатні) і вторинні (підпорядковані) злочини в структурі відповідних технологій злочинного збагачення [21, с. 13].

На думку В.В. Тіщенко основними критеріями, за якими проводиться криміналістична класифікація злочинів мають бути елементи предметної діяльності: суб'єкт (особа злочинця), мотиви та цілі його дій, об'єкт злочину (особа потерпілого і предмет посягання), обстановка

(просторово-часові та інші умови дійсності), механізм, наслідки і результат злочину [10]. Д.О. Солодов вважає раціональніше під час криміналістичної класифікації злочинів враховувати особливості механізму слідоутворення при вчиненні злочинів [22, с. 219]. На використання під час формулювання криміналістичної класифікації злочинів принципу «від способу вчинення злочину – до способу його виявлення та розкриття» вказують Є.П. Іщенко, А.О. Топорков [23, с. 487].

Вбачаємо вдалим виділення такого критерію криміналістичної класифікації злочинів як масштаб (загальний механізм злочинної діяльності), згідно з яким виокремлюють технології злочинної діяльності й окремі злочини [14, с. 42]. В.В. Кікінчук, створюючи криміналістичну класифікацію злочинів, пов'язаних з використанням бюджетних коштів в агропромисловому комплексі, за основу обрав такі критерії поділу: за сферою, за часом, за суб'єктом, за кількістю учасників, за ступенем організації злочинної діяльності, за значенням у структурі технології злочинної діяльності [24, с. 25–26].

У криміналістичній літературі також можна зустріти пропозицію в якості відповідного критерію визнавати й криміналістичну характеристику злочинів. Ми є противниками такої позиції і вважаємо, що не слід розглядати криміналістичну характеристику злочинів як критерій криміналістичної класифікації злочинів. Це різні за змістовним навантаженням категорії. Перша є описовою інформаційною моделлю про конкретний вид злочину, у той час як друга є результатом діяльності з виокремлення криміналістично значущих ознак задля систематизації злочинів. Причому криміналістична характеристика розробляється по відношенню до окремих видів, груп злочинів, виділених у результаті криміналістичної класифікації. Оперуючи відомостями, відображеними в такого роду криміналістичних характеристиках, слідчий у змозі прогнозувати та вибирати напрямок розслідування за умов інформаційного дефіциту. Тобто це одночасно різні та взаємопов'язані категорії. Таким чином, криміналістична класифікація злочинів є інструментом, який приближає досягнення криміналістичної науки до потреб практики та відображає її прикладний характер [2, с. 308].

З урахуванням всього вищезазначеного, пропонуємо наступну класифікацію злочинів у сфері службової діяльності.

1. Залежно від сфери виникнення відносин, на які посягають злочинні діяння, слід виділяти злочини в публічній сфері службової діяльності та злочини в приватній сфері службової діяльності.

Слід усвідомлювати, що ці дві сфери тісно пов'язані між собою і нерідко переплітаються. Тому в деяких випадках характер відносин, що охороняються, може бути змішаним.

2. У залежності від конкретної галузі людської (суспільної діяльності) злочини у сфері службової діяльності бувають такими, що пов'язані з: реалізацією функцій нагляду та контролю; охороною та захистом прав, свобод і законних інтересів людини та громадянина (як приклад, діяльність правоохоронних і судових органів); соціальним забезпеченням; наданням житлово-комунальних послуг; наданням освітніх послуг; наданням медичних послуг і послуг оздоровлення та відпочинку; наданням транспортних послуг; наданням послуг зв'язку; наданням послуг з фізичної культури і спорту; видачею дозволів, ліцензій і патентів; господарюванням; наданням банківських послуг;

формуванням, розподілом, використанням бюджетних коштів і розпорядженням іншим державним, комунальним майном; наданням послуг з протипожежного захисту та рятування тощо.

3. Залежно від суб'єкта, на інтереси якого посягають злочини у сфері службової діяльності, останні бувають такими, що вчиняються по відношенню до держави, юридичної особи незалежно від організаційно-правової форми та форми власності, індивідуума (фізичної особи або фізичної особи як суб'єкта господарювання).

4. У залежності від конкретного різновиду служби пропонуємо виділяти:

а) злочини у сфері державної службової діяльності:

- злочини у сфері державної цивільної служби;
- злочини у сфері військової служби;
- злочини у сфері правоохоронної служби;

б) злочини у сфері службової діяльності в державних і муніципальних закладах;

в) злочини у сфері службової діяльності в органах громадських і релігійних організацій;

г) злочини у сфері службової діяльності в приватних організаціях:

- злочини у сфері службової діяльності комерційних приватних структур;
- злочини у сфері службової діяльності некомерційних приватних структур.

5. За формою вини злочини у сфері службової діяльності бувають умисними або такими, що вчинені з необережності.

6. У залежності від предмета посягання злочини у сфері службової діяльності бувають такими, що спрямовані на: заволодіння цінностями (грошовими коштами, іншими матеріальними цінностями, майном), отримання права на майно чи послуги, виконання у власних чи інтересах третіх осіб дій правового характеру тощо.

7. За метою злочинної діяльності вказана категорія кримінальних правопорушень буває спрямованою на збагачення, кар'єрний ріст (задоволення власних амбіцій), уникнення відповідальності тощо.

У свою чергу, залежно від наявності чи відсутності злочинного задуму у вигляді збагачення прийнято розрізняти злочини у сфері службової діяльності корупційної спрямованості або ж некорисливі злочини у сфері службової діяльності.

8. Залежно від характеристик особи злочинця слід виділяти злочини у сфері службової діяльності, що вчиняються:

а) службовими особами:

- представником влади;
- особою, що виконує організаційно-розпорядчі та/чи адміністративно-господарські функції;

б) матеріально-відповідальними особами;

в) особами, які не є службовими, але самовільно при своїй владі повноваження або звання службової особи.

9. За способом реалізації злочинного задуму злочини у сфері службової діяльності бувають такими, що вчиняються шляхом:

а) документальної фальсифікації:

- створення неофіційної звітності;
- проведення необлікованих або неправильно зареєстрованих операцій;
- ведення обліку неіснуючих витрат;
- відображення зобов'язань, об'єкт яких неправильно ідентифікований;

– використання підроблених документів;

– навмисне знищення документації, наприклад, бухгалтерської, раніше передбачених законодавством строків тощо;

б) підкупу:

– національних державних посадових осіб;

– іноземних державних посадових осіб і посадових осіб міждержавних організацій;

– у приватному секторі;

в) розкрадання майна:

– неправомірне заволодіння або інше нецільове використання майна державною посадовою особою;

– неправомірне заволодіння майном у приватному секторі;

г) зловживання:

– впливом;

– службовим становищем;

г) невиконання чи неналежного виконання своїх функцій;

д) відмивання доходів, здобутих злочинним шляхом;

е) перешкоджання здійсненню правосуддя тощо.

10. За масштабом злочинів у сфері службової діяльності виокремлюємо технології злочинної діяльності та окремі злочини. При цьому в технологіях злочинного збагачення пропонуємо виділяти основний (базисний) і підпорядковані (супідрядні) злочини.

**Висновки.** Отже, як підсумок, слід акцентувати увагу на важливості формулювання криміналістичної класифікації злочинів у сфері службової діяльності, оскільки без неї неможливо розробити практично адаптовані методики розслідування злочинів. При цьому потрібно використовувати подвійний критерій поділу – кримінально-правовий і криміналістичний. Ми обрали наступні критерії для криміналістичної класифікації визначених деліктів: сферу виникнення відносин, на які посягають злочини; галузеву специфіку; суб'єкта, на інтереси якого посягають конкретні злочинні діяння; різновид служби; форму вини; предмет посягання; злочинну мету; характеристики особи злочинця; способи реалізації злочинного задуму; масштаб.

#### Список використаної літератури

1. Розслідування злочинів у сфері господарської діяльності: окремі криміналістичні методики : [монографія] / В. Ю. Шепітько, В. О. Коновалова, В. А. Журавель та ін. ; за ред. В. Ю. Шепітька. – Х. : Право, 2006. – 624 с.

2. Пчеліна О. В. Криміналістична класифікація злочинів / О. В. Пчеліна // Право і суспільство. – 2014. – № 6–1. – С. 304–309.

3. Тіщенко В. В. Концептуальні основи розслідування корисливо-навальницьких злочинів : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.09 / В. В. Тіщенко. – Одеса, 2003. – 445 с.

4. Веліканов С. В. Класифікація слідчих ситуацій в криміналістичній методиці : дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.09 / С. В. Веліканов. – Харків, 2002. – 218 с.

5. Лисенко В. В. Проблеми криміналістичного забезпечення розслідування податкових злочинів : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.09 / В. В. Лисенко. – Київ, 2006. – 499 с.

6. Образцов В. А. Криміналістическая классификация преступлений / В. А. Образцов. – Красноярск : Изд-во Краснояр. ун-та, 1988. – 176 с.

7. Лисенко В. В. Криміналістичне забезпечення діяльності податкової міліції (Теорія та практика) : [монографія] / В. В. Лисенко. – К. : Логос, 2004. – 324 с.

8. Шепітько В. Ю. Злочини в сфері економіки: сучасні проблеми криміналістичної науки / В. Ю. Шепітько // Пробле-

ми боротьби зі злочинністю у сфері економічної діяльності : матеріали міжнародної науково-практичної конференції 15–16 грудня 1998 р., м. Харків. – Х. : Харківський центр вивчення організованої злочинності, 1999. – С. 214–218.

9. Тіщенко В. В. Теоретичні і практичні основи методики розслідування злочинів : [монографія] / В. В. Тіщенко. – Одеса : Фенікс, 2007. – 260 с.

10. Тіщенко В. В. Концептуальні основи розслідування корисливо-насильницьких злочинів : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. В. Тіщенко. – Х., 2003. – 51 с.

11. Кривоченко Л. Н. Классификация преступлений / Л. Н. Кривоченко. – Х. : Вища школа, 1983. – 129 с.

12. Криміналістика : [учебник для вузов] / [И. Ф. Герасимов, Я. Л. Драпкин, Е. П. Ищенко и др.] ; под ред. И. Ф. Герасимова, Л. Я. Драпкина. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Высш. шк., 2000. – 672 с.

13. Кофанов А. В. Криміналістика : питання і відповіді : [навч. посібник] / А. В. Кофанов. – К. : Центр учбової літератури, 2011. – 280 с.

14. Степанюк Р. Л. Криміналістичне забезпечення розслідування злочинів, вчинених у бюджетній сфері України : монографія / Р. Л. Степанюк ; за ред. А. Ф. Волобуєва. – Х. : Вид-во ХНУВС, 2012. – 436 с.

15. Синчук В. Л. Кореляційні залежності між елементами криміналістичної характеристики та їх використання у методиці розслідування вбивств : дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.09 / В. Л. Синчук. – Харків, 2004. – 222 с.

16. Аснис А. Я. Уголовная ответственность за служебные преступления в России : проблемы законодательного за-

крепления и правоприменения : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.08 / А. Я. Аснис. – Москва, 2005. – 478 с.

17. Закомолдин Р. В. Служебные преступления : [учеб. пособие] / Р. В. Закомолдин. – Самара : Самар. гуманит. акад., 2013. – 162 с.

18. Ігнатів О. М. Насильницькі злочини, що вчиняються працівниками органів внутрішніх справ України : кримінологічна характеристика, детермінація та попередження : [монографія] / О. М. Ігнатів. – Х. : ТОВ Формат Плюс, 2008. – 296 с.

19. Трубачев А. Д. Следственные ситуации в раскрытии отдельных видов преступлений / А. Д. Трубачев // Следственные ситуации и раскрытие преступлений. – Свердловск : Изд-во Свердлов. юрид. ин-та, 1975. – Вып. 41. – С. 68-81.

20. Криміналістика : [учебник] / под ред. Н. П. Яблокова. 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Юристъ, 2001. – 718 с.

21. Волобуєв А. Ф. Наукові основи комплексної методики розслідування корисливих злочинів у сфері підприємництва : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : спец. 12.00.09 / А. Ф. Волобуєв. – Х., 2002. – 42 с.

22. Солодов Д. А. Основания структурирования и виды частных криминалистических методов / Д. А. Солодов // Воронежские криминалистические чтения. – Воронеж : Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2005. – Вып. 6. – С. 218–225.

23. Ищенко Е. П. Криміналістика : [учебник] / Е. П. Ищенко, А. А. Топорков ; под ред. Е. П. Ищенко. – М. : Юридическая фирма «КОНТРАКТ», «ИНФРА-М», 2006. – 748 с.

24. Кікінчук В. В. Методика розслідування злочинів, пов'язаних з використанням бюджетних коштів в агропромисловому комплексі : дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.09 / В. В. Кікінчук. – Харків, 2014. – 252 с.

УДК 343.1

## РЕТРОСПЕКТИВА УГОДИ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Галина САЄНКО,

здобувач кафедри кримінального процесу  
Національної академії внутрішніх справ

### SUMMARY

This article is devoted to the problems of the new criminal procedural form – proceeding on the basis of agreements reconciliation and recognition of guilt. The author draws attention to the historical foundations of the formation of this legal institution, the emergence of conciliation and compromise in criminal proceedings Ukraine.

**Key words:** criminal law conflict, exemption from punishment, sides of the criminal process, discretionary principle, settlement conflict, agreement, Code of Ukraine.

### АНОТАЦІЯ

Статтю присвячено проблемам розвитку нової кримінальної процесуальної форми – провадження на підставі угод про примирення та визнання винуватості. Автор звертає увагу на історичні засади становлення цього правового інституту, зародження погоджувальних процедур і досягнення компромісу в кримінальному процесі України.

**Ключові слова:** кримінально-правовий конфлікт, звільнення від покарання, сторони кримінального процесу, диспозитивні начала, залагодження конфлікту, угода, КПК України.

**Постановка проблеми.** Необхідність дослідження історичного розвитку угоди в кримінальному процесі України зумовлено появою нової процесуальної форми в кримінальному провадженні. Правове регулювання даного інституту здійснюється главою 35 Кримінального процесуального кодексу України за назвою «Кримінальне провадження на підставі угод». Становленню названого інституту посприяв розвиток судово-правової реформи в Україні, котра вимагає від законодавця знаходити нові підходи до вирішення завдань кримінального судочинства, орієнтуватися не лише на подолання зростаючого рівня злочинності та забезпечення ефективного застосування кримінального покарання, а і на гармонізацію сучасної нормативно-правової бази України до Європейських стандартів та судової практики. У процесі реформування кримінального процесуального закону законодавець взяв на прямок на європейську модель кримінального судочинства з метою зближення та удосконалення цих правових систем.

Зокрема, інститут угоди широко здобув свій розвиток спочатку у кримінальних процесах Англії та Сполучених Штатах Америки, де переважна більшість кримінальних справ вирішується шляхом укладання угоди між сторонами обвинувачення та захисту. Вважається, що такий спосіб розв'язання кримінально-правового конфлікту відповідає завданням кримінального судочинства, а саме сприяє швидкому розкриттю злочинів, покаранню винних у вчиненні кримінального правопорушення, охороні прав та законних інтересів як підозрюваного, обвинуваченого так і потерпілого від злочинного діяння.

Згодом така практика досягнення «компромісу» на підставі угоди між сторонами в кримінальних справах була запозичена та отримала свій розвиток у кримінальному процесі Європейських держав.

Виходячи із цього, законодавче впровадження договірних відносин у кримінальному процесі України створило новий порямок судового розгляду справи, метою якого є процесуальна економія часу та здійснення правосуддя за згодою сторін у скорочений термін.

Між тим, цікавим є те, що в Україні досягнення домовленостей між сторонами після вчинення кримінально-кара-

ного діяння не є новим. На різних історичних етапах в Україні існували власні погоджувальні процедури, які мали свої особливості та отримали своє широке застосування. Тому дослідженню в нашій статті підлягатиме саме історичний аспект досягнення домовленостей між особою, котра вчинила кримінальне правопорушення та стороною обвинувачення на різних етапах становлення Української державності.

Слід зауважити, що це питання вже досліджувалося сучасними вченими та практиками в сучасній літературі. Але не втратило своєї актуальності, оскільки інститут угод лише отримав свій розвиток на законодавчому рівні та застосування на практиці, що породжує жваві дискусії науковців і практичних працівників у галузі процесуального права. Наприклад, історичному дослідженню окремих видів угоди та низці її положень приділяли увагу такі дослідники, як І.В. Гловюк, Ю.М. Грошевий, В.Н. Маларчук, П.В. Махов, П.В. Пушкар, Г.П. Серета, В.П. Шибіко, О.Г. Шило, М.Є. Шумило, Д.В. Філін, Г.В. Юркова, О.Г. Яновська та інші науковці.

**Метою статті** є дослідження історичних засад становлення правового інституту провадження на підставі угод, зародження погоджувальних процедур і досягнення компромісу в кримінальному процесі України, які склалися історично на її території між сторонами кримінального конфлікту.

**Виклад основного матеріалу.** Україна має власний історичний досвід правового регулювання процесу становлення кримінально-процесуального права, який відбувався на різних етапах. Якщо розглядати появу укладення угоди в кримінальному процесі, то необхідно звернутися насамперед до більш широкого поняття – компромісу. Це зумовлено тим, що історично в Україні не було розмежовано процедуру визнання вини у вчиненні кримінального правопорушення та примирення між особою, яка вчинила кримінальне правопорушення, та потерпілим. Існували більш прості процедури, які зводилися до дійового каяття порушника та примирення винного з потерпілим, тобто шляхом відповідних домовленостей переговорів і поступків сторони досягали відповідного результату вирішення ситуації яка виникла, що їх влаштовував.

За визначенням компроміс (лат. *Compromissum* – угода, договір) між представниками різних інтересів на основі взаємних поступок [1, с. 196]. Тому, на нашу думку, історично витоки появи компромісу (в тому числі і провадження на підставі угод) можна відстежити в багатьох стародавніх правових документах, які існували протягом становлення державності України.

Зокрема, у східних слов'ян, що проживали на території сучасної України, існували звичаї, котрі виступали регуляторами суспільної поведінки людей. Перші згадки про такі звичаї до утворення Київської Русі можна знайти в найдавнішій пам'ятці літератури «Повість минулих літ», створеній на межі XI–XII століття Нестором та іншими літописцями. У подальшому такі регулятори знаходили відображення в нормах права, що визначали порядок судового розгляду і вирішення кримінальних справ. За періодизацією, представленою В.Т. Маляренком [2], можна виділити наступні етапи в розвитку і становленні правового інституту:

- становлення і розвиток кримінального судочинства в перші століття української державності за часів Київської Русі і в період феодальної роздробленості XII – середина XIV ст.;

- порядок судового розгляду і вирішення кримінальної справи, що діяв в українських землях за часів їх перебування в складі Литви, Польщі, Речі Посполитої (XIV – середина XVII ст.);

- кримінальне судочинство в Україні в період визвольної війни 1648–1654 рр. та за часів автономії України в складі Росії (друга половина XVII – XVIII ст.);

- кримінальне судочинство в Україні під час її перебування в складі Російської та Австрійської (Австро-Угорської) імперій;

- кримінальне судочинство в період відродження і розбудови української державності (1917–1920 рр.);

- кримінальне судочинство в УСРР (УРСР) у радянський період;

- кримінальне судочинство України в сучасних умовах побудови правової держави, у період знов здобутої незалежності.

С.М. Зеленський зазначає, що за часів Русі вперше спостерігається писемне закріплення кримінально-процесуальних норм у літописах і збірниках права, проте значна частина їх існувала у формі звичаєвого права. Перші згадки про порядок судового розгляду і вирішення кримінальної справи знаходимо в Русько-візантійських договорах 911, 944 і 971 рр., у так званій Правді Ярослава – давній частині Короткої редакції Руської Правди, у Правді Ярославичів, а потім – у різних редакціях Руської Правди за часів упорядкування збірників права, що призначалися для здійснення судочинства. За положеннями цих історичних пам'яток кримінальний процес здійснювався відповідно до основних вихідних засад, а саме: презумпція невинуватості; розгляд і вирішення кримінальної справи на основі змагальності і відносної рівноправності сторін; обов'язковість виконання рішень і вироків суду; відповідність суспільної безпеки злочинного діяння призначеному покаранню, що свідчило про високий рівень розвитку юридичної думки в Київській Русі [3]. Тому перші згадки про домовленості сторін правопорушення на території України, як погоджується більшість вчених, походить саме з цих джерел. Справа в тому, що в Україні довгий час діяло звичаєве право, а на території Київської Русі значну роль у вирішенні конфліктів відігравав звичай. У «Руській прав-

ді» зазначалось: «Убьет муж мужа, то мстит брат за брата, или син за отца, или син брата, или син сестры». Відтак, ст. 1 «Руської Правди», визнаючи інститут кровної родової помсти за вбивство, вводила обмеження кола месників найближчими родичами вбитого [4, с. 846], тобто помста розглядалася як суб'єктивний вид покарання. Між тим, передбачалися різні варіанти вирішення конфлікту між особою, котра вчинила правопорушення, та потерпілим чи його родичами. Зокрема, або шляхом помсти, або шляхом відмови від неї у випадку одержання грошового платежу за заподіяну шкоду. Тому небажання потерпілого вдаватися до кровної помсти дає нам можливість розглядати такі дії як досягнення згоди між сторонами правового конфлікту.

На думку А.М. Яценка, такі домовленості слід розглядати як перше свідчення про виникнення примирення між скривдженим і кривдником у якості кримінально-правового засобу регулювання соціальних відносин [5, с. 221]. Таку позицію підтримує Н.В. Нестор і підкреслює, що в правових нормах Руської правди, крім того, була закріплена можливість заміни кровної помсти грошовим викупом за образу [6, с. 165].

Науковці вважають цю норму зародження примирення на українських землях та пов'язують саме зі встановленням у Руській правді компенсації потерпілому за завдану злочинною шкоду.

Аналогічні питання регулювалися договором між Руссю та Візантією 911 р., текст якого зберігся в найдавнішому руському літопису – «Повісті минулих літ». У цьому акті вказувалося на те, що родичі убитої особи мають право на відшкодування за рахунок майна вбивці. Крім того, відшкодуванню підлягала особиста образа у вигляді побоїв та матеріальна шкода у вигляді викрадання чужого майна. Ці постанови підтверджувались наступним договором 944 р. та знайшли своє відображення в інших міжнародних договорах Русі [7, с. 21].

С. Тукота підкреслює, що існування кровної помсти стримувало розповсюдження інституту примирення, адже помста потерпілого (або його родичів) кривднику вважалася благородною справою, а тому випадки примирення ворогуючих сторін були швидше винятками із загального правила і не схвалювались громадськістю [5, с. 49].

Згодом кровна помста спочатку обмежується (ст. 1 «Короткої Правди»; ст. 1 «Розширеної Правди»), а в наступному, у ст. 2 «Розширеної Правди», зовсім забороняється: «После смерти Ярослава еще раз собрались сыновья его Изяслав, Святослав и Всеволод и их мужи Коснячко, Перегг, Никифор и заменили кровную месть денежным штрафом; а все остальное сыновья его установили, как судил Ярослав».

Таким чином, вищенаведене дає нам можливість зробити висновок, що суспільство, котре проживало в період регулювання правовідносин зазначеними нормативно-правовими актами, поступово відходило від принципу «помсти», вирішуючи кримінальний конфлікт шляхом досягнення домовленостей між його сторонами, застосування альтернативних видів покарань.

Аналізуючи наведені процедури в історичних правових пам'ятках А.М. Гриб звертає увагу на те, що вони не містять інформації про те, як саме, у яких процедурних формах відбувалось загладження завданої злочинною образою. Невідомо за чиєю ініціативою, якої сторони досягалося домовленості, і чи був він вичерпаний між сторонами. Автор вважає, що наявність компенсаційних механізмів упорядкування відносин сторін, що виникли в результаті

конфлікту між ними, слід розцінювати як позитивний правовий досвід некарального правосуддя, яке є пов'язаним з примиренням, хоча й не є тотожним йому. Певною мірою це свідчить про тенденцію до досягнення домовленостей щодо примирення та збереження відповідних традицій розв'язання конфліктів, що існували в часи до прийняття християнства та формування писаного права [8].

У свою чергу О.П. Герасимчук стверджує, що саме потерпілий відіграв активну роль у кримінальному процесі, оскільки за його заявою розпочиналося судочинство. Він наділявся правом вчиняти окремі слідчі дії: чинити «звід» (пошук незаконного недобросовісного набувача майна), «гоніння по сліду» (розшук злочинця по слідах) тощо. Якщо слід приводив на територію якоїсь верви (сільської общини) і там губився, то тоді вже верв зобов'язана була знайти і видати злодія або ж відшкодувати вартість викраденого. Диспозитивність виражалася в наступних ознаках: по-перше, доля процесу, знаходилася у цілковитому розпорядженні приватної особи чи її родичів; по-друге, після початку процесу потерпілий міг у будь-який момент примиритися з обвинуваченим, і це припиняло кримінальне переслідування; по-третє, суд у процесі виконував лише роль посередника між обвинуваченим і обвинувачем, він розглядав лише ті докази, які йому надавали сторони; по-четверте, суд у своєму вирокі не міг вийти за межі заявлених вимог потерпілого. Саме такі риси проявляються в судочинстві в період раннього феодалізму на теренах Київської Русі [9].

У період існування Галицько-Волинського князівства (XII – XVII ст. ст.) широко використовувалась законодавча база Київської Русі, а саме «Руська Правда». В умовах, коли українські землі опинилися в складі Великого князівства Литовського й Польського королівства, «Руська Правда» (у різних редакціях) як особливе джерело права України мала значний вплив на розвиток правових систем цих держав. У цей період в Україні утворилася система правових актів, котра сформувалася на основі синтезу місцевого звичаєвого права і нормативних актів Польського королівства і Великого князівства Литовського у вигляді судебників, статутів, сеймових постанов, привілеїв та інших нормативно-правових актів [10, с. 136].

У період перебування українських земель у складі Литовсько-Руської держави та Речі Посполитої (друга пол. XIV – перша пол. XVII ст.) на території України тривалий час зберігався розшуково-змагальний процес, закладений нормами давньоруського права, що певною мірою проявилися в Литовських статутах та в паралельно діючому звичаєвому праві. Вияв диспозитивності знаходимо ще на стадії порушення справи, що розпочиналася за заявою зацікавленої сторони – потерпілого чи його родичів, які зобов'язані були самостійно збирати докази та надавати їх суду. Судовий процес розпочинався із заслуховування скарги потерпілого [11, с. 116]. Проте в цей же час уже відбувається обмеження диспозитивності за рахунок посилення публічних начал – щодо тяжких злочинів (проти держави, проти церкви) слідство і суд стали обов'язковими. В інших випадках потерпілий міг відмовитися від позову або обвинувачення, укласти мирову угоду (ці ж права мали його родичі, якщо виступали учасниками процесу) [12, с. 158].

Порядок судового розгляду і вирішення кримінальних справ на українських землях за часів їх перебування у складі Литви, Польщі, Речі Посполитої (XIV – середина XVII ст.) вирішувався за Судебником князя Казимира Ягелловича 1468 року. Цей нормативно-правовий акт встановлював

обмеження відшкодування шкоди і передбачав, що потерпілий, в якого було викрадено майно, мав право вимагати компенсації лише в розмірі особистого майна злочинця [13, с. 32–42]. Судебник відрізнявся суворим ставленням до злочинців і жорстокими покараннями. Пом'якшення чи звільнення від покарання практично не передбачалось. Єдиною можливістю звільнення від кримінальної відповідальності було за крадіжку, вчинену вперше, але за умови, що винний відшкодував потерпілому завданий збиток і якщо вартість викраденого не більше «полтини» [10, с. 136].

Під час дії трьох Литовських статутів, а саме з 1529 р. було запроваджено I Литовський статут, у 1566 р. – II Литовський статут. Останній діяв під час об'єднання Польщі і Литви в єдину державу – Річ Посполиту і продовжував застосовуватися навіть після запровадження в 1588 р. III Литовського статуту.

Метою покарання в статутах Великого князівства Литовського було залякування, про що свідчить жорстокість і болочість покарання, а також публічність його виконання. Але на той час була розповсюджена процедура примирення сторін кримінального правопорушення, якій сприяли в суді. Литовським статутом було закріплено право сторін домовитися про мирне вирішення конфлікту і значно розширено, ніж у Судебнику Казимира, права потерпілого під час застосування покарання чи його звільнення, який зобов'язав досягнення домовленостей про примирення потерпілого із особою, яка вчинила злочин. В одному з артикулів Статуту Великого князівства Литовського 1566 р. передбачалась норма «про полюбовний суд». Також йшлося про покарання у вигляді відшкодування шкоди потерпілому» [14, с. 25].

У період Гетьманщини (кінець XVII – початок XVIII ст. ст.) джерелом права в Україні був III Литовський статут, основою якого були принципи звичаєвого права. Впродовж і після закінчення визвольної війни від литовсько-польських колонізаторів 1648–1654 рр. на більшій території України застосовуються норми звичаєвого права – так зване «Козацьке право», яке було єдиним регулятором суспільних відносин у Запорізькій Січі. І хоча головною метою покарання за вчинення злочину було залякування, намічалися і такі цілі, як запобігання, примусова праця і відшкодування збитків, заподіяних злочинцем [15]. Особи, які мали одна до одної претензії, між якими був спір, з метою залагодження конфлікту могли звернутися до суду з так званою «угодою», «добровільним прощенням». У такому випадку суд без порушення справи приймав документ про примирення, вписував його в актову книгу, установлював «заруку» (штраф за порушення миру) і одержував плату за працю [16, с. 262].

В Україні до початку XIX ст. залишаються чинними попередні джерела права (Руська правда, Литовські статути, гетьманські статті), але їх застосування поступово обмежується царською владою Російської імперії. У проєкті кодексу «Права, за якими судиться малоросійський народ» (1734 р.) позов, позовна скарга подавалися усно як у цивільних, так і в кримінальних справах, передбачався перелік випадків, коли потерпілий міг відмовитися від позову. Там же передбачалися і вимоги, які потрібно було виконати при відмові від позову. З подачею позову починалася так звана судова «контраверсія» [16, с. 265].

В українському процесі головна, ініціативна роль здавна належала скривдженому, позовникові (позивачу), а диспозитивність у реалізації прав потерпілого проявля-



лась достатньо широко. Наприклад, потерпілому належало право розпоряджатись об'єктом процесу, тими матеріальними правами і процесуальними засобами, які могли бути використані ним у межах закону. Дослідники вказують, що «потерпілий сам вирішував подавати скаргу чи ні, а в разі подання відкликати її і відмовитись від обвинувачення» [17, с. 34].

О.П. Герасимчук підкреслює, що на той час, сторони кримінального процесу могли примиритися (у тому числі і в справах про тяжкі злочини), суд при цьому виконував фіксує, посвідчувальну роль. Кодекс «Права, за якими судиться малоросійський народ» не був затверджений російським Сенатом і офіційно чинності не набув, але на практиці він використовувався в Україні як якісний збірник правових норм [9].

Ще одним відомим правовим документом, який діяв на території України, було Соборне Уложення 1949 р. У ньому містилися норми кримінального права та форми кримінального покарання за вчинення злочинного діяння. Слід звернути увагу на те, що цим нормативно-правовим документом заборонялося досягати компромісу, або домовлятися про примирення між сторонами кримінально-правового конфлікту. Між тим, як зазначає Є.О. Курта, у разі вчинення злочинів невеликої тяжкості примирення допускалося і сторони могли домовитися до винесення вироку. Якщо примирення відбувалося поза судом, то сторони подавали суддям мирові чолобитні та виплачували державне мито [5, с. 41–197]. Враховувалося Соборним Уложенням і визнання винуватості особою. Так, каяття було обставиною, яка пом'якшувала покарання, про що зазначалося в ст. 2 глави II цього документу. Аналогічні обставини визнання вини та дійового каяття передбачали пом'якшення призначеного покарання також і в Артикулах воїнських Петра I.

У період панування Катерини II Наказом від 1767 р. запроваджувалося положення про обов'язкове звільнення від покарання співучасників злочину, які доносили на своїх товаришів [10, с. 137].

У 1864 р. було прийнято Статут кримінального судочинства. Ним передбачалося, що в справах про кримінально-приватні злочини провадження виникало не інакше, як за скаргою потерпілого, приватний обвинувач міг порушити переслідування щодо будь-кого хто вчинив щодо нього правопорушення, суд обмежувався оцінкою тих доказів, які надавались сторонами, приватний обвинувач міг вільно, без судового контролю, припинити провадження, примирившись з обвинуваченим [9, с. 8].

Уложенням про покарання 1903 р., передбачалося звільнення від кримінальної відповідальності у випадку вчинення малозначного злочину при визнанні своєї провини, відшкодуванні завданих збитків та сплати штрафу.

Після революції 1917 р. радянська влада скасувала правову систему Російської імперії та ставила собі за мету створити нову систему права з урахуванням власної ідеології. За історичними даними кримінально-правове законодавство того часу було репресивним, базувалося на ідеях примусу. Діяв принцип невідворотності кримінальної відповідальності та безкомпромісної боротьби із злочинністю.

Разом із тим, у правових документах того часу епізодично зустрічалась можливість звільнення від покарання правопорушників. Так, Декретом Ради Народних Комісарів від 18 травня 1918 р. «Про з хабарництва» була передбачена можливість звільнення від кримінальної відповідальності при своєчасному повідомленні про вимагання хабара, а декретом від 17 вересня 1921 р. «Про порядок реквізиції і

конфіскації майна приватних осіб та товариств» звільняли осіб від кримінальної відповідальності особи, які добровільно здавали майно, яке зберігали без належного дозволу.

Прийнятий у 1922 р. Кримінально-процесуальний кодекс УРСР дещо пом'якшував ситуацію в стосунках обвинуваченого та потерпілого. Так, відповідно до ст. 8 обвинувачення підтримувалося прокуратурою. Потерпілому праву обвинувачення надається лише в випадках, законом встановлених. А частиною 2 ст. 114–1 цього кодексу передбачалося звільнення від покарання особи, котра сприяла виявленню хабарництва. Цим самим кодексом встановлювалося, що «кримінальне переслідування не може бути порушено, а порушене не може бути продовжено й підлягає закриттю на будь-якій стадії процесу за примиренням обвинуваченого з потерпілим у справах, що порушуються не інакше, як за скаргою потерпілого, за виключенням випадків, указаних у ст. 10 і ст. 11 цього кодексу» [18].

Примирення сторін допускалося лише до набрання вироком законної сили. Якщо прокуратура з метою охорони публічного інтересу вступала в справу приватного обвинувачення, то підтримання обвинувачення здійснювалось виключно прокуратурою, і тоді справа не підлягала припиненню у випадку примирення потерпілого та обвинуваченого [9, с. 10].

Крім того, постановою ВЦВК та Ради Народних Комісарів УРСР від 13 серпня 1924 р. «Про здачу зброї» передбачалося звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка винна в незаконному зберіганні зброї та боєприпасів, у випадку, коли вона добровільно їх здавала органам влади у визначений строк.

У 1927 р. було прийнято новий Кримінально-процесуальний кодекс. Однак змін щодо звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням чи визнання винуватості і каяттям особи він не запроваджував, передбачалась тільки можливість примирення у справах приватного обвинувачення.

Як зазначає у своєму дослідженні В.А. Шкелебей, звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям винної особи знайшло своє відображення в Указі Президії Верховної Ради СРСР від 17 вересня 1955 р. «Про амністію радянських громадян, що співробітничали з окупантами в період Великої Вітчизняної війни 1941–1945 років». Відповідно до ст. 7 Указу, звільнялися від кримінальної відповідальності особи, які знаходилися за кордоном, що під час війни посідали керівні посади в створених окупантами органах поліції, жандармерії і пропаганди, а також залучених після війни в антирадянські організації – якщо ці особи спокутували свою провину подальшою патріотичною діяльністю або з'явилися зі ззнанням [10, с. 137].

Основами кримінального Законодавства СРСР і Союзних республік, прийнятого 1958 р., поняття «звільнення від кримінальної відповідальності» було закріплене у ст. 43 і почало набувати значення самостійного інституту, але підстави для звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із визнанням винуватості, дійового каяття особи, котра вчинила злочин, або примирення сторін кримінально-правового конфлікту цим нормативно-правовим актом не передбачалося.

Із прийняттям Кримінально-процесуального кодексу УРСР 1960 року потерпілий став самостійною процесуальною фігурою і його права було достатньо розширені [19]. На державу було покладене завдання забезпечити захист інтересів у сфері кримінального судочинства учасників

кримінального процесу. Того ж року було прийнято і Кримінальний кодекс УРСР 1960 р., яким було передбачено обставини, що пом'якшують покарання в ст. 40 КК України 1960 р. та підстави для призначення покарання умовно в ст. 45 КК України 1960 р. Також норми про звільнення від кримінальної відповідальності містилися в ст. ст. 48, 50, 51, ч. 2 ст. 56, ч. 3 ст. 170 КК 1960 р. Протягом дії КПК України 1960 р. його редакція зазнавала неодноразових змін.

Суттєвими були зміни щодо гуманізації кримінального та кримінально-процесуального законодавства і можливості звільнення особи від покарання в період здобуття незалежності України, а саме з 1991–2012 роки.

У ці часи кримінальне та кримінально-процесуальне законодавство зазнавало змін у частині зниження ступеня суворості покарання. Прийнятий Кримінальний кодекс України у 2001 р. науковці називають більш гуманним у порівнянні із його попередником. Однією із новел цього закону було встановлення матеріально-правової підстави звільнення від кримінальної відповідальності за примиренням потерпілого з обвинуваченим та у зв'язку з дійовим каяттям.

Зокрема, у Кримінальному кодексі України, прийнятому у 2001 р. (далі – КК України), передбачено розділи IX «Звільнення від кримінальної відповідальності» та XII «Звільнення від покарання і його відбування», крім того, з'явилися заохочувальні норми в Особливій частині КК України. Так, ст. 45 КК України в редакції до 15 квітня 2008 р. передбачалося, що особа, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості, може бути звільнена від кримінальної відповідальності, якщо вона після вчинення злочину щиро покаялася, активно сприяла розкриттю злочину і повністю відшкодувала завдані нею збитки або усунула заповідану шкоду. Ст. 46 КК України в редакції до 15 квітня 2008 р. передбачалося, що особа, яка вперше вчинила злочин невеликої тяжкості, може бути звільнена від кримінальної відповідальності, якщо вона примирилася з потерпілим та відшкодувала завдані нею збитки або усунула заповідану шкоду. Згодом, законом України № 270–VI від 15 квітня 2008 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності» впроваджена можливість звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям чи примиренням і щодо необережних злочинів середньої тяжкості.

У наведених статтях прослідковуються не тільки елементи примирення сторін кримінально-правового конфлікту, а і визнання вини суб'єктом злочину. Так, термін щире каяття, який використовується в положеннях статті 45 КК України ґрунтується на належній критичній оцінці особою своєї протиправної поведінки і характеризується щирим осудом цієї поведінки, визнанням своєї провини, висловленні жалю з приводу вчиненого, бажанням виправити ситуацію, що склалася, а також готовністю підлягати кримінальній відповідальності. Визнання вини під тиском зібраних у справі доказів не свідчить про щире каяття винного у вчиненні злочину [20, с. 176].

12 липня 2001 р. Законом України «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу» внесено зміни, відповідно до яких у сторін з'явилися нові процесуальні можливості, а в суду процесуальне право щодо звільнення особи від кримінальної відповідальності. Мова йде про статті 7, 7–1, 7–2, 8, 9, 10, 11–1 КПК України, котрими передбачено процесуальний порядок звільнення від кримінальної відповідальності за визначених законом обставин.

Названий порядок також був пов'язаний із підставами, котрі визначені ст. 45 і ст. 46 КК України та звільненням від кримінальної відповідальності у зв'язку із дійовим каяттям або примиренням обвинуваченого, підсудного з потерпілим.

З метою реформування системи кримінального судочинства 13 квітня 2012 р. законодавцем було прийнято Кримінальний процесуальний кодекс України, яким запроваджено низку нововведень у кримінальне судочинство.

Однією із новел є положення глави 35 Кримінального процесуального кодексу України, якими визначено порядок кримінального провадження на підставі угод, відповідно до якого передбачено можливість укладення угоди про примирення між потерпілим та підозрюваним, обвинуваченим та угоди між прокурором і підозрюваним, обвинуваченим про визнання винуватості.

**Висновки.** Таким чином, проведеним дослідженням встановлено, що певні тенденції та схильності до погоджувальних процедур, досягнення компромісу шляхом домовленостей при вирішенні конфліктів, у тому числі і кримінальних, між сторонами були передбачені в різні історичні епохи становлення держави Україна. Законодавче закріплення таких процедур, які регламентуються в КПК як угоди про примирення і визнання винуватості, можна вважати розвитком диспозитивності в публічній галузі права, що сприяє не тільки вдосконаленню та перебудові механізму кримінального процесу України, а і розширенню процесуальних прав та обов'язків сторін кримінального провадження.

#### Список використаної літератури

- Осипова Н.П. Компромiс / Н.П. Осипова // Юридична енциклопедія – Т. 3.– Київ : Українська енциклопедія ім. П.М. Бажана, 2001. – С. 196–197
- Маляренко В.Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів : монографія / В.Т. Маляренко. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 512 с.
- Історія та перспективи вирішення кримінальних справ у судовому порядку в Україні / С. М. Зеленський // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2011. – №2 (4) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2011>.
- Чельцов-Бебутов М.А. Курс уголовно-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах / М.А. Чельцов-Бебутов. – СПб. : Равена, Альфа, 1995. – 846 с.
- Ященко А.М. Примирення з потерпілим у механізмі кримінально-правового регулювання : дис. канд. юрид. наук : 12.00.08 / А.М. Ященко. – К. 2006. – 221 с.
- Нестор Н.В. Правове регулювання примирення: історичний огляд / Н.В. Нестор // Держава та регіони. – Сер. : «Право». – 2010. – № 2. – С. 165–168.
- Літопис руський: За іпатським списком пер. Л. Махновець / О.В. Мишанич (відп. ред.) Л.Є. Махновець (пер. з давньорус.). – К. : Дніпро, 1989. – XIV. – 591 с.
- Гриб А.М. Примирення та відновне правосуддя у правовому житті Київської Русі [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.pap.in.ua/2\\_2013/Hryb.pdf](http://www.pap.in.ua/2_2013/Hryb.pdf).
- Герасимчук О.П. / Генеза статусу потерпілого в історії вітчизняного кримінального процесу // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2012. – № 2(6) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n2/12horvkr.pdf>.
- Шкелебей В.А. Генеза інституту примирення на теренах України // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2012. – № 3. – С. 135–138.

11. Історія держави і права України / за ред. А.С. Чайковського. – К. : Юрінком Інтер, 2004. – 512 с.
12. Статут Великого князівства Литовського 1529 р. / за ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова // Статут Великого князівства Литовського : у 3 т. – Одеса : Юридична література, 2002. – Т. 1. – 298 с.
13. Судебник князя Казимира (1468) : Христоматія по історії руського права / под ред. М. Ф. Владимирського-Буданова : в 2 т. – С.Пб. –К. : Издательство Н.Я. Оглоблина, 1908. – Т. 1. – С. 32–42.
14. Гайворонська І.М. Примирення сторін кримінального конфлікту за Литовськими статутами / І.М. Гайворонська // Університетські наукові записки. – 2009. – № 2 (30). – 227 с.
15. Степанов П. Л. Закриття кримінальних справ у зв'язку з дійовим каяттям : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / П.Л. Степанов. – К., 2008. – 220 с.
16. Історія держави і права України у 2-х т. / за ред. В.Я. Тація, А.Й. Рогожина, В.Д. Гончаренка. – Том. 1. – К. : Ін Юре. – 2003. – 656 с.
17. Сиза Н.П. Суди і кримінальне судочинство України в добу Гетьманщини / Н.П. Сиза. – К. : Укр. Видавнича Спілка, 2000. – 120 с.
18. Кримінально-процесуальний кодекс УСРР від 1922 р. // СУ УСРСР. – № 41. – 598 с.
19. Кримінально-процесуальний кодекс України, затверджений Законом від 28.12.60 // Відомості Верховної Ради. – 1961. – № 2. – 258 с.
20. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К. : Юридична думка. 2012. – 1315 с.



## СОЦІАЛЬНО-ПРАВОВА ЦІННІСТЬ КРИМІНАЛЬНОЇ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ФОРМИ

Володимир ТРОФИМЕНКО,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального процесу  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

### SUMMARY

The study of various aspects of the exercise of criminal proceedings in some way connected with the investigation of procedural form and its differentiation, due to the importance and fundamental nature of these concepts for procedural science. Multi-dimensional significance of criminal procedural form makes reference to the relevance of the scientific analysis of this issue, as well as separation of form and formalism in criminal proceedings as opposite in their nature phenomena. Value procedural form as social value, is that 1) it appears necessary legal instruments meet the challenges of the criminal proceedings enshrined in Art. 2 Code of Ukraine; 2) ensure unity investigative prosecutorial and judicial practices; 3) protects the rights and interests of participants in criminal proceedings, the interests of society and the state; 4) it is the result of harmonizing the legislation of Ukraine to European standards in the protection of human rights in criminal proceedings, their implementation in domestic legal mechanisms.

**Key words:** procedural form, criminal proceedings, social value, legal guarantees, differentiation.

### АНОТАЦІЯ

Дослідження різних аспектів порядку здійснення кримінального провадження так чи інакше пов'язане із дослідженням процесуальної форми і її диференціацією, що обумовлено значимістю та фундаментальним характером цих понять для процесуальної науки. Багатоаспектність значення кримінальної процесуальної форми обумовлює актуальність звернення до наукового аналізу цього питання, а також розмежування форми і формалізму в кримінальному процесі як протилежних за своєю сутністю явищ. Значення процесуальної форми як соціальної цінності полягає в тому, що вона: 1) виступає необхідним правовим інструментом вирішення завдань кримінального провадження, закріплених у ст. 2 КПК України; 2) забезпечує єдність слідчо-прокурорської та судової практики; 3) забезпечує захист прав і законних інтересів учасників кримінального провадження, інтересів суспільства та держави; 4) вона є результатом гармонізації чинного законодавства України з європейськими стандартами в галузі захисту прав і свобод людини у сфері кримінального судочинства, їх імплементації у внутрішні правові механізми.

**Ключові слова:** процесуальна форма, кримінальне провадження, соціальна цінність, правові гарантії, диференціація.

**Постановка проблеми.** Дослідження питання щодо поняття процесуальної форми в новітній процесуальній літературі є одним з найбільш дискусійних та отримуює неоднозначне вирішення. Крім того, питання, що відносяться до процесуальної форми, традиційно мають дискусійний характер. Це пояснюється тим, що дослідження різних аспектів порядку здійснення кримінального провадження так чи інакше пов'язане із дослідженням процесуальної форми і її диференціацією, що обумовлено значимістю та фундаментальним характером цих понять для процесуальної науки.

Їх наукова розробка має здійснюватися з урахуванням значення кримінальної процесуальної форми для вирішення завдань кримінального провадження, захисту прав і свобод всіх його учасників, впорядкування процедур його здійснення з метою вирішення поставлених завдань в оптимальні строки з найменшими ресурсними затратами.

**Мета статті.** Багатоаспектність значення кримінальної процесуальної форми обумовлює актуальність звернення до наукового аналізу цього питання, а також розмежування форми і формалізму в кримінальному процесі як протилежних за своєю сутністю явищ. Ці питання є предметом наукового пошуку ще з часів судової реформи 1864 року, розробники якої сформулювали підходи до їх вирішення, що в сучасних умовах не втратили своєї актуальності і застосовують на відтворення і врахування. Зокрема, у роботах Н.В. Давидова, А.Ф. Коні, Н.Н. Розіна, І.Я. Фойницького та інших видатних вчених того часу проаналізовано

сутність і значення кримінальної процесуальної форми, звернено увагу на її відмінності від формалізму в кримінальному процесі та негативні наслідки останнього.

**Виклад основного матеріалу.** Процесуальна форма є невід'ємною стороною кримінального судочинства, оскільки являє собою правову форму діяльності органів досудового розслідування, оперативних підрозділів, прокурора, слідчого судді та суду, а також осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні. Її значення досить детально проаналізоване М. Л. Якубом, який виділив такі його аспекти:

- процесуальна форма забезпечує умови послідовного здійснення демократичних принципів кримінального судочинства;

- вона створює стабільний, юридично визначений режим провадження по кримінальних справах [1, с. 101–108];

- містить умови, які спрямовані на забезпечення активності правоохоронних органів;

- містить гарантії прав і законних інтересів громадян;

- створює умови, що забезпечують повноту, всебічність та об'єктивність дослідження обставин справи; – включає засоби, що забезпечують можливість з'ясування в процесі провадження по кримінальній справі причин та умов вчинення злочину та вжиття заходів, спрямованих на попередження їх вчинення;

- має важливе значення для авторитету суду й переконливості його рішень [2, с. 12].

Вказані аспекти значення кримінальної процесуальної форми, особливо ті, що полягають у створенні найбільш

доцільних умов і порядку ведення провадження, гарантуванні прав і свобод учасників кримінального провадження, дозволяють вести мову про її правову цінність.

Проте не можна не взяти до уваги й те, що процесуальна форма відображає відносини між особою і державою у сфері кримінального судочинства. Це обумовлює необхідність виділення значення процесуальної форми і як соціальної цінності, яка, перш за все, знаходить прояв у соціальній затребуваності кримінального провадження, що здійснюється у формі, спрямованій на вирішення його завдань, зокрема захист прав і законних інтересів його учасників, інтересів суспільства та держави. При цьому необхідно відзначити, що для вирішення цих завдань допускаються лише ті процесуальні засоби, які узгоджуються з правами та законними інтересами особи, містять гарантії від незаконного втручання, фізичного або психічного тиску, застосування засобів, які принижують честь і гідність. У процесуальній формі, зазначає Ю.М. Грошевий, знаходять вираз правові гарантії здійснення законності в судовій діяльності, повного, об'єктивного та всебічного розгляду справи, охорони прав і законних інтересів людини, належного застосування норм матеріального права [3, с. 103].

За словами І.Я. Фойницького, саме в галузі кримінального права і кримінального процесу знаходяться межі для вторгнення держави до галузі особистої свободи громадян [4, с. 586–587]. Ця обставина була покладена до основи відомого висловлення, відповідно до якого «історія свободи – це історія процесуальних гарантій» [5, с. 219]. Зважаючи на це, центральною характеристикою кримінальної процесуальної форми, як правильно зазначає І.Б. Михайловська, є положення обвинуваченого і засоби, які можуть бути використані для встановлення його винуватості. Пріоритет захисту особи від необґрунтованого засудження, а також самоцінність процесуальної форми (тобто вимога дотримуватися норми кримінально-процесуального закону) виступають обмежувачами засобів розкриття злочину і засудження особи, винуватої у його вчиненні. У силу цього прийняте в радянській юридичній літературі абсолютне протиставлення матеріальної істини (тобто такої, що відображає факти, що мали місце в об'єктивній дійсності) істині формальній, що відображає тільки ті відомості, які мають належну процесуальну форму, далеко не так безспірно, як це може показатися на перший погляд [5, с. 115].

За висловом Н.Н. Розіна, змагальному процесу не може бути притаманно необмежене прагнення до матеріальної істини. Принцип, яким керується суд у змагальному процесі, є принципом не матеріальної, а юридичної істини, який більш правильно називати принципом доведеності обвинувачення [7, с. 303].

Юридична істина має місце там, де нормативна модель кримінального процесу включає такі елементи, як презумпції, угоди, спрощені і скорочені процедури. У такій моделі застосування ітеративних процедур допускається лише у виняткових випадках, а суд позбавлено можливостей перебирати на себе функцію обвинувачення, збираючи докази і усуваючи неповноту досудового розслідування. Вказані елементи притаманні кримінальній процесуальній формі, що передбачена чинним КПК України.

Запровадження в КПК України правил визнання доказів недопустимими, закріплення положення про те, що недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією України та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою

України, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформативності, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини (ч. 1 ст. 87), свідчить про пріоритетність процесуальної форми доказів по відношенню до їх змістовної характеристики, що обумовлено соціальною значущістю тих цінностей, на охорону яких спрямовані вказані нормативні приписи.

Кримінальна процесуальна форма виступає необхідним правовим інструментом вирішення завдань кримінального провадження, закріплених у ст. 2 КПК України. Не можна не погодитися з тезою про те, що «можна уявити собі розслідування і судовий розгляд, які призвели до відшукування істини без дотримання процесуальних форм. Але в такому випадку порушуються права громадян, зокрема, право обвинуваченого на захист, право свідка не відповідати на запитання, що викривають його у вчиненні злочину, право учасників процесу на ознайомлення з матеріалами справи після закінчення розслідування і заявлення клопотань тощо. При наявності таких порушень ставиться під сумнів і твердження слідчого та суду, що їм вдалося встановити істину» [8, с. 8].

Соціальна цінність кримінальної процесуальної форми полягає також і в тому, що передбачена чинним законодавством України, вона є результатом його гармонізації з європейськими стандартами в галузі захисту прав і свобод людини у сфері кримінального судочинства, їх імплементації у внутрішні правові механізми. Прикладом цьому є розширення судового контролю під час досудового розслідування і нормативне регулювання порядку здійснення провадження щодо вирішення слідчим суддею питань, які віднесено до його компетенції; забезпечення участі захисника з моменту набуття особою статусу підозрюваного; впровадження консенсуальних процедур, що суттєво підвищують роль потерпілого в кримінальному провадженні тощо.

Значення процесуальної форми як соціальної цінності полягає також і в тому, що вона забезпечує єдність слідчо-прокурорської та судової практики, що, у свою чергу, створює необхідні умови для реалізації засади рівності всіх перед законом і судом. Крім того, процесуальна форма відображає гносеологічні і психологічні закономірності і досягнення правозастосовної практики, втілює напрацьовані наукою і практикою найбільш ефективні засоби вирішення завдань кримінального провадження, що обумовлено її призначенням щодо забезпечення оптимальних умов здійснення кримінального судочинства.

Якщо процесуальна форма являє собою правову і соціальну цінність, то формалізм у сфері кримінального процесу має наслідки негативного характеру, а тому й недопустимим є отождоження цих понять. На це звертали увагу дослідники цієї проблематики ще наприкінці XIX століття. Н.В. Давидов, розглядаючи значення форми в пореформеному кримінальному процесі, справедливо вказував, що виконання формальностей без усвідомлення їх мети і значення, а тільки тому, що вони існують, призведе до формалізму, явищу в судовій практиці вкрай небажаному, оскільки ним би закривалася головна мета процесу і сама форма, її виконання уявлялося б кінцевим завданням. Такий свій висновок він досить вдало продемонстрував наступним прикладом: судовому слідчому треба провести освідування жінки, у якому відповідно до закону мають брати участь в якості понятих заміжні жінки, але таких у зазначений час і в зазначеному місці немає, а є лише незаміжня. За цією причиною не слід відкладати огляд, а необхідно прове-

сти його, відійшовши від вказаної в законі форми. Таким чином, на думку цього автора, яка не втратила своєї актуальності і на сучасному етапі, одні процедурні вимоги при певних умовах можуть бути порушені, відхилення ж від інших було б пагубно для справи [9, с. 77]. Досліджуючи загальні властивості процесуальної форми, М.Л. Якуб обґрунтовано зазначав, що процесуальна форма – засіб досягнення мети судочинства, але не самоціль. «Будь-яке надання формі значення не засобу, а мети судової діяльності, писав ще професор Случевський, перекручує судову процедуру і легко може потягти за собою вельми небажані для судових інтересів наслідки». Вимоги раціональності і простоти процесуальних форм означають, що вони повинні бути вільні від непотрібних, пустих формальностей, тобто від таких форм і процедур, у яких немає потреби а ні з точки зору завдань процесу, а ні його демократичних принципів [2, с. 25].

Проблема співвідношення форми і формалізму, встановлення чіткої межі між ними надзвичайно актуальною залишається й в умовах сьогодення. Уявляється, що відхилення від передбаченої законом процесуальної форми за наявності до того відповідних підстав може мати місце за умови, що в такий спосіб не будуть порушені права і законні інтереси учасників кримінального провадження. Більш того, таке відхилення в деяких випадках може бути спрямовано саме на вирішення завдань кримінального провадження.

Будь-яка процедура завжди пов'язана із певним набором формальностей, які мають на меті забезпечити гарантії її учасникам. Досить часто формалізація процедури отримує негативну оцінку через складність застосування, відсутність певної свободи поведінки, обмеження розсуду правозастосовника тощо.

Формальності, передбачені кримінальним процесуальним законом, зазначає Л.М. Лобойко, утворюють собою зміст як процесуальної форми, так і процесуального формалізму. Тому і ті, й інші стають обов'язковим елементом кримінальної процесуальної діяльності. Отже, формалізм у діяльність слідчого, прокурора і судді закладає в норми права законодавець [10, с. 42]. Розглядаючи формалізм як одну з підстав реформування кримінально-процесуального законодавства України, Л.М. Лобойко вказує, що кримінально-процесуальна форма, активно розроблювана в радянський період розвитку теорії кримінального процесу, виконала своє функціональне призначення: забезпечити одноманітність провадження в кримінальних справах всіма органами досудового розслідування, прокуратури і суду. Працівники останніх у перші роки радянської влади часто не мали юридичної освіти, а тому для них прямо в законі необхідно було виписувати в деталях всі подробиці кримінально-процесуальної діяльності. У наш час, коли працівники органів дізнання, слідства, не говорячи вже про прокурорів та суддів, мають вищу юридичну освіту, деталізація процесуальної форми стає лише на заваді провадження [10, с. 42–43].

З цих позицій процесуальна форма постійно еволюціонує, вона потребує удосконалення, впровадження нових правил та інститутів, які є найбільш доцільними з точки зору вирішення завдань кримінального судочинства, захисту прав і законних інтересів суб'єктів кримінальних процесуальних відносин, інтересів суспільства та держави.

Новітнє кримінальне процесуальне законодавство України містить низку прикладів еволюції процесуальної форми в напрямку її спрощення, впровадження процедур,

які в меншій мірі обтяжені формальностями та обрядністю, що притаманні загальному порядку здійснення кримінального провадження. До таких, зокрема, можна віднести провадження на підставі угод, скорочений судовий розгляд тощо. Відмовився законодавець і від необхідності неодноразово повторювати одні й ті самі дії, вчинені до і після порушення кримінальної справи (відібрання пояснень та допит, дослідження об'єкту спеціалістом та проведення експертизи), запровадивши інший порядок початку кримінального провадження, що надає можливість зразу ж після реєстрації заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення в ЄРДР проводити слідчі (розшукові) дії.

Зайвої формалізації позбавлено і порядок фіксації процесуальних дій, на чинну правову модель якого суттєво вплинув також і науково-технічний прогрес, досягнення якого детермінували концептуальні зміни кримінальної процесуальної форми у її окремих сегментах. Незважаючи на новизну багатьох із чинних порядків застосування технічних засобів, проблема впливу науково-технічного прогресу на процесуальну форму кримінального судочинства не є новою для процесуальної науки. Досліджуючи її багато років тому, М.Л. Якуб обґрунтовано звертав увагу на те, що порядок кримінального судочинства повинен будуватися на науковій основі. У ньому мають бути втілені досягнення науки, реалізовуватися досягнення науково-технічного прогресу, а також багаторічний досвід практичної діяльності слідчих і судових органів держави [2, с. 29]. Концептуальні зміни процесуальної форми під впливом досягнень науково-технічного прогресу відбулися під час прийняття нового кримінального процесуального законодавства України.

При цьому слід окремо наголосити, що такі зміни стосуються різних аспектів, а саме з'явився новий різновид кримінальних процесуальних документів – електронний документ; зазнав змін порядок (процесуальна форма) здійснення окремих слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, а також порядок фіксації ходу окремих процесуальних дій (зокрема, слідчих (розшукових) дій) та етапів кримінального провадження (його стадій) (зокрема, судового розгляду).

Електронним документом, впровадження якого концептуально змінило порядок реєстрації заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, а також перебігу подальшого кримінального провадження, є Єдиний реєстр досудових розслідувань, вимоги до ведення якого передбачені ст. 214 КПК України. Практика застосування цього порядку показала його достатню ефективність, незважаючи на окремі недоліки, що, як уявляється, можуть бути усунуті шляхом доопрацювання самої електронної системи. Проте впровадженням такого порядку забезпечено оперативність початку досудового розслідування, проведення невідкладних слідчих дій, які потребують швидкого реагування з боку слідчого, оперативних підрозділів та прокурора. Прикладом ще одного електронного документу, який стосується саме процесуальної форми кримінального провадження, є, на нашу думку, повістка про виклик, надіслана електронною поштою в порядку ст. 135 КПК України. Впровадження цього способу виклику учасників кримінального процесу також спрямовано на його прискорення та суттєве спрощення здійснення цього заходу забезпечення кримінального провадження.

Зміни порядку проведення окремих слідчих (розшукових) дій у результаті розширення застосування технічних засобів фіксації стосуються, зокрема, допиту. Так, відпо-

відно до ч. 2 ст. 104 КПК України якщо за допомогою технічних засобів фіксується допит, текст показань може не вноситись до відповідного протоколу за умови, що жоден з учасників процесуальної дії не наполягає на цьому. У такому разі в протоколі зазначається, що показання зафіксовані на носії інформації, який додається до нього.

Суттєвих змін назвав і порядок залучення понятих до участі в слідчих (розшукових) діях, що також обумовлено впровадженням фіксації їх ходу за допомогою технічних засобів. Згідно з ч. 7 ст. 223 КПК України слідчий, прокурор зобов'язаний запросити не менше двох незаінтересованих осіб (понятих) для пред'явлення особи, трупа чи речі для впізнання, огляду трупа, у тому числі пов'язаного з екстугмацією, слідчого експерименту, освідчення особи. Винятками є випадки застосування безперервного відеозапису ходу проведення відповідної слідчої (розшукової) дії. При цьому обшук або огляд житла чи іншого володіння особи, обшук особи здійснюється з обов'язковою участю не менше двох понятих незалежно від застосування технічних засобів фіксування відповідної слідчої (розшукової) дії.

Особливо необхідно відмітити проведення допиту, впізнання в режимі відеоконференції під час досудового розслідування в порядку ст. 232 КПК України. Одночасно з цим законодавець надає можливість слідчому, прокурору з метою забезпечення оперативності кримінального провадження провести в режимі відео- або телефонної конференції опитування особи, яка через знаходження у віддаленому від місця проведення досудового розслідування місці, хворобу, зайнятість або з інших причин не може без зайвих труднощів вчасно прибути до слідчого, прокурора. Результатом такого опитування є пояснення особи, які не можуть бути доказами, а в разі необхідності отримання показань від опитаних осіб слідчий, прокурор проводить їх допит.

На окрему увагу заслуговує порядок здійснення негласних слідчих (розшукових) дій, багато з яких пов'язані саме із застосуванням технічних засобів. Їх модернізація в останні роки надала правоохоронним органам нові можливості щодо розкриття злочину, встановлення особи, яка його вчинила, встановлення її місця знаходження тощо. Йдеться про зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж, з електронних інформаційних систем, установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу, аудіо, відео контроль місця тощо.

Концептуальною новелою КПК України, яка також безпосередньо стосується зміни процесуальної форми фіксації ходу кримінального провадження, є застосування технічних засобів фіксації судового розгляду, яке фактично замінило протокол судового засідання, спростило і суттєво прискорило фіксування судового провадження, що відповідно до ст. 107 КПК України є обов'язковим.

**Висновки.** Аналіз наведених змін кримінальної процесуальної форми дозволяє дійти висновку про те, що всі вони, будучи детерміновані розвитком науково-технічного прогресу, спрямовані на досягнення єдиної мети – спрощення проведення окремих процесуальних дій, а також їх блоків, які охоплюються межами окремих стадій, прискорення кримінального провадження в цілому, позбавлення кримінального провадження зайвої формалізації. Разом з тим, повертаючись до вищенаведеної наукової позиції стосовно недоцільності деталізації процесуальної форми, вважаємо за необхідне наголосити на тому, що положення кримінального процесуального закону адресовані не тільки до осіб, які здійснюють кримінальне провадження, а до всіх його учасників, і в першу чергу тих, прав, свобод і

інтересів яких стосується кримінальне провадження, а відтак – виникає необхідність у їх охороні та захисті. Тому вважаємо за необхідне наголосити, що є зовсім інша сторона формалізації, позитивне значення якої не можна не враховувати, а в окремих випадках саме їй слід надавати переваги. У цьому плані необхідно погодитися з Ж.-Л. Бержелем – процесуальний формалізм за умови правильного дозування є гарантією якісного правосуддя і оплотом прав захисту проти свавілля суддів [11, с. 565]. Формалізація кримінального процесу, з одного боку, надає можливість його суб'єктам мати чітке уявлення щодо передбаченої законом процедури, можливих рішень органів та осіб, які здійснюють провадження, а з іншого – звуває простір для дискреції, вільного розсуду та суб'єктивізму при застосуванні норм права, чим забезпечує прозорість правозастосовної діяльності, дію принципу правової визначеності як одного з найважливіших елементів верховенства права. Разом з тим, наявність зайвих формальностей, процедур, які ускладнюють кримінальне провадження, не будучи при цьому об'єктивно необхідними, перешкоджають здійсненню кримінального процесу, реалізації права кожного на справедливий суд, що гарантоване статтею 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Тому, безумовно, слушною є позиція Е.М. Мурадян про те, що доступність правосуддя означає відсутність заплутаних і ускладнених судових процедур, а також тяганини і формалізму; доступність правосуддя передбачає заінтересованість судової системи в максималізації звернень, здатність державних судових систем сприяти учасникам судових справ у їхньому користуванні послугами посередників, медіаторів з метою врегулювання спорів і подолання взаємного непорозуміння [12, с. 387].

#### Список використаної літератури

1. Перлов И.Д. Процессуальный режим рассмотрения уголовных дел на пленумах Верховных судов // Сов. гос-во и право. – 1972. – № 1. – С. 101–108.
2. Якуб М.Л. Процессуальная форма в советском уголовном судопроизводстве. – М. : Юрид. Лит-ра, 1981. – 144 с.
3. Грошевой Ю.М. Сущность судебных решений в советском уголовном процессе. – Х. : Вища школа, 1979. – 144 с.
4. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства / И.Я. Фойницкий. – СПб, 1996. – 607 с.
5. Смирнов А.В. Модели уголовного процесса / А.В. Смирнов. – СПб, 2000. – 320 с.
6. Михайловская И.Б. Социальное назначение уголовной юстиции и цель уголовного процесса // Государство и право. – 2005. – № 5. – 115 с.
7. Розин Н.Н. Уголовное судопроизводство / Н.Н. Розин. – СПб, 1914. – 547 с.
8. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации : [учебник] / под ред. И.Л. Петрухина, И.Б. Михайловской. – М. : Проспект, 2010. – 688 с.
9. Давыдов Н.В. Значение формы в уголовном процессе по Судебным Уставам императора Александра // Журнал министерства юстиции. – 1900. – № 10 – С. 77–89.
10. Лобойко Л.М. Реформування кримінально-процесуального законодавства в Україні (2006–2011 роки). Частина 1. Загальні положення досудового розслідування / Л.М. Лобойко. – Київ : Істина, 2012. – 288 с.
11. Бергель Ж.-Л. Общая теория права / Л.-Ж. Бергель. – М. : NOTA-BENE, 2000. – 576 с.
12. Мурадян Э.М. Судебное право / Э.М. Мурадян. – СПб. : Изд-во Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. – 575 с.

УДК 343.1

## ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ ПРОКУРОРСЬКОГО НАГЛЯДУ У ФОРМІ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КЕРІВНИЦТВА ДОСУДОВИМ РОЗСЛІДУВАННЯМ: СУТНІСНО-КОМПАРАТИВІСТСЬКИЙ АНАЛІЗ

Мирослава ЧОРНОУСЬКО,  
аспірант кафедри правосуддя  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

### SUMMARY

The article deals with the features of realization of the prosecutorial supervision over observance of laws during the pre-trial investigation in the form of procedural guidance in foreign countries. Carried a comparative legal research of sectorial norms of national and foreign laws, international legal acts in this area. The author focuses on the problematic aspects of the investigated sphere of prosecutorial activities in the context of effective execution of specific tasks of criminal proceeding in Ukraine and foreign states. Based on the analysis of theoretical approaches and tendencies of the enforcement developed some suggestions for improving of criminal procedural legislation.

**Key words:** prosecutorial supervision, procedural guidance, powers of the prosecutor, pre-trial investigation, criminal process of foreign countries, international standards.

### АНОТАЦІЯ

У статті розглянуто особливості здійснення прокурорського нагляду за дотриманням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва в зарубіжних країнах. Здійснено порівняльно-правове дослідження норм галузевого національного та зарубіжного законодавства, міжнародних нормативно-правових актів у зазначеній галузі. Автор акцентує увагу на проблемних аспектах досліджуваної сфери прокурорської діяльності в контексті ефективного виконання окремих завдань кримінального провадження в Україні та іноземних державах. На основі аналізу теоретичних підходів та тенденцій правозастосування розроблено пропозиції щодо вдосконалення кримінального процесуального законодавства.

**Ключові слова:** прокурорський нагляд, процесуальне керівництво, повноваження прокурора, досудове розслідування, кримінальний процес зарубіжних країн, міжнародні стандарти.

**Постановка проблеми.** У контексті сутнісного й організаційного реформування системи кримінальної юстиції України як одного з виявів ціннісних внутрішньодержавних трансформацій без перебільшення визначальним є питання обговорення підходів національного законодавства, яке регламентує порядок здійснення прокурорського нагляду у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням у співвідношенні з правовими орієнтирами, які постають перед Україною у світлі євроінтеграційних процесів, та законодавчими механізмами, притаманними зарубіжним державам континентальної системи права, якими уповноважені суб'єкти останніх оперують у ході вирішення завдань кримінального провадження. За таких умов зміну наголосів у процесуальній діяльності прокурора в кримінальному провадженні доцільно розцінювати лише як перший крок у переорієнтації системи кримінального судочинства в напрямі утвердження міжнародних норм і стандартів кримінальної юстиції, рекомендацій компетентних органів світового співтовариства і європейської спільноти, забезпечення дотримання вимог Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод 1950 року та міжнародних стандартів прокурорської діяльності.

**Метою статті** є здійснення порівняльно-правового аналізу особливостей прокурорського нагляду у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням за законодавством України та деяких зарубіжних держав для встановлення специфіки реалізації його завдань залежно від нормативних умов; оцінка рівня відповідності функціонування цього інституту міжнародним стандартам

прокурорської діяльності; окреслення правозастосовчих проблем; обґрунтування пропозицій, спрямованих на вдосконалення кримінального процесуального законодавства в частині врегулювання наглядової діяльності прокурора в кримінальному провадженні в Україні.

**Виклад основного матеріалу.** Сучасне сприйняття ролі та місця прокурора в кримінальному процесі опосередковано правовим впливом низки міжнародних актів, серед яких чільне місце займають Керівні принципи ООН щодо ролі обвинувачів, які були розроблені для надання допомоги державам-членам у вирішенні завдань забезпечення й підвищення ефективності, незалежності та справедливості обвинувачів, які відіграють активну роль у кримінальному провадженні (зокрема, коли це дозволено законом або відповідає місцевій практиці – у розслідуванні злочину й нагляді за законністю цих розслідувань) [1]. У такому розрізі підлягає врахуванню й Рекомендація Rec(2000)19 Комітету Міністрів Ради Європи «Щодо ролі прокуратури в системі кримінального правосуддя», положення якої дозволяють визначитися з місцем процесуального керівництва як інструментом виконання наглядових повноважень прокурором включно із застереженнями про характер, обсяг і механізми в умовах національних традицій законотворчості й правозастосування окремих держав. Зокрема, п. 22 документу передбачено, що в країнах, у яких поліція підлегла прокуратурі або де поліцейські розслідування проводяться під наглядом прокуратури, держава повинна вжити відповідні заходи, щоб гарантувати прокурорам повноваження з надання поліції відповідних вказівок для ефективного виконання пріоритетів кримінальної політики. При цьому,



згідно з п. 26-33 Рекомендації, прокурори повинні забезпечувати рівність осіб перед законом і принцип змагальності сторін тощо. У документі увагу також звернено на суб'єкт видання й необхідність судового контролю над діями прокурорів, коли вони мають повноваження на застосування заходів, які втручаються у сферу основних прав і свобод підозрюваного, а також обов'язковості встановлення механізмів оскарження окремих рішень прокурорів [2].

Цілком виправданим із практичної точки зору є те, що Рекомендація Парламентської асамблеї Ради Європи (далі – ПАРС) 1604(2003) «Про роль прокуратури в демократичній правовій державі, заснованій на верховенстві закону» зосереджені на констатації розмаїття моделей прокуратури в різних країнах, які в умовах окремої держави приносять найбільш плідні результати з охорони прав і свобод людини та громадянина [3]. Беручи до уваги неминучість впливу особливостей структури не тільки кожної з правових систем сучасності, але й окремих країн, для яких характерна специфіка національної правової традиції й вектори її розвитку, беззаперечним є факт впливу останньої на бачення форм прокурорського нагляду, кожна з яких складає комплекс повноважень, якими прокурор під час його здійснення наділяється державою. Вдаючись до аналізу кримінального процесуального законодавства таких держав, як Грузія, Естонія, Литва, Молдова, Російська Федерація, Федеративна Республіка Німеччина та Франція, було здійснено спробу з'ясування особливостей прокурорського нагляду, встановлення спільних і відмінних рис, характерних для діяльності прокурора в Україні й у зазначених державах, та моделювання можливості імплементації окремих норм зарубіжного законодавства на кримінальні процесуальні відносини уповноважених суб'єктів в умовах вітчизняних реалій. Так, із-поміж держав, де законодавець окреслює для прокурора найбільш широке коло повноважень, вирізняються Молдова, Німеччина та Франція. Отже, як констатує І.В. Козьяков, до прокуратури висувається законодавча вимога про здійснення суворого контролю за поліцією як органом досудового розслідування [4, с. 28–41]. Разом із тим у полі зору дослідження опинилися і держави, у яких наглядова діяльність прокурора на стадії досудового провадження тільки частково споріднена з моделлю, прийнятою в Україні. Мається на увазі нормативне регулювання цієї сфери пореформним законодавством Російської Федерації (далі – РФ), яке демонструє комбінований підхід у питаннях прокурорських повноважень і наділяє прокурора дещо розбалансованим їх обсягом: надмірне домінування останнього у відношенні до органів досудового слідства в одних випадках перетинається з відверто недостатніми його повноваженнями в інших.

Суб'єктом нагляду, чий повноваження є досить масштабними на досудовому слідстві, за законодавством Франції позиціоновано прокурора. З урахуванням специфіки діяльності органів кримінальної юстиції на цій стадії провадження, а Франції відомі такі інституції, як судова поліція, що здійснює поліцейське дідання, та слідчі судді, які розслідують справи із залученням судової поліції, прокурор перебуває в керівному становищі щодо вищезазначених осіб, які переважно діють у межах його розпоряджень. Із досліджень кримінального процесу Франції в ретроспективі (за Кримінальним процесуальним кодексом Франції 1808 р.), які здійснені В.О. Попелюшком, видно, що історично склалась ситуація, за якої централізований апарат судової поліції очолювався прокуратурою та дисциплінарно їй підпорядковувалась [5, с. 3]. Разом із тим на сьогодні слідчий

суддя наділений правом у низці випадків вживати заходи, направлені на оптимізацію розслідування, на власний розсуд, у тому числі давати доручення окремим поліцейським підрозділам, а також мотивовано відмовлятися від виконання окремих розпоряджень прокурора. На противагу цьому прокурор уповноважений самостійно обирати орган та особу, яка буде здійснювати слідчі дії протягом розслідування, вимагати проведення слідчих дій та бути присутнім під час їх проведення, призначати експертизи, готувати висновки про необхідність обрання запобіжних заходів та за наявності підстав приймати рішення про звільнення особи з-під варті, мати повний доступ до матеріалів справи й повертати їх слідчому судді з письмовими вказівками.

У контексті сказаного вчені мають різні погляди щодо питання визнання або невизнання повномірною функціонування інституту процесуального керівництва: одна група науковців сприймає такі повноваження прокурора, як контрольні, тоді як інша доводить неоднозначність цієї позиції, посилаючись на принцип незалежності слідчих суддів і на те, що саме слідчий суддя здійснює функції з процесуального керівництва розслідуванням [6, с. 86]. В.М. Додонов, як і Л.Р. Грицаєнко [7, с. 153–155], дотримується думки, згідно з якою прокурор здійснює пряме керівництво попереднім слідством і є контролюючим суб'єктом як щодо судової поліції, так і щодо слідчого судді [8, с. 41]. Ідентичну точку зору має Н.А. Кірієнко, зазначаючи, що прокурор у Франції здійснює процесуальне керівництво досудовим слідством з елементами наглядової діяльності [9]. Очевидно, автор має на увазі те, що наглядова діяльність прокурора в такому випадку не закінчується на процесуальному керівництві окремим розслідуванням: паралельно він отримує «звітні» дані щодо інших справ. Водночас А.В. Молдован та М.Г. Стойко обґрунтовують здійснення процесуального керівництва винятково дізнанням, а не досудовим слідством [10, с. 5; 11, с. 163]. Український процесуаліст О.В. Попович займає компромісну позицію, підтримуючи точку зору про наявність у кримінальному процесі Франції двох головних суб'єктів розслідування, під керівництвом яких перебуває судова поліція, а в механізмі співпраці яких право одного давати вказівки протиставляється праву іншого не виконувати їх [12, с. 81].

Не заперечуючи значно ширших повноважень слідчого судді за встановлені в Україні, які активно залучають останнього до з'ясування істини на досудовому слідстві, зазначимо, що ними не спростовується факт здійснення прокурором процесуального керівництва, натомість виникає питання щодо самостійності піднаглядних суб'єктів. У такому разі непослідовними вважаємо тези науковців, які приписують реалізацію функцій процесуального керівництва слідчому судді, вказуючи на обсяг його незалежності, оскільки з аналізу норм КПК Франції незрозуміло, яким чином може відбуватися керівний вплив на діяльність прокурора. У зв'язку із цим доречним є безумовне визнання за прокурором функції здійснення процесуального керівництва досудовим слідством.

Підхід КПК Федеративної Республіки Німеччина передбачає пріоритетність розпоряджень прокурора над так званими «екстремними» рішеннями судді, а також регламентує його можливість надання розпоряджень і вказівок слідчому безпосередньо, без погодження з керівником слідчого органу [13]. Механізмом, який наслідую вітчизняна практика, є регулярне узагальнення прокурором найпоширеніших помилок, вчинених поліцією, і доведення відповідних зауважень із коментарями та рекомендаціями до поліцей-

ського керівництва з метою усунення їх причин та умов.

За законодавством Естонії прокуратура керує здійсненням досудового провадження, забезпечуючи його законність і результативність, представляє державне обвинувачення, а слідчий виконує процесуальні дії самостійно, якщо для їх здійснення не вимагається дозволу суду або розпорядження прокуратури [14]. Так, виклад процесуальних положень за законодавством цієї держави є подібним до встановленого в Україні, різниця полягає в тому, що законодавець в естонському КПК оперує терміном «результативність», тоді як для українського КПК характерним є «збірний образ» останнього, що складається з положення щодо забезпечення дотримання розумних строків, забезпечення якби учасників процесуальних дій тощо. У межах литовської моделі прокурор законодавчо іменується організатором та головуєчим досудового слідства: на нього покладається організація останнього та здійснення керівництва за діяльністю «виконавців слідства», проведення окремих слідчих дій, здійснення контролю за діями слідчих під час досудового слідства та його термінами [15].

Низка повноважень прокурора дійсно більше схожа на вияв контрольних, аніж наглядових функцій, маючи значно жорсткіше змістове наповнення, порівняно з Україною. Незважаючи на наявність істотних розбіжностей (наприклад, права прокурора або керівника слідчого органу відкривати кримінальне провадження, що видається неоднозначним у контексті забезпечення права доступу до правосуддя й може виправдовуватися лише на підставі принципу процесуальної економії, адже Литва дотепер стоїть на позиціях проведення дослідчої перевірки й наявності стадії порушення кримінальної справи, що надає цьому положенню обрисів обгрунтованості) зустрічаємо також норми, аналогічні представленим в національному законодавстві. Слід зазначити насамперед про порядок відсторонення від посади (відповідне клопотання може подаватися слідчому судді винятково за погодженням із прокурором) та обов'язковість повідомлення прокурора про прийняття рішення щодо проведення певних негласних слідчих (розшукових) дій, право прокурора скасовувати незаконні чи необгрунтовані рішення слідчих. Одним із важелів забезпечення окресленого права, згідно зі ст. 9 Закону Литовської Республіки «Про прокуратуру», виступає право прокурора видати наказ про порушення дисциплінарного провадження стосовно слідчого, який проводить досудове розслідування [16]. Проте екстраполяція такого положення на специфіку влаштування системи кримінальної юстиції України дозволяє дійти висновку, що ця норма, перебуваючи на межі компетенції прокурора з процесуального керівництва розслідуванням і керівника органу досудового розслідування зі здійснення відомого нагляду й контролю, є спірною з точки зору її доцільності й обгрунтованості, а отже, непридатною для повної імплементації.

Особливий підхід демонструє законодавство Республіки Молдова. Зокрема, ст. 5 Закону Республіки Молдова «Про прокуратуру», присвячена повноваженням прокуратури, містить пряму вказівку на те, що прокурор керує кримінальним переслідуванням і здійснює його. Законом регламентовано, що прокурор, реалізуючи свої повноваження, може вимагати від органів кримінального переслідування вжиття заходів щодо захисту життя та забезпечення безпеки свідків, потерпілих та членів їх сімей, більше того – ініціювати накладення на офіцерів кримінального переслідування, працівників констатуючих органів та органів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність,

стягнень за допущені порушення закону, невиконання або неналежне виконання службових обов'язків [17]. Як відомо, такої можливості в контексті здійснення прокурором процесуального керівництва українським процесуальним законодавством не передбачено: п. 8 ч. 2 ст. 36 КПК України регламентує можливість ініціювати перед керівником органу досудового розслідування лише питання про відсторонення слідчого від проведення досудового розслідування та призначення іншого слідчого за наявності підстав для відводу або в разі неефективності розслідування [18], тоді як про можливість внести відповідне подання прямо не йдеться ні на законодавчому, ні на підзаконному рівні.

Необхідно зазначити, що запропонований перелік суперечить класичним уявленням про узагальнений характер викладу окремих функцій прокуратури чи повноважень прокурора, притаманний українському закону «Про прокуратуру», положення якого деталізуються на рівні Кримінального процесуального кодексу України, галузевих наказів та інструкцій. Загалом законотворчість пішла шляхом повного відшарування інституту процесуального керівництва в кримінальних провадженнях. Відтак із формулювання постає, що законодавець робить наголос на специфіці діяльності прокурора в конкретному кримінальному провадженні, часом залишаючи поза сферою регулювання норм зазначеного закону питання прокурорського нагляду за діяльністю органів, які здійснюють досудове слідство. Привертає увагу ч. 4 ст. 20 цього закону, яка покладає забезпечення проведення досудового провадження в розумні строки саме на прокурора, та п. 7 ст. 52 КПК, відповідно до якого прокурор встановлює розумні строки для кожної справи, що вже дозволяє вести мову про позиціонування цього суб'єкта як владної процесуальної фігури, якій підпорядковуються слідчі органи. Підтвердженням цій тезі слугує перелік повноважень, регламентованих ст. 52 КПК, серед яких постійний контроль за додержанням порядку прийому й реєстрації повідомлень про злочини, початок кримінального переслідування, відмова в здійсненні кримінального переслідування та його припинення. Крім того, винятковий інтерес становить розуміння молдовським законодавцем питань, які торкаються повноваження прокурора під час здійснення ним процесуального керівництва. Так, прокурор «особисто здійснює керівництво кримінальним переслідуванням і контролює законність процесуальних дій органу досудового слідства» [19].

Значача норма дає можливість дійти висновку про специфіку сприйняття державою цього правового інституту: український законодавець позиціонує процесуальне керівництво як форму нагляду, тоді як молдовський ототожнює його з контролем. Існуючий дисонанс пояснюється обсягом повноважень, які є масштабнішими, порівняно з наданими прокурорам в Україні. Зокрема, крім права втручатися з метою контролю від органу досудового слідства, вищестоящих прокурорів кримінальні справи, документи, процесуальні акти та будь-які дані з кримінальних справ, за якими ним здійснюється контроль, перевіряти якість доказів, скасовувати незаконні й необгрунтовані постанови слідчих і нижчестоящих прокурорів, прокурор наділений правом вмотивовано вилучати кримінальну справу в одного органу або уповноваженого суб'єкта кримінального переслідування й передавати іншому органу або особі. Натомість п. 8 ч. 2 ст. 36 КПК України дає право прокурору лише ініціювати наведене питання перед керівником органу досудового розслідування. Водночас безпосередньо прокурор санкціонує самовідводи та відводи слідчих, ви-

рішує питання обрання, зміни, скасування більшості запобіжних заходів (крім арешту, домашнього арешту, тимчасового позбавлення права керування транспортним засобом), ухвалює постанови про затримання, привід, виїмку, є присутнім під час проведення слідчих дій чи проводить їх особисто, відсторонює особу, яка здійснює кримінальне переслідування у випадку порушення нею закону, тощо.

Таким чином, здійснення процесуального керівництва за законодавством Республіки Молдова суттєво відрізняється від порядку функціонування цього інституту в Україні в частині обсягу повноважень прокурора, що дає змогу останньому брати більш активну участь у досудовому розслідуванні кримінальних проваджень із метою вирішення питання про винуватість або невинуватість особи та законність дій органів досудового розслідування.

Розстановка пріоритетів, яку було розглянуто, певною мірою суперечить усталеному в Україні розумінню сутності прокурорського нагляду, оскільки слідчі органи перебувають у підлеглому становищі у відношенні до прокурора, що зумовлює двоєке сприйняття такої системи. З одного боку, за регламентованої широти повноважень прокурор максимально орієнтований на превентивну діяльність у контексті забезпечення законності досудового розслідування; остання є пропорційною рівню відповідальності прокурора, покладеному на нього законодавчо, та сприяє спрямуванню ключових векторів розслідування на власний розсуд, щоб представити судові достатньо матеріалів, якими обвинувач оперуватиме під час розгляду і які об'єктивно будуть достатніми для конкурентоспроможного «змагання» зі стороною захисту, чим, виходячи з вимог законодавства, дещо обділений процесуальний керівник в умовах України. З іншого боку, викладені норми КПК Молдови уособлюють аргументи критиків інституту процесуального керівництва, які вбачають небезпеку перетворення слідчого на «технічного помічника» прокурора та констатують значне звуження й навіть ігнорування процесуальної самостійності цього суб'єкта.

Проте не можна нехтувати тим фактом, що такий елемент діяльності органів кримінальної юстиції, як здійснення прокуратурою процесуального керівництва досудовим розслідуванням, сприяв досягненню Республікою Молдова високих показників у забезпеченні прав громадян, гарантованих Європейською конвенцією. Так, згідно з даними офіційної статистики, у 2013 році вона не увійшла до першої десятки держав, які лідирують за кількістю звернень громадян до Європейського суду з прав людини, тоді як, наприклад, Італія, Велика Британія й Грузія посіли, відповідно, друге, шосте й сьоме місця, а Україна опинилась на третьому [20]. Проте, з нашої точки зору, потенційна імплементація аналогічного підходу для України в умовах сьогодення має бути обмежена запозиченням окремих процесуальних норм, оскільки весь їх обсяг є розбіжним в розумінні природи цього інституту, ієрархії органів досудового розслідування та орієнтирів, які ставить перед собою національна система кримінальної юстиції.

Законодавство Грузії поряд з іншими завданнями покладає на прокурора здійснення процесуального нагляду на стадії попереднього слідства з метою забезпечення обвинувачення. На виконання цих повноважень, відповідно до ст. ст. 23–28 Закону Грузії «Про прокуратуру», до його компетенції належить внесення таких актів прокурорського реагування, як подання, протест, постанова, вказівка, погодження та скарга [21]. Також у ст. 33 КПК Грузії міститься перелік прав, якими прокурор наділяється

є на час його здійснення. Наприклад, ідеться про право доручати розслідування тому чи іншому правоохоронному органу або слідчому, вилучати його від одного слідчого й передавати іншому; брати участь у проведенні слідчих дій; давати обов'язкові вказівки співробітнику правоохоронних органів та нижчестоящому прокуророві; витребувати матеріали кримінальної справи; розглядати скарги на дії чи постанови слідчого та скасовувати їх тощо.

Попри те, що аналіз зазначених норм дозволяє прослідкувати їх певну спорідненість із законодавством Республіки Молдова, виразними є й відмінності стосовно обсягу повноважень прокурора. Так, прокурори Грузії обмежені в повноваженні обирати запобіжний захід, змінювати його або припиняти дію: із цією метою вони, як і за КПК України, повинні звертатися з відповідним клопотанням до суду. Такий механізм постає оптимальним із точки зору забезпечення функціонування важелів судового контролю, як того вимагає ПАРС [3]. Крім того, вказаний характер взаємодії органів кримінальної юстиції цілком співвідноситься з позиціонуванням інституту процесуального керівництва як форми прокурорського нагляду, а не прокурорського контролю, з урахуванням того, що Україною на законодавчому рівні було сприйнято саме першу модель, яка зобов'язує гарантування, по-перше, достатнього рівня процесуальної свободи розсуду суб'єкта здійснення досудового розслідування й, по-друге, раціонального розподілу повноважень суду й прокуратури, коли мова йде про правообмеження щодо учасника кримінального провадження як людини й громадянина.

Такою, що об'єктивно відповідає динаміці досудового розслідування та відображає гнучкість його потреб, є можливість прокурора доручити слідчому, який не розслідує справу безпосередньо, здійснювати слідчі дії. Вважаємо за можливе передбачити таке право й у КПК України, дозволивши у виняткових випадках, коли того вимагає дотримання принципу розумності строків, але слідчий, який здійснює досудове розслідування, з поважних причин тимчасово позбавлений можливості це зробити, проводити окремі процесуальні дії іншому слідчому з внесенням відповідних даних до ЄРДР. Водночас у частині оскарження слідчим рішень, дій чи бездіяльності прокурора законодавець у Грузії пішов шляхом, рівноцінним до встановленого в Україні.

Доволі радикальними, порівняно з українським законодавством, є положення КПК Латвії. Так, рішення питання про арешт майна та його скасування здійснюється не слідчим суддею, а прокурором; подача основного масиву клопотань учасниками провадження здійснюється на розгляд безпосередньо прокуророві, а не слідчому; такий самий порядок поширюється й на вирішення питання щодо зупинення, відновлення досудового розслідування [22] (натомість, керуючись ст. ст. 280, 282 КПК України, слідчий може зупинити його перебіг постановою, погодженою з прокурором, і відновити власною постановою [18]) та закриття кримінального провадження. Крім того, у компетенції прокурора перебуває право визначати слідчого або слідчих, які проводитимуть розслідування (тоді як в Україні таким правом наділений керівник органу досудового розслідування), або внести постанову про те, що він буде здійснювати розслідування самостійно й матиме виняткове право закривати кримінальне провадження (український слідчий уповноважений зробити це самостійно з підстав, передбачених п. п. 1, 2, 4 ч. 1 ст. 284 КПК України, якщо жодній особі не повідомлялося про підозру [18]).

Аналіз законодавства РФ свідчить про часткову його наближеність до законодавства України. Однак вважається, що після реформ 2007 року прокурор фактично не здійснює процесуального керівництва досудовим розслідуванням, лише функцію нагляду за дотриманням закону. Повноваження з «процесуального нагляду» покладаються на керівника слідчого органу. Необхідно визнати, що певне зміщення акцентів у наглядовій діяльності прокуратури РФ викликано критичними висновками Венеціанської комісії, поданими в 2005 році, щодо положень Федерального закону «Про прокуратуру». Ішлося передусім про непрозорість діяльності прокуратури, значний перелік функцій, унаслідок чого, на думку експертів, було порушено рівновагу між гілками державної влади, а власне прокуратура «стояла над усіма іншими органами» [23]. Водночас російські науковці обстоюють протилежну точку зору й зазначають про деяку фіктивність офіційного курсу. Вдалим видається висловлювання Ю.К. Якимовича щодо того, що, позбавивши прокурора функції процесуального керівництва досудовим розслідуванням, законодавець залишив за ним певні повноваження, властиві саме такій формі нагляду [24, с. 65]. Так, аналіз повноважень прокурора, які, до речі, були змінені в бік розширення в період з 2010 по 2013 роки, дозволяє дійти такого висновку. Якщо стосовно процесуальної діяльності слідчого прокурор здійснює більш поверхневий нагляд, у рисах якого процесуальне керівництво вгадується лише опційно, то щодо дізнавача коло наглядових повноважень є значно ширшим, звідки вбачається очевидність уникнення законодавцем вжиття поняття «нагляд у формі процесуального керівництва».

Зазначене проявляється в тому, що у відношенні до слідчого прокурор може витребувати й перевіряти законність та обґрунтованість рішень про відмову в порушенні кримінальної справи, призупиненні або припиненні кримінальної справи, розглядати інформацію в частині незгоди слідчого з рішеннями прокурора й приймати рішення за результатами розгляду, якщо є підстави клопотати перед судом про продовження строку запобіжних заходів у вигляді домашнього арешту або тримання під вартою; затверджувати обвинувальний акт і направляти його до суду; повертати слідчому матеріали справи з письмовими вказівками, обов'язковими до виконання; вилучати матеріали справи в слідчого й передавати їх до Слідчого комітету РФ [25].

Абсолютно безпрецедентним є п. 1.12 Наказу Генерального прокурора № 136 від 6 вересня 2007 року, де йдеться про неприйнятність українському кримінальному процесу повноваження в частині визнання доказів недопустимими й вилучення їх із переліку доказів в обвинувальному акті за умов, якщо їх було отримано з порушенням вимог процесуального законодавства, про що він виносить мотивовану постанову. Водночас за умов виявлення відсутності достатніх доказів винуватості обвинуваченого, невірної кваліфікації вчиненого прокурор вправі повертати кримінальну справу слідчому для додаткового розслідування [26]. Допускаючи можливість запозичення таких положень, з огляду на їх специфіку, що породжує ризик порушення принципу змагальності сторін та безпосередності дослідження доказів судом, слід зазначити, що коректним із методологічної точки зору є порядок, передбачений КПК України, який покладає вирішення зазначених питань на розсуд суду, безпідставно не розширюючи повноважень сторони обвинувачення й не спотворюючи сутності досудового розслідування та ролі в ньому прокурора.

Утім, абстрагуючись від наведених застережень, варто схилитися до визнання раціональності ідеї щодо прийняття

рішення про відхилення прокурором доказів, щодо яких є вмотивовані сумніви стосовно допустимості, однак лише за умов детального врегулювання такого механізму та забезпечення судового контролю за подібними рішеннями слідчим суддею. Такий підхід цілком можна вважати доцільним у контексті процесуальної економії й забезпечення чистоти оцінки доказів під час судового провадження, що, крім того, звузило б поле для зловживань суддями, які подекуди спекулюють дотриманням принципу безпосередності дослідження доказів і, відкидаючи показання, дані на досудовому слідстві особою, щодо допиту якої в суді повторно відсутня об'єктивна можливість (наприклад, із підстав перебування на стаціонарному лікуванні в психіатричному закладі, за наявності висновку експерта про можливість адекватно сприймати події в момент злочину, навіть з урахуванням перебування у стресовому стані), беруть до уваги й покладають в основу виправдувального вироку лише показання обвинуваченого [27].

З наведеного постає, що стосовно слідчого прокурор у РФ має квазіповноваження, які переукуються з процесуальним керівництвом: з одного боку, вони надто розширені, з іншого – безпідставно звужені. Натомість досліджувана нами форма прокурорського нагляду в чистому вигляді характерна для взаємовідносин прокурора й дізнавача. Так, прокурор уповноважений давати дізнавачеві письмові вказівки щодо ходу розслідування, здійснення слідчих дій; погоджувати клопотання; скасовувати його незаконні й необґрунтовані постанови, а отже, він володіє типовими повноваженнями, характерними для процесуального керівництва як в Україні, так і в інших країнах Європи. Однак, згідно з результатами досліджень Т.Ю. Цапаєвої, 52% слідчих РФ вказують на те, що готові обговорювати з прокурором наявність підстав для проведення тієї чи іншої слідчої дії, очікуючи фактично від прокурора саме керівництва. Водночас лише 24% респондентів підтримали збереження процесуального керівництва [28, с. 30], що свідчить про потребу гармонізації складових процесуальної самостійності слідчого й права прокурора на здійснення процесуального керівництва як форми нагляду.

**Висновки.** На підставі викладеного доходимо висновку про значний ступінь варіативності повноважень та відповідальності прокурора під час здійснення ним процесуального керівництва, змістове навантаження яких залежить від таких факторів, як статус органів досудового розслідування, приналежність прокуратури до тієї чи іншої гілки влади, функціонування поряд із прокуратурою як наглядовим органом інших інституцій та посадових осіб, на яких покладатиметься безпосередня або опосередкована участь у досудовому розслідуванні й рівень їх процесуальної самостійності в прийнятті рішень, а також об'єктивна зумовленість потребами суспільства й вимогами, висунутими ним до держави, оскільки саме названі характеристики детермінують сутнісне забарвлення компетенції прокурора на досудовому розслідуванні. Однак обов'язковими для врахування кожною державою, незалежно від моделі організації органів прокуратури, постають міжнародні стандарти та рекомендації міжнародних інституцій, спрямовані на забезпечення належного й ефективного функціонування прокуратури як органу, чия робота покликана гарантувати законність діяльності піднаглядних суб'єктів, тим самим мінімізуючи ризики, що постають із процесу розслідування кримінального провадження як фактичного вияву наявності конфліктних за своєю природою суспільних відносин. У такому аспекті подальші дослідження окресленої

тематики мають відбуватися за лінією максимального зосередження доктринального та, як наслідок, правозастосовного аспектів на якості виконання завдань кримінального провадження з огляду на потреби суспільних відносин, що складаються в умовах окремої держави в конкретний проміжок часу.

### Список використаної літератури

1. Керівні принципи щодо ролі прокурорів : прийняті на восьмому Конгресі ООН (Гавана, Куба, 7 вересня 1990 року) // Права людини: довідник для прокурорів / упоряд. М. Алінк. – К. : Фенікс, 2005. – С. 150–155.
2. Про роль прокуратури в системі кримінального судочинства : Рекомендація Rec(2000)19, прийнята Комітетом Міністрів Ради Європи 6 жовтня 2000 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/csrp/reftexts/Rec\(2000\)19Ukraine.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/csrp/reftexts/Rec(2000)19Ukraine.pdf).
3. Про роль прокуратури в демократичному суспільстві, заснованому на верховенстві закону : Рекомендація ПАРС 1604(2003) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.coe.int>.
4. Козьяков І.В. Процесуальне керівництво прокурором досудовим розслідуванням: досвід зарубіжних країн / І.В. Козьяков // Актуальні питання кримінального процесуального законодавства України (м. Київ, 26 квітня 2013 року) : збірник матеріалів міжвузівської наукової конференції / Національна академія прокуратури України. – К. : Алерта, 2013. – С. 28–31.
5. Попелюшко В.О. Система органів розслідування та їх повноваження за КПК Франції 1808 року / В.О. Попелюшко // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2010. – № 2. – С. 1–13.
6. Головки Л.В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции / Л.В. Головки. – М. : СПАРК, 1995. – 130 с.
7. Грицаенко Л.Р. Прокуратура в країнах Європи : [навчальний посібник] / Л.Р. Грицаенко. – К. : БІНОВАТОР, 2006. – 400 с.
8. Додонов В.Н. Прокуратура в России и за рубежом. Сравнительное исследование / [В.Н. Додонов, В.Е. Крутских] ; под ред. канд. юрид. наук С.И. Герасимова. – М. : НОРМА, 2001. – 192 с.
9. Кириенко Н.А. Прокурор как правовая и научная категория, её место в понятийном аппарате зарубежной науки / Н.А. Кириенко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.rusnauka.com>.
10. Молдован А.В. Кримінальний процес: Україна, ФРН, Франція, Англія, США : [навчальний посібник] / А.В. Молдован. – К. : Центр учбової літератури, 2005. – 352 с.
11. Стойко Н.Г. Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем : [монография] / Н.Г. Стойко. – СПб. : Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та ; Издательство юридического факультета СПбГУ, 2006. – 264 с.
12. Попович О.В. Суб'єкти процесуального керівництва на стадії досудового розслідування в кримінальному процесі Франції / О.В. Попович // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2013. – № 3. – С. 79–84.
13. Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ (перевод Германского Фонда международного правового сотрудничества и Организации безопасности и сотрудничества в Европе) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.pravo.org.ua](http://www.pravo.org.ua).
14. Уголовно-процессуальный кодекс Эстонии [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon24.ee/ugolovno-processualnyj-kodeks>.
15. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Литва [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.prokuraturos.lt>.
16. Про прокуратуру : Закон Литовської Республіки [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravo.org.ua>.
17. О прокуратуре : Закон Республики Молдова № 294 от 25 декабря 2008 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lex.justice.md>.
18. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI // Офіційний вісник України. – 2012. – № 37. – Ст. 1370.
19. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова № 122-XV от 14 марта 2003 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.agepi.md/pdf/law/cod\\_pr\\_penala\\_275\\_276-ru.pdf](http://www.agepi.md/pdf/law/cod_pr_penala_275_276-ru.pdf).
20. European Court of human rights: Analysis of statistics 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=#n1347956587550\\_pointer](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=#n1347956587550_pointer).
21. Про прокуратуру в Республіці Грузія : Закон Республіки Грузія [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravo.org.ua>.
22. Уголовно-процессуальный закон : Закон принят Сеймом Латвии 21 апреля 2005 года, обнародован Президентом государства 11 мая 2005 года // Latvijas Vēstnesis. – 2005. – № 74(3232).
23. Висновок № 340/2005 Венеціанської комісії щодо Федерального Закону «Про прокуратуру Російської Федерації», затверджений на 63-му пленарному засіданні Венеціанської комісії (Венеція, 10–11 червня 2005 року) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravo.org.ua>.
24. Якимович Ю.К. О процессуальном положении прокурора, руководителя следственного органа и следователя в современном российском досудебном производстве / Ю.К. Якимович // Уголовная юстиция. Russian Journal of Criminal Law. – 2013. – № 2(2). – С. 64–67.
25. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 года № 174-ФЗ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.consultant.ru>.
26. Об организации прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия : Приказ № 136 от 6 сентября 2007 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.genproc.gov.ru>.
27. Вирок Печерського районного суду міста Києва у справі № 757/8169/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34161121>.
28. Цапаева Т.Ю. Участие прокурора в доказывании на предварительном следствии / Т.Ю. Цапаева. – Самара : Изд-во Самарского ун-та, 2004. – 140 с.

## МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

УДК 346:330:341:1

### ЕКОНОМІЧНА БЕЗПЕКА РЕГІОНІВ У КОНТЕКСТІ ЗМІНИ ПАРАДИГМИ РЕГІОНАЛЬНОГО УПРАВЛІННЯ (ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ)

Євген БІЛОУСОВ,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного права  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

#### SUMMARY

The article is devoted to the research of the problem of providing economic security in regions in the context of a changing paradigm of regional management. Issues were analyzed, which are related to ensuring of economic security of regions in the country, also it was defined the basic threat of economic security in regions and ways to overcome them, the state and prospects of establishing a system of economic security in regions taking into consideration global and regional challenges. Moreover, it was exposed and analysed ideas of overcoming the threats to the economic security of regions, investigated questions of efficiency of its own economic potential in the context of a changing paradigm of regional management.

**Key words:** economic security, region, regional security, economic security of regions, paradigm.

#### АНОТАЦІЯ

Статтю присвячено дослідженню проблеми забезпечення економічної безпеки регіонів у контексті зміни парадигми регіонального управління. Проаналізовано питання, пов'язані із забезпеченням економічної безпеки регіонів держави, визначені основні загрози економічній безпеці регіонів і засоби їх подолання, стан та перспективи створення системи економічної безпеки регіонів з урахуванням наявних глобальних і регіональних викликів. Розкрито та проаналізовано ідеї подолання загроз економічній безпеці регіонів, досліджено питання підвищення ефективності використання власного економічного потенціалу в контексті зміни парадигми регіонального управління.

**Ключові слова:** економічна безпека, регіон, регіональна безпека, економічна безпека регіонів, парадигма.

**Постановка проблеми.** Економічна безпека регіонів є складовою загальнонаціональної економічної безпеки, але має власну складну структуру яка певною мірою копіює структуру національної економічної безпеки. Водночас регіональний аспект економічної безпеки має і свою спеціалізацію, оскільки за своїм економічним потенціалом та господарським призначенням усі регіони різні. Механізми забезпечення економічної безпеки регіонів є проєктивним відзеркаленням системи забезпечення загальнодержавної економічної безпеки, але кожен із них також має специфічні елементи. Спеціалізація економіки регіону є ключовим базисом, вихідною умовою, що впливає на процес планування й розвитку регіональної програми забезпечення економічної безпеки.

При цьому повинні дотримуватися не лише загальнодержавні принципи забезпечення національної економічної безпеки, а й ураховуватися етнічні, культурні та інші особливості регіонального рівня. Економіка регіону, як і економіка держави, не є монолітною, вона складається із секторів, від пропорції та взаємопроникнення яких і залежить кінцевий рівень ефективності забезпечення регіональної економічної безпеки.

**Виклад основного матеріалу.** Особливості процесу перерозподілу ресурсів та продукції на рівні регіону, а також особливості функціонування первинного вторинного і третинного секторів – все це зумовлює необхідність застосування індивідуально-регіонального підходу в кожному конкретному випадку. Але існують і загальнодержавні тенденції, що спричинюються наявністю певних спільних для всіх регіонів загроз їх економічній безпеці.

Зокрема, у Стратегії національної безпеки України «Україна у світі, що змінюється», затвердженій Указом Пре-

зидента України від 08.06.2012 р. № 389/2012 зазначається, що типовими у внутрішньому безпековому середовищі всіх регіонів є такі загрози економічній безпеці [1]:

- залежність внутрішнього ринку від зовнішньоекономічної кон'юнктури, недостатня ефективність роботи щодо його захисту від несумлінної конкуренції з боку українських монополістів та імпортерів, а також щодо боротьби з контрабандою;

- недостатня ефективність використання матеріальних ресурсів, переважання в структурі промисловості галузей з невеликою часткою доданої вартості, низький технологічний рівень вітчизняної економіки;

- наявні валютні ризики, неефективне використання коштів Державного й місцевих бюджетів;

- недосконалість законодавства для прискорення розвитку національної економіки на інноваційних засадах, відносно високий рівень тінізації економіки, відсутність достатніх стимулів для легалізації доходів населення та зменшення тіньової зайнятості;

- надмірний вплив іноземного капіталу на розвиток окремих стратегічно важливих галузей національної економіки, небезпечне для економічної незалежності України зростання частки іноземного капіталу в таких галузях.

Перелічені вище фактори досить всебічно й об'єктивно відображають притаманні всім регіонам економічні проблеми, але наведений список доцільно, на нашу думку, доповнити, зокрема, за рахунок основних загроз економічній стабільності регіонів у процесі реалізації регіональної політики на всіх рівнях, визначених та обґрунтованих фахівцями й аналітиками Програми Європейського Союзу

«Підтримка політики регіонального розвитку в Україні» й викладених в аналітичному звіті «Регіональний розвиток та державна регіональна політика в Україні: стан і перспективи змін у контексті глобальних викликів та європейських стандартів політики» [2]:

- нестабільне інституційне середовище, включаючи конституційну модель побудови держави, що робить неможливим вироблення цілісного й послідовного підходу до формулювання викликів економічного розвитку регіонів та визначення шляхів для їх подолання;

- високий рівень централізації й сильна владна вертикаль зі слабкими горизонтальними зв'язками, у тому числі між регіонами, що призводить до появи викривленого бачення позиції того чи іншого регіону в економіці держави, соціальній сфері, суспільстві й політиці, а також стало певним імпульсом для появи та поширенні сепаратистських настроїв.

- відсутність довгострокового бачення розвитку країни й превалювання короткозорості в прийнятті рішень у сфері економічної безпеки регіонів;

- законодавчі та регуляторні неузгодження й «білі плями», які гальмують використання можливостей для розвитку та зростання й відсутність горизонтальної координації між органами влади та майже повна відсутність зворотних каналів інформації;

- низька спроможність регіонів стати рівноправним партнером центрального уряду в процесі реалізації регіональної політики. Роль регіональних органів влади насправді є найбільш комплексною: з одного боку, вони мають вживати у своєму регіоні заходи, визначені та профінансовані центральним урядом, а з іншого – мусять визначати власні пріоритети й реалізовувати власну політику, але на сьогодні ні перше, ні друге не реалізується з необхідним рівнем результативності, що негативно впливає на загальнодержавні економічні процеси та рівень забезпечення національної безпеки загалом;

- відсутність адекватного фінансування проектів розвитку в регіонах.

Зазначені вище чинники повною мірою відображають інституційну, організаційно-правову і, власне, економічну складові державної регіональної політики у сфері забезпечення економічної безпеки регіонів. Ці загрози не є об'єктивними, а відтак, вони цілком здоланні, хіба що таке здолання може здійснюватися тривалий час, особливо в умовах економічної війни та ведення військових дій на частині території України. Більше того, генезою всіх означених вище загроз є відсутність національної ідеї, загальнодержавного стратегічного стрижня, навколо якого відбувався б розвиток нації, країни. Ідеї, за рахунок якої досягалося б об'єднання різноманітних територій і регіонів держави і яка могла б стати ключем для нової державної регіональної політики, у тому числі й у сфері забезпечення економічної безпеки регіонів.

Окрім відсутності загальнонаціональної ідеї розвитку, загрози економічній безпеці регіонів стали наслідками таких основних трендів розвитку економіки та соціальної сфери регіонів:

- невідповідність між економічним потенціалом регіону та якістю життя в ньому;

- концентрація економічної активності в невеликій кількості центрів, позбавлених реальної можливості впливати на загальнодержавну політику;

- поляризація можливостей соціально-економічного розвитку для мешканців міст і сільських територій;

- низькі темпи економічного зростання в регіонах після наслідків глобальної фінансово-економічної кризи 2008–2010 рр.;

- стабільно низький рівень розвитку інноваційних ініціатив та інвестиційної активності в регіонах;

- тенденція до моноспеціалізації регіонів і поява монополітичних ринків за яскраво вираженим регіональним характером;

- посилення маргіналізації економічно розвинених регіонів унаслідок скорочення працюючих, у тому числі й за рахунок упровадження новітніх виробничих технологій.

Слід зазначити, що проведений аналіз демонструє досить несподівані результати в контексті напрямів подолання загроз економічній безпеці регіонів. Оскільки він характерний для окремих регіонів, то й інтерпретація результатів відбувається виключно з погляду регіонального рівня управління. Тому напрями й засоби подолання загроз суттєво відрізняються від тих завдань, інструментів і засобів забезпечення економічної безпеки, що задекларовані в новій редакції Стратегії національної безпеки України, серед яких зокрема передбачається [1] таке:

- дієвий захист права власності, оптимізація податково-го навантаження на бізнес, удосконалення регуляторного й корпоративного законодавства, обмеження монополізму та сприяння конкуренції, підвищення ефективності регулювання фінансових і товарних ринків; створення на цій основі сприятливих умов для підприємництва й інвестування, скорочення матеріальних витрат в економіці та обмеження тіньової господарської діяльності;

- підвищення ефективності використання державних коштів, забезпечення дієвого державного контролю за діяльністю суб'єктів природних монополій, прозорості використання ними фінансових ресурсів, ефективності цінової і тарифної політики;

- забезпечення сталості фінансової системи, гнучкості валютного курсу гривні, розширення кредитної підтримки економіки, зміцнення довіри до фінансових установ;

- мінімізація негативного впливу на економіку зовнішньої кон'юнктури й наслідків світової фінансово-економічної кризи;

- посилення дієвості захисту внутрішнього ринку від несумлінної конкуренції з боку підприємств-монополістів і постачальників імпортової продукції;

- підвищення ефективності державного контролю за діяльністю підприємств, що мають стратегічне значення для економіки та безпеки держави;

- оптимізація структури й обсягу зовнішнього боргу, недопущення неконтрольованого відпливу капіталу за межі держави;

- стимулювання підвищення технологічного рівня української економіки, розвитку національної інноваційної системи та інноваційної активності підприємств.

Повертаючись до результатів проведеного вище аналізу, слід зазначити, що, навіть не зважаючи на соціально-економічну неоднорідність і високий рівень відмінності в економічному розвитку регіонів, можна виокремити більш-менш загальні засоби подолання загроз їх економічній безпеці й заходи щодо підвищення ефективності використання власного економічного потенціалу, серед яких найбільшої уваги заслуговують такі:

1. Подолання технологічного відставання промислового сектора регіонів і підвищення рівня їх конкурентоспроможності за рахунок розробки й реалізації нових інноваційних промислових проектів, а також

технологічного оновлення виробничих потужностей. Цей напрям має об'єктивну актуальність, оскільки розвиток економіки та конкурентна боротьба відбуваються постійно, і вітчизняний промисловий сектор останнім часом почав цю боротьбу програвати. Необхідно шукати нові шляхи для реалізації інтелектуального потенціалу регіонів, який формується на базі вищих навчальних закладів і підприємств-лідерів. Інтелектуальний капітал притаманний майже всім без винятку підприємствам, оскільки його носієм є персонал. Для органів влади як місцевого, так і загальнодержавного рівня залишається лише знайти спосіб перетворення інтелектуального капіталу в продуктивний потужний економічний ресурс. Органи влади мусять стимулювати появу таких собі «силіконових долин». Їх основним продуктом мають бути новітні технології як нематеріальні активи, розробка яких не потребує суттєвого ресурсного забезпечення, окрім фінансування. Більше того, на рівні регіону такі центри мають створюватися на базі ВНЗ, кожен з яких має ту спеціалізацію, яка притаманна регіонові.

2. Орієнтація промислового сектора на внутрішні потреби регіону. Стимулюючи внутрішній попит, органи влади одразу вирішують кілька завдань соціально-економічного розвитку територій: інтенсифікацію виробництва, подолання проблем зайнятості, збільшення надходжень до місцевих бюджетів. Водночас стимулювання внутрішнього попиту потребує значних фінансових ресурсів від органів місцевого самоврядування й органів державної влади, яких на сьогодні в силу відомих причин не достатньо. Залучати кошти регіони можуть шляхом участі в програмах регіонального розвитку, які пропонуються міжнародними європейськими та американськими фондами розвитку демократії, розвитку територій тощо. Слід також зазначити, що стимулювання внутрішнього попиту не має бути самоціллю розвитку регіону. Цей напрям доцільно розглядати як певний стабілізуючий або додатковий фактор розвитку промислового комплексу регіону. Не зважаючи на це, участь у міжнародних проектах, грантових програмах тощо водночас відкриває широкі можливості для промислових підприємств і створює для них певний стратегічний запас для майбутнього виходу на нові ринки збуту. Але найбільша проблема сучасної влади в цьому контексті – невміння залучати кошти в такий спосіб і небажання участі в таких програмах. Річ у тому, що, фінансуючи такі програми розвитку, закордонні, частіше за все неурядові фонди досить жорстко контролюють фінансові потоки, тому представники місцевої та державної влади не зможуть розповсюдити на ці проекти корупційні схеми. Відтак, зацікавленість влади є вкрай низькою через відсутність прямого стимулювання окремих очільників. З прийняттям Закону України «Про очищення влади» й з огляду на небувале досі в Україні піднесення громадської свідомості очікується дієва боротьба з корупцією, у тому числі й на місцях.

3. Стабілізація економічної ситуації в регіоні та утримання позицій за рахунок розробки й прийняття цільових державних і регіональних програм розвитку, фінансування яких відбуватиметься з державного та місцевого бюджетів. Спрямовуватимуться ці програми виключно на стабілізацію економічного середовища в регіоні без проголошення нестримного зростання. Подібний напрям в умовах постійної дестабілізації внутрішньої економічної системи країни, утягування України у військове протистояння, нестабільність і корумпованість влади в окре-

мих регіонах, валютно-фінансові спекуляції, у тому числі на тіньових валютних ринках в самих регіонах, – все це є тими реаліями, у яких на сьогодні живуть регіони. Тому влада, насамперед регіональна, оскільки частіше за все вона є представником і головним лобістом інтересів найбільш впливових у регіоні бізнес-структур, має вживати всі можливі засоби для стабілізації тих економічних процесів, які відбуваються в регіоні, передусім за рахунок інструментарію прямого державно-управлінського впливу. У виняткових випадках може відбуватися додаткове фінансування в стабілізацію окремих соціально-економічних процесів, але з погляду антикризового менеджменту та в умовах обмеженості ресурсів на перше місце повинні виходити саме адміністративні засоби.

4. Широке впровадження енергозберігаючих технологій у ЖКГ і стимулювання енергозбереження в промисловому секторі з метою подолання енергозалежності України від Російської Федерації. Європейський вибір, який свідомо зробило українське політичне керівництво та цілком очікувано сприйняло українське суспільство, наражає нашу країну на небезпеку постійної конфронтації з Російською Федерацією. Історично тісні економічні зв'язки, високий рівень взаємної інтеграції економік двох країн – усе це в умовах відкриття для України ринків ЄС несе в собі великі ризики для подальшого економічного розвитку Росії. За таких умов її захисна реакція, яка виправдовується національними інтересами, суттєво загрожує економічній безпеці України та її окремим регіонам. Тривала відсутність постачання енергоресурсів негативно позначилася на вітчизняному виробничому комплексі, у тому числі й у вигляді збільшення собівартості промислової продукції. Використовуючи енергозалежність України, Російська Федерація йде на відкритий політичний шантаж і погрози, тому її треба позбавити такого потужного важелю впливу. Енергетична безпека України, яка досить часто зараховується до складу економічної безпеки, на сьогодні є настільки актуальною проблемою для політичного керівництва країни, що її вирішення потребує розробки окремого дієвого інструментарію державного управління економічними, технологічними, фінансовими процесами та зовнішньоекономічною й зовнішньополітичною діяльністю. На регіональному рівні подолання енергозалежності є стратегічним пріоритетом місцевої влади ще й через те, що напрям впливає на рівень добробуту населення та стан ЖКГ. Тому необхідні якісні програми з оптимізації витрат енергії, запровадження енергозберігаючих технологій, у тому числі й за рахунок населення. Цього можна досягти завдяки активній політиці органів місцевої влади, наприклад, шляхом стимулювання створення об'єднань співвласників багатоквартирних будинків, які самостійно запроваджуватимуть енергозберігаючі технології. Ще одним дієвим заходом у подоланні проблеми енергозалежності є розвиток альтернативних джерел отримання енергії.

5. Розробка регіональних соціально-економічних програм з метою підвищення рівня добробуту населення. Платоспроможність населення є прямим стимулом для розвитку внутрішнього ринку, особлива якщо вона підвищується за рахунок стимулювання економічних ініціатив населення. Мова йде про подолання безробіття, створення нових робочих місць, стимулювання самозайнятості населення. Зростання рівня доходів і зайнятості населення зменшує тиск на місцеві й Державний бюджети, з яких фінансуються малозабезпечені верстви населення. Для економічної систе-



ми загалом пільги за своїм змістом – це нонсенс, оскільки капітал має постійно працювати та створювати додану вартість, а за умови наявності того механізму відшкодування пільг, який існує в Україні, й оплата наданих послуг і реалізованих для пільгової категорії населення товарів відбувається постфактум. Це призводить до того, що реальні витрати підприємств, які надають пільги, збільшуються на величину інфляційних очікувань, оскільки має місце відтермінування компенсаційних виплат з Державного бюджету України. Така ситуація спричиняє неприбутковість комунального господарства, але якщо за результатами впровадження регіональних соціально-економічних програм зменшуватиметься кількість малозабезпечених осіб і зростатиме загальний добробут населення, тоді комунальне господарство перетворюватиметься на прибуткове внаслідок стабільних надходжень від населення.

**Висновки.** Отже, можна констатувати, що на сьогодні головним пріоритетним завданням в аспекті забезпечення економічної безпеки регіонів є зміна парадигми регіонального управління. Наявна в Україні практика дер-

жавного управління регіональним розвитком не відповідає тим вимогам, які висувають соціально-економічні реалії сучасного світу. Інтеграційні процеси, у яких Україна бере активну участь, відкривають для регіонів великі можливості, повною мірою скористатися якими можливо лише за рахунок динамічного мислення й оперативного реагування.

#### Список використаної літератури

1. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 8 червня 2012 року «Про нову редакцію Стратегії національної безпеки України»: Указ Президент України від 08.06.2012 р. № 389/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/389/2012/paran5#n5>.

2. Регіональний розвиток та державна регіональна політика в Україні: стан і перспективи змін у контексті глобальних викликів та європейських стандартів політики: аналітичний звіт // Веб-портал Програми Європейського Союзу «Підтримка політики регіонального розвитку в Україні» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://surdp.eu/analytical-report/>.

УДК 341.0

## ПОСЛЕДСТВИЯ АННЕКСИИ КРЫМСКОГО ПОЛУОСТРОВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИЕЙ ДЛЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВОПОРЯДКА

**Александр ЗАДОРОЖНИЙ,**

кандидат юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного права  
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

### SUMMARY

The essay analyzes the effects of occupation and illegal annexation of the Crimea by the Russian Federation. It was determined that Russia's actions are a threat not only to the sovereignty and territorial integrity of Ukraine, but also to the foundations of the international legal order.

**Key words:** annexation, occupation, Crimea, international law, Ukraine, Russia, international community.

### АННОТАЦИЯ

В статье проанализированы последствия оккупации и незаконной аннексии Крыма Российской Федерацией. Было определено, что действия России представляют угрозу не только для суверенитета и территориальной целостности Украины, но и для основ международного правопорядка.

**Ключевые слова:** аннексия, оккупация, Крым, международное право, Украина, Россия, международное сообщество.

**Постановка проблемы.** В феврале-марте 2014 года произошло беспрецедентное не только для украинско-российских двусторонних отношений, но и послевоенного мира в целом событие – оккупация Российской Федерацией (постоянным членом Совета Безопасности ООН) части территории Украины (государства-основателя ООН), которая позже трансформировалась в незаконную аннексию.

**Изложение основного материала.** Для аннексии Крыма использовали механизм марионеточного правительства, ранее успешно опробованного россиянами в Южной Осетии, Абхазии и Приднестровье. В ночь на 27 февраля 2014 года неизвестные вооруженные люди захватили здание Верховного Совета и Правительства Автономной Республики Крым и установили на них российские флаги [1]. Они сообщили представителю Совета министров АРК, что являются «Самообороной русскоязычных граждан».

27 февраля было объявлено о том, что крымский парламент принял решение о проведении 25 мая 2014 года референдума по расширению полномочий автономии (в Центральной избирательной комиссии Украины заявили о невозможности его проведения, так как это противоречит национальному законодательству, которое не предусматривает проведения локальных референдумов, только всеукраинского). Кроме того, на своей сессии парламент АР Крым проголосовал за отставку Совета министров АРК, был избран новый председатель Совета министров Крыма. На рассмотрение парламента спикер В. Константинов вынес кандидатуру лидера партии «Русское единство» С. Аксенова, которая и была утверждена. В тот же день было продемонстрировано отчетливое внешнее вмешательство в события в Крыму. В Севастополь прибыла группа депутатов Государственной Думы России, во главе с вице-спикером В. Васильевым [2], под наблюдением которых и проходил захват власти на полуострове.

С 27 февраля весь мир наблюдал за захватом российскими военнослужащими без опознавательных знаков ряда военных и гражданских объектов – аэропорта «Бельбек», паромной переправы «Крым–Кавказ», офиса оператора связи «Укртелеком», здания ТРК «Крым» и др. [3]. Уже

тогда действия оккупантов нарушали не только основные принципы международного права, на которых держится весь мировой порядок, но и нормы международного гуманитарного права.

С 1 марта 2014 года самопровозглашенное руководство Крыма и власти РФ осуществляли мероприятия, направленные на юридическое обоснование аннексии полуострова Российской Федерацией. С. Аксенов объявил о временном переподчинении себе силовых структур и обратился за помощью к президенту России В. Путину «в обеспечении мира и спокойствия на территории Автономной Республики Крым» [4]. В тот же день Президент России попросил у Совета Федерации разрешения использовать вооруженные силы на территории Украины «в связи с экстраординарной ситуацией, сложившейся на Украине, угрозой жизни граждан Российской Федерации, наших соотечественников, личного состава воинского контингента Вооруженных Сил Российской Федерации, дислоцирующегося в соответствии с международным договором на территории Украины (Автономная Республика Крым)» [5]. Совет Федерации Федерального Собрания Российской Федерации единогласно поддержал обращение В. Путина [6]. К концу марта россиянами было захвачено большинство судов ЧФ Украины, все части украинских Вооруженных Сил, находящихся в Крыму. Военнослужащие, которые отказались присягать на верность России, были выведены с полуострова, другие – стали служить в Вооруженных силах РФ.

6 марта Верховная Рада АРК на своем заседании проголосовала за присоединение региона к России и обратилась к российскому президенту и парламенту с требованием начать процедуру предоставления Крыму статуса субъекта РФ. Решение якобы поддержали 78 из 81 присутствующих депутатов. Кроме того, крымский парламент принял решение о переносе референдума о статусе Крыма на 16 марта 2014 и утвердил вопросы, вынесенные на него:

– Вы за воссоединение Крыма с Россией на правах субъекта Российской Федерации?

– Вы за восстановление действия Конституции Республики Крым 1992 года и за статус Крыма как части Украины?

Аналогичное решение о вхождении в состав России на правах отдельного субъекта федерации принял Севастопольский городской совет. Последний также решил принять участие в крымском референдуме 16 марта. К вопросам крымского референдума севастопольцам был добавлен такой:

– Городу Севастополю войти в состав Российской Федерации как субъекту Российской Федерации?

11 марта Верховная Рада АРК и городской совет Севастополя на своих сессиях приняли Декларацию независимости Автономной Республики Крым и города Севастополь [7].

16 марта спешно организованный референдум о статусе Крыма состоялся. На нем практически не присутствовали иностранные наблюдатели, поскольку мировое сообщество этот референдум не признало. Самопровозглашенная крымская власть заявила о том, что участие в волеизъявлении приняли 81,4% граждан, имевших такое право. По их же данным за присоединение к России в Крыму проголосовало 96,77% участников голосования, в Севастополе – 95,6% [8]. Однако, по информации лидера крымских татар Муштафы Джемилева, в крымском референдуме приняло участие 32,4% жителей полуострова [9].

17 марта Президент России В. Путин подписал закон о принятии Республики Крым в состав Российской Федерации [10]. Предварительно такое решение одобрила Государственная Дума России, приняв заявление «О ситуации в Республике Крым», внесенное на рассмотрение спикером Нарышкиным и лидерами всех парламентских фракций российского парламента. В заявлении, среди прочего, говорилось: «Приветствуя свободное волеизъявление народа Крыма на референдуме 16 марта 2014 года о вхождении Республики Крым и города Севастополя в состав Российской Федерации, депутаты Государственной Думы выражают уверенность в том, что органы государственной власти и управления Республики Крым будут поддерживать на ее территории мир, межнациональное и межконфессиональное согласие и языковое многообразие, сложившиеся на данной территории. ... Государственная Дума будет содействовать обеспечению безопасности всех лиц, находящихся на территории Республики Крым, независимо от гражданства, национальности, языковой и религиозной принадлежности, соблюдению их законных прав и свобод» [11]. Кроме того, своеобразным объяснением и основой присоединения Крыма к России стало подписание Договора о присоединении Крыма и Севастополя к России и принятие Конституционного закона о вхождении в состав Российской Федерации двух новых субъектов Федерации. Договор подписали президент России Владимир Путин, спикер крымского парламента Владимир Константинов, премьер-министр Крыма Сергей Аксенов, глава города Севастополя Алексей Чалый [12].

При этом, с точки зрения международного права, очевидна невозможность и отсутствие любых оснований для подписания Крымом любого договора в качестве самостоятельного субъекта.

Вышеупомянутый договор рассматривают как завершение аннексии Крыма. Таким образом, территория, которую большинство субъектов международного сообщества все еще считают частью Украины (и такой подход соответствует принципам международного права), была незаконно передана под российский контроль [13].

В дальнейшем с помощью своих военных подразделений РФ установила контроль над Крымским полуостровом, продолжив его интеграцию в свой состав.

Аннексия Крыма влечет за собой целый ряд последствий, крайне негативных для современной системы международного права и международных отношений и касающихся не только европейского региона, но и мира в целом.

1. Действия Российской Федерации стали грубым нарушением всех основных принципов международного права, закрепленных в Уставе ООН [14], Декларации о принципах международного права 1970 года [15], Хельсинкском заключительном акте СБСЕ 1975 года [16], на которых базируется современный миропорядок:

– принципа неприменения силы и угрозы силой (аннексия Крыма состоялась с использованием войск, о чем прямо заявлял и В. Путин);

– принципа разрешения международных споров мирными средствами (РФ, предъявляя претензии Украине относительно якобы притеснений русскоязычного населения, вообще ничего не делала для мирного решения соответствующих проблем, пусть даже и мнимых; международных споров относительно государственной принадлежности Крымского полуострова до аннексии также не было);

– принципа невмешательства в дела, входящие во внутреннюю компетенцию государств (Россия нагло вмешивалась в отношения между центральной властью Украины и властью и населением Крыма);

– принципа сотрудничества (РФ отказалась от любого сотрудничества по проблемам, которые ее якобы волновали);

– принципа равноправия и самоопределения народов (военная оккупация полуострова и организация «референдума» в таких условиях стали грубым нарушением этого принципа);

– принципа суверенного равенства государств (аннексия части территории суверенного государства представляет собой грубое нарушение этого принципа);

– принципа добросовестного выполнения международных обязательств (аннексией Крыма нарушены обязательства перед Украиной, содержащиеся в Будапештском меморандуме о гарантиях безопасности в связи с присоединением Украины к Договору о нераспространении ядерного оружия 1994 года [17], Договоре о дружбе и сотрудничестве между Российской Федерацией и Украиной [18], договорах о базировании Черноморского флота РФ на территории Украины 1997 года [19, 20], Договоре между Украиной и Российской Федерацией о российско-украинской государственной границе 2003 года [21]);

– принципа территориальной целостности государств (агрессией, которая имела своим следствием оккупацию и аннексию части территории суверенного государства, Россия нарушила территориальную целостность Украины и противопоставила ее собственным геополитическим интересам);

– принципа уважения прав и основных свобод человека (многочисленные нарушения прав и свобод человека в Крыму, которые произошли в процессе и после аннексии, наиболее показательными из которых являются преследования крымских татар и других граждан Украины, которые не поддержали российскую оккупацию и аннексию).

Указание на нарушения РФ принципов и норм международного права особенно важно не только потому, что Российская Федерация является ядерной державой. Это важно потому, что она, участвуя в работе Совета Безопасности ООН и пользуясь статусом ее постоянного члена, должна нести ответственность за поддержание междуна-

родного мира и безопасности во всем мире. Пренебрежение всеми основными принципами международного права таким государством приводит к их девальвации, и, более того – становится ориентиром для других, которые вполне могут, ссылаясь на пример РФ, совершать акты агрессии, полагаясь только на собственные представления о том, что им должна принадлежать та или иная территория какого-нибудь из суверенных государств.

Наиболее мощные субъекты международного права (и государства, такие как США, и международные организации, прежде всего ООН, и интеграционные образования, в частности Европейский Союз), несмотря на совместные усилия, не смогли эффективно противодействовать агрессору, что, конечно, будет вдохновлять других потенциальных нарушителей. Таким образом, агрессия Российской Федерации ведет к размыванию самого основания мирового порядка, что может привести к тяжелым последствиям, прежде всего – военным конфликтам.

Бесспорно, такие действия Российской Федерации были осуждены международным сообществом, а ответственность за агрессию является неотвратимой. В то же время был создан опасный прецедент, который в будущем может быть использован против самой России. Ведь все без исключения субъекты международного права заинтересованы в поддержании стабильности мирового порядка и нерушимости его основ, а тот, кто пренебрегает такими принципами, рискует сам потерять правовые аргументы для защиты своей позиции в будущем.

Бесспорным фактом является то, что Российская Федерация является достаточно мощным и влиятельным субъектом международных отношений, что позволяет ей преследовать собственные национальные интересы, не смотря на обстоятельства и общепринятые нормы; она часто не требует последовательных юридических обоснований для своих действий. Любое объяснение, которое не является полностью абсурдным, даже если оно является спорным, уже является достаточным для Российской Федерации [22]. Но такой подход саморазрушителен, особенно в случае, когда речь идет о нарушении принципов международного права, которые являются императивными нормами.

2. Действия Российской Федерации стали фактическим объявлением того, что она исповедует примат силы в международных отношениях (декларирование противоположного не имеет значения, поскольку противоречит реальным поступкам). Это, опять же, является разрушительным для системы международной безопасности и крайне негативным примером, который может влиять на все без исключения государства: и те, которые являются более мощными и могут диктовать свою волю, прежде всего, соседним государствам, и более слабые – те, права которых, прежде всего, защищаются международно-правовыми нормами. Происходит снятие ограничений, установленных международным правом, для того чтобы регулировать поведение его субъектов, со всеми вытекающими последствиями.

3. Осуществив аннексию Крыма, Российская Федерация грубо нарушила положения Будапештского меморандума о гарантиях безопасности в связи с присоединением Украины к Договору о нераспространении ядерного оружия 1994 года. В Меморандуме Российская Федерация, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии и Соединенные Штаты Америки подтвердили Украине их обязательства в соответствии с принципами

Заключительного акта СБСЕ уважать независимость, суверенитет и существующие границы Украины (п. 1).

Указанные государства, в частности, подтвердили обязательство воздерживаться от угрозы силой или ее применения против территориальной целостности или политической независимости Украины, и никакие их вооружения никогда не будут применены против Украины, кроме целей самообороны или любым другим образом в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций (п. 2) [23].

Отказ Украины от ядерного оружия (далее – ЯО) в обмен на гарантии ведущих государств по обеспечению ее независимости, суверенитета, существующих границ и взятие ими обязательств воздерживаться от угрозы силой или ее применения против территориальной целостности или политической независимости Украины стало важным шагом на пути борьбы мирового сообщества против распространения ЯО. В этом контексте военная агрессия РФ против Украины, оккупация и аннексия Крымского полуострова являются вызовами для мирового сообщества, поскольку демонстрируют, что добровольный отказ от ЯО не является шагом на пути к безопасности, а даже наоборот – такой отказ делает государство уязвимым. Особенно знаковым в этом смысле является то, что Украина столкнулась не просто с иностранной агрессией, а с агрессией государства, которое, в соответствии со специальным международно-правовым актом, является одним из гарантов ее безопасности и территориальной целостности. Другие же гаранты, не смотря на их усилия, не смогли добиться отказа РФ от аннексии части территории Украины. Это фактически лишает смысла процесс ядерного разоружения, более того – побуждает некоторые государства к реализации ядерных программ, а целый ряд других – к началу разработки таких программ. Существует опасность новой гонки вооружений, то есть агрессия Российской Федерации против Украины нивелирует многолетние усилия мирового сообщества на пути к разоружению.

4. В ст. 2 Договора о дружбе и сотрудничестве между Российской Федерацией и Украиной 1997 года предусмотрено, что стороны, в соответствии с положениями Устава ООН и обязательствами по Заключительному акту Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе, уважают территориальную целостность друг друга и подтверждают нерушимость существующих между ними границ.

Согласно ст. 3 данного Договора, стороны строят отношения друг с другом на основе принципов взаимного уважения суверенного равенства, территориальной целостности, нерушимости границ, мирного урегулирования споров, неприменения силы или угрозы силой, включая экономические и иные способы давления, права народов свободно распоряжаться своей судьбой, невмешательства во внутренние дела, соблюдения прав человека и основных свобод, сотрудничества между государствами, добросовестного выполнения взятых международных обязательств, а также других общепризнанных норм международного права [24]. Аналогичные нормы содержатся в Договоре между Украиной и Российской Федерацией об украино-российской государственной границе 2003 года [25].

Грубые нарушения соответствующих положений со стороны РФ и упорное провозглашение ею аннексии территории другого суверенного государства полностью соответствуют угрозе безопасности, территориальную целостность, неприкосновенность всех без исключения государств, грани-

чащих с Российской Федерацией. Используя различные поводы (не обязательно мнимые нарушения прав русскоязычных или граждан РФ, как в случае с Крымским полуостровом), она может осуществить военную агрессию против другого государства с последующей оккупацией его территории.

5. Пренебрежение Российской Федерацией нормами международного права и права в целом при аннексии Крымского полуострова в условиях внутренней нестабильности и центробежных тенденций в самой РФ может привести к угрозе ее территориальной целостности. Это может произойти благодаря деятельности сепаратистских движений, путем использования того же механизма референдума, который применила сама российская власть в Крыму, или же через внешнее вмешательство. При этом заинтересованное государство поддержит сепаратистские движения или самостоятельно осуществит военную агрессию против России. Эти действия могут быть и не обоснованы «должным образом», ведь соответствующий пример пренебрежения нормами международного права продемонстрировала сама РФ. Учитывая наличие в этого государства ядерного, а также большого количества другого оружия, такие события могут привести к крайне тяжелым последствиям для всего мира.

6. Агрессия РФ против Украины ставит под угрозу функционирование Совета Безопасности ООН – органа, на который возложена главная ответственность за поддержание международного мира и безопасности. Ситуация, при которой государство-агрессор является постоянным членом СБ ООН и имеет право вето на его решения, нивелирует саму сущность и подрывает значение Совета Безопасности, а на практике – делает невозможным его эффективное функционирование, выполнение задач, наиболее важных для всего мирового сообщества.

В связи с указанным необходимым представляется реформирование Совета Безопасности таким образом, чтобы лишить государство-агрессора возможности блокировать его работу. Озвучиваются и дельные мысли о том, что Российская Федерация не имеет международно-правовых оснований для участия в работе СБ ООН. Это связано с тем, что в Уставе ООН говорится о членстве СССР в этом органе [26]. Российская Федерация могла бы относительно правомерно «занять место» Союза ССР в Совете Безопасности только в том случае, если из состава СССР вышли все советские республики, кроме самой России, тогда могла бы идти речь о «континуитете» РФ относительно Союза ССР. Но этого не произошло, СССР прекратил свое существование как государство и субъект международного права.

С юридической точки зрения, членство Российской Федерации в СБ ООН, как правило, объясняется тем, что 21 декабря 1991 года было принято Постановление Совета глав государств СНГ, в котором отмечалось, что «Государства Содружества поддерживают Россию в том, чтобы она продолжила членство СССР в ООН, включая постоянное членство в Совете Безопасности, и других международных организациях» [27]. Однако, очевидно, что с момента появления Постановления имело место коренное изменение обстоятельств, и согласие Украины на пребывание в Совете Безопасности государства, которое осуществляет против нее агрессию (и при этом каким-то непонятным образом должно способствовать поддержанию международного мира и безопасности), на сегодня становится бесосновательным. РФ сама составляет чуть ли не самую большую опасность для мира среди всех членов Организации Объ-

единенных Наций, что делает абсурдным ее пребывание в составе СБ ООН.

Шаги и действия России в Крыму, как и в целом агрессия против Украины, достаточно явно противоречат тем тезисам и концепциям, которые пыталось развивать российское правительство и тому образу, согласно которому РФ пыталась позиционировать себя в мире. Как отмечается в концепции внешней политики и других подобных документах, Россия является своего рода «защитником» международного права и его основополагающего акта – Устава ООН. В то же время действия России в Крыму свидетельствуют об обратном. И такое отношение России к нерушимости международных договоров и принципу *pacta sunt servanda* не может не беспокоить другие суверенные государства, которые находятся в непосредственной близости к России и чья территория может гипотетически составлять интерес для геополитических посягательств государства-агрессора [28].

7. Аннексия Российской Федерацией Крымского полуострова стала вызовом для мирового сообщества в целом, однако в наибольшей степени это касается влиятельной организации в сфере безопасности – НАТО. Это связано не только с особыми отношениями Альянса с Украиной, но и с изменением карты безопасности региона. Почти все причерноморские государства – члены НАТО. Следовательно, оккупация РФ Крымского полуострова создает для этого военно-политического блока особую опасность. Кроме того, учитывая дальнейшие перспективы развития ситуации, агрессию Российской Федерации против Украины можно оценивать лишь как первый шаг на пути к более глобальной цели (подобно аналогичным действиям извне агрессоров прошлого). Следующими шагами могут стать разнообразные силовые провокации или агрессия против НАТО, прежде всего – против государств Балтии. Все указанные факторы требуют соответствующих преобразований самого Альянса, направленных на повышение его эффективности.

8. Агрессия РФ против Украины стала вызовом и для Европейского Союза. Это объясняется тем, что Российская Федерация является одним из важнейших экономических партнеров ЕС. Последний в значительной степени зависит от поставок энергоресурсов из РФ и в несколько меньшей степени от российского рынка сбыта. С другой стороны, подписание Соглашения об ассоциации между Европейским Союзом и Украиной, которое готовилось несколько лет, было сорвано В. Януковичем в последний момент в ноябре 2013 года.

В итоге аннексия Россией Крымского полуострова стала мучительной для ЕС, ведь обнаружила внутренние противоречия между его членами: страны, более зависимые от РФ, не продемонстрировали должной поддержки Украине как государству, которое столкнулось с внешней агрессией. Экономические факторы возобладали над преданностью принципам международного права, что в перспективе может негативно отразиться на самом Евросоюзе. В конце концов, в связи с действиями России в отношении Крыма были осуществлены достаточно слабые санкции первого уровня, что в определенной степени побудило российское руководство к продолжению агрессии – уже в Восточной Украине.

9. Аннексия Крыма имеет негативные последствия не только для практики, но и для науки международного права. Осуществляя агрессивную внутреннюю и внешнюю политику, власть Российской Федерации очень быстро

фактически подорвала основы российской международно-правовой доктрины. Последняя стала на путь циничного оправдания любых действий власти, в том числе и прямой военной агрессии, нарушения принципов международного права, на которых основывается современный правопорядок. Наука превратилась всего лишь в составляющую механизма официальной пропаганды. Пропагандистский характер современной российской науки международного права, к сожалению, вредит развитию науки международного права и в других государствах, особенно постсоветского пространства.

**Выводы.** Таким образом, агрессия Российской Федерации против Украины, которая началась с оккупации и незаконной аннексии Крыма, будет иметь необратимые последствия для всего международного сообщества. Россия создала опасный прецедент, при котором противоречия могут решаться, не учитывая справедливость и право, а основываясь на искривленных правовых нормах и силе. Действия России не могут быть проигнорированы международным сообществом, и только решительный ответ на них может исключить их повторение и дальнейшее разрушение основ мирового правопорядка.

#### Список использованной литературы

1. У Крыму по тривозі підняли внутрішні війська і весь особовий склад міліції // Тиждень. – 27.02.2014.
2. Кримський парламент проголосував за референдум і відставку уряду // Дзеркало тижня. – 27.02.2014.
3. Мешканці Криму збираються захистити кримськотатарський телеканал АTR від захоплення // Ipress. – 28.02.2014.
4. Прем'єр Криму перепідпорядкував собі силові структури і попросив допомоги у Путіна // Лівий берег. – 01.03.2014.
5. Путин обратился к СФ об использовании ВС РФ в Крыму // Российская газета. – 01.03.2014.
6. Совет Федерации одобрил ввод войск на Украину // Ведомости. – 01.03.2014.
7. Парламент Криму ухвалив Декларацію про незалежність // ВВС Україна. – 11.03.2014.
8. Явка в Севастополе на референдуме составила 89,5%, в Автономной Республике Крым – 81,36% // Крым-Информ. – 16.03.2014.
9. UNSC Discusses Human Rights Violations And Freedom Of Press In Crimea // Haberler. – 01.04.2014.
10. Подписан Указ о признании Республики Крым. 17.03.2014. Президент России [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.kremlin.ru/news/20596>.
11. Заявление Государственной Думы «О ситуации в Республике Крым» [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.russia-today.ru/new.php?i=400&priz\\_vozvr=1](http://www.russia-today.ru/new.php?i=400&priz_vozvr=1).
12. Церемония подписания законов о принятии Крыма и Севастополя в состав России. 21.03.2014. Президент России [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.kremlin.ru/news/20626#sel=>.
13. Gregory H. Fox Guest Post: The Russia-Crimea Treaty [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://opiniojuris.org/2014/03/20/guest-post-russia-crimea-treaty/>.
14. Charter of the United Nations and ICJ // UN official site [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf>.
15. The Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations 1970 // UN official site [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/dpilfrcscun/dpilfrcscun.html>.
16. Conference on Security and Co-operation in Europe 1975 // OSCE. – 1975. – 59 p.
17. Меморандум про гарантії безпеки у зв'язку з приєднанням України до Договору про нерозповсюдження ядерної зброї від 05.12.1994 р. // Офіційний вісник України. – 2007. – № 13. – С. 123.
18. Договір про дружбу, співробітництво і партнерство між Україною і Російською Федерацією від 31.05.1997 р. // Офіційний вісник України. – № 20. – 04.06.1999. – С. 518.
19. Угода між Україною і Російською Федерацією про статус та умови перебування Чорноморського флоту Російської Федерації на території України // Дипломатический вестник МИД Российской Федерации. – № 8. – Август 1997.
20. Угода між Україною і Російською Федерацією про параметри поділу Чорноморського флоту від 28.05.1997 р. // Дипломатический вестник МИД Российской Федерации. – № 8. – 1997.
21. Договір між Україною і Російською Федерацією про україно-російський державний кордон від 28.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 18.06.2004. – № 22. – С. 293.
22. Marxsen Christian Crimea's Declaration of Independence / Christian Marxsen [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.ejiltalk.org/crimeas-declaration-of-independence/>.
23. Меморандум про гарантії безпеки у зв'язку з приєднанням України до Договору про нерозповсюдження ядерної зброї від 05.12.1994 р. // Офіційний вісник України. – 2007. – № 13. – С. 123.
24. Договір про дружбу, співробітництво і партнерство між Україною і Російською Федерацією від 31.05.1997 р. // Офіційний вісник України. – № 20. – 04.06.1999. – С. 518.
25. Договір між Україною і Російською Федерацією про україно-російський державний кордон від 28.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 18.06.2004. – № 22. – С. 293.
26. Charter of the United Nations and ICJ // UN official site [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf>.
27. Постановление Совета глав государств Содружества Независимых Государств от 21 декабря 1991 года.
28. Mälksoo Lauri Crimea and (the Lack of) Continuity in Russian Approaches to International Law [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.ejiltalk.org/crimea-and-the-lack-of-continuity-in-russian-approaches-to-international-law/>.

УДК 341.2

## СВОБОДА РИБАЛЬСТВА ЯК ФАКТОР, ЩО ВПЛИВАЄ НА ФОРМУВАННЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ВОД ВІДКРИТОГО МОРЯ ЯК ОБ'ЄКТА ЗАГАЛЬНОЇ СПАДЩИНИ ЛЮДСТВА

Антон УШАКОВ,

аспірант

Українського державного університету фінансів та міжнародної торгівлі,  
головний спеціаліст відділу управління якістю  
Інспекції з питань підготовки та дипломування моряків

### SUMMARY

It's no secret that the uncontrolled use of the international community of the high seas may be affected by adverse effects in the near future. Proclamation of the international legal status of the waters of the high seas, as the object of common heritage of mankind is a necessary step to improve water use regime of the high seas. The article highlights a number of topical issues related to freedom of fishing, which are an obstacle for this announcement. First of all the problems associated with the degradation of the living resources of the high seas and fair distribution of revenues from the extraction of living resources of the sea. They are an effective solution to facilitate the speedy formation of an international legal status of the waters of the high seas, as the object of common heritage of mankind.

**Key words:** object of the common heritage of humanity, freedom of fishing, protection of the living resources of the high seas waters.

### АНОТАЦІЯ

Ні для кого не секрет, що безконтрольне використання світовим співтовариством відкритого моря може призвести до найбільш несприятливих наслідків уже найближчим часом. Проголошення міжнародно-правового статусу вод відкритого моря як об'єкта загальної спадщини людства є необхідним кроком із метою вдосконалення режиму використання вод відкритого моря. У статті розглядається низка актуальних проблем, пов'язаних зі здійсненням свободи рибальства, які є перешкодами для такого проголошення. Насамперед це проблеми, пов'язані з деградацією живих ресурсів відкритого моря й справедливим розподілом доходів від видобутку живих ресурсів відкритого моря. Їх ефективне рішення сприятиме успішному формуванню міжнародно-правового статусу вод відкритого моря як об'єкта загальної спадщини людства.

**Ключові слова:** об'єкт спільної спадщини людства, свобода рибальства, охорона живих ресурсів, води відкритого моря.

**Постановка проблеми.** На цьому етапі розвитку сучасного суспільства такий життєво важливий для всього людства об'єкт, як відкрите море, опинився під загрозою через його інтенсивне й необмежене використання. У зв'язку із цим необхідно прийняти ефективні заходи для запобігання небезпеки екологічної катастрофи, унаслідок якої використання вод відкритого моря стане неможливим.

Однією з важливих заходів у цій сфері є вирішення проблеми легітимізації міжнародно-правового статусу вод відкритого моря як об'єкта загальної спадщини людства. Цьому перешкоджають, зокрема, проблеми, що лежать у площині здійснення свободи рибальства та пов'язані з деградацією живих ресурсів відкритого моря, а також із питаннями справедливого розподілу доходів від видобутку живих ресурсів відкритого моря. Можна стверджувати, що ефективне усунення зазначених проблем сприятиме якнайшвидшому проголошенню міжнародно-правового статусу вод відкритого моря об'єктом спільної спадщини людства.

**Методи дослідження.** Насамперед широко використовувалися такі загальні методи наукового пізнання, як спостереження, порівняння, аналіз, синтез та інші, що слугували не тільки основним інструментом відбору фактичного матеріалу, а й необхідною умовою формулювання актуальних висновків у дослідженні.

**Виклад основного матеріалу.** Рибальство є найбільш давнім і традиційним видом використання багатств Світового океану. У наші дні воно посилено розвивається й удосконалюється.

Варто зазначити, що в результаті інтенсивного промислу зменшилися за останні десятиліття улови оселедця, тріски, морського окуня, камбали та інших риб. Це змушує держав всерйоз задуматися над проблемою рибальства в майбутньому. Ідея регулювання рибальства за допомогою міжнародних угод не є новою. У силу особливого правового режиму відкритого моря, що відрізняється від режиму будь-яких районів земної поверхні, такий спосіб вирішення проблеми рибальства є найбільш надійним і поширеним [1, с. 2].

Вказівка на необхідність дотримання договірних зобов'язань показує, що свобода рибальства є регульованою, тобто не може бути реалізована без висновку додаткових угод. В умовах удосконалення рибпромислових суден, зняття лоду, масштабів промислу райони плавання таких суден стали фактично необмеженими. У зв'язку з небезпекою перелова риби й небезпекою для її відтворення виникла необхідність упорядкувати в межах міжнародних угод рибний промисел, особливо в районах інтенсивної дії рибпромислових суден різних країн. Учені відкинули теорію невичерпності біологічних ресурсів Світового океану. Виникла потреба в укладенні не лише угод про умови рибного промислу, у тому числі про сезони лову, допустимі квоти для договірних держав, а й угод про збереження живих ресурсів Світового океану. Це потрібно, зокрема, для вдосконалення міжнародно-правового режиму його використання. Однією зі складових такого вдосконалення є формування міжнародно-правового статусу вод відкритого моря як об'єкта загальної спадщини людства, що не є можливим без створення умов недопущення деградації живих ресурсів відкритого моря.

Визнається, що будь-яка свобода є не абсолютною, а обмеженою й повинна бути предметом укладення міжнародних угод про її регламентацію та реалізацію. Свобода рибальства передбачає співробітництво держав у використанні живих морських ресурсів і їх збереженні. Загальна тенденція зводиться до висновку міжнародних угод або про види живих ресурсів (наприклад, Міжнародна конвенція з регулювання китобійного промислу 1946 р.), або про рибальство в окремих районах Світового океану (Конвенція про збереження морських живих ресурсів Антарктики 1980 р.) [2, с. 85–86].

Конвенція з морського права 1982 р., проголошуючи свободу рибальства як одну зі свобод відкритого моря, зобов'язує всі держави під час здійснення рибальства дотримуватися умов, які постають із договірних зобов'язань, і не порушувати права та інтереси прибережних держав [3].

Усі держави вживають такі заходи або співпрацюють з іншими державами в прийнятті щодо своїх громадян таких заходів, які виявляються необхідними для збереження живих ресурсів відкритого моря [4].

Держави співпрацюють один з одним у збереженні живих ресурсів та управлінні ними в районах відкритого моря. Держави, громадяни яких ведуть промисел різних живих ресурсів в одному й тому ж районі або одних і тих же живих ресурсів, вступають у переговори з метою вжиття заходів, необхідних для збереження цих живих ресурсів. У відповідних випадках вони співпрацюють під час створення із цією метою субрегіональних або регіональних організацій із рибальства [5].

Під час визначення розміру допустимого улову й встановлення інших заходів зі збереження живих ресурсів відкритого моря держави:

– приймають на основі наявних у них найбільш достовірних наукових даних заходи з метою підтримки або відновлення популяцій видів, що виловлюються на рівнях, за яких може бути забезпечено максимальний стабільний вилов, який визначається з урахуванням відповідних екологічних та економічних чинників, включаючи особливі потреби держав, що розвиваються, і з урахуванням методів ведення рибного промислу, взаємозалежності запасів, а також будь-яких загально рекомендованих міжнародних мінімальних стандартів (субрегіональні, регіональні або всесвітні);

– беруть до уваги вплив на види, асоційовані з виловлюваними видами або залежні від них, із метою підтримки або відновлення популяцій таких асоційованих або залежних видів тих рівнів, за яких їх відтворення може бути піддано серйозній небезпеці [6].

У такому випадку в Конвенції з морського права 1982 р. відображено не тільки ідеї співробітництва країн на основі законності та правопорядку в галузі видобутку й розподілу живих ресурсів відкритого моря, а й прописується обов'язок держав вживати заходи зі збереження цих ресурсів.

У свою чергу заходи зі збереження живих ресурсів відкритого моря включають у себе насамперед заходи щодо охорони цих ресурсів. Аналіз численних міжнародних угод у галузі регулювання морського рибальства показує, що під терміном «охорона живих ресурсів відкритого моря» зазвичай мають на увазі таку організацію свідомого цілеспрямованого впливу на живі ресурси моря, яка внаслідок здатності цих ресурсів до природного самовідтворення дозволить як зараз, так і в майбутньому зберігати стійку продуктивність промислових районів.

Проте, вважаємо, що подібне розуміння дещо звужує поняття «охорона живих ресурсів відкритого моря». Зміст цієї формули скоріше може бути розкрито терміном «регулювання морського рибальства з метою охорони живих ре-

сурсів відкритого моря» або «раціональне використання біологічних ресурсів Світового океану». Однак коли мова йде про принцип охорони живих ресурсів відкритого моря, то це поняття включає в себе не тільки певну організацію використання об'єктів морського промислу (зокрема, охорону живих ресурсів моря), а й усі інші заходи, необхідні для запобігання негативному впливу на флору й фауну моря (охорону живих ресурсів відкритого моря в широкому сенсі).

Очевидно, що не тільки нерегульована промислова діяльність, а й забруднення морських просторів, яке набуває все більш загрозливого характеру, здатні в підсумку призвести до одного й того ж результату: нанести непоправної шкоди біологічному життю Світового океану.

Проаналізувавши двосторонні й багатосторонні угоди щодо питань рибальства та рибогосподарських досліджень, можна стверджувати, що на сьогодні в міжнародному морському праві склався новий принцип – принцип охорони живих ресурсів відкритого моря.

Принцип охорони живих ресурсів відкритого моря зобов'язує держави під час організації ними промислу живих ресурсів відкритого моря вживати необхідні заходи, спрямовані на підтримання їх продуктивності на максимально можливому стійкому рівні, а також запобігати забрудненню морського середовища будь-якими шкідливими речовинами з метою створення оптимальних умов для існування живих ресурсів Світового океану [1, с. 12]. Неухильне дотримання цього принципу буде сприяти якнайшвидшому формуванню міжнародно-правового статусу вод відкритого моря як об'єкта загальної спадщини людства в частині недопущення деградації живих ресурсів відкритого моря.

**Висновки.** З одного боку, беручи до уваги характер конвенційних положень, що проголошують свободу рибальства, слід зауважити, що вони, на відміну від положень про свободу сулоплавства, свободу прокладати кабелі й трубопроводи, свободу наукових досліджень і свободу зведення штучних споруд, не сприяють становленню та розвитку правового статусу вод відкритого моря як об'єкта спільної спадщини людства, оскільки все добуте стає тільки власністю добувача. Цю проблему в науці міжнародного права поки що не вирішено, оскільки статус об'єкта спільної спадщини людства допускає справедливий розподіл ресурсів на благо всього світового співтовариства. Проте незрозуміло, яким чином здійснити такий справедливий розподіл.

Також необхідно враховувати, що дотримання принципу охорони живих ресурсів, який є складовою частиною більш всеосяжного принципу свободи рибальства, безпосередньо впливає на загальний стан вод відкритого моря, тому є одним із визначальних факторів розвитку правового статусу вод відкритого моря як об'єкта спільної спадщини людства.

#### Список використаної літератури

1. Савченко М.І. Еволюція свободи рибальства у відкритому морі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / М.І. Савченко ; Інститут держави і права. – М., 1984. – 25 с.
2. Джунусова Д.Н. Міжнародне морське право / Д.Н. Джунусова. – Астрахань : Видавничий дім «Астраханський університет», 2012. – 327 с.
3. Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права 1982 року / ООН. – Нью-Йорк, 1984. – Ст. 116.
4. Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права 1982 року / ООН. – Нью-Йорк, 1984. – Ст. 117.
5. Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права 1982 року / ООН. – Нью-Йорк, 1984. – Ст. 118.
6. Конвенція Організації Об'єднаних Націй з морського права 1982 року / ООН. – Нью-Йорк, 1984. – Ст. 119.



## ПРАВО ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

УДК 342.7

### НАЦИОНАЛЬНЫЕ УЧРЕЖДЕНИЯ, ЗАНИМАЮЩИЕСЯ ПООЩРЕНИЕМ И ЗАЩИТОЙ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В СИСТЕМЕ СРЕДСТВ ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ (ПО МАТЕРИАЛАМ ПРАКТИКИ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА)

**Людмила ДЕШКО,**  
кандидат юридических наук, доцент, директор  
Центра международного и европейского права,  
доцент кафедры конституционного, международного и уголовного права  
Донецкого национального университета

**Екатерина ЯРЛУШКИНА,**  
помощник судьи  
Окружного административного суда города Киева

#### SUMMARY

The article analyzes the competence of national institutions for the promotion and protection of human rights, established in accordance with the Paris Principles. It is revealed that these organizations have no legal means to enable them to independently carry out protection of subjective legal rights and fundamental freedoms. It is found that the competence of these institutions do not correspond to the criteria of the European standards of the remedies developed by the practice of European Court of Human Rights as a result of the interpretation of provisions of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Appeal to these institutions is not a national effective remedy, which is to be exhausted when person would like to appeal to European Court of Human Rights.

**Key words:** human rights and fundamental freedoms, effective remedies, national institutions for the promotion and protection of human rights.

#### АННОТАЦИЯ

В статье анализируется компетенция национальных учреждений, занимающихся поощрением и защитой прав человека, созданных в соответствии с Парижскими принципами. Выявлено, что они не имеют юридических средств, позволяющих им самостоятельно осуществлять защиту субъективных юридических прав человека и основных свобод. Установлено, что компетенция этих учреждений не соответствует критериям европейских стандартов средств правовой защиты, выработанных Европейским судом по правам человека вследствие толкования норм Конвенции о защите прав человека и основных свобод, и что обращение к ним не является внутренним эффективным средством правовой защиты, которое подлежит исчерпанию при обращении каждого в Европейский суд по правам человека.

**Ключевые слова:** права человека и основные свободы, эффективные средства правовой защиты, национальные учреждения, занимающиеся поощрением и защитой прав человека.

**Постановка проблемы.** Согласно ст. 55 Конституции Украины, каждый имеет право после исчерпания всех национальных средств правовой защиты обращаться за защитой своих прав и свобод в соответствующие международные судебные учреждения или к соответствующим органам международных организаций, членом или участником которых является Украина [1]. Согласно ст. 13 Конвенции о защите прав человека и основных свобод [2], каждый, чьи права и свободы, признанные в Конвенции, нарушены, имеет право на эффективное средство правовой защиты в государственном органе, даже если это нарушение было совершено лицами, действовавшими в официальном качестве. Европейский Суд по правам человека (далее – ЕСПЧ) может принимать дело к рассмотрению только после того, как были исчерпаны все внутренние средства правовой защиты, как это предусмотрено общепризнанными нормами международного права (ст. 35 Конвенции о защите прав человека и основных свобод).

Требование о необходимости использования заявителем внутренних средств правовой защиты до обращения в Суд является важным аспектом механизма защиты, установленного Конвенцией, которая носит субсидиарный характер относительно национальной системы защиты прав человека (решение ЕСПЧ в деле «Акдивар и другие против Турции» от 16 сентября 1996 г., § 65 [3], «А, В and С против Ирландии» от 16 декабря 2010 г. [4]). Для этого статья 35 § 1 Конвенции дает национальным органам возможность предотвратить или исправить предполагаемые нарушения Конвенции, в первую очередь, путем судебной защиты, прежде чем эти заявления будут поданы Суд. Тем не менее, должны быть исчерпаны только те средства, которые являются эффективными и доступными в теории и на практике в рассматриваемый период времени. В частности, средства должны быть способны обеспечить возмещение вреда заявителю и иметь разумные шансы на успех (решение в деле «Скоппола против Италии» от 17 сентября 2009 г., § 71 [5]).

При этом в пилотных решениях в делах против Украины Европейский Суд по права человека отмечает, что нарушения ст. 13 Конвенции являются систематическими, не были вызваны как отдельными случаями, так и не были связаны с определенным поворотом событий, а были результатом недостатков как в нормативно-правовом урегулировании, так и административной деятельности национальных властей, касающихся их обязательств по статье 13 Конвенции [6; 7].

Совет по правам человека ООН в резолюции «Национальные учреждения, занимающиеся поощрением и защитой прав человека», принятой без голосования на 32-й сессии 5 июля 2012 г., приветствуя международное признание важности создания и укрепления независимых, плюралистических национальных учреждений, занимающихся поощрением и защитой прав человека в соответствии с Принципами, касающимися статуса национальных учреждений, занимающихся поощрением и защитой прав человека («Парижские принципы»), призвал государства-члены создавать такие учреждения, а там, где они уже существуют, укреплять их в целях поощрения и защиты всех прав человека и основных свобод для всех, как это предусмотрено в Венской декларации и Программе действий, а также принимать такие меры в соответствии с Парижскими принципами. Так же Совет по правам человека ООН признал важную роль, которую национальные учреждения, занимающиеся поощрением и защитой прав человека, играют в Совете по правам человека, включая его механизм универсального периодического обзора – как на этапе подготовки, так и в последующей деятельности – и специальные процедуры, а также в договорных органах по правам человека в соответствии с резолюциями ООН. Приветствуя такое историческое расширение возможностей национальных правозащитных учреждений, созданных в соответствии с Парижскими принципами, вносить вклад в работу Совета по правам человека, как указывается в документе по итогам обзора работы Совета, принятом Генеральной Ассамблеей в ее резолюции 65/281 от 17 июня 2011 г., и решении 19/119 Совета от 22 марта 2012 г., призвал национальные правозащитные учреждения воспользоваться этими возможностями для участия в работе [8].

Выше изложенное свидетельствует об актуальности определения, является ли обращение к национальному учреждению, которое занимается поощрением и защитой прав человека, эффективным средством правовой защиты, согласно Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Анализ научных исследований свидетельствует о том, что в последней четверти XX столетия темой научных дискуссий в юридической литературе стал вопрос понятий юридической защиты и охраны (работы П. Анисимова, М. Орзиха, Н. Папичева, Т. Пашука, П. Рабиновича и др.), видов, полномочий и функций национальных учреждений, занимающихся содействием и защитой прав человека (работы А. Вурфа, Л. Зайденштикера, Р. Карвера, Л. Райфа, В. Чуксиной и др.). Вопрос же компетенции национальных учреждений, занимающихся содействием и защитой прав человека, созданных или предстоящих создать в соответствии с Парижскими принципами, с точки зрения соответствия их компетенции критериям европейских стандартов средств правовой защиты не был предметом научных исследований в юридической литературе.

Выше изложенное свидетельствует об актуальности избранной темы исследования.

**Цель статьи** – выявить, являются ли национальные учреждения, занимающиеся поощрением и защитой прав человека, созданные в соответствии с Парижскими принципами, внутренними эффективными средствами правовой защиты, подлежащими исчерпанию при обращении каждого в ЕСПЧ.

**Изложение основного материала.** О. Наливайко подчеркивает: «... не вызывает сомнения, что проблема эффективности юридических средств является в юриспруденции ключевой» [9, с. 5]. Вся история права, по сути, является историей проверки эффективности его влияния на общественные отношения, – подчеркивает И. Зенин [10, с. 87].

В решении в деле «Кудла против Польши» от 26 октября 2000 г. [11] ЕСПЧ отмечает: «Общепризнанно, что предоставляемая статьей 13 Конвенции защита не является абсолютной. Контекст, в котором совершается предполагаемое нарушение (либо группа нарушений), может ограничивать круг потенциальных средств правовой защиты. При данных обстоятельствах статья 13 Конвенции не считается неприменимой, а содержащееся в ней требование о наличии «эффективного средства правовой защиты» должно толковаться в том смысле, что государство-ответчик должно создавать такие «средства правовой защиты, которые являются настолько эффективными, насколько это возможно с учетом ограничений, имеющихся при обращении к этим средствам в [конкретном контексте]». ЕСПЧ хорошо осведомлен о вспомогательном характере своей роли и о том, что объект и цель, лежащие в основе Конвенции, как они изложены в статье 1 Конвенции, – Высокие Договаривающиеся Стороны должны обеспечить права и свободы каждому, находящемуся под их юрисдикцией, – будут подорваны наравне с его собственной способностью к функционированию, если не поощрять заявителей к использованию имеющихся в их распоряжении у государства средств по получению доступной компенсации (Постановление Европейского суда по делу «В. и Л. против Соединенного Королевства»). Правило об исчерпании внутригосударственных средств правовой защиты, упомянутое в пункте 1 статьи 35 Конвенции, таким образом, обязывает заявителей использовать в начале те средства защиты, которые обычно доступны им и достаточны во внутригосударственной правовой системе и позволяют им получить компенсацию за заявленные нарушения. Наличие подобных средств правовой защиты должно быть в достаточной степени точным как на практике, так и в теории, при отсутствии которых они будут лишены требуемой доступности и эффективности (решение ЕСПЧ в деле «Акдивар и другие против Турции», § 65–67, «Аксой против Турции»).

По смыслу статьи 13 Конвенции о защите прав человека и основных свобод «эффективность средства правовой защиты» не зависит от определенности благоприятного для заявителя исхода. Так же «орган», указанный в данной норме, необязательно должен быть судебным; но, если он не является судебным, его полномочия и предоставляемые им гарантии имеют существенное значение при определении того, является ли эффективным данное средство правовой защиты. Кроме того, даже если какое-либо одно средство правовой защиты не соответствует требованиям статьи 13 Конвенции в полном объеме, им может соответствовать совокупность предусмотренных национальным законодательством средств (решение ЕСПЧ по делу «Сильвер и другие против Соединенного Королевства» от 25 марта 1983 г. [12], «Чахал против Соединенного Королевства» от 15 ноября 1996 г. [13]).

В решении по делу «Серинг против Соединенного Королевства» от 7 июля 1989 г. [14] ЕСПЧ подчеркивает, что статья 13 Конвенции гарантирует право на получение правовой защиты на национальном уровне для реального обеспечения прав и свобод, предусматриваемых Конвенцией, независимо от того, в какой правовой форме они обеспечиваются в национальной правовой системе. Таким образом, статья 13 требует наличия таких внутренних средств, которые позволяют компетентному «государственному органу» и рассматривать по существу жалобу на соответствующее нарушение Конвенции, и предоставлять соответствующую защиту.

В специальной литературе в зависимости от полномочий и функций выделяют такие типы учреждений, занимающихся поощрением и защитой прав человека: комиссии по правам человека, уполномоченные/омбудсмены по правам человека (постомбудсмен институты), антидискриминационные омбудсмены/комиссии, институты/центры по правам человека, консультативные комиссии по правам человека, комплексные институты по правам человека. При этом специализированные правозащитные институты с узкой сферой компетенции (комиссии/омбудсмены по правам детей, женщин и т. д.) не соответствуют Парижским принципам и не считаются национальным учреждением, занимающимся поощрением и защитой прав человека, – отмечает В. Чуксина [15, с. 17].

В решении ЕСПЧ по делу «Чахал против Соединенного Королевства» от 15 ноября 1996 г. Суд отметил, что статья 13 гарантирует на национальном уровне эффективные правовые средства для осуществления прав и свобод, предусматриваемых Конвенцией, независимо от того, каким образом они выражены в правовой системе той или иной страны. Таким образом, суть этой статьи сводится к требованию предоставить человеку такие меры правовой защиты внутри страны, которые позволили бы компетентному государственному органу рассматривать по существу жалобы на нарушение положений Конвенции и предоставлять соответствующую судебную защиту, хотя государства – участники Конвенции имеют некоторую свободу усмотрения относительно того, каким образом они обеспечивают при этом выполнение своих обязательств (§ 145). Кроме того, Суд отмечает, что при некоторых обстоятельствах требования статьи 13 могут обеспечиваться всей совокупностью средств, предусматриваемых национальным правом.

Согласно Парижским принципам, национальные учреждения, занимающиеся поощрением и защитой прав человека, осуществляет следующие общие функции:

- представляет правительству, парламенту и любому другому компетентному органу на консультативной основе, по просьбе заинтересованных органов или в порядке осуществления своего права рассматривать любой вопрос без обращения в более высокую инстанцию мнения, рекомендации, предложения и доклады по вопросам, касающимся поощрения и защиты прав человека; национальное учреждение может принять решение о предании их гласности; эти заключения, рекомендации, предложения и доклады;
- поощряет и обеспечивает согласование национально-го законодательства, правил и практики с международными документами по правам человека, участником которых является данное государство, и их эффективное осуществление;
- содействует ратификации вышеупомянутых документов или присоединению к ним и обеспечивает их осуществление;
- участвует в подготовке докладов, которые государства должны представлять органам и комитетам Организации

Объединенных Наций, а также региональным учреждениям во исполнение своих договорных обязательств и в случае необходимости выражает свое мнение по этому вопросу, должным образом соблюдая их независимость;

- сотрудничает с Организацией Объединенных Наций и любыми другими организациями системы Организации Объединенных Наций, региональными учреждениями и национальными учреждениями других стран, компетентными в вопросах поощрения и защиты прав человека;
- содействует в разработке учебных и исследовательских программ по правам человека и принимает участие в их осуществлении в школах, университетах и профессиональных кругах;

– передает гласности положение в области прав человека и усиливает борьбу против всех форм дискриминации, особенно расовой дискриминации, посредством повышения осведомленности общественности, в частности путем информирования и просветительской деятельности, а также с помощью использования всех печатных органов.

Комиссии, обладающие квазисудебными полномочиями, осуществляют не только общие, но и дополнительные функции. Согласно Парижским принципам, это национальное учреждение может быть уполномочено заслушивать и рассматривать жалобы и заявления, касающиеся положения отдельных лиц. Материалы могут передаваться ему отдельными лицами, их представителями, третьими сторонами, неправительственными организациями, ассоциациями профсоюзов или любыми другими представительными организациями. В этом случае без ущерба для вышеизложенных принципов, касающихся других полномочий комиссий, возложенные на них функции могут основываться на следующих принципах:

- достижение полюбовного урегулирования путем примирения, или в установленных законом пределах путем вынесения обязательных решений, или в случае необходимости на основе конфиденциальности;
- уведомление стороны, представившей заявление, о ее правах, в частности об имеющихся в ее распоряжении средствах правовой защиты, и содействие получению доступа к ним;
- заслушивание любых жалоб или заявлений или направление их любому другому компетентному органу в пределах, установленных законом;
- предоставление рекомендаций компетентным органам, в частности, путем предложения поправок или изменений к законам, правилам и административной практике, особенно если они являются причиной трудностей, с которыми столкнулись лица, представившие заявления, в целях отстаивания их прав.

Вместе с тем созданные в соответствии с Парижскими принципами национальные учреждения, занимающиеся поощрением и защитой прав человека, не имеют юридических средств, позволяющих им самостоятельно осуществлять защиту субъективных юридических прав человека и основных свобод: рассмотреть жалобу лица по сути и закончить такое рассмотрение принятием обязательного для выполнения решения о применении эффективного средства/средств защиты. Например, омбудсмен как национальный институт, занимающийся поощрением и защитой прав человека, созданный в соответствии с Парижскими принципами, применяет такие виды принуждения, как предупреждение или пресечение, тем не менее он их применяет без юрисдикционной деятельности.

В решении по делу «Силвер и другие против Соединенного Королевства» от 25 марта 1983 г., анализируя компетен-

цию омбудсмана, ЕСПЧ отмечает, что этот орган не имеет полномочий принимать обязательные для выполнения решения о назначении возмещения (§§ 115, 54).

В решении по делу «Александр Макаров против России» от 12 марта 2009 г. [16] ЕСПЧ, прежде всего, отмечает, что в качестве общего правила обращение к уполномоченному по правам человека не может считаться эффективным средством правовой защиты, как того требует статья Конвенции (Решение ЕСПЧ от 14 октября 1999 г. по делу «Лентинен против Финляндии», жалоба № 39076/97; с необходимыми изменениями Постановление ЕСПЧ от 26 марта 1987 г. по делу «Леандер против Швеции», § 80–84, Series A, № 116; Решение Комиссии по правам человека от 14 мая 1987 г. по делу «Монсьон против Франции», жалоба № 11192/84, Decisions and Reports (DR) 52, p. 235). ЕСПЧ не видит оснований для иного заключения в настоящем деле. Он напоминает, для того чтобы средство правовой защиты считалось эффективным, оно должно иметь возможность обеспечить возмещение в связи с жалобой. Это означает, что при определении эффективности средства правовой защиты должны учитываться полномочия и процессуальные гарантии органа, на который ссылаются власти как на средство правовой защиты. Сторонами не оспаривается, что уполномоченный по правам человека не имел полномочий для принятия решения, имеющего обязательную силу. Соответственно, ЕСПЧ находит, что обращение к уполномоченному по правам человека, органу, который мог только осуществлять наблюдение за управлением учреждений содержания под стражей, не может составлять эффективного средства правовой защиты в значении статьи 35 Конвенции.

Т. Пашук подчеркивает, что в решениях по делу «Эгмез против Кипра» и «Денизис и другие против Кипра» ЕСПЧ указал, что, исходя из его прецедентного права, жалоба к омбудсмену не может быть в принципе включена в число национальных средств защиты, которые должны быть исчерпаны, в соответствии со ст. 35 Конвенции, перед тем, как обратиться в ЕСПЧ [17].

Таким образом, созданные в соответствии с Парижскими принципами национальные учреждения, занимающиеся поощрением и защитой прав человека, не имеют юридических средств, позволяющих им самостоятельно осуществлять защиту субъективных юридических прав человека и основных свобод: рассмотреть жалобу лица по сути и закончить такое рассмотрение принятием обязательного для выполнения решения о применении эффективного средства/средств защиты.

#### Выводы.

1. Компетенция национальных учреждений, занимающихся поощрением и защитой прав человека, созданных в соответствии с Парижскими принципами, не соответствует критериям европейских стандартов средств правовой защиты, подлежащих исчерпанию при обращении каждого в Европейский суд по правам человека.

2. Обращение к национальным учреждениям, занимающимся поощрением и защитой прав человека, созданным в соответствии с Парижскими принципами, не является внутренним эффективным средством правовой защиты, которое должно быть исчерпано при обращении каждого в Европейский суд по правам человека.

#### Список использованной литературы

1. Конституція України : Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. № 254к/96-вр // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

2. Конвенція про захист прав людини і основних свобод від 4 жовтня 1950 р. // Офіційний Вісник України. – 1998. – № 13. – С. 270–302.

3. Решение Европейского суда по правам человека в деле «Акдивар и другие против Турции» от 16 сентября 1996 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: <http://www.echr.coe.int>.

4. Решение Европейского суда по правам человека в деле «А, В and С против Ирландии» от 16 декабря 2010 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: <http://docs.pravo.ru>.

5. Решение Европейского суда по правам человека в деле «Скоппола против Италии» от 17 сентября 2009 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: <http://www.echr.coe.int>.

6. Deshko L. The subjective legal right structure to apply to the international judicial institutions or to the relevant bodies international organizations / L. Deshko // Права человека: теория, история, практика : сборник научных трудов, посвященный 65-летию Всеобщей декларации прав человека / под общ. ред. Е.М. Павленко. – Волгоград : Изд-во Волгоградского филиала ФГБОУ ВПО РАНХиГС, 2014. – 252 с.

7. Deshko L. European Standards of Human Rights: Course book. – Donetsk : Modern Printing (Suchasny Drook), 2013. – 148 p.

8. Национальные учреждения, занимающиеся поощрением и защитой прав человека : Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 18 декабря 2013 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/449/73/PDF/N1344973.pdf?OpenElement/>.

9. Наливайко О.І. Теоретико-правові проблеми захисту прав людини : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень» / О.І. Наливайко ; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – Київ, 2002. – 186 с.

10. Зенин И.А. Теория эффективности гражданского законодательства / И.А. Зенин // Ученые юристы МГУ о современном праве. – М., 2005. – С. 85–95.

11. Решение Европейского суда по правам человека в деле «Кудла против Польши» от 26 октября 2000 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: <http://docs.pravo.ru/document/view/19381560/17526715/>.

12. Решение Европейского суда по правам человека в деле «Сильвер и другие против Соединенного Королевства» от 25 марта 1983 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: [http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis&c=#n13693846752619364551309\\_pointer](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis&c=#n13693846752619364551309_pointer).

13. Решение Европейского суда по правам человека в деле «Чахал против Соединенного Королевства» от 15 ноября 1996 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461497/2461497.htm>.

14. Решение Европейского суда по правам человека в деле «Серинг против Соединенного Королевства» от 7 июля 1989 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.echr.ru/documents/doc/2461433/2461433.htm>.

15. Чуксина В. Проблема типологии национальных институтов по поощрению и защите прав человека / В. Чуксина // Известия ИГЭА. – 2012. – № 6 (86). – С. 116–121.

16. Решение Европейского суда по правам человека в деле «Александр Макаров против России» от 12 марта 2009 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: <http://european-court.ru/kriterii-priemlesti-zhaloby-v-evropejskij-sud/neobxodimost-ischerpaniya-vsex-sredstv-pravovoj-zashhity-pered-obrashheniem-v-evropejskij-sud/>.

17. Пашук Т.І. Право людини на ефективний державний захист її прав та свобод : дис. ... канд. юрид. наук / Т.І. Пашук. – Львів, 2006. – 175 с.

УДК 340.12:341.231.14:(341.645.5+342.565.2(477))

## СУДОВИЙ ЗАХИСТ ПРАВА ОСОБИСТОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ КОНСТИТУЦІЙНИМ СУДОМ УКРАЇНИ ТА ЄВРОПЕЙСЬКИМ СУДОМ З ПРАВ ЛЮДИНИ

**Ольга ПОЖАР,**

асистент кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства  
Національного університету «Одеська юридична академія»

### SUMMARY

The article investigates the question of the essence of judicial protection right of personal integrity by the Constitutional Court of Ukraine and the European Court of Human Rights, and also detection the root causes of abuse the human rights and freedoms in Ukraine.

**Key words:** human rights, personal integrity, judicial protection of rights, Constitutional Court of Ukraine, European Court of Human Rights.

### АНОТАЦІЯ

Статтю присвячено дослідженню питань сутності судового захисту права особистої недоторканності Конституційним Судом України та Європейським судом з прав людини, а також виявленню глибинних причин порушення прав і свобод громадян України.

**Ключові слова:** права людини, особиста недоторканність, судовий захист прав, Конституційний Суд України, Європейський суд з прав людини.

**Постановка проблеми.** Вступ до Ради Європи дозволив Україні: більш активно впливати на політику європейської співпраці в гуманітарній та правовій сфері, брати участь у багатосторонніх програмах і проектах цієї організації, працювати в її органах, відстоюючи національні інтереси; отримати більш ефективний інструментарій здійснення реформи правової системи, приведення українського законодавства у відповідність з європейськими міжнародно-правовими стандартами. Українські громадяни отримали право в разі вичерпання можливостей захисту прав всередині країни звернутися зі скаргою до Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Проте в цілому ситуація із забезпеченням особистих прав людини залишається складною, про що свідчать численні порушення найважливіших з них. Найбільш серйозні проблеми спостерігаються в галузі забезпечення права на особисту недоторканність громадян.

Незважаючи на те, що деякі питання судового захисту прав людини досліджувалися такими видатними авторами, як Н. Вітрук, М. Марченко, П. Рабінович, Н. Сергієнко, С. Шевчук, Г. Шицький та іншими вченими, питання захисту права на особисту недоторканність такими важливими інститутами судового захисту, як Конституційний Суд України (далі – КСУ) та ЄСПЛ мають велике практичне і теоретичне значення та є досить актуальними.

Слід визнати, що сьогодні в українській правовій системі функції держави щодо забезпечення права на особисту недоторканність врегульовані недостатньо, не створений необхідний механізм ефективної реалізації повноважень державних органів щодо охорони основних прав і свобод особистості. Дотримання права людини на особисту недоторканність забезпечується перш за все повагою до особистості та її прав з боку державних службовців. Приклади катувань, нелюдського та принижуючого гідність поводження, здійснення арештів та затримання з грубими порушеннями закону, свідчать про відсутність такої поваги.

**Мета статті.** Мета дослідження полягає в комплексному науково-правовому аналізі судового захисту права особистої недоторканності КСУ та ЄСПЛ, а також необхідності виявлення глибинних причин порушення цього права громадян в Україні.

**Виклад основного матеріалу.** Створення в Україні вищого органу конституційного контролю стало необхідним кроком на шляху формування правової держави. Багато в чому саме завдяки діяльності КСУ почали наповнюватися реальним конституційно-правовим змістом норми Конституції України про те, що права і свободи людини і громадянина є найвищою цінністю, вони визначають зміст та порядок застосування законів, діяльність органів законодавчої і виконавчої влади, місцевого самоврядування.

Згідно зі ст. 2 Закону України «Про Конституційний Суд України» КСУ являє собою судовий орган конституційного контролю, що гарантує верховенство Конституції України як Основного Закону держави на всій території України.

Практично будь-яка справа, що розглядається КСУ, так чи інакше зачіпає проблеми, пов'язані з реалізацією прав і свобод громадян. З усіх звернень, які поступають до судового органу конституційного контролю, значну частку становлять скарги громадян про порушення їх прав і свобод нормами законодавчих актів. Все це свідчить про те, що КСУ вже зайняв особливе місце в системі органів державної влади, що забезпечують правову охорону норм Основного закону.

Певний інтерес представляє таке вихідне джерело формування правової позиції КСУ, як стандарти Ради Європи в області особистих прав людини, у тому числі права на особисту недоторканність. Насамперед, мова йде про вивчення впливу європейських міжнародно-правових норм на формування і формулювання правової позиції у кожній конкретній справі, що розглядаються КСУ.

Рішення, що приймаються Конституційним Судом України, умовно можна розділити на дві групи: рішення,

в яких зачіпаються принципи, що визначають правовий статус особистості та рішення, що розглядають зміст особистих прав.

Найбільша частка рішень КСУ, пов'язаних з особистими правами, присвячена безпосередньому аналізу конституційного змісту зазначених прав. При цьому КСУ активно посилається на Європейську Конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод (далі – ЄКПЛ). Аналіз рішень показує, що КСУ в якості підстави формування своїх правових позицій використовує поряд з Конституцією України положення міжнародно-правових норм у двох ситуаціях. По-перше, коли в українському законодавстві відсутні норми, що регулюють певні суспільні відносини, або такі відносини врегульовані законодавством не повністю (тобто в наявності прогалина в законі). У цій ситуації КСУ звертається до міжнародно-правових норм, в яких містяться правила, що регулюють відносини, які є предметом розгляду. По-друге, положення міжнародно-правових норм виступають підставою формування правової позиції у разі, коли правовідносини, що виступають предметом розгляду, регулюються в законодавстві України і в міжнародному праві по-різному. У такій ситуації суд, по суті, використовує правило, закладене в Конституції України про те, що якщо міжнародним договором України встановлено інші правила, ніж передбачені законом, то застосовуються правила міжнародного договору.

Рішення КСУ, в яких використовуються норми міжнародно-правових актів у процесі формування правової позиції дозволяють умовно поділити їх на три групи. Перша група рішень КСУ містить у мотивувальній частині правові позиції, в яких своїми визначальним джерелом мають міжнародно-правові положення поряд з положеннями Конституції України. Друга група відрізняється використанням положень міжнародно-правових норм з метою підтвердження правомірності сформульованих на основі національних норм правових позицій та їх узгодженості з міжнародно-правовими зобов'язаннями України. І, нарешті, третя група рішень суду містить правові позиції, сформульовані з використанням рішень ЄСПЛ.

Так, у більшості розглянутих справ у галузі забезпечення та захисту особистих прав і свобод людини і громадянина КСУ формулює правові позиції на підставі виявлення правового сенсу Конституції України, а положення міжнародно-правових норм використовує як авторитетне підтвердження узгодженості та відповідності норм національного права і власних правових позицій загальноприйнятими міжнародними стандартами. При цьому, на наш погляд, суд переслідує кілька цілей. По-перше, цим демонструється ефективність на території України положень міжнародних договорів України, насамперед у сфері прав і свобод людини та громадянина. Також, висновок суду про узгодженість міжнародних та національних норм вказує на те, що у своїй діяльності органи влади України враховують і виконують у рамках своєї компетенції, взяті на себе державою міжнародні зобов'язання. По-друге, використовуючи положення міжнародно-правових норм, КСУ надає своїм правовим позиціям і рішенням у цілому більш авторитетного значення в очах всіх суб'єктів права, яким вони адресовані. Це, у свою чергу, покликане зняти сумніви щодо правомірності того чи іншого висновку, викладеного в рішенні і надалі стимулювати всіх зацікавлених суб'єктів права на більш якісне виконання приписів КСУ.

Особливої актуальності набуває усунення рішеннями КСУ з системи норм українського права актів органів

державної влади, що створюють перешкоди для реалізації громадянами належних їм конституційних прав і свобод.

Розглядаючи деякі характерні для КСУ рішення, в яких зачіпаються особисті права людини, слід відзначити, що предметом пильного аналізу з боку КСУ стали питання дотримання конституційного права на свободу та особисту недоторканність. Зокрема, винесення постанови про обрання як запобіжного заходу взяття під варту завжди обмежує право на свободу та особисту недоторканність. Слід зазначити, що громадяни активно користувалися правом вимагати судової перевірки підстав для винесення рішень про взяття під варту. Для підтвердження правової позиції в справах, пов'язаних із захистом особистих прав, КСУ у своїх рішеннях активно використовує положення пунктів 3 та 4 ст. 5 ЄКПЛ, які гарантують підозрюваному (обвинуваченому) «право на судовий розгляд протягом розумного строку або на звільнення до суду». У цьому відношенні спостерігається закономірна схожість з практикою ЄСПЛ.

В Рішенні КСУ від 25 грудня 1997 р. № 9-зп суд встановив, що частина перша ст. 55 Конституції України відповідає зобов'язанням України, які виникли у зв'язку з ратифікацією Україною ЄКПЛ (Рим, 1950 р.), що згідно зі ст. 9 Конституції України є частиною національного законодавства.

У Рішенні від 30 вересня 2009 р. № 23-рп / 2009 КСУ наголосив, що гарантії права особи на захист впливають із взятих Україною міжнародно-правових зобов'язань: «Гарантування кожного права на правову допомогу є не тільки конституційно-правовим обов'язком держави, а й дотриманням взятих Україною міжнародно-правових зобов'язань відповідно до положень загальної декларації прав людини 1948 р., Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р., Міжнародного пакту про громадські та політичні права 1966 р. тощо».

Таким чином, низка рішень КСУ свідчить про систематичне та узгоджувальне застосування положень Європейської Конвенції під час розгляду справ як щодо конституційності законодавчих актів, так і офіційного тлумачення Конституції України [1, с. 190–191].

Важливо відзначити, що, незважаючи на остаточність рішень КСУ, громадяни все ж мають можливість скористатися правом, закріпленим у ст. 55 Конституції України: «Кожен має право після використання всіх національних засобів правового 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». Для українців таким міждержавним органом є Європейський Суд з прав людини.

Кажучи про роль Європейського суду з прав людини, у захисті особистих прав людини в Україні слід зазначити, що захист прав особистості не є внутрішньою справою держави. Міжнародні механізми захисту прав все активніше залучаються в охорону прав людини, завдяки чому міжнародно-правові документи починають перетворюватися з простих декларацій у дієві способи захисту основоположних прав і свобод.

Європейський суд з прав людини був утворений для забезпечення дотримання зобов'язань, прийнятих на себе членами Ради Європи з Європейської Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

Європейський Суд став унікальним наднаціональним органом правосуддя, ознаменувавши собою якісно но-

вий етап гармонізації та інтеграції правових систем європейських країн. Рішення Європейського Суду користуються незаперечним авторитетом для національної влади і служать керівництвом у повсякденній практиці для законодавчих, судових та інших органів держав-членів Ради Європи. Вони набули характеру особливого джерела права і з кожним роком все більш глибоко і безпосередньо впливають на розвиток національних правових систем, а також на формування і розвиток європейського правового простору [2, с. 165].

Н.В. Вітрук виділяє два способи дії Європейської Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод та протоколів до неї: а) пряму дію (*ergo omnes*); б) опосередковане, через практику Європейського суду з прав людини [3, с. 5].

Ратифікація Україною Європейської Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод дозволяє всім особам, які знаходяться під її юрисдикцією, звертатися до Європейського суду, якщо вони вважають свої права порушеними. Це забезпечується ст. 55 Конституції України, формулювання якої відповідає ч. 1 ст. 35 Європейської Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. При цьому діє принцип: держави вільні від відповідальності перед міжнародним співтовариством, поки мають можливість відновити порушене право в рамках національної правової системи. Важливий аспект принципу полягає в тому, що механізм захисту, встановлений Конвенцією, є субсидіарним по відношенню до національних систем гарантії прав людини [4, с. 19].

Необхідно відзначити, що активність використання європейського судового механізму українськими громадянами досить висока. Причини, що породжують проблеми в галузі забезпечення прав людини в Україні, лежать в економічній і соціальній площині, а також пов'язані з недоліками організації роботи державного апарату та чинного законодавства.

За кількістю заяв на 10 000 жителів Україна випереджає і Росію, і Туреччину. Якщо від Росії знаходиться 0,71 заяви на 10 000 населення, від Туреччини 0,53, то від України – 1,03 заяв на таку ж кількість населення.

Аналіз динаміки звернень громадян до Європейського суду з прав людини свідчить про зростання числа скарг. В основному вони стосуються таких порушень прав громадян, як тривалі терміни утримання під вартою в очікуванні суду; тривалий судовий розгляд; тортури і жорстоке поводження з підслідними; невиконання рішень суду та інших порушень [5, с. 323].

Наша держава випереджає країни-члени Ради Європи за кількістю справ за ст. 13 (право на ефективний засіб юридичного захисту) і ст. 3 (заборона катування).

Як зазначає екс-Голова Верховної Ради України В. Литвин: «Кожна справа про застосування катувань має розглядатися правоохоронними органами як надзвичайна подія, а винні в цьому мають бути покарані відповідно до закону. Потрібно усвідомити, що після затримання чи засудження особи держава повністю відповідає за її стан здоров'я. Пониження у званні чи навіть звільнення з органів не може вважатися кримінальним покаранням за застосування катування в будь-якій формі. Заяви про те, що затриманий чи засуджений сам собі заподіяв тілесні пошкодження, мають бути негайно підтверджені незалежною медичною експертизою. І якщо вона не підтвердить таких заяв, то їх наслідком має бути не лише адміністративна, а й кримінальна відповідальність. Особи які прикривають

своїх підлеглих у подібних випадках, також не повинні уникати покарання» [6, с. 8].

Останнім часом почастишали рішення Страсбурзького суду, в яких він досить конкретно зазначає, які саме недоліки національного законодавства спричинили порушення Конвенції державою-відповідачем. Такі констатації Суду можна вважати в певному сенсі своєрідною законодавчою ініціативою стосовно відповідної держави, оскільки вони так чи інакше зобов'язують її усунути зазначені недоліки, тобто вжити так звані заходи загально-го характеру [7, с. 240].

Проаналізувавши деякі рішення Європейського суду в справах, розглянутих у відношенні України, в яких встановлені порушення особистих прав людини (право на життя, недоторканість особи, гідність особи та інші), можна виділити як яскравий приклад рішення Європейського суду з прав людини (далі суд) у справі «Захаркіна проти України». У ньому зазначено, що:

– мало місце порушення ст. 3 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі Конвенція) (заборона катування) з її матеріальної та процесуальної сторін;

– було порушено п. «с» ч.1 ст. 5 Конвенції;

– мало місце порушення ч. 3 ст. 5 Конвенції.

Суд зазначив, що затримання п. Захаркіна як підозрюваного в кримінальній справі, котре розпочалося 17 травня 2003 р. та закінчилось 24 травня 2003 р., тривало більше ніж шість днів, однак ніякого дозволу суду протягом 72 годин так і не було дано, що суперечило національному законодавству. Також суд дійшов до висновку, що за обставин вказаної справи тримання заявника під вартою на підставі нібито вчинення ним адміністративного правопорушення виявилось засобом тимчасового позбавлення його свободи без належного дозволу суду.

Тому суд вважає, що уповноважені органи влади діяли стосовно заявника недобросовісно й обманно та не зробили спроби застосувати національне законодавство належним чином – так, аби процесуальні права заявника, пов'язані з його статусом як підозрюваного у кримінальній справі, були відповідним чином гарантовані. Охарактеризована поведінка національних органів влади суперечить принципу правової визначеності та захисту від свавілля, передбаченого ч. 1 ст. 5 Конвенції. Відтак, було порушено ч. 1 ст. 5 конвенції.

З огляду на представлені докази, Суд визнав, що травми, які були на заявнику, заподіяли йому під час утримання під вартою, а держава, не спромігшись надати виправдувальні пояснення, повинна понести відповідальність. Тому мало місце порушення процесуальної сторони ст. 3 Конвенції.

У своїй практиці Суд при виявленні недоліку в національній правовій системі вказує на джерело відповідної проблеми, щоб допомогти Договірним державам у пошуку належного її вирішення, а Комітетові Міністрів – у здійсненні нагляду за виконанням рішень. Беручи до уваги системний характер проблеми, яку виявлено в цій справі, Суд наголошує, що слід невідкладно запровадити конкретні реформи в законодавстві та адміністративній практиці України для їх узгодження із висновками Суду, викладеними в цьому рішенні, щоб забезпечити відповідність такого законодавства та практики вимогам ст. 5. Суд залишає за державою під наглядом Комітету Міністрів право визначити, який саме спосіб розв'язання цих проблем був би найдоцільнішим, і пропонує Урядові подати план заходів, розроблений у

цьому зв'язку, не пізніше шести місяців від дня, коли це рішення придбає статусу остаточного.

Безсумнівно, що у сфері утвердження гідності людини скарбницею такого досвіду є Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод і практика Європейського суду з прав людини, які перетворили це питання в центральний фактор нинішнього буття і визначальну парадигму майбутнього Європи, поєднавши в потужний комплекс передові культурні та наукові надбання, створені багатовіковою історією. Так само безумовно, що теперішнє і майбутнє України в державно-політичному і гуманітарному аспекті невіддільне від Європи, як справедливо і те, що ми маніфестуємо сприйняття ідеї права і справедливості, гідність людини та її свободи, але ми ще досить повільно і незграбно вибудовуємо державу і згуртовуємо народ задля досягнення проголошеної у Римському договорі мети, принципи якого сприйняті на національному рівні Конституцією України, яка є визначальним джерелом юридичного матеріалу для розбудови права і правової системи. І система права, і судова система, судоустрій і судова практика повинні задовольняти одночасно Конституцію України і ЄКПЛ [8, с. 201].

Треба сказати, що за період своєї діяльності Конституційний суд України розглянув значне число справ, пов'язаних із захистом особистих прав людини. Дослідження рішень Конституційного суду свідчить про серйозні і повторювані порушення цієї категорії прав, про наявність проблем їх законодавчого регулювання та реалізації.

Аналіз рішень Конституційного суду України, пов'язаних з розглядом справ щодо захисту особистих прав людини, свідчить про високу частку порушень права на свободу та особисту недоторканність, порівняно з іншими правами. При цьому Конституційний суд України активно використовує положення Європейської Конвенції про права людини та протоколів до неї для підтвердження своєї правової позиції.

Також стає очевидним, що в кримінальному судочинстві в Україні виявляється цілий комплекс системних порушень особистих прав людини. Найчастіше такі порушення пов'язані з умовами утримання в місцях попереднього ув'язнення та в місцях позбавлення волі, необґрунтованим взяттям під варту, порушенням строків тримання під вартою та строків розгляду кримінальної справи.

Дослідження рішень Європейського суду показує, що досить велика кількість порушень, встановлених судом з особистих прав людини щодо України, носить повторюваний характер. Це говорить про відсутність у державі ефективної системи заходів по застосуванню і виконанню рішень, які має вжити країна-порушник для попередження в подальшому аналогічних порушень.

Встановлення численних порушень прав заявників у рамках кримінально-правової системи свідчить про подібність їх складів. Як правило, такі скарги містять аналогічні факти, які виявляють, що умови утримання в СІЗО і пенітенціарних установах суперечать вимогам ст. 3 Європейської Конвенції про права людини. Скарги на порушення різних аспектів ст. 5 розглянутої Конвенції найчастіше пов'язані з відсутністю підстав для взяття під варту. Крім того, по ряду скарг цієї категорії встановлено порушення ст. 6 Європейської Конвенції про права людини у зв'язку з недотриманням розумного строку розгляду кримінальної справи.

Верховний суд України, образно кажучи, має бути за змістом діяльності верховним, повноважним, владним та

авторитетним представником ЄКПЛ та верховенства права, його завданням повинен бути захист права людини і попередження його порушення.

Як зазначає один з суддів Верховного суду України, вдатний діяч І. Шицький: «Зведення ролі Верховного суду України до рівня технічного органу констатації встановленого Європейським судом з прав людини порушення декларує неповагу держави до своїх громадян, принижує суд і сигналізує про загрозу правам і основним свободам людини, що, безсумнівно, буде подолано. Але ж час втрачається на місці, а світ відсталих не чекає» [8, с. 206].

Необхідно відзначити, що рішення Європейського суду в силу своєї обов'язковості, впливають на українську практику застосування європейських стандартів прав і свобод людини. Захищаючи свої права за допомогою Європейської Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, громадяни та організації, як правило, не враховують, що ці засоби захисту в першу чергу призначені для застосування в національних судах з тим, щоб змусити державу дотримуватися європейських стандартів прав людини. Певною мірою проблема полягає у відсутності навичок застосування норм міжнародного права в українських судах. Тому подолання вказаних негативних явищ дозволить наповнити особисті права людини реальним змістом і гарантувати дійсну індивідуальну свободу.

**Висновки.** Отже, необхідно зауважити, що самі по собі рішення Європейського Суду не можуть усунути глибинні причини українських проблем порушення прав і свобод, але вони можуть послужити серйозним імпульсом для виправлення ситуації.

У зв'язку з викладеним, виникає необхідність подальшого розширення конституційно-правових гарантій особистих прав людини, у тому числі і права на особисту недоторканність, з урахуванням стандартів Ради Європи.

#### Список використаної літератури

1. Кампо В., Савчин М., Сергієнко Н. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року та Конституційний суд України / В. Кампо, М. Савчин, Н. Сергієнко // Право України. – 2010. – №10. – С. 190–191.
2. Костылева Е.Д. Личные права человека в Российской Федерации и стандарты Совета Европы: конституционно-правовые проблемы регулирования и защиты : автореф. дис. ... канд. юр. наук / Е.Д. Костылева. – М., 2008. – 218 с.
3. Витрук Н.В. Практика Конституционного Суда Российской Федерации в контексте действия Конвенции «О защите прав человека и основных свобод» / Н.В. Витрук // Российское правосудие. – М., 2006. – № 3. – 5 с.
4. Рішення Європейського суду з прав людини у справі від 16.09.1996 р. «Акдивар и другие против Турции» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [russia.bestpravo.ru/fed1996/data03/tex14650.htm](http://russia.bestpravo.ru/fed1996/data03/tex14650.htm).
5. Конохова И.Л. Конституционное право РФ : Общая часть / И.Л. Конохова. – М. : Городец, 2006. – 592 с.
6. Литвин В. Європейська Конвенція з прав людини: уроки і перспективи / В. Литвин // Право України. – 2010. – №10. – С. 4–18
7. Рішення Європейського суду з прав людини у справі від 24.09.2010 р. «Олексій Михайлович Захаркін проти України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_817](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_817).
8. Шицький І. Компетенція Верховного Суду України в контексті захисту права / І. Шицький // Право України. – 2010. – № 10. – 201 с.