

**„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:  
TEORY 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. 5-2 (15) 2015**

**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

Ирина ЛУКИЯН. Либерализм  
и консерватизм как стратегии трансформации  
постсоветского пространства..... 5

Руслан ПАНЧИШИН. Концептуальні підходи  
до розуміння особистості як діалектичного  
поєднання соціального й індивідуального.....10

КОНСТИТУЦИОННОЕ  
И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

Сергій РІЗНИК. Деякі зауваження  
щодо проекту змін до Конституції України  
в частині конституційного правосуддя.....15

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Руслана КРАМАР. Адміністративні  
стягнення, що накладаються за марнотратне  
витрачання паливно-енергетичних ресурсів...19

В'ячеслав ПУЗИРНИЙ. Адміністративні  
послуги в установах державної  
кримінально-виконавчої служби України.....24

Viktor KHOHENKO. Procedure of making  
administrative agreements  
by local self-government bodies..... 29

ФИНАНСОВОЕ И НАЛОГОВОЕ ПРАВО

Анастасія ЛІТВІНЦЕВА. Правова природа  
податкової відповідальності..... 33

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Евгения БУЛАТ. Некоторые аспекты правовой  
охраны бизнес-методов.....38

Оксана ГРАБОВСЬКА. Факти  
процесуально-правового характеру  
у складі фактів предмета доказування  
в цивільному процесі.....41

Вікторія ПОЛИВАЧ. Особливості провадження  
у справах, що виникають із кредитних  
правовідносин, до судового розгляду.....46

## ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Валентина ПЕТРУНЯ. Выполнение  
хозяйственного обязательства в натуре.  
Опыт разных стран..... 50

Сусанна СУЛЕЙМАНОВА. Валютні  
застереження як умова  
господарського договору..... 54

## ТРУДОВОЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Леся МАЛЮГА. Проблеми реалізації прав  
інвалідів у сучасній Україні..... 58

## УГОЛОВНОЕ ПРАВО, УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

Ольга СОСНІНА. Поняття предмета  
злочину, передбаченого ст. 182  
Кримінального кодексу України..... 64

Андрей ШУЛЬГА. Теоретические проблемы  
установления уголовной ответственности  
за преступления против земельных ресурсов.....69

## КРИМИНОЛОГИЯ

Інна ХРИСТИЧ. Порівняльний аналіз стану  
та динаміки латентної віктимізації  
населення країн світу.....73

## УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС, КРИМИНАЛИСТИКА

Анастасія АНТОНЮК. Перспективи розвитку  
міжнародного співробітництва  
під час розслідування кримінальних  
правопорушень у контексті інтеграції України  
до європейського співтовариства.....77

Назар БОБЕЧКО. Скасування судового рішення  
й ухвалення нового рішення судом апеляційної  
інстанції у кримінальному провадженні.....82

Ірина ВОЛОСКО. Суд присяжних  
у кримінальному провадженні  
Австралії та Нової Зеландії ..... 86

Вікторія ГИРОВИЧ. Внутрішнє  
переконання судді – основний елемент засади  
безпосередності дослідження показань,  
речей, документів.....89

Сергій ІВАНИЦЬКИЙ. Системи адвокатур  
держав світу: класифікація й типологія.....95

Олеся ЛЯШУК. Особливі порядки  
міжнародного розшуку осіб, які вчинили  
кримінальне правопорушення ..... 99

Марк МАКАРОВ. Деякі аспекти розгляду  
слідчим суддею клопотання про тимчасовий  
доступ до речей і документів..... 104

Олександр МАРУЩАК. Спосіб учинення  
й механізм слідоутворення як елементи  
криміналістичної характеристики ухилення  
від сплати податків, зборів  
(обов'язкових платежів).....107

Вадим СОЛДАТСЬКИЙ. Розумні строки  
в контексті рішень Європейського суду  
з прав людини.....112

## МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

Анастасія КАДАЦЬКА. Класифікація  
міжнародно-правових угод, що укладаються  
між Україною і європейським банком  
реконструкції та розвитку.....117

Andriy MELNYK. Freedom of expression  
in the time of information warfare.....122

Юлія МОВЧАН. *Travaux préparatoires*  
в практиці міжнародних судових  
інституцій.....127

## ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА, ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

УДК 329.11/12(470+570)

### ЛИБЕРАЛИЗМ И КОНСЕРВАТИЗМ КАК СТРАТЕГИИ ТРАНСФОРМАЦИИ ПОСТСОВЕТСКОГО ПРОСТРАНСТВА

Ирина ЛУКИЯН,  
аспирант кафедры философии  
Национального университета «Одесская юридическая академия»

#### SUMMARY

In the article the situation of transit of western ideologies (liberalism and conservatism) is analyzed in the context of world view options of westernizer and slavophilism, ontological religious determinism, modern situation of etatism and forming of national ideologies in the countries of post-soviet space. In particular, paid attention to looks of philosopher and publicist – P. Chaadaev, expressing and propagandizing liberal westernizer ideas; philosopher, publicist and founder of early slavophil – A. Khomyakov; and similarly religious personalist philosopher – N. Berdyaev. The cultural and historical aspect of origin of liberalism is examined, educed and the necessity of adjustment of liberalism conservatism is reasonable for the countries of post-soviet space, within the framework of arising up in each of them peculiars of cultural and historical realities.

**Key words:** ideology, conservatism, culture, liberalism, policy, post-Soviet space, transformation.

#### АННОТАЦИЯ

В статье анализируется ситуация транзита западных идеологий (либерализма и консерватизма) в контексте мировоззренческих установок западничества и славянофильства, онтологического религиозного детерминизма, современной ситуации этатизма и формирования национальных идеологий в странах постсоветского пространства. В частности, обращено внимание на взгляды философа и публициста П. Чаадаева, выразившего и пропагандировавшего либеральные западнические идеи, философа, публициста и основоположника раннего славянофильства А. Хомякова, а также религиозного философа-персоналиста Н. Бердяева. Рассматривается культурно-исторический аспект возникновения либерализма, выявлена и обоснована необходимость корректировки либерализма консерватизмом в странах постсоветского пространства в рамках возникших в каждой из них своеобразных культурно-исторических реалий.

**Ключевые слова:** идеология, консерватизм, культура, либерализм, политика, постсоветское пространство, трансформация.

**Постановка проблемы.** В обращении к дихотомии либерализм/консерватизм как политически-идеологической парадигме, которая стала доминировать в структурирующем постсоветском пространстве в контексте большого транзита западных ценностей, можно увидеть искусственность попыток привития или проекции западных норм политической идеологии в контексте постсоветских реалий, которые возникли в конце XX столетия.

**Целью статьи** является изучение либерализма и консерватизма как стратегий трансформации постсоветского пространства.

**Изложение основного материала исследования.** Понятие «либерализм» происходит от латинского слова «liberalis» («свободный»). Это философское и общеполитическое течение, которое превозносит права и свободы человека над социальными ценностями, государством, которое становится залогом осуществления этих прав. Государство выступает в роли минимального влияния на человека, а также фактора, который дает возможность осуществить все необходимые права. Однако либерализм как широкое течение знаменует ориентацию на индивидуализм, частную собственность, личность как носителя всех ценностей, начиная с ценностей социокультурных и экономических, а также религиозных.

Конечно, такой подход не является универсальным. Либерализм дает широкий спектр осуществления прав и свобод, которые связываются с естественным правом, правом на жизнь, личную волю, собственность, а также созданием гражданского общества как носителя либеральных ценностей. Функции власти становятся ограниченными в рамках либеральной идеологии. Конечно, такой подход получил критическое истолкование. Всем известна критика либерализма Н. Бердяевым и другими теоретиками, что свидетельствовала об ограниченности либеральной идеологии [2]. Критика, однако, имела свои приоритеты согласно культурно-исторической ситуации, в которой осмысливался принцип либерализма как политическая идеология.

Если речь идет о культурно-историческом контексте возникновения либерализма в постсоветском пространстве, то следует несколько слов сказать о его истоках в культуре Российской империи. Уже в реформах М. Сперанского можно увидеть первые ростки либерализма, которые, однако, не приобрели широкого распространения. Свои реформы М. Сперанский пытался осуществить в рамках образования, реформируя такие институты, как средняя школа, Царскосельский лицей. Однако широкая бюрократическая структура чиновничества, табель о рангах, чиновничья структурация норм и правил противостояли реформам.

В определенной мере либерализм связывают с движением декабристов, однако декабрьский мятеж, который состоялся на площади, привел к тому, что восстание не завершилось никакими последствиями. Александр II был одним из тех, кто действительно провел либеральные реформы, повлиявшие на долю Российской империи. Именно создание свобод, которые были необходимы, отмена крепостного права, создание земских школ, своеобразной системы, дававшей возможность увеличить гражданские свободы, облегчить цензуру, уменьшить притеснения религиозных маргиналий, а также запрещение тяжелых телесных экзекуций, таких как шпицрутены в солдатской службе, введение университетской автономии, а также военная реформа – все это способствовало тому, что широкие либеральные реформы дали свои начала. Однако многое также способствовало тому, что они не были продолжены.

Толчок либерального проекта развития России имел широкие последствия в кругу интеллигенции. Возникают два противоположных направления: либеральный западный тип ориентации, связанный с именем П. Чаадаева, особенно с выходом его «Философских писем», и противоположная группа, которая ориентировалась на славянофильскую идеологию и искала опору в общине, коллективизме. Ключевым словом становится понятие «соборность», введенное А. Хомяковым [7; 6].

Однако уже в конце XIX столетия либерализм становится одним из главных направлений политической идеологии, которое определило себя как неадекватная на славянской основе идеология. Возникает противоположный тип идеологии, более эклектический, более широкий, конфрактический либерализм, который связывают с либеральным консерватизмом. Его возникновение связывается с именем Д. Кавелина, а позже – с московским профессором, либеральным консерватором П. Чичериным. Это направление также было отмечено критикой Н. Бердяева [2].

Следовательно, либеральное движение не было настолько определенным, как на Западе, очень быстро было скорректировано ментальностью общинного коммунизма, возникшего после отмены крепостного права. Важно, что такой либерал и теоретик гражданских прав, как М. Вебер, выучил русский язык, чтобы изучить этот феномен. Его исследования гражданского общества в России свидетельствовали о радикальных отличиях западной либеральной идеологии и о тех ростках либерализма, которые возникали в России. Он показал, что Россия в большей мере зависима от архаичного коммунистического способа существования, который связывается с этнокультурой [3]. Фактически этот тип гражданского общества можно назвать коммунальным.

После 1917 года либерализм был придушен. Одним из теоретиков либерального движения в тот период был П. Струве. Именно он в сборнике статей о русской интеллигенции «Вехи» писал о роли интеллигенции в революции [5]. Остро прозвучала статья Н. Бердяева «Философская истина и интеллигентская правда» [1]. Теоретики либерализма в послереволюционной эмиграции продолжали свою деятельность, начатую ранее. В рамках СССР либеральное движение существовало в контексте правозащитного диссидентского движения. Одним из важных теоретиков и правозащитников был А. Сахаров, который говорил о будущем как о трансформации социализма в «демократический социализм» с широким спектром гражданских свобод, социальной защиты, высоким уровнем жизни. Однако все эти формы «перехода» можно назвать паллиативами. Их можно назвать имманентными, поскольку они фор-

мировались в рамках метасистемы, которая определялась коммунистическим диктатом. Эти идеи не были настолько радикальными, чтобы изменить систему. Слом системы состоялся, как известно, в 1990-х годах с так называемой перестройкой М. Горбачева. Именно здесь состоялась легализация новейшего мировоззрения путем радикальных изменений. Это свобода информации, дискуссий и те демократические свободы, которые действительно стали легитимными.

Однако М. Горбачев пытался осуществить процессы либерализации общества эволюционным путем, что сразу же натолкнулось на неэффективные меры, которые пришлось проводить. Самыми главными были изменения в системе собственности, что уже состоялось у руководителей независимых государств, которые ориентировались прежде всего на экономические реформы. Реформы 1990-х годов, проводившиеся в контексте так называемой либерализации экономики, были драматичными, сложными. «Экономический либерализм» стал синонимом негативных последствий, которые состоялись путем хищнической приватизации и быстрого перераспределения ценностей. Случилось так, что коммунистическая бюрократия быстро превратилась в олигархическую бюрократию новоиспеченных капиталистов, изменение собственности состоялось только в рамках разрешенного «сверху» переворота.

Политический либерализм уже вошел в пространство стран-участниц, которые были сформированы на обломках СССР. Он стал необратимым, но тот транзит, который описывают современные теоретики транзитологии, остановился на разных стадиях своего развития. Либеральные тенденции были не везде восприняты, а главное, они находились в конфракционной фазе с национальной идеей. Важно, что либерализм на Западе возник на почве крепкой национальной идеологии, где сама идея нации или национального единства считалась залогом осуществления либеральных реформ. В постсоветском пространстве нужно было строить государство и в то же время структурировать формы национальной идентичности. Это было чрезвычайно сложно, не всегда национальные формы строительства государства связывались с либеральными императивами и, более того, нормами, которые приходили с Запада.

Чаще всего они были конфликтными, так как возникали противоречия между национальной идеологией, которая традиционно негативно определялась как «национализм» (категория «национализм» как негативная идеологическая конфигурация известна еще со времен коммунистической идеологии). Таким образом, либерализм очень трудно прививался на основе бывшего СССР. Даже те партии, которые были сформированы как либеральные, были достаточно инфантильными, не имели никаких практических программ, касающихся изменения общества, были в большинстве абстрактными и в определенной мере очень быстро вышли из поля политических соревнований. В России примером этого являлась партия «Яблоко», которая так и оставалась дискуссионным клубом и ничего не могла противопоставить такой националистической группировке, как ЛДПР, которая традиционно использует риторику либеральной демократии. Либерально-демократическая партия Украины – еще более невыразительная конструкция [4, с. 137].

Главные ценности либерализма как политической идеологии – примат человеческой личности, приоритет индивидуальных свобод, а также равенство возможностей – в контексте российской и украинской ментально-



сти были откорректированы в ракурсе коллективистских, общинных ценностей и национальных приоритетов. В рамках осуществления экономического либерализма возникает такой регулятив, как рыночная экономика, который был явно переоценен и излишне идеологизирован. Политические инструменты и экономические приоритеты были формирующими в рамках ограничения влияния государства, а также договорного характера между государством и индивидом.

Однако нельзя сказать, что либерализм был совершенно не природным для коммунистической империи. Сама буржуазность как широкая установка, тип ведения хозяйства и ментальность уже вошла в пространство коммунистической номенклатуры, фактически либерализм был одной из составляющих коммунистической идеологии. Он не определялся широко, но входил как определенная система противовесов, которая была адаптирована коммунистической идеологией. Номенклатура уже давно жила при коммунизме, то есть олигархически-бюрократическом, фактически буржуазном, элитарном мире. Нужен был всего один шаг, чтобы изменить систему собственности, то есть легализовать «буржуазность» партноменклатуры.

Проект материального достатка Царства Божьего на земле или Нового эдема в виде коммунизма, который был проектно-ориентированным на приоритет материальных благ над духовными, явно использовал элемент «буржуазности». Наиболее драматичными и самыми сложными были отношения с сельской общиной, которая была уничтожена в рамках сталинской коллективизации. Колхозы были своеобразным государственным рудиментом, в котором была парализована воля общинного коммунизма, принадлежащего по традиции земской управе.

До сих пор эта проблема является центральной для развития постсоветских стран. Трудно сказать, насколько быстро нужно приватизировать землю, так как очень быстро состоялась приватизация в катастрофических и опасных масштабах, что привело к олигархическому капитализму в странах-участницах СНГ. С другой стороны, если земля – это основная ценность, то, сохраняя эту ценность в рамках той первичной коммунальности, фактически ни о каком транзите, ни о каком либерализме речь идти не может. И здесь можно сказать, что не следует спешить. Проблемой либеральной идеологии должна быть откорректирована той консервативной идеологией, которая возникла не сегодня, а в том же XIX столетии параллельно с либеральной идеологией. Она откорректировала либерализм в рамках эклектических ситуативных реалий, которые возникали в каждой стране-участнице, в каждой культурно-исторической ситуации.

Консерватизм как широкая установка – своеобразная мировоззренческая система. Он тоже не сводится к определенным политическим группировкам, а является противовесом, противодействием, которое корректирует именно интенции буржуазного влияния либеральной идеологии, а также интенции влияния рабочего класса в социалистических идеологиях, пытается найти определенные буферные зоны, которые создают своеобразную эклектическую промежуточную платформу. Можно утверждать, что консерватизм ориентирован на традицию, культуру, опыт культурно-исторического контекста, который существует в том или ином пространстве той или иной страны-участницы, и в то же время на сохранение ценностей, которые связаны с либерализмом. Консерватизм не противостоит либерализму как коммунистическая или социалистическая идеология,

он лишь корректирует его в рамках своеобразных культурно-исторических реалий.

То есть исторически консерватизм всегда был вторичным, модификационным, его можно назвать «пост-модернизмом», или постмодерной системой, которая все модернизации либерализма пытается откорректировать в контексте позитивных, ориентированных на традицию и культуру ценностей. Важно, что либерализм всегда выступал в определенной максималистской фазе. Он всегда нес сверхценности в виде либеральных демократических систем и свобод, всегда нуждался в определенной интенсификации этих ценностей, чтобы распространить свою идеологию. Консерватизм всегда сдерживал этот экстремизм и ориентировал его на достаточно реалистичное воплощение в контексте тех или иных реалий. Иными словами, современный консерватизм – это явление достаточно сложное, эклектическое, противоречивое; он ориентирован на целый спектр ценностей культурного, общественного, экономического и другого измерений (семью, общество, церковь, традиции, культурные ценности и так далее).

Если культурный либерализм иногда выглядит как анархизм, в котором права меньшинств, в том числе сексуальных, уравниваются с правами всех других людей, то это выглядит экстремизмом. Даже в Древнем Риме гомосексуализм никогда не пытался присвоить себе институт семьи. Семья была вне границ этого маргинального движения, маргинальной прослойки общества людей, их жизни, потому что она образует здоровую основу общества. Важно отметить, что именно либерализм XX – XXI столетий пытается унифицировать право, поставить всех в одну позицию равенства, которая является утопической, если не аморальной. Об этом хорошо писал еще Н. Бердяев. Такой экстремизм абстрактного права в либерализме корректируется именно либеральным консерватизмом. Либерализм вообще плохо «дружит» с культурой и религией как основами общества. Демонстрации против однополых браков в Западной Европе хорошо демонстрируют именно этот локус либерального консерватизма. Либеральный консерватизм – это тот же либерализм, но более реалистичный, более сдержанный, ориентированный на культурно-историческую ситуацию стран-участниц.

Впервые радикально противопоставил либерализм ценностям культуры и религии Н. Бердяев. Однако эта критика была не совсем корректной. Либерализм как политическая идеология и религия как система взглядов, как институт не являются эквивалентными, они находятся на разных уровнях духовной иерархии. Если идеология является экстремистской, экспансионистской системой взглядов, то религия является живым опытом актуализации культурно-исторического потенциала, опытом именно мировоззренческого типа, то есть синергией обмена знаниями, если речь идет о христианстве. Н. Бердяев не замечает эти тонкости, поскольку он изначально живет в профетическом мире христианского мессианизма. Де-факто, то есть эксплицитно, проводится мысль, что религия тоже становится идеологической силой, определенной идеологией, редуцированной системой ценностей, если она вступает в контекст идеологических соревнований.

Это мнение явно просматривается в критике либерализма ученым. Так, в книге «Философия неравенства», в письме седьмом «О либерализме» он пишет: «Слово «либерализм» давно уже потеряло всякое обаяние, хотя происходит оно от прекрасного слова «свобода». Свободой нельзя пленить массы. Масса не доверяет свободе и не умеет

связать ее со своими насущными интересами. Поистине в свободе есть скорее что-то аристократическое, чем демократическое. Эта ценность более дорога человеческому меньшинству, чем человеческому большинству, обращена прежде всего к личности, индивидуальности. В революциях никогда не торжествовал либерализм. Не только в социальных, но и в политических революциях он не торжествовал, так как во всех революциях поднимались массы. Масса же всегда имеет пафос равенства, а не свободы. И большими революциями всегда двигало начало равенства, а не свободы. Либеральный дух по существу – не революционный дух. Либерализм есть настроение и мирозерцание культурных слоев общества. В нем нет бурной стихии, нет огня, воспламеняющего сердца, в нем есть умеренность и слишком большая оформленность. Правда либерализма – формальная правда. Она ничего не говорит ни положительного, ни отрицательного о содержании жизни, она хотела бы гарантировать личности любое содержание жизни» [2, с. 142]. Н. Бердяев считает, что либерализм более формален, чем онтологичен.

Следовательно, можно утверждать, что здесь мы попадаем в контекст ситуативного, а не онтологического понимания либерализма, хотя об этом также говорит Н. Бердяев как о столкновении ценностей культуры. Он пишет: «Либеральная идея не обладает способностью превращаться в подобие религии и не вызывает к себе чувства религиозного порядка. В этом слабость либеральной идеи, но в этом и хорошая ее сторона. Идеи демократические, социалистические, анархические притязают давать содержание человеческой жизни; они легко превращаются в лжерелигии и вызывают к себе отношение религиозного характера. Но в этом-то и коренится ложь этих идей, так как в них нет никакого духовного содержания, нет ничего, достойного религиозно-патетичного отношения. Прикрепление религиозных чувств к недостойным предметам есть великая ложь и соблазн» [2, с. 142].

Н. Бердяев говорит, что либерализм остается в реальной рамке политической идеологии и не пытается быть религиозной силой, и в этом его сила. Но он спрашивает, есть ли онтологическое (религиозное) ядро в либерализме. И отвечает: «В людях, слишком поверивших в либеральную идею и исповедующих доктрину либерализма, в либеральных движениях и партиях слишком мало онтологического» [2, с. 143]. Таким образом, именно общество, государство, церковь как онтологические предикаты либерализма становятся предикатами воплощения духа личности, духа индивидуальности в контексте культуры цивилизации и общества в целом.

Также Н. Бердяев говорит, что главный грех идеи либерализма – это естественность, то есть не культурная реальность и не опыт культуры, а так называемое естественное право [2].

Итак, данная критика характеризует либерализм с позиции экстремальных универсалистских требований. Либерализму как идеологии противостоит культура в целом, религия, национальный дух, духовная жизнь и вообще онтологические истоки любой свободы. Можно ли требовать от либерализма всего этого? Как от политической идеологии – конечно, нет. Как от мировоззрения – можно. Но это мировоззрение политическое, и это нужно четко определять. Н. Бердяев этого не хочет видеть. Он пишет: «Либерализм как целое настроение и мирозерцание – антиисторичен, столь же антиисторичен, как и социализм. И с этой стороны ждет его суровый суд. Все более глубо-

кие попытки обоснования либерализма упираются в идею естественного права» [2, с. 153].

Конечно, такие констатации свидетельствуют о том, что либерализм как мировоззрение, «связывание» тут же коррелирует с консерватизмом. Консерватизм становится тем глубинным, фундаментальным онтологическим измерением, о котором пишет Н. Бердяев. Вся апелляция к основе, к нации, как это определил Н. Бердяев, – это поиски онтологических глубинных предикаций. Они привели в истории культуры к различным течениям. Крайние – это фашизм, который ищет принципы в нации, более того, в расовом отличии людей, социализм и плюралистический консерватизм, который совмещает в себе либеральные идеологии, либеральные течения с теми всеми культурными и антропоцентристскими тенденциями, которыми обладают культурные ценности.

Однако либерализм никогда не существовал в виде абстрактной системы догм и норм, то есть идеологии, которая не имела бы своего механизма воплощения. Таким механизмом воплощения становится демократия. Идея либеральной демократии фактически является тем западным механизмом транзита, который прививается и становится механизмом привития в постсоветских странах-участницах. Однако, опять-таки, идея демократии не является универсальной. Н. Бердяев с его ортодоксально-христианским мировоззрением критикует все демократические или псевдодемократические идеологии, а также течения, дает им оценку именно как человек, который ориентируется на глубинные онтологические принципы религиозного сознания.

Мы не даром так много внимания посвящаем Н. Бердяеву, поскольку именно он радикально поставил вопросы, которые в настоящий момент замалчиваются, более того, даже затираются. Мы очень много говорим о транзите, о самих механизмах привития западного демократического либерализма, но не видим сущность самой либеральности демократии, о которой так откровенно и искренне говорил Н. Бердяев.

В письме восьмом «О демократии» книги «Философия неравенства» Н. Бердяев пишет: «Демократическая идеология есть крайний рационализм. Он покоится на вере в возможность рационализировать человеческую жизнь и окончательно устроить ее одними человеческими силами. Последовательная демократия должна отрицать существование иррациональных начал в общественной жизни и не может их терпеть» [2, с. 167].

Все это легко затем подтверждается возникновением так называемых электоральных демократий в коммунистических и посткоммунистических обществах. Все формальные признаки демократии присутствуют, выборность существует, механизм подсчета голосов существует, но за этим стоит вовсе не демократическая процедура подмены волеизъявления народа действиями бюрократического аппарата, который просто манипулирует, подтасовывает и фальсифицирует саму демократическую процедуру.

Следовательно, Н. Бердяев четко увидел то, что в настоящий момент определяется как манипуляция, как электоральная демократия. То есть демократия, лишенная сущности, не соединенная с духом нации, согласно Н. Бердяеву, является декоративной, внешней и ненужной реальностью. Ученый остро критикует эгалитаризм демократии как искушение, пишет, что власть не может принадлежать всем, не может быть механической. Власть должна принадлежать лучшим, избранным личностям нации. И здесь же Н. Бердяев говорит, что дух нации нужно противопоста-

вить дионисийскому истоку, той мистике народной стихии, которая является мятежной и не может быть оформлена в дисциплину общественного сознания.

Главным в современных трансформациях, транзите западных ценностей на основе постсоветских стран является вопрос, как соединить абстрактную догматику идеологических принципов и экстазику культурной, национальной почвы, стихию, мистику и темноту человеческого бунта, которую связывают с различными революциями (цветными революциями современности) или всеми кодексами революционного сознания, какие мы приобрели в истории. Как соединить истинно свое, родное с теми догматами и нормативами либерализма, которые не ориентированы на консервативно-традиционную реальность онтологического самоосуществления национального сознания без искривлений и без локальных ограничений?

Если Греция, например, начинала свою модернизацию в достаточно благоприятных условиях, то уже посткоммунистическая Европа в следующей волне демократизации не имеет таких условий. Здесь верх берут так называемые ностальгические настроения возвращения к коммунистическим режимам. Если это не происходит постфактум, реально, то хотя бы происходит на уровне политической борьбы и партийных ориентаций. Так, возрождается Коммунистическая партия в Чехии, в Венгрии существует достаточно слабое гражданское общество. Нельзя говорить, что демократические преобразования состоялись в Боснии и Герцеговине, а также в анклавах Косова. Здесь проблемы освоения демократических ценностей остаются достаточно острыми.

Также трудно происходит транзит именно в странах-участницах Юго-Восточной Европы в контексте рыночной экономики, хотя экономические программы более продвинулись вперед, чем политические реалии, связанные с

партийной политической борьбой. Посткоммунистический Восток, в отличие от Центральной и Юго-Восточной Европы (стран-участниц СНГ), тяготеет к гомогенизации политических систем. Так, почти все страны-участницы избрали президентско-парламентскую или сугубо президентскую форму государственного строя. Авторитарные режимы сложились в Туркменистане, Узбекистане, Таджикистане.

**Выводы.** Однако можно говорить, что сама категория транзита в рамках уже отмеченных идеологических конфигураций как привитие политической и идеологической системы либерализма и консерватизма свидетельствует о сложности самой транзитологии как системы оценок и транзита, заимствования западных норм демократии и прямого переноса их в контекст стран постсоветского пространства.

#### Список использованной литературы:

1. Бердяев Н. Философская истина и интеллигентская правда / Н. Бердяев // Вехи : сб. русской интеллигенции / сост. А. Яковлева. – М. : Правда, 1991. – С. 11–31.
2. Бердяев Н. Философия неравенства / Н. Бердяев. – М. : Има-Пресс, 1990. – 286 с.
3. Вебер М. Избранные произведения / М. Вебер. – М. : Прогресс, 1990. – 804 с.
4. Полохало В. Українська політична система на тлі посткомуністичної трансформації / В. Полохало // Політологія посткомунізму. – К. : Політична думка, 1995. – С. 135–142.
5. Струве П. Интеллигенция и революция / П. Струве // Вехи : сб. русской интеллигенции / сост. А. Яковлева. – М. : Правда, 1991. – С. 150–167.
6. Хомяков А. Сочинения : в 2 т. / А. Хомяков. – М. : Медум, 1994– . – Т. 1. – 1994. – 590 с.
7. Чаадаев П. Статьи и письма / П. Чаадаев. – М. : Современник, 1989. – 624 с.

УДК 340.1

## КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ОСОБИСТОСТІ ЯК ДІАЛЕКТИЧНОГО ПОЄДНАННЯ СОЦІАЛЬНОГО Й ІНДИВІДУАЛЬНОГО

Руслан ПАНЧИШИН,  
аспірант кафедри теорії та історії держави і права  
Львівського державного університету внутрішніх справ

### SUMMARY

The article shows the main theoretical and methodological approaches to the study of the philosophical and legal problems of the individual. Analyzed aspects of becoming as human beings in the philosophical and legal terms, including the investigated person as a dialectical combination of social and individual as an object of philosophical reflection of scientific thought; reasonably formation of man as an individual being fundamental problem in traditional societies.

**Key words:** human, personality, individuality.

### АНОТАЦІЯ

У статті розкрито основні теоретико-методологічні підходи до дослідження філософсько-правових проблем особистості. Проаналізовано аспекти становлення людини як особистості у філософсько-правовому вимірі, зокрема досліджено людину як діалектичне поєднання соціального й індивідуального, як об'єкт рефлексії філософської наукової думки; обґрунтовано становлення людини як фундаментальної проблеми буття індивіда в традиційних суспільствах.

**Ключові слова:** людина, особистість, індивідуальність.

**Постановка проблеми.** Актуальність дослідження розуміння особистості в сучасній філософії права зумовлено передусім вивченням тих процесів, що мають місце в українському суспільстві, але які до цього часу більше привертали увагу політиків і журналістів, аніж філософів, правників, соціологів і психологів.

Незважаючи на дослідження проблем особистості, не вивченими досі залишаються ще чимало аспектів цього соціального явища. Адже кожна епоха, кожний конкретний історичний період розвитку суспільства завжди характеризуються властивими лише для них чинниками й детермінантами, філософсько-правове осмислення яких надасть можливість на теоретичному і практичному рівнях виявити можливості вирішення багатьох соціальних проблем, пов'язаних із людиною.

**Актуальність теми.** Аналіз сучасної світової філософської думки свідчить, що найпоширенішими та найвпливовішими в розв'язанні проблем особистості є вчення філософів – представників таких напрямів і шкіл, як персоналізм, марксизм, екзистенціалізм, неофрейдизм, сучасна релігійна філософія, а також постмодернізм (явище в сучасній науковій думці, що певною мірою стосується всіх напрямів філософії).

Найвідомішими представниками персоналізму як одного із провідних напрямів сучасної світової філософії є М. Бердяєв, Б. Боун, Р. Флюелінг, Е. Брайтмен, Е. Муньє, Ж. Лакруа, П. Рікер. Їх поєднує розуміння особистості як первинної онтологічної реальності й вищої духовної цінності, буття якої зумовлене верховною особою – Богом [16, с. 278].

**Мета статті** – на основі аналізу наукових праць обґрунтувати філософсько-правові проблеми особистості й проаналізувати підходи до її розуміння як діалектичного поєднання соціального та індивідуального.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Особистість – це єдність соціального й індивідуального, сутність її існування [16, с. 273]. Вона являє собою цілісну, індиві-

дуалізовану систему соціально значущих властивостей людини (інтересів, потреб, здібностей), котрі формуються у процесі становлення конкретно-історичних видів діяльності відповідно до умов життя суспільства. Під час практичної діяльності людини соціальне та духовне поєднуються, відбувається самореалізація й самоутвердження особистості, її соціалізація, що водночас є її індивідуалізацією, індивідуальною формою привласнення нею суспільних відносин. Розвиток особистості, розкриття її індивідуальності – це розвиток загальносуспільного в індивідуальному й через нього зростання багатства та розмаїття її духовного світу, розвиток ініціативи і творчих здібностей. Особистість реалізує себе лише поруч з іншою особистістю в процесі спільної діяльності. Глибина й масштаб її, міра самореалізації людини, а також те, наскільки збігаються її інтереси з інтересами інших особистостей і суспільства, визначають рівень розвитку особистості. Отже, індивідуалізація перетворюється на фактор усебічного розвитку особистості. Суспільство може сприяти цьому, але саме воно здатне розвиватися лише за умови наявності реальних можливостей, свободи вибору, коли особистість є водночас і законодавцем, і виконавцем, і творцем суспільства. Відсутність таких умов неминуче призводить до стагнації суспільства, однобічного розвитку певного різновиду людської діяльності (бюрократизація, мілітаризація, професійний кретинізм тощо), що загрожує людині втратою можливості бути особистістю.

Формування особистості визначається історично даною системою суспільних відносин, культурою певної епохи, яку вона поступово опановує під час суспільної життєдіяльності. В. Нестеренко зазначає, що вирішальною умовою індивідуалізації людини є «її соціалізація – залучення людини до соціального шляхом прийняття в себе й перетворення на свій життєвий світ, відповідно до можливостей і вимог, індивідуальних рис, здобутків соціального досвіду в найширшому його розумінні». Звичайно, у реальному житті соціальне та природно-неповторне взаємо-



діють у людині з перших днів її життя, а можливо, ще й раніше. Але, як засвідчують і науковий аналіз, і практичне життя, індивідуальність не дана людині від природи, а задана їй самим способом її буття – соціальним. «Саме соціалізація, здійснювана через наслідування, навіювання, через дію всієї системи виховання та освіти, – саме соціалізація уможливила індивідуалізацію» [12, с. 242].

Питок сутнісних характеристик явища і його понятійно-категоріальне визначення є, як відомо, найважливішою умовою, складовою й метою наукового аналізу цього явища. Водночас це – найскладніший компонент у будь-якому науковому дослідженні. Така складність зумовлена, зокрема, багатозначністю практично всіх суспільних явищ і процесів. А це вимагає від дослідника певного, кажучи словами В. Соловйова, «отвлеченого начала» в розгортанні теоретичної моделі об'єкта дослідження. Але не тільки. Саме «отвлеченное начало» має бути достатнім для ґрунтовного розгортання теоретичних обґрунтувань. Рациональність цих думок особливо підтверджується на прикладі самореалізації особистості. Як пише один із дослідників указанного феномена німецький філософ Г. Кох, поняття самореалізації може означати все й нічого. Тому його вживають в одному випадку для позначення цілісної особистості, у другому – щоб показати лише окремі боки процесу її життєдіяльності, у третьому – з метою виокремлення індивідуальності особистості [21, с. 1283].

Соціальне є важливою складовою особистісного буття людини як невід'ємного чинника суспільного життя. Це означає, що соціальне існує не поза індивідами, а між ними, у них самих. К. Поппер, критикуючи соціальний радикалізм, спрямований на повну заміну соціальної системи, пише, що «малар і ті, хто співпрацює з ним, а також ті інститути, які забезпечують їхнє життя, їхні мрії та плани про кращий світ, норми їхньої пристойності й моралі, – усе це складові соціальної системи, яку треба змити. Якщо вони справді мають намір очистити полотно, то їм доведеться знищити разом себе і свої утопічні плани» [14, с. 189], бо своєрідність нової картини соціальної системи, якою бачать її нові автори, є певною мірою результатом тієї самої системи, яку вони хочуть перебудувати. Соціальне, що існує лише завдяки індивідуальному як формі свого буття, задає індивідуальному колу межі соціально окреслених можливостей поведінки. Воно зумовлює загальну спрямованість розвитку індивідів, а також детермінує ступінь, міру вияву та реалізації індивідом багатоманітних здібностей, потреб, знань, умінь, навичок тощо, тобто всіх сутнісних сил особистості. У цьому полягає його функція стосовно індивідуального.

Однак людина як «індивідуальна суспільна істота» вибірково ставиться до зовнішнього впливу. Ця вибіркoвість, певний спосіб ставлення до зовнішнього і є концентрованим утіленням того неповторного, одиничного в особистості, яке перетворює соціальні можливості, подані ззовні. Вибірковість зумовлена, по-перше, індивідуальними межами буття людини й залежним від цього освоєнням суспільних відносин, по-друге, формою освоєння особистістю цих відносин, які виражені відповідними рисами індивідуальності. Отже, індивідуальне та соціальне в особистості можуть бути зрозумілі як єдність і протилежність форми й змісту. Вони є боками основної суперечливості особистості на рівні індивідуальності: між соціальним змістом особистості й індивідуальною формою освоєння та реалізації цього змісту. На нашу думку, такий підхід має своє повне виправдання й в аналізові процесу становлення особистості.

Важливою особливістю самореалізації особистості як цілеспрямованого процесу є розуміння суперечливості власного розвитку, розкриття та розв'язання суперечностей як джерела особистісного становлення. Г. Батіщев писав, що «розуміння суперечності як джерела розвитку власної соціальної сутності призводить особистість до розуміння необхідності постійної самокритичності, самонегативності, формують здатність до систематичного самозаперечення наявних форм і способів самореалізації» [4, с. 45]. Отже, у процесі самореалізації в особистості формується не лише почуття задоволення від досягнення поставлених цілей і власного саморозгортання, а й здорове почуття незадоволення, самозаперечуваності наявного буття, способів самореалізації. Це примушує людину до пошуку вищих цілей, більш адекватних способів самореалізації, що є одним із джерел і рушійних сил становлення особистості. Останнє в цьому контексті є для особистості як внутрішньо необхідний спосіб бути суб'єктом себе, творити власне життя.

З одного боку, процес самореалізації особистості можна розглядати на предмет його ступеня, рівня, інтенсивності. В основі цього лежить природне прагнення людини до незвичного, нового. Одна реалізована мета породжує іншу, досягнення якої створює ґрунт для пошуку наступної. У міру такого піднесення цілей до практичної самореалізації залучаються все нові прошарки особистісної структури, включаючи і її базові елементи. Ось чому на певному етапі свого розвитку як процесу самореалізація здійснюється на межі можливостей особистості і є показником її сили волі [9, с. 143–144]. У цьому контексті самореалізацію особистості можна визначити як процес максимального, найглибшого опредметнення сутнісних сил особистості у практичній діяльності, коли з цією метою адекватно враховані можливості людини. Якщо ж цілі не відповідають потенціалу особистості, то така діяльність зазвичай виявляється не пов'язаною зі справжньою самореалізацією особистості.

Воля, як відомо, має бути в ході будь-якої життєдіяльності людини. Навіть тієї, що не претендує на статус самореалізації, оскільки, наприклад, потреби, інтереси, цілі людини тощо набувають діяльнішого стану (матеріалізуються) лише завдяки її певним вольовим зусиллям. Воля є скрізь, де є людська діяльність. Але воля особливо наявна там, де така діяльність підпорядковується максимальному опредметненню всього потенціалу особистості. Адже, як писав І. Кант, «діяльність роздумів і освітлюваних розумом уявлень – утомливий стан, у який душа не в змозі прийти без опору і з якого природні нахили людського тіла незабаром знову повертають її в пасивний стан, коли чуттєві подразнення визначають усю її діяльність і управляють нею» [8, с. 251]. Самореалізація ж за своєю сутністю збуджує душу, напружує всі наші таланти, загострює відчуття життя й самовідчуття. І тут воля відіграє надзвичайну роль. Вона характеризує самореалізацію особистості як процес, спрямований на досягнення належного, а «належність виникає з мого єдиного місця в бутті», – писав М. Бахтін [5, с. 113]. Це єдине моє місце детермінує лише моє бачення світу, до нього я прикладаю мірку самого себе, свій масштаб, свою унікальність, свою самість. Здорове незадоволення собою викликає потребу в самовдосконаленні, а реально це можливо здійснити завдяки найбільшому напруженню волі. Отже, самореалізацію особистості можна визначити як процес максимально можливого для конкретної особистості опредметнення її потенціалу завдяки найвищому напруженню волі особистості.

З іншого боку, про повноту самореалізації можна говорити в контексті розширення поля, сфер її присутності. У цьому розумінні вказане явище принципово можливе в усіх сферах людської життєдіяльності. Тут виникає питання, наскільки збігається життя індивіда з його особистими намірами, підпорядкованими певній специфіці праці й умовам, що з нею пов'язані.

Обидва аспекти самореалізації особистості як найповнішого предметності її сутнісних сил певною мірою відображають якісну та кількісну боки складного процесу. У міру поглиблення й розширення соціального простору самореалізації особистості набуває особливого значення проблема упорядкованості, пропорційності, оптимізації сфер індивідуального самовираження. Подібне застереження виникало завжди, починаючи з моменту, коли самореалізація актуалізувалася суспільною та індивідуальною проблемою, але особливого звучання набуло тепер, у пору універсального прискорення всіх сфер суспільного й індивідуального життя. Практика засвідчує, що розширення кількості суспільних зв'язків особистості (потенційних передумов самореалізації) може вважатися благом до певної межі, за якою виникає небезпека поверхового розкриття сутнісних сил особистості. Це – варіант людини, яка все знає, усе вміє робити, у всьому розуміється, але в жодному з цих виявів людської потенції не доходить до належної глибини, до професіоналізму. Прагнення до кількісної повноти обертається втратою якості, справжньої ціни індивідуальності. Крім того, таке розширення сфер самореалізації не гарантує від протиставлення одна одній. Адже багатогранність й навіть усеохопність ще не свідчать про спрямованість самореалізації та її суспільну значимість. З іншого боку, і надмірне поглиблення самореалізації, пов'язане з певним обмеженням сфер розвитку особистості, також призводить до втрати, але вже багатогранності, багатства самоздійснення. Це варіант «одномірної людини», яку, як відомо, охарактеризував Г. Маркузе [10], але принципи його підходу до критики сучасної йому людини капіталістичного суспільства можуть бути застосовані й за інших умов. Розв'язання цієї суперечності здійснюється завдяки виходу на вищий ступінь самореалізації особистості, пов'язаний із цілісним розвитком особистості загалом і її самореалізації зокрема.

Специфіка поняття «цілісна самореалізація особистості» полягає в тому, що вона, відображаючи внутрішню єдність, багатоманіття й повноту процесу самореалізації особистості в її життєдіяльності, водночас відображає певний «підсумок», ступінь цілісного розвитку особистості взагалі. Тому цілісність самореалізації – це й відображення об'єктивної закономірності процесу самоздійснення особистості загалом, і фіксація рівня досягнення цієї мети на кожному етапі життєвого шляху особистості [6, с. 53–57].

Цілісна самореалізація несе на собі відбиток індивідуальності особистості, хоч й має соціальний зміст. Тому у процесі становлення необхідно бачити, з одного боку, безперервну індивідуалізацію особистості як форму цього процесу, з іншого – усе більше єднання із соціумом як джерелом її змісту. Безумовно, для достатньо розвинутої особистості цілі життя розглядаються через призму суспільних інтересів, ідеалів, а самі цілі суспільства виявляються зрозумілими й близькими тоді, коли людина бачить у них реальну основу для досягнення особистих цілей. І це нормально, адже «кожна мисляча людина шукає свою відповідь на питання про сенс людського життя як свого життя

й тільки потім – родового» [17, с. 87]. Досвід суспільного розвитку останніх десятиліть демонструє цю думку на прикладі країн із розвинутою демократичною системою, де інститути громадянського суспільства ґрунтуються на пріоритеті приватного інтересу громадянина, стають необхідною умовою вільної самореалізації особистості. Українська ж історія також не раз демонструвала важливість висновку, зробленого в першій третині ХХ століття видатним патріотом нашого народу В. Липинським про те, що стосунки держави та громадянина будуть справедливими лише тоді, коли держава поважатиме й захищатиме громадянина, а той – шануватиме державу.

Низка теоретичних напрямів розглядають соціалізацію як процес, що складається із послідовності фаз особистісного розвитку. Кожна стадія, по суті, є закріпленням чи придбанням певних типів поведінкових, емоційних реакцій, що надалі впливають на ступінь успішного функціонування індивідуума в суспільстві. Час проходження стадії часто збігається з віковим періодом розвитку та має певні межі. Так, у психоаналітичному напрямі моделями соціально успішної особистості можуть бути генітальний характер у теорії З. Фрейда, відповідно до якої особистість відмовляється від пасивності, властивої ранньому дитинству, свідомо працює, виявляє у відносинах з іншими тепло й турботу, насамперед бере на себе активнішу роль при вирішенні власних життєвих проблем [19]. Великий вплив на формування певного типу характеру мають конфліктні ситуації та їх вирішення в дитинстві.

До авторів психоаналітичного напрямку, котрі підкреслюють важливість культурних і соціальних впливів на розвиток особистості, належать також К. Хорні й Е. Фромм. Досліджуючи взаємини між особистістю і її соціальним оточенням, вони запропонували моделі соціально зрілої особистості й визначили певні стратегії її поведінки. Так, К. Хорні приділяла особливу увагу взаєминам дитини зі значущими для неї людьми і дійшла висновку про формування трьох основних стратегій оптимізації міжособистісних відносин: «від людей» (уникнення оточуючих), «проти людей» (агресія до оточуючих) і «до людей» (пошук співчуття й опіки, що породжує залежну поведінку). Як правило, усі три стратегії є в поведінці будь-якої людини, однак здоровій людині притаманна значна поведінкова гнучкість, вона здатна змінювати стратегії відповідно до обставин. Водночас невротичній особистості притаманне використання лише однієї зі стратегій, незалежно від того, результативна вона чи ні.

Своєю чергою, Е. Фромм описав типи характерів, що формуються під впливом соціального оточення й залежать від ступеня задоволення екзистенційних потреб особистості [18]. Непродуктивні соціальні типи характеру – рецептивний, експлуатуючий, накопичувальний і ринковий. Продуктивний характер – ідеальний тип людської особистості – незалежний, чесний, спокійний, люблячий, творчий і такий, що здійснює соціально корисні вчинки.

Згадані вчені, послідовники психоаналітичного напрямку, визначили лише загальні контури успішно соціалізованої особистості, основну увагу приділяючи впливу ранніх періодів життя на її формування. Детальнішим теоретичним аналізом вікових стадій виділяється теорія Е. Еріксона [20], за якою життєвий цикл складається із восьми фаз. Кожна з них має своє специфічне еволюційне завдання – вирішення певної проблеми соціального розвитку. Способи подолання чи проходження кризи виявляються в характерних для індивідуума типах поведінки.

Адекватне вирішення кризової ситуації робить особистість більш зрілою та соціально підготовленою до нового вікового рубежу. Невирішені конфлікти продовжують вимагати свого вирішення й на наступних стадіях розвитку, тим самим істотно впливаючи на поведінку людини. Велику увагу Е. Еріксон приділив саме проблемам формування особистості на стадіях юності (12–20 років) і ранньої зрілості (20–25 років), відзначаючи цей період як найважливіший у житті людини [20].

Інтегрування знань про себе, усього внутрішнього досвіду, набутого на попередніх стадіях, в особисту ідентичність є важливим моментом розвитку в юності. Успішне знаходження еґо-ідентичності сприяє зрівноваженню базисних потреб індивідуума з його можливостями й обдарованістю. На формування еґо-ідентичності великий вплив мають дитячі роки та соціальні групи, із якими особистість себе ідентифікує. Нездатність досягти еґо-ідентичності або криза ідентичності для молоді людини може виявлятися в труднощах вибору професії чи освіти, у відмові приймати наявні соціальні ролі й нерідко в неадекватному пошуку свого місця в суспільстві. Саме кризою ідентичності в цьому віці Е. Еріксон пояснював деякі види деліквентної поведінки серед молоді.

Інший, оптимістичніший, підхід до природи людини характерний для гуманістичних теорій, що розглядають людину як активного творця власного життя, який має змогу вільно вибирати й розвивати стиль життя. Так, К. Роджерс стверджував, що сама сутність людини постійно рухає її в напрямі особистісного зростання, творчості й самодостатності, що вона завжди перебуває у процесі становлення [15]. Цю сутність учений визначав як «замість» чи «Я-концепцію», що символізує головну частину свідомого досвіду індивіда, концепцію про те, що людина собою являє. Її зміст – продукт процесу соціалізації й формується через взаємодію з оточенням, зокрема зі значущими іншими. За зразок психічного здоров'я він називав «повноцінну функціонуючих» людей, відкритих для переживань, що довіряють їм і вільно рухаються у напрямі самоактуалізації.

Уже праці А. Маслоу присвячено дослідженням психологічних особливостей людей, які досягли, як уважав учений, повного особистісного розквіту і яких він називав самоактуалізованими [11]. Він запропонував 15 ключових характеристик для опису самоактуалізованої людини та визначив такі умови її формування: зосередженість особистості на реалізації власного «Я»; кожен свій вибір робити на користь можливості власного зростання; ставати більш реалістичним, існувати фізично відповідно до своєї власної природи; бути чесним і приймати на себе відповідальність за власні дії; прислухатися до себе й давати можливість своєму «Я» різнобічно виявлятися; бажати бути гарним настільки, наскільки це можливо; досягати найвищих переживань; відкривати в собі сильні та слабкі сторони, бути сміливим при подоланні останніх.

Уявлення про здорову, повноцінну людину, соціально зрілу особистість покладено в основу концепції Г. Олпорта [13]. На думку цього вченого, особистість, котра досягла соціальної зрілості, має широкі кордони «Я», здатність до теплих, щирих соціальних відносин, позитивне уявлення про себе, може контролювати власні емоційні стани, здатність до самопізнання й почуття гумору, має систему цінностей, що містить головну мету чи тему, що й робить життя осмисленим, нарешті, сприймає інших людей, об'єкти й ситуації такими, якими вони є насправді, прагне особисто досягти вагомих і реальних результатів.

Продовжуючи гуманістичні традиції, В. Франкл порушує проблему відповідальності особистості за своє існування, наполягаючи на тому, що самоактуалізація сама по собі не може бути метою людського життя, бо в цьому випадку особистість замикається на самій собі та проблемах, що стосуються виключно її власного «Я». Для повноцінної особистості характерне прагнення до відкриття сенсу життя, активне відстоювання цього сенсу.

Істотно розширити розуміння процесу соціалізації й намітити шляхи оцінювання його успішності можна на основі праць вітчизняних авторів, теоретичною основою яких є діяльнісний підхід до вивчення особистості. Так, концепцію становлення особистості як ідею про індивідуально активну людину, яка створює умови свого життя, виробляє до неї своє особисте ставлення, запропонували С. Рубінштейн і Б. Ананьєв. Уміння особистості організувати, планувати власне життя (загалом і його окремих етапів) – важливі показники особистісного розвитку. Умови життя при цьому розглядаються як завдання, що вимагають від людини певних життєвих рішень. Водночас «ставлення до життя» є складною структурою, що включає такі складові, як світосприймання, світогляд, і виявляється в таких аспектах, як діяльність і визначення мети. До речі, Б. Ананьєв відзначав, що особистісна зрілість пов'язана з «процесом завершення соціалізації та формування системи ролей». При цьому критерієм зрілості може бути підвищення функціонального рівня різноманітних механізмів діяльності [2].

Сучасним продовженням концепції особистості як суб'єкта життєдіяльності стала запропонована К. Альбухановою-Славською теорія «життєвої стратегії», відповідно до якої мірою активності й ступенем самостійності особистості в оволодінні культурою, досвідом, соціальними цінностями є їх присвоєння як один із виявів активності людини [1]. Інший бік цього процесу становить об'єктивація, тобто самовираження, самореалізація людини як суб'єкта життя. Співвідношення присвоєння й об'єктивації визначає характер життєвої позиції, типовий стиль поведінки, життєві вибори та переваги. Загалом учена визначає життєву стратегію як вирішення певних життєвих проблем, суперечностей, знаходження конструктивного виходу з них.

У межах діяльнісного підходу О. Асмолов розглядає активність особистості, якою супроводжуються життєві вибори, оволодіння власною поведінкою, використання захисних механізмів, взаємодію з іншими людьми як продуктивний вияв особистості [3]. До того ж на ефективність діяльності, її продуктивність і успішність істотно впливають інструментальні вияви – характер і здібності людини.

**Висновки.** Розглядаючи соціальний розвиток особистості як динамічний процес, що відбувається протягом усього життя, який залежить від впливу безлічі зовнішніх і внутрішніх факторів, можна говорити скоріше про міру соціальної зрілості, що відповідає конкретній віковій групі, ніж про безпосередню відповідність особистісних характеристик певній психологічній моделі успішної соціалізації. Соціальна зрілість особистості виявляється в умінні людини керувати власною поведінкою, організувати свій час і продуктивно його використовувати, у плануванні життєвих цілей і своїх дій, тобто характеризується процесами самоуправління та саморегуляції. При цьому продуктивність життєдіяльності може бути мірою особистісного внеску в пізнавально-перетворювальну діяльність (наприклад, навчання, професійне становлення, взаємодія з іншими людьми). Водночас виявлення суб'єктивного ставлення особи-

стості до результатів своєї діяльності дає змогу визначити ступінь внутрішньої узгодженості, інтерпретацію придбаного досвіду й очікувань щодо себе.

Становлення особистості завжди є значним етапом у життєдіяльності індивіда. Ця значущість щоразу стає його особистісною проблемою, як тільки індивід долає межу власного потенціалу. У силу своєї суспільної природи становлення індивіда стає й соціальною проблемою. Будь-який соціум зацікавлений у тому, щоб особистість кожного його представника максимально вписувалася в його природний порядок. У стабільні періоди розвитку суспільства такий механізм взаємовідносин «індивід – суспільство» налагоджений і гострота становлення особистості спадає. Однак вона неймовірно зростає тоді, коли змінюється звичний порядок життя соціуму й особистостей. З огляду на це надзвичайно посилюється увага до тих підвалів, які лежать в основі процесу становлення особистості.

#### Список використаної літератури:

1. Абульханова-Славская К.А. Стратегия жизни / К.А. Абульханова-Славская. – М. : Мысль, 1991. – 300 с.
2. Ананьев Б.Г. О проблемах современного человекознания / Б.Г. Ананьев. – М. : Наука, 1977. – 380 с.
3. Асмолов А.Г. Личность как предмет психологического исследования / А.Г. Асмолов. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 1984. – 104 с.
4. Батищев Г.С. Категория противоречия и её мировоззренческая функция / Г.С. Батищев // Диалектическое противоречие. – М., 1979. – С. 39–58.
5. Бахтин М.М. К философии поступка / М.М. Бахтин // Философия и социология науки и техники : ежегодник 1984–1985. – М., 1986. – 176 с.
6. Гарасимів Т.З. Самореалізація особистості як процес усвідомленого і цілеспрямованого розкриття сутнісних сил / Т.З. Гарасимів // Вісник Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна. Серія «Право». – 2009. – № 872. – Вип. 2 (6). – С. 53–57.
7. Гумбольдт В. Идеи к опыту, определяющему границы деятельности государства / В. Гумбольдт // Язык и философия культуры. – М. : Прогресс, 1985. – С. 31.
8. Кант И. Всеобщая естественная история и теория неба : сочинения : в 6 т. / И. Кант. – М. : Мысль, 1963. – Т. 1. – 1963. – 510 с.
9. Коган Л.Н. Цель и смысл жизни человека / Л.Н. Коган. – М. : Мысль, 1984. – С. 143–144.
10. Маркузе Г. Эрос и цивилизация. Философское исследование учения Фрейда / Г. Маркузе ; пер. и предисл. А.А. Юдина ; общ. ред. А.А. Жаровского. – К. : Гос. б-ка Украины для юношества : [Port-Royal], 1995. – 320 с.
11. Маслоу А. Новые рубежи человеческой природы / А. Маслоу ; пер. с англ. – М. : Смысл, 1999. – 425 с.
12. Нестеренко В.Г. Вступ до філософії : онтологія людини / В.Г. Нестеренко. – К., 1995. – 335 с.
13. Олпорт Г. Становление личности : [избр. тр.] / Г. Олпорт ; пер. с англ. Л.В. Трубицыной и Д.А. Леонтьева ; под общ. ред. Д.А. Леонтьева. – М. : Смысл, 2002. – 461 с.
14. Поппер К. Відкрите суспільство та його вороги / К. Поппер. – К. : Основи, 1994. – Т. 1. – 1994. – 288 с.
15. Роджерс Рэнсом К. Взгляд на психотерапию. Становление человека / К. Рэнсом Роджерс ; пер с англ. – М. : Прогресс, 1994. – 480 с.
16. Соціальна філософія : короткий енциклопедичний словник / за заг. ред. В.П. Андрущенко, М.І. Горлача та ін. – К. ; Х. : Рубікон, 1997. – С. 272 279.
17. Фролов И.Т. О жизни, смерти и бессмертии / И.Т. Фролов // Вопросы философии. – 1983. – № 1. – С. 87.
18. Фромм Э. Психоанализ и этика / Э. Фромм. – М., 1993. – С. 11.
19. Хьелл Л. Теории личности / Л. Хьелл, Д. Зиглер. – СПб. : Питер, 1999. – 606 с.
20. Эриксон Э.Г. Идентичность : юность и кризис / Э.Г. Эриксон. – М. : Прогресс, 1996. – 396 с.
21. Koch H. Karl Marx und die "Selbstverwirklichung des Individuums" // Einheit. – Berlin, 1973. – № 11. – S. 1283.



## КОНСТИТУЦИОННОЕ И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

УДК 342.565.2

### ДЕЯКІ ЗАУВАЖЕННЯ ЩОДО ПРОЕКТУ ЗМІН ДО КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ В ЧАСТИНІ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВОСУДДЯ

Сергій РІЗНИК,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри конституційного права

Львівського національного університету імені Івана Франка

#### SUMMARY

This article is devoted to the issue of constitutional justice reform by the Constitution of Ukraine amendment, the relevance of which directly derives from the role of constitutional justice as a mean of the state democratization. On the basis of a scientific analysis of the draft amendments to the Constitution developed by the Constitutional Commission, a detailed attention is paid to the advantages and disadvantages of every proposal effecting constitutional jurisdiction. In particular, there is given an evaluation of positions providing the introduction of a constitutional complaint, identification of the Constitutional Court of Ukraine place in the system of state bodies, amendment of the judges of the Constitutional Court legal status, determination of the constitutional jurisdiction decisions validity and the author's conclusions on the priority and feasibility of certain innovations are outlined.

**Key words:** constitutional justice in Ukraine, constitutional reform, body of constitutional jurisdiction, competence of the Constitutional Court of Ukraine.

#### АНОТАЦІЯ

Статтю присвячено проблемі реформування конституційного правосуддя шляхом унесення змін до Конституції України, актуальність якої безпосередньо впливає з ролі конституційного правосуддя як засобу демократизації держави. На основі наукового аналізу проекту змін до Основного Закону, розробленого Конституційною Комісією, детальна увага приділяється перевагам і недолікам кожної із пропозицій, що стосуються конституційної юрисдикції. Зокрема надається оцінка положенням, що передбачають запровадження інституту конституційної скарги, окреслення місця Конституційного Суду України в системі органів державної влади, зміну правового статусу судді Конституційного Суду України, визначення юридичної сили рішень органу конституційної юрисдикції, а також викладено висновки автора щодо пріоритетності й доцільності окремих нововведень.

**Ключові слова:** конституційне правосуддя в Україні, конституційна реформа, орган конституційної юрисдикції, компетенція Конституційного Суду України.

**Постановка проблеми.** З метою напрацювання узгоджених пропозицій щодо змін до Конституції України із залученням до цієї роботи представників різних політичних сил, громадськості, вітчизняного та міжнародного експертного середовища, сприяння досягненню громадського й політичного консенсусу щодо вдосконалення конституційного регулювання суспільних відносин в Україні, 03 березня 2015 р. в Україні утворено Конституційну Комісію як спеціальний допоміжний орган при Президентіві України [1].

**Актуальність теми.** Одним із результатів роботи цієї Комісії став проект змін до Конституції України в частині правосуддя [2], низка пропозицій якого стосується вдосконалення конституційної юстиції в Україні. Загалом стосовно цієї частини законопроекту варто відзначити, що новели, запропоновані Конституційною Комісією, є необхідними, конструктивними, виваженими та системними. Поряд із цим деякі положення законопроекту містять певні недоліки, а тому з урахуванням тієї обставини, що остаточне рішення щодо кінцевої його редакції, який буде поданий до Верховної Ради України суб'єктом конституційної ініціативи – Президентом України, ще не сформовано, нижче викладено деякі зауваження й висновки, що можуть бути взяті до уваги на будь-якій із наступних стадій прийняття законопроекту.

Крім того, варто взяти до уваги, що одним із важливих завдань конституційної реформи, окрім безпосереднього напрацювання змін до Основного Закону, є забезпечення широкого громадського та професійного обговорення пропозицій щодо проведення конституційної реформи в Україні за участі провідних фахівців у галузі конституційного й інших галузей права, у сфері суспільно-політичних наук, громадських діячів, представників громадських об'єднань і міжнародних організацій [1].

**Мета статті** полягає в дослідженні та науковій оцінці стану реформування конституційного правосуддя в Україні й ролі вдосконалення положень Конституції України в цьому процесі. З метою вироблення обґрунтованих висновків і пропозицій щодо конкретних положень проекту змін до Конституції України, необхідним є детальний аналіз запропонованих законодавчих новел і можливих конституційно-правових наслідків їхнього запровадження.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Позитивним фактом варто вважати високий рівень залучення до аналізу й обговорення вказаних змін фахового та експертного середовища, далеко не всі представники якого включені до складу Конституційної Комісії. Є підстави сподіватися, що це суттєво сприятиме не лише якості змісту законопроекту, а й забезпечить його підтримку як у парламенті, так і в суспільстві. На жаль, важливість цих обставин не

була належно оцінена під час роботи над ще одним важливим проектом змін до Конституції щодо децентралізації влади. Це стало однією з причин українського резонансного в негативному плані процесу його попереднього схвалення Верховною Радою України, не забезпечило дуже необхідної в таких справах високої легітимності документа.

З іншого боку, схвальною видається активна позиція самих науковців, які на основі багатого матеріалу попередніх періодів суттєво доповнюють сучасні знання у сфері реформування конституційного правосуддя, що будуть корисними не тільки для внесення змін до Конституції України, а й для подальшого організаційно-правового забезпечення судової реформи в Україні. Тому серед представників науки конституційного права в цьому контексті хотілося б виділити праці таких учених, як М. Козюбра, В. Мусіяка, А. Селіванов, І. Сліденко, В. Федоренко, С. Шевчук.

Натомість варто визнати, що низка наукових робіт, присвячених питанням реформування правосуддя загалом і конституційного правосуддя зокрема, мають занадто теоретичний характер і навряд чи можуть бути корисними для вирішення конкретних проблем сучасного етапу правового вдосконалення України. На думку І. Сліденка, в аналітиці конституційного права вже відзначено дивну особливість більшості досліджень, які стосуються конституційного контролю, – у них ідеться про сутнісне, а не про належне. Із конституційним контролем відбувається певного роду брутальна містифікація – замість пошуків оптимальності автори обмежуються різного роду констатаціями, що своєю основою, як правило, мають екстракти з витворів національного законодавця [3, с. 10].

Тому поступово потрібно відходити від звички орієнтувати свої наукові роботи, відштовхуючись виключно від особистих зацікавлень, а підпорядковувати наукову діяльність актуальним потребам суспільства, гострим викликами сьогодення. Адже національна адаптація ідеї конституційного контролю в Україні задумувалася як один із засобів демократизації нової незалежної держави на засадах верховенства права, незалежності, колегальності, рівноправності суддів, гласності, повного й усебічного розгляду справ та обґрунтованості прийнятих ним рішень. Кожна із цих засад мала гарантувати високий авторитет Конституційного Суду України як основний інструмент його ефективності в межах виконання місії щодо утвердження верховенства Конституції України на всій території держави.

Водночас практика реалізації цих принципів, як і в багатьох інших сферах суспільного життя в Україні, не завжди відповідала їх декларованим положенням. Із понад 300 рішень і висновків, прийнятих за час існування Конституційного Суду України, лише частина з них зробила значний вклад в утвердження на території України ідеалів демократії й конституціоналізму. Поряд із цим низка актів єдиного органу конституційної юрисдикції неоднозначно вплинула на процес українського державотворення, а деякі з них стали одними із ключових факторів, що призвели до Революції Гідності 2014 р. і подальших військово-політичних процесів [4, с. 99].

У зв'язку з цим аналіз пропонує змін до Конституції України, з якими пов'язується багато сподівань, видається виправданим і необхідним завданням.

Так, запропоновано доповнити ст. 55 Конституції України ч. 3 такого змісту: «Кожному гарантується право звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, передбачених цією Конституцією, та в порядку, визначеному законом».

Ця новела давно потребувала свого нормативного закріплення, особливо на конституційному рівні, оскільки інститут конституційної скарги є універсальним для демократичних держав засобом не лише захисту прав і свобод людини та громадянина, а й інструментом утвердження авторитету Конституції як суспільного договору й акта установчої влади народу в інтересах кожного громадянина.

Для розвитку наведеної норми проектом передбачено нову ст. 151-1, що закріплює таке: «Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України (конституційність) закону України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований при ухваленні остаточного судового рішення в її справі закон України суперечить Конституції України. Конституційна скарга може бути подана в разі, якщо всі національні засоби юридичного захисту вичерпані».

Безумовно, практична реалізація вказаних принципових конституційних положень залежатиме від її законодавчого продовження, а тому вкрай важливим завданням експертного середовища є якісна робота над законом щодо правового статусу конституційної скарги, деталізації підстав і порядку її подання до Конституційного Суду України.

Запропоновано вилучити із тексту розділу VIII Конституції («Правосуддя») ті її норми, що присвячені регулюванню відносин, пов'язаних із діяльністю Конституційного Суду України. Така пропозиція свідчить про зміну фундаментального позиціонування єдиного органу конституційної юрисдикції та надання йому додатково особливої статусу, який не може бути охоплений межами лише однієї з «гілок» влади. Така новела є слушною, оскільки логічно зумовлена сутнісною відмінністю в правовій природі як судів загальної юрисдикції та Конституційного Суду України, так і суддів указаних державних інституцій.

Водночас ст. 147 Конституції України запропоновано викласти в новій редакції, зокрема вилучити з неї положення про те, що Конституційний Суд України є єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні. Напевне, указана пропозиція є одним із найсуттєвіших недоліків законопроекту. Продиктована попередньо описаною логікою відмежувати Конституційний Суд України від судової влади, вона не враховує всіх можливих негативних практичних наслідків, зокрема некоректного розуміння її змісту суб'єктами правозастосування, що, навпаки, зможе призвести до неприродного дублювання повноважень судів загальної юрисдикції та Конституційного Суду України.

Відповідні побоювання, навіть без такої новели, уже висловлюються чільними представниками конституційно-правової науки і практики. Прийняття ж такої новели може створити додаткову зайву плутанину в частині конституційного праворозуміння виключності конституційної юрисдикції, призвести до випадків виходу за межі компетенції судів загальної юрисдикції.

Із цього приводу варто навести витяг із Окремої думки судді М.І. Мельника стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо децентралізації влади вимогам ст. 157 і 158 Конституції України. Так, в окремій думці слушно вказано на таке: «Законопроектом пропонується наділити префекта правом зупиняти дію актів місцевого самоврядування з мотивів їх невідповідності Конституції України «з одночасним зверненням до суду». Таким чином, у Законопроєкті передбачено, що розгляд вказаного звернення префекта здійснюватиметься судом загальної

юрисдикції... З цього випливає, що запропонованими Законом змін до Основного Закону України на суди загальної юрисдикції покладається обов'язок перевіряти акти місцевого самоврядування на відповідність їх Конституції України за ініціативою префекта. ... Конституцією України надається достатньо повноважень судам загальної юрисдикції безпосередньо застосовувати її норми навіть в разі дії чинного, але неправового закону чи іншого нормативно-правового акта. Водночас Основним Законом України в жодному разі не допускається можливості підміни судами загальної юрисдикції виключних повноважень Конституційного Суду України» [5].

Іншими словами, вилучення положення про виключність належності конституційної юрисдикції Конституційному Суду України створить додаткові загрози для належної реалізації виключних завдань конституційної юстиції, може призвести до непередбачуваних наслідків у сфері судового правозастосування.

Зазначене водночас не применшує позитивних сторін запропонованої ст. 147 Основного Закону. Наприклад, у разі її схвалення ч. 1 звучатиме так: «Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність законів та інших нормативних актів Конституції України і здійснює офіційне тлумачення Конституції України, а також здійснює інші повноваження відповідно до цієї Конституції».

Як видно, ця норма передбачає вилучення з компетенції Конституційного Суду України офіційного тлумачення законів, що є схвальною та недискусійною пропозицією, оскільки відображає не лише зарубіжну практику, а й відповідає призначенню й правовій природі Суду, більш розумно розмежує завдання парламенту та конституційної юстиції.

За неврахування деяких значно більш важливих конституційно-юрисдикційних проблем певною мірою дивує надмірна увага законопроекту до не надто важливого філологічного вдосконалення конституційного тексту, саме (далеко не виключно): замість ст. 148 «Конституційний Суд України складається з вісімнадцяти суддів Конституційного Суду України», пропонується варіант «До складу Конституційного Суду України входять вісімнадцять суддів Конституційного Суду України». Як видно, змістова різниця між указаними текстами не простежується.

В умовах необхідності пошуку вирішальних для майбутнього держави, усього Українського народу рішень щодо національного конституційного вдосконалення такі зміни зменшують усвідомлення важливості, цінності сучасного етапу державотворчого процесу, відволікають увагу експертів і всіх активних зацікавлених громадян від справді пріоритетних завдань реформування конституційного ладу України. Дуже важливо пам'ятати про необхідність утримуватися від необов'язкових змін до Конституції, виходячи хоча б з норми ч. 2 ст. 158 Конституції України про те, що Верховна Рада України протягом строку своїх повноважень не може двічі змінювати одні й ті самі положення Конституції України. Отже, у разі виникнення необхідності справді сутнісних змін до Основного Закону український парламент ризикує зіштовхнутися з виключно процедурними перешкодами здійснення конституційного вдосконалення, що будуть зумовленими абсолютно другорядними мотивами лексико-граматичної корекції тих чи інших норм Конституції.

Доповнення ст. 148 нормою про те, що «відбір кандидатів на посаду судді Конституційного Суду України здійснюється на конкурсних засадах у визначеному зако-

ном порядку», видається таким, що не відповідає високому конституційному рівню, тим більше, що не породжує практично жодних самостійних правових наслідків. Це питання може бути повністю вирішено виключно на законодавчому рівні.

Перевагою законопроекту є також відмова від збільшення мінімального віку для судді Конституційного суду до 45 років (як це було визначено попередньою редакцією та піддалося критиці експертів і Венеційської комісії). Натомість у вказаній редакції залишились підвищені вимоги щодо стажу роботи кандидата на посаду судді КСУ тощо, які видаються не надто обґрунтованими, а саме: статтею передбачено, що суддею Конституційного Суду України може бути громадянин України, який на день призначення досяг сорока років, має вищу юридичну освіту і стаж наукової діяльності в галузі права або професійний стаж роботи суддею чи адвокатом щонайменше п'ятнадцять років, проживає в Україні протягом останніх двадцяти років і володіє державною мовою.

Тут усе ж важливо усвідомлювати, що фаховість такого високого рівня важко виміряти формальними чи віковими категоріями. Формальні обмеження мають стати лише тим мінімумом, із якого починається пошук видатних і, що найважливіше, авторитетних представників науки й галузі конституційного права для виконання почесної функції судді Конституційного Суду України [4, с. 105].

Значною перевагою законопроекту є новела ст. 149 Основного Закону, відповідно до якої суддя Конституційного Суду України не може бути без згоди Конституційного Суду України затриманий чи утримуватись під вартою до винесення обвинувального вироку судом, за винятком затримання його під час учинення або безпосередньо після вчинення злочину.

Усунення від цього питання парламенту (як передбачає чинна Конституція України) та Вищої Ради Юстиції (Правосуддя), як передбачено в законопроекті щодо недоторканності народних депутатів і суддів, є серйозним кроком у напрямі утвердження незалежності конституційної юстиції в Україні. У цьому аспекті варто також підтримати конституційні положення ст. 149 проекту про те, що суддя Конституційного Суду України не несе юридичної відповідальності за голосування у зв'язку з ухваленням Судом рішень і наданням ним висновків, за винятком учинення злочину або дисциплінарного проступку. Держава забезпечує особисту безпеку суддів Конституційного Суду України та їхніх сімей.

Варто також схвально відзначити врахування проміжного висновку Венеційської комісії до ст. 150 Конституції України й визначення предметом конституційного контролю саме нормативні акти відповідних органів влади.

Хоча це зауваження з першого погляду може видатися надто формальним, але все ж уважаємо за необхідне відзначити, що з погляду юридичної техніки незрозумілим є розміщення в тексті законопроекту п. 1-1 ст. 150 Конституції. Зокрема, у документі вказано так: «До повноважень Конституційного Суду України належить: ... 1-1) вирішення питання за зверненням Президента України про відповідність Конституції України акта голови громади, ради громади, районної, обласної ради; Пункт із проекту закону про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)».

У цьому випадку важливо не допуститися процедурної помилки, адже якщо це пункт із проекту закону щодо децентралізації влади, то потрібно потурбуватися, щоб його

не було в тексті законопроекту щодо правосуддя, що буде поданий до парламенту. Адже він уже є попередньо схваленим Верховною Радою й має всі шанси бути остаточно прийнятим на поточній парламентській сесії. Як уже зазначалося вище, Верховна Рада України протягом строку своїх повноважень не може двічі змінювати одні й ті самі положення Конституції України. Тому, якщо цей пункт залишити в тексті рецензованого законопроекту, це може створити зайві непотрібні процедурно-процесуальні труднощі, спровокувати передумови для псевдо-правової казуїстичної риторики противників конституційної реформи, аж до порушення вказаного питання перед Конституційним Судом України тощо.

Викликає сумнів уточнена редакція доповнення ст. 151 Основного Закону нормою такого змісту: «Конституційний Суд України за зверненням Президента України або щонайменше сорока п'яти народних депутатів України надає висновки про відповідність Конституції України (конституційність) питань, які пропонуються для винесення на всеукраїнський референдум за народною ініціативою». Отже, предмет конституційного контролю зведено до референдумів виключно за народною ініціативою. Натомість, відповідно до ст. 85 Конституції України, до повноважень Верховної Ради України належить призначення всеукраїнського референдуму з питань, визначених ст. 73 цієї Конституції (виключно всеукраїнським референдумом вирішуються питання про зміну території України).

Як видається, конституційне звуження можливості реалізації однієї з основних форм прямої демократії, безпосереднього народного волевиявлення – референдуму за народною ініціативою – через запровадження попереднього конституційного контролю питань, що на нього виносяться, логічно потребувало б поширення такого підходу й на референдум про зміну території України. В умовах сучасного рівня геополітичного напруження та загроз національній безпеці України такий зміст конституційного нововведення демонстрував би більш комплексне й системне бачення конституцієдавця. Тому попередня редакція статті, що направлялася для отримання проміжного висновку Венеційської комісії, видавалася більш виправданою.

Ст. 151-2 законопроекту передбачено таке: «Рішення та висновки, ухвалені Конституційним Судом України з питань, передбачених пунктами 1, 2 частини першої статті 150, частиною другою статті 151, статтею 151-1 цієї Конституції, є обов'язковими до виконання на території України, остаточною і не можуть бути оскаржені».

Указана норма потребує виправлення, адже, окрім повноважень, що закріплені в перелічених статтях Конституції, Конституційний Суд України також дає висновок про ВР АРК Конституції України або законів України перед до-

строковим припиненням парламентом повноважень Верховної Ради Автономної Республіки Крим (п. 28 ст. 85), дає висновок щодо додержання конституційної процедури розслідування й розгляду справи про імпічмент (ст. 111), дає висновок щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції вимогам ст. ст. 157 і 158 цієї Конституції (ст. 159). Висновки, прийняті щодо цих справ, теж є обов'язковими до виконання на території України, остаточною і не можуть бути оскаржені. Відсутність указівки на цю обставину в указаному проекті незрозуміла.

**Висновки.** Підсумовуючи, потрібно погодитись із думкою, що важливим у дослідженні конституційного контролю є елемент системності. Перефразовуючи М. Гумільова, можна зазначити таке: кожен інститут у державі є водночас системою й елементом системи. Як система він підтримує власні функціональні параметри, виконує необхідні умови для всіх стадій свого буття. Як елемент системи вищого порядку він задовольняє потреби цієї системи й, отже, одержує право на існування [3, с. 23].

Звичайно, викладені вище зауваження до проекту змін до Конституції України в частині конституційного правосуддя жодною мірою не претендують на вичерпну системність чи беззаперечність, але можуть бути добрим поштовхом для продовження аналізу порушених питань з метою посилюючого внеску кожного в досягнення давно очікуваного в Україні стану реального конституціоналізму, правової, демократичної, справедливої держави.

#### Список використаної літератури:

1. Про Конституційну Комісію : Указ Президента України // Урядовий кур'єр. – 2015 р. – № 41.
2. Проект змін до Конституції України в частині правосуддя, схвалений Конституційною Комісією та направлений до Венеційської Комісії [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://constitution.gov.ua/work/item/id/16>.
3. Сліденко І.Д. Феноменологія конституційного контролю. Генеза, природа і позиціонування в контексті аксіологічних, епістемологічних, праксіологічних, синергетичних аспектів : [монографія] / І.Д. Сліденко – К. : Істина, 2010. – 624 с.
4. Різник С.В. Поновлення авторитету Конституційного Суду України як запорука ефективного функціонування держави / С.В. Різник, В.Л. Федоренко // Право України. – 2015. – № 5. – С. 97–110.
5. Окрема думка судді Конституційного Суду України Мельника М.І. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо децентралізації влади вимогам статей 157 і 158 Конституції України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua/doccatalog/document?id=282088>.



## АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

УДК 342.9

### АДМІНІСТРАТИВНІ СТЯГНЕННЯ, ЩО НАКЛАДАЮТЬСЯ ЗА МАРНОТРАТНЕ ВИТРАЧАННЯ ПАЛИВНО-ЕНЕРГЕТИЧНИХ РЕСУРСІВ

Руслана КРАМАР,  
кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін  
Львівського університету бізнесу та права

#### SUMMARY

The article investigates the nature of offenses committed in the sphere of energy resources, describes the administrative penalties imposed for offenses committed in the sphere of energy resources. We analyze the purpose of an administrative penalty imposed for offenses committed in the sphere of energy resources is compliance with the established law and order and ensure the lawful behavior of people in this sphere. With administrative penalties provided by the objective of general and special prevention of offenses.

**Key words:** administrative penalties, administrative enforcement, administrative and legal sanctions, administrative offenses, administrative responsibility, punishment, fuel and energy resources.

#### АНОТАЦІЯ

У статті досліджується сутність правопорушень, учинених у сфері паливно-енергетичних ресурсів, дається характеристика адміністративних стягнень, що накладаються за правопорушення, учинені у сфері паливно-енергетичних ресурсів. Аналізується мета адміністративних стягнень, що накладаються за правопорушення, учинені у сфері паливно-енергетичних ресурсів, яка полягає в дотриманні встановленого правопорядку й забезпеченні правомірної поведінки осіб у зазначеній сфері. За допомогою адміністративних стягнень забезпечується мета загального й спеціального запобігання правопорушенням.

**Ключові слова:** адміністративні стягнення, адміністративний примус, адміністративно-правові санкції, адміністративні правопорушення, адміністративна відповідальність, міра покарання, паливно-енергетичні ресурси.

**Постановка проблеми.** Проблема ефективного використання паливно-енергетичних ресурсів, що на сьогодні визначена в Україні як одна з пріоритетних, може вирішуватися як законодавчим шляхом, тобто законами, указами й постановами, так і через розвиток загальної культури та енергетичної свідомості народу. Забезпечення прав людини здійснюється із використанням широкого комплексу соціальних і державно-правових заходів, серед яких своє місце посідає й запобігання правопорушенням, що вчиняються у сфері паливно-енергетичних ресурсів, адміністративно-правових заходів.

**Актуальність теми.** Актуальність проблеми дослідження полягає в тому, що, незважаючи на те що окремі аспекти використання паливно-енергетичних ресурсів досліджувалися О.М. Бандуркою, А.Т. Комзюком, І.В. Діяком, М.П. Ковалком, А.М. Новицьким, О.В. Панібрацькою, А.К. Шидловським, П.Ф. Шпаком, Ю.С. Шемшученко, А.Я. Олейниковою, окремі теоретичні та практично-прикладні питання визначення адміністративних правопорушень, учинених у сфері паливно-енергетичних ресурсів, і застосування санкцій за такі діяння досліджено недостатньо, тому існує об'єктивна потреба наукового пошуку в цьому напрямі.

**Метою статті** є на основі узагальнення теоретичних досліджень і положень чинного законодавства України вивчити заходи адміністративного примусу, зокрема адміністративні стягнення, які накладаються за правопорушення, учинені у сфері паливно-енергетичних ресурсів в Україні.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Управління суспільством, забезпечення суспільної дисципліни й правопорядку здійснюється за допомогою активних способів цілеспрямованого впливу на свідомість і поведінку людей. Одним із таких способів є адміністративні стягнення. Адміністративні стягнення значною мірою впливають на підтримання правопорядку в країні, сприяють запобігання вчиненню правопорушень.

Для адміністративного стягнення як явища соціально-правової дійсності системне представлення його компонентів, елементів і взаємозв'язків має принципове теоретичне значення. Від того, що розуміється під системою адміністративних стягнень, які й у якому порядку включаються до цієї системи каральні заходи, як вони співвідносяться між собою й застосовуються, залежить майже все, що асоціюється з адміністративним стягненням.

Реальні правопорушення ставлять під безпосередню загрозу об'єкти, що охороняються правом, заподіюючи їм шкоду. Інтереси їхнього захисту вимагають припинення дій, що порушують правові норми. Із цією метою представники влади, зокрема виконавчі органи та їхні посадові особи, наділяються в законодавчому порядку відповідними повноваженнями. Існує широкий діапазон заходів, що зумовлюється необхідністю швидкого й ефективного припинення неправомірних посягань на громадян, суспільні та державні інтереси. Для забезпечення діяльності стосовно припинення адміністративних правопорушень відповідні органи наділяються необхідними повноваженнями щодо застосування адміністративних запобіжних заходів, від

права вимагати від громадян і посадових осіб припинення адміністративного правопорушення до застосування штрафних санкцій.

Значення цих заходів у системі адміністративного примусу важко переоцінити, оскільки в процесі їхнього застосування припиняються суспільно небезпечна діяльність і настання шкідливих наслідків. На відміну від адміністративно-запобіжних заходів, підставою застосування запобіжних заходів є не можлива, а реальна небезпека, яка становить загрозу для об'єктів, що охороняються правом.

Адміністративний примус є одним із видів державного примусу, що має своїм призначенням охорону суспільних відносин, які складаються у сфері державного управління, адміністративно-примусовими засобами. Заходи адміністративного примусу встановлюються державою. Вони широко використовуються в процесі виконавчої діяльності відповідними державними органами та їхніми посадовими особами, слугують результатом вияву державно-владних повноважень.

Адміністративний примус – поняття широке, родове, а форми його конкретного вияву дуже різні, що зумовлено різноманітністю стосунків, які забезпечуються за його допомогою, підставами застосування, повноваженнями органів і посадових осіб, які наділені правом використання адміністративного примусу тощо.

Серед заходів адміністративного примусу виділяють найбільш важливу групу примусових заходів, що називаються адміністративними стягненнями.

На нашу думку, зміст адміністративних стягнень визначається характером управлінських відносин, що регулюються й охороняються нормами адміністративного права, специфікою посягань на ці відносини. Водночас особливість правопорушень у сфері використання паливно-енергетичних ресурсів полягає в тому, що зазвичай шкода, яка заподіюється адміністративним правопорушенням, має матеріальний характер (марнотратне витрачання паливно-енергетичних ресурсів). Тому адміністративно-правові санкції, що охороняють суспільні відносини у сфері марнотратного використання паливно-енергетичних ресурсів, мають каральний характер, вони містять обов'язок винної особи зазнати певного стягнення, яке суттєво зачіпає особу, її права та блага.

Поняття стягнення як адміністративно-примусового заходу означає, що кожен вид стягнення має кількісні межі й певний зміст. Ніхто не має права виходити за межі кількісних і якісних характеристик стягнення, установлених законом. Лише в межах адміністративного стягнення як міри відповідальності суд має право на основі адміністративного законодавства, визначаючи терміни й режим покарання, установити, у яких кількісних, а в низці випадків і якісних межах застосовується покарання до конкретної особи.

Адміністративне стягнення розглядається як відповідь держави на вчинення адміністративного проступку та регламентується як специфічний спосіб правового реагування на це правопорушення. Не є покаранням і, відповідно, не можуть бути застосовані до особи із посиленням на вчинені нею проступки будь-які заходи, не призначені судом і не передбачені Кодексом України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП). Застосування до громадянина стягнення, що не передбачене законом, суперечить Конституції України та принципам адміністративного законодавства. Незаконним визнається обмеження прав і свобод порушника, не передбачених адміністративним законодавством.

Держава володіє виключною монополією на призначення адміністративного стягнення. Лише вона визначає повноваження у сфері призначення й виконання стягнення, установлює підстави застосування стягнення, види і його зміст. Діючи від імені держави, органи й посадові особи, повноваження яких установлені Конституцією, несуть відповідальність за відповідність практики призначення та виконання застосування стягнення розпорядженням Конституції України, що має вищу юридичну силу. У встановлених законом випадках посадові особи, котрі відповідають за накладення адміністративних стягнень (зокрема інспектори Державної інспекції з енергозбереження), також можуть нести кримінальну й дисциплінарну відповідальність за порушення адміністративного законодавства під час накладення стягнень.

Тільки адміністративне стягнення є встановленою державою мірою відповідальності за адміністративне правопорушення, оскільки воно містить юридичну оцінку протиправного діяння порушника.

Метою адміністративного стягнення, як це зазначено в ст. 23 КУпАП, є виховання особи, котра вчинила адміністративний проступок, у дусі додержання законів, поваги до правил співжиття, а також запобігання вчиненню нових правопорушень як самим правопорушником, так й іншими особами. Адміністративні стягнення характеризуються тим, що несуть у собі елементи карального, виховного та запобіжного характеру (ст. 23 КУпАП) [1].

У свою чергу, професор О. Остапенко вважає, що за своєю сутністю адміністративне стягнення є одним із видів адміністративного примусу [2, с. 36]. Водночас ми погоджуємося з О. Бандуркою та А. Комзюком, які зазначають, що єдиним юридичним інститутом легалізованого примусу щодо всього суспільства є держава загалом [3, с. 21].

За загальним правилом особа, котра вчинила адміністративне правопорушення у сфері використання паливно-енергетичних ресурсів, підлягає відповідальності на підставі законодавства, що діє під час і за місцем учинення правопорушення (ч. 1 ст. 8 КУпАП). Виняток передбачений ст. 21 КУпАП, згідно з якою орган, уповноважений розглядати справи про адміністративні правопорушення, з урахуванням характеру вчиненого правопорушення й особи правопорушника може звільнити його від адміністративної відповідальності, передавши матеріали на розгляд громадськості для вжиття заходів громадського впливу [1]. Разом із тим цей виняток зазвичай не поширюється на адміністративні правопорушення, учинені у сфері використання паливно-енергетичних ресурсів.

Відповідно до ст. 23 КУпАП, адміністративне стягнення є мірою відповідальності й застосовується з метою виховання особи, яка вчинила адміністративне правопорушення, у дусі додержання законів України, поваги до правил співжиття, а також запобігання вчиненню нових правопорушень як самим правопорушником, так й іншими особами [1].

Державний характер заходу примусу означає, що покарання може бути призначене лише від імені держави, є публічно-правовою, державною оцінкою діяння як протиправного.

Відновлення державою соціальної справедливості шляхом застосування стягнення до правопорушника здійснюється як до суспільства загалом, так і до порушника зокрема. Соціальна справедливість у суспільстві відновлюється в можливих межах: держава за рахунок штрафу відшкодовує заподіяний збиток частково або повністю, громадяни

переконаються в тому, що держава здатна забезпечити покарання особи, яка порушує норми адміністративного права, і карає його відповідно до закону, урахувавши принципи гуманізму, відповідності, ефективності. Щодо сторони, яка зазнала збитків (у нашому випадку це підприємства, установи, організації, інженерні об'єкти тощо), соціальна справедливість полягає у припиненні правопорушення та відновленні нормального порядку функціонування, порушеного адміністративним проступком. Адже адміністративні стягнення лише тоді виконують свою соціальну функцію, коли вони виконані, а порушник зазнав передбачених правообмежень і незручностей. Якщо ж стягнення не виконане або реалізоване частково, то результативність його не відчувається, тому ефективність накладених адміністративних стягнень зумовлена рівнем їхньої реалізації [4, с. 10].

Адміністративне стягнення має забезпечити можливість відшкодування заподіяної шкоди й у можливих межах – відповідність обмеження прав і свобод порушника спричиненій ним шкоді.

Отже, ми вважаємо, що змістом мети адміністративного стягнення, що накладається за правопорушення, учинене у сфері паливно-енергетичних ресурсів, є дотримання встановленого правопорядку й забезпечення правомірної поведінки осіб у зазначеній сфері. За допомогою адміністративних стягнень забезпечується мета загального та спеціального запобігання правопорушенням.

Загальне запобігання полягає в тому, що адміністративне стягнення на конкретного правопорушника накладається для того, щоб інші особи не здійснювали правопорушень. Загальнозапобіжний характер має сама наявність закону, що містить міру адміністративної відповідальності за можливе порушення встановлених державою правил.

Спеціальне запобігання характеризується тим, що адміністративне стягнення, впливаючи на конкретного правопорушника, спонукає його не вчиняти нових правопорушень.

Певною мірою адміністративне стягнення, досягаючи мети загального та спеціального запобігання адміністративним правопорушенням, реалізує функції, аналогічні профілактиці правопорушення.

Водночас зрозуміло, що, незважаючи на наявність певних рис виховного характеру в адміністративному стягненні, їхня сутність полягає в примусовому впливі на правопорушника з боку компетентних органів держави.

Законодавче закріплення максимуму й мінімуму покарання слугує гарантією забезпечення принципу законності. Проте свою службову роль санкція адміністративної норми виконує за умови, якщо її мінімальна та максимальна межі відповідають небезпеці проступку і якщо вона ефективно використовується судами. Через це оцінювання ефективності санкції, на нашу думку, має передбачати врахування двох основних аспектів. Перший – статичний, тобто той стримуючий потенціал, який спочатку закладений у санкції. Вона має бути настільки суворою, щоб могла стримати потенційного правопорушника від учинення проступку. Другий аспект – динамічний, це життя санкції, застосування її в судовій практиці, використання обсягу її репресивної дії.

Міра покарання повинна відповідати тяжкості вчиненого адміністративного правопорушення, а у зв'язку з цим і особи винного. Необхідно насамперед урахувати характер суспільної небезпеки адміністративного правопорушення. Це узагальнена оцінка скоєного, яка залежить від ступеня

суспільної небезпеки правопорушення, заподіяної шкоди інтересам, що охороняються законом. Більш небезпечні адміністративні правопорушення повинні призводити до накладення й більш суворих стягнень. Тому органи та посадові особи зобов'язані застосовувати стягнення, які відповідають ступеню вчиненого адміністративного правопорушення, що досягається шляхом вибору відповідного стягнення і його розміру в межах, передбачених санкцією норми.

Під час накладення адміністративного стягнення варто враховувати обставини, що стосуються особи порушника, для пом'якшення або посилення покарання в межах, передбачених санкцією норми. У зв'язку з цим ми вважаємо, що при цьому має враховуватися таке:

– обставини, що стосуються характеристики особи (ставлення до праці, колективу, державного й суспільного майна, дотримання ним громадського порядку, дисципліни тощо);

– ставлення порушника до вчиненого адміністративного проступку – міри провини.

Добровільне виконання порушником накладеного стягнення (наприклад, самостійна сплата штрафу протягом встановленого терміну) не змінює примусовий характер цієї міри, оскільки держава завжди залишає за собою право примусити винного виконати ті правообмеження, які є наслідком застосування стягнення. У випадку застосування ст. 98 КУпАП штраф може бути примусово стягнений із заробітної плати порушника або стягнення може бути здійснене за рахунок його особистого майна.

Адміністративне право передбачає різні види стягнень. Виходячи з аналізу положень КУпАП, усі адміністративні стягнення можна поділити на такі види:

1. Залежно від порядку застосування:

– в адміністративному порядку;

– у судовому порядку.

2. Залежно від суб'єкта відповідальності:

– застосовуються до фізичних і посадових осіб;

– містять посилання на особливий статус порушника як суб'єкта певного виду адміністративного проступку (керівники адміністративно-господарських служб підприємств).

3. Залежно від тривалості стану покарання:

– одноразові (штраф);

– такі, що тривають (позбавлення спеціального права).

4. Залежно від наслідків:

– заходи виправного та виховного характеру (штраф);

– заходи, які запобігають скоєнню інших правопорушень (позбавлення спеціального права, наданого цьому громадянину).

Застосування такого стягнення обумовлено ст. 24 КУпАП, згідно з якою штраф зараховано до адміністративних стягнень. Уточнює це положення ст. 27 КУпАП, відповідно до якої штраф є грошовим стягненням, що накладається на громадян і посадових осіб за адміністративні правопорушення у випадках і розмірі, встановлених цим Кодексом та іншими законами України. Окремо законодавець наголошує на застосуванні грошових стягнень у вигляді штрафу на посадових осіб. Дещо співвідносним із цим поняттям є й термін «господарсько-адміністративний штраф» – це грошова сума, що сплачується до державного бюджету суб'єктом господарювання – правопорушником – у передбачених законом випадках» [5, с. 173]. Сума адміністративного штрафу підлягає зарахуванню в бюджет у повному обсязі відповідно до чинного законодавства.

За одиницю обчислення адміністративного штрафу, згідно із Законом України «Про внесення змін до Кодексу

України про адміністративні правопорушення щодо посилення адміністративної відповідальності у вигляді штрафу» від 7 лютого 1997 р., прийнято неоподатковуваний мінімум прибутків громадян. Відповідно, ст. 98 КУпАП покарання за марнотратне витрачання паливно-енергетичних ресурсів призначає у вигляді суми, кратній неоподатковуваним мінімумам доходів громадян.

Ст. 98 КУпАП передбачено як санкція штраф у таких розмірах:

1) від десяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян – у разі марнотратного витрачання паливно-енергетичних ресурсів, систематичної прямої втрати стисненого повітря, води й тепла, спричиненої несправністю арматури, трубопроводів, теплоізоляції трубопроводів, печей і тепловикористовуючого устаткування, використання без дозволу енергопостачальної організації електричної енергії для опалення службових та інших приміщень, а також для не передбаченої виробничим процесом мети; безгосподарне використання електричної енергії для освітлення;

2) від п'яти до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян – за недотримання вимог нормативної та проектної документації щодо теплоізоляції споруд, інженерних об'єктів і під'їздів житлових будинків, яке зумовлює зниження теплового опору огорожувальних конструкцій, вікон, дверей в опалювальний сезон.

Відмінність у розмірах штрафу зумовлена діями порушника й ступенем шкоди, яка була завдана внаслідок цих дій. Зокрема, більш суворе покарання призначається за ч. 1, оскільки марнотратне витрачання паливно-енергетичних ресурсів (електричної енергії, стисненого повітря, води й тепла) полягає в безгосподарності їхнього використання та призводить до втрат ресурсів матеріально-технічної бази підприємств, установ і організацій. Наслідком цього є неможливість використання втрачених ресурсів у виробничих процесах, погіршення економічного стану юридичної особи тощо.

Також варто згадати, що ст. 98 КУпАП є не єдиним нормативним документом, який регламентує відповідальність за порушення у сфері паливно-енергетичних ресурсів і передбачає покарання порушників в адміністративному порядку.

Окремим положенням законодавець установив, що законами України може бути встановлено й інші, крім зазначених у цій статті, види адміністративних стягнень, що надає можливість органам, які накладають адміністративні стягнення за порушення у сфері використання паливно-енергетичних ресурсів, застосовувати й інші стягнення, передбачені чинним адміністративним законодавством.

Разом із тим стягнення застосовується не тільки до осіб, задіяних тією чи іншою мірою у виробничому процесі, а й до осіб, на яких обов'язками покладено дотримання вимог нормативної й проектної документації щодо теплоізоляції споруд, інженерних об'єктів і під'їздів житлових будинків, оскільки в опалювальний сезон наслідком цього може бути зниження теплового опору огорожувальних конструкцій, вікон, дверей. У зв'язку з більш низьким рівнем шкоди, яка, отже, може бути завдана цим діянням, покарання за нього є меншим удвічі – п'ятдесят неоподаткованих мінімумів доходів громадян (ч. 2 ст. 98 КУпАП) на противагу ста (ч. 1 тієї самої статті).

У законодавчих актах про адміністративні правопорушення, як правило, містяться відносно визначені розміри

штрафів, що накладаються, і повноважним органам надається право визначати розміри штрафу в установлених межах з урахуванням конкретних обставин цієї справи про адміністративне правопорушення.

Виконання постанови про накладення адміністративне стягнення за марнотратне використання паливно-енергетичних ресурсів покладається на особу, щодо якої винесена ця постанова. Особливістю виконання постанови про накладення адміністративного штрафу є те, що протягом установленого терміну він може бути сплачений самою особою, притягнутою до відповідальності. У разі несплати штрафу порушником у строк постанова виконується через Державну виконавчу службу Міністерства юстиції України [6]. Утримання доходу здійснюється в примусовому порядку із заробітку, а в разі його відсутності утримання звертається на особисте майно правопорушника й іншу власність, що належить йому.

Штраф може бути накладений не пізніше як через два місяці з дня вчинення правопорушення, а за тривалого правопорушення – два місяці з дня його виявлення.

Отже, штраф за марнотратне витрачання паливно-енергетичних ресурсів характеризується такими ознаками:

- застосовується за вчинення адміністративного проступку за ст. 98 КУпАП;
- є виявом державного примусу;
- полягає в обмеженні майнових інтересів;
- застосовується до відповідних посадових осіб;
- застосовується щодо самого порушника й ні за яких обставин не може бути перекладений на інших осіб;
- поєднує в собі водночас моральне засудження та матеріальну дію;
- стягується одноразово;
- накладається в особливому процесуальному порядку – провадження в межах адміністративного судочинства;
- становить від п'яти до ста неоподаткованих мінімумів доходів громадян (залежно від характеру й ступеня вини порушника).

Крім штрафів, з метою урегулювання питань, пов'язаних із енергозбереженням, за перевитрати паливно-енергетичних ресурсів понад установлені показники норм питомих витрат суб'єкти господарювання сплачують збір (енергетичний збір) у розмірі 200% вартості перевитрачених ресурсів. До обсягу перевитрат паливно-енергетичних ресурсів, на які нараховується енергетичний збір, не включається обсяг видів палива та паливно-енергетичних ресурсів, отриманих суб'єктом господарювання з альтернативних джерел енергії.

**Висновки.** Проведений аналіз свідчить, що, незважаючи на значну кількість адміністративних правопорушень у сфері використання паливно-енергетичних ресурсів, карність за їх учинення все ще залишається низькою. Однією з важливих причин цього є унормування покарань підзаконними, а не законодавчими актами. Найоптимальнішим засобом, який дав би змогу розв'язати значну кількість адміністративних правопорушень у цій сфері, вважається прийняття Верховною Радою України Законів України: «Про Державне агентство з енергоефективності й енергозбереження України» і «Про Державну інспекцію з енергозбереження», замість відповідних постанов Кабінету Міністрів України.

Змістом мети адміністративного стягнення, що накладається за правопорушення, учинене у сфері паливно-енергетичних ресурсів, є дотримання встановленого правопорядку й забезпечення правомірної поведінки осіб у



зазначеній сфері. За допомогою адміністративних стягнень забезпечується мета загального та спеціального запобігання правопорушенням.

**Список використаної літератури:**

1. Кодекс України про адміністративні правопорушення станом на 12 січ. 2015 р. – Х. : Право, 2015. – 330 с.

2. Адміністративна діяльність : [навч. посіб.] / [В.В. Навіков, М.В. Ковалів, В.П. Столбовий та ін.] ; за ред. О.І. Остапенка. – Львів : ЛІВС, 2002. – 252 с.

3. Комзюк А.Т. Заходи адміністративного примусу в правоохоронній діяльності міліції: поняття, види та

організаційно-правові питання реалізації : [монографія] / А.Т. Комзюк ; за заг. ред. О.М. Бандурки. – Х. : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2002. – 336 с.

4. Додін Е.В. Исполнение постановлений о наложении административных взысканий : [учеб. пособ.] / Е.В. Додин. – Одесса : АО БАХВА, 1999. – 66 с.

5. Щербина В.С. Господарське право України : [навч. посіб.] / В.С. Щербина. – 2-е вид., перероб. і доп. – К. : Юрінком Інтер, 2001. – 384 с.

6. Про державну виконавчу службу : Закон України від 24.03.1998 р. № 202/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 36–37. – Ст. 243.



УДК 343.811:342.9

## АДМІНІСТРАТИВНІ ПОСЛУГИ В УСТАНОВАХ ДЕРЖАВНОЇ КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ

**В'ячеслав ПУЗИРНИЙ,**

кандидат юридичних наук, доцент

Навчально-наукового інституту права і соціальних технологій  
Чернігівського національного технологічного університету

### SUMMARY

The article studies the concepts and types of administrative services in the institutions of the State Penal Service of Ukraine. It analyzes the legal basis for providing administrative services by the penal institutions and determines the features of such services. Administrative services in establishments of execution of punishments were defined as a set of procedures that are carried out by the authorized personnel of the establishments and bodies of executing punishments with the aim to ensure realization of the separate subjective rights of the condemned persons in legal relationship which have no character of the criminal and executive. The ways to improve the legal regulation on providing the administrative services by the institutions of the State Penal Service of Ukraine are proposed.

**Key words:** administrative service, the state penal service of Ukraine, penal institutions.

### АНОТАЦІЯ

Статтю присвячено дослідженню понять і видів адміністративних послуг в установах Державної кримінально-виконавчої служби України. Проаналізовано правові основи надання адміністративних послуг установами виконання покарань і з'ясовано ознаки таких послуг. Адміністративні послуги в установах виконання покарань визначено як сукупність процедур, які здійснюються уповноваженим персоналом установ та органів виконання покарань з метою забезпечення реалізації окремих суб'єктивних прав засуджених осіб у правовідносинах, що не мають характеру кримінально-виконавчих. Запропоновано шляхи вдосконалення законодавчого регулювання надання адміністративних послуг установами Державної кримінально-виконавчої служби України.

**Ключові слова:** адміністративна послуга, Державна кримінально-виконавча служба України, установи виконання покарань.

**Постановка проблеми.** Надання громадянам якісних адміністративних послуг є одним із основних завдань сучасної української держави. Адміністративні послуги варто розглядати як один із показників рівня досконалості наявної моделі відносин органів виконавчої влади з громадянами. Саме поняття «послуга» як служіння з добрими намірами вказує на обов'язок держави вирішувати проблеми й потреби своїх громадян у прозорий, необтяжливий і зручний для них спосіб.

Сфера адміністративних послуг та особливості їх надання в Україні є малодослідженими, порівняно з провідними демократичними державами. Недостатньо розроблені й потребують осмислення та обґрунтування, зокрема, питання нормативно-правового забезпечення механізмів надання адміністративних послуг у різних сферах. Особливого значення набувають адміністративні послуги в установах виконання покарань. Наявна схема обслуговування громадян у цих установах фактично перебуває поза межами законодавчого регулювання, що створює сприятливе підґрунтя для різного роду зловживань і маніпуляцій у цій галузі. Тому питання адміністративних послуг в установах Державної кримінально-виконавчої служби України (далі – ДКВС України) значною мірою потребують фундаментальних наукових досліджень і відповідного адміністративно-правового оформлення.

**Актуальність теми.** Проблеми надання адміністративних послуг в Україні аналізували В.Б. Авер'янов, Ю.В. Боковінова, С.Д. Дубенко, І.В. Ковбас, І.Б. Коліушко, К.І. Мельников, В.І. Мельниченко, М.Б. Острах,

Г.М. Писаренко, Н.Г. Плахотнюк, Б.Г. Савченко, В.П. Тимошук і багато інших учених. Водночас питання наукового дослідження й удосконалення законодавчого регулювання адміністративних послуг в установах ДКВС України в сучасній юридичній науці не розкривалося, а отже, потребує відповідного аналізу та наукової аргументації.

**Метою статті** є дослідження понять і видів адміністративних послуг в установах ДКВС України.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Вивчення сучасних напрацювань у сфері забезпечення прав засуджених осіб і діяльності системи виконання покарань дає змогу виділити деякі достатньо прогресивні думки, які засвідчують перебудову розуміння процесу виконання покарань. Зокрема, правильною є позиція з приводу того, що, оскільки суспільство є замовником соціального продукту, який надають йому кримінально-виконавчі установи, а від його якості залежить суспільна безпека, його громадяни повинні бути найбільше зацікавленими в тому, щоб персонал кримінально-виконавчої системи якісно впливав на засудженого, а відповідно, і на суспільне благополуччя [1, с. 20–21].

У 2015 р. укладачі аналітичних матеріалів «Проблеми забезпечення прав засуджених у пенітенціарній системі України» зробили для себе, як вони самі зазначають, абсурдний висновок – те, що Державна пенітенціарна служба України (ДПтС України) переважно надає адміністративні послуги фізичним і юридичним особами [2, с. 30–31]. Такий висновок автори зробили після аналізу статусних адміністративних нормативно-правових актів. Зокрема,

вони зазначають, що ДПтС України як центральний орган виконавчої влади може виконувати тільки окремі функції із реалізації державної політики (тоді як на неї покладається завдання повного забезпечення та реалізації політики в цій сфері); а також, відповідно до ст. 17 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади», передбачають такі основні завдання цих органів: надання адміністративних послуг; здійснення державного нагляду (контролю); управління об'єктами державної власності; унесення пропозицій щодо забезпечення формування державної політики на розгляд міністрів, які спрямовують і координують їхню діяльність; здійснення інших завдань, визначених законами України та покладених на них Президентом України. Якщо більшість функцій центрального органу виконавчої влади становлять функції з управління об'єктами державної власності, що належать до сфери його управління, центральний орган виконавчої влади утворюється як агентство. Якщо ж більшість функцій становлять контрольні-наглядові функції із дотриманням державними органами, органами місцевого самоврядування, їхніми посадовими особами, юридичними та фізичними особами актів законодавства, то центральний орган виконавчої влади утворюється як інспекція. Найменування «служба» може надаватись лише в тому разі, коли більшість функцій становлять функції з надання адміністративних послуг [2, с. 31]. Отже, логічним є висновок, зроблений ученими раніше, що за формальними ознаками відповідає нормативному змістові публічно-сервісної діяльності центральних органів виконавчої влади. Зважаючи на це, спробуємо встановити основні характеристики, які підтвердять гіпотезу про те, що ДПтС України або її органи й установи можуть бути суб'єктами надання адміністративних послуг.

Провадження з надання адміністративних послуг – це врегульований адміністративно-правовими нормами порядок діяльності органів виконавчої влади та місцевого самоврядування із розгляду заяви фізичної або юридичної особи про видавання адміністративного акта (дозволу, ліцензії, реєстрації, сертифіката тощо), спрямованого на забезпечення її прав і законних інтересів та/або на виконання особою визначених законом обов'язків [3, с. 179].

Адміністративна послуга, на думку Г.М. Писаренко, – це правовідносини, що виникають під час реалізації суб'єктивних прав фізичної або юридичної особи (за їхньою заявою) у процесі публічно-владної діяльності адміністративного органу для отримання певного результату [4, с. 170]. Публічні послуги – це всі послуги, які надаються публічним сектором і за надання яких відповідальність несе публічна влада [5, с. 117]. Публічно-владна послуга такий вид послуг, що надаються органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування (органами (особами), наділеними публічно-владними повноваженнями) з метою забезпечення прав, свобод і охоронюваних законом інтересів фізичних осіб та прав і законних інтересів юридичних осіб і надання яких пов'язане з реалізацією владних повноважень [6, с. 187].

Деякі науковці вважають за доцільне використання визначення «адміністративні послуги», звертаючи увагу, що так зване «широке» розуміння поняття управлінських послуг фактично тотожне поняттю «державні послуги», що охоплює також послуги, за надання яких органи державної влади й органи місцевого самоврядування несуть опосередковану відповідальність, хоча безпосередньо їх не надають (наприклад, медична допомога). Звернено також увагу на те, що управлінська послуга має кінцеву форму

індивідуального адміністративного акта і є результатом адміністративного провадження, тому є доцільним використання терміна «адміністративні послуги» [7, с. 171].

Слушними, на нашу думку, є зауваження, висловлені з цього приводу С.Д. Дубенко, В.І. Мельниченко та Н.Г. Плахотнюк:

1) відсутність належного законодавчого закріплення, попри ту обставину, що органи державної влади, їхні посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі в межах повноважень і в спосіб, передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19 Конституції України);

2) офіційно затверджені переліки державних послуг не виокремлюють саме адміністративні послуги;

3) частина послуг не пов'язана з реалізацією державно-владних повноважень;

4) до послуг належать дії, що мають внутрішньоорганізаційний характер;

5) послугами визначаються дії, які не мають конкретно замовника в особі юридичної або фізичної особи;

6) серед послуг – дії, що мають характер задоволення потреб працівників певного відомства;

7) послугами в багатьох випадках визначено дії органів влади, пов'язані зі здійсненням контрольні-наглядових повноважень;

8) має місце поділ послуги на кілька споріднених або виокремлення етапів надання послуги як самостійних послуг [8, с. 15–16].

Отже, на нашу думку, адміністративні послуги в умовах виконання покарань – це сукупність процедур, які здійснюються уповноваженим персоналом установ та органів виконання покарань з метою забезпечення реалізації окремих суб'єктивних прав засуджених осіб у правовідносинах, що не мають характеру кримінально-виконавчих.

Продовжуючи дослідження питань публічних послуг, варто визначити їхні ознаки:

1) заявний характер їх отримання;

2) реалізацію владних повноважень у ході їх надання органами (особами), наділеними публічно-владними функціями;

3) реалізацію суб'єктивних прав фізичної чи юридичної особи як мету їх отримання;

4) законодавче визначення права на отримання особою конкретної послуги та відповідних повноважень органів (осіб), наділених публічно-владними функціями з їх надання;

5) формалізацію надання публічно-владних послуг в адміністративному акті (рішенні або дії), який має конкретного адресата – споживача публічно-владної послуги (особа, котра звернулася за цією послугою);

6) задоволення через отримання публічно-владних послуг конкретних потреб фізичної чи юридичної особи (право використання їх на власний розсуд);

7) оперативність (швидкодія) [9, с. 90];

8) безоплатність [6, с. 44].

Основними ознаками адміністративних послуг, на які наголошують учені у своїх роботах, є такі:

– надаються лише за безпосередньою ініціативою (заявою) фізичних і юридичних осіб;

– необхідність і можливість отримання конкретної адміністративної послуги передбачена законом;

– нормативне урегулювання повноважень суб'єктів надання адміністративних послуг;

– для отримання адміністративних послуг фізичним та юридичним особам необхідно виконати певні вимоги, визначені законом;

– адміністративна послуга має кінцеву форму індивідуального адміністративного акта [4, с. 51].

Для установ виконання покарань (далі – УВП) ознаками адміністративних послуг, на нашу думку, є такі:

1) заявний, ініціативний характер (звернення за відповідною послугою здійснюють виключно засуджені особи. Персонал звертається до відповідних центрів надання адміністративних послуг або органу, який наділений відповідною компетенцією);

2) відсутність на цей момент належної правової основи для здійснення відповідного публічного сервісу з боку УВП;

3) особлива процедура, яка повинна передбачати існування спеціального підрозділу УВП із надання послуг переважно за допомогою безпосереднього звернення до суб'єктів надання адміністративних послуг і зворотний зв'язок з боку цих суб'єктів до підрозділу УВП, які, у свою чергу, працюють безпосередньо із засудженими;

4) специфічний перелік послуг (для засуджених переважна кількість адміністративних послуг не є актуальною, а частина – заборонена на час існування особливого правового статусу (судимості));

Такий підхід відповідає сучасним уявленням про розвиток системи надання адміністративних послуг, який, відповідно до профільної Концепції, повинен здійснюватися з урахуванням таких основних принципів:

– доступність послуг для всіх фізичних і юридичних осіб;

– дотримання стандартів надання послуг;

– відповідність розміру плати за послуги економічно обґрунтованим витратам, пов'язаним із їх наданням;

– відкритість [10].

Належність послуг до адміністративних визначається за такими критеріями:

– повноваження адміністративного органу щодо надання певного виду послуг визначається законом;

– послуги надаються адміністративними органами завдяки реалізації владних повноважень;

– послуги надаються за зверненням фізичних і юридичних осіб;

– результатом розгляду звернення є адміністративний акт, що має індивідуальний характер (паспорт, свідоцтво, ліцензія, дозвіл тощо);

– надання послуг пов'язане із забезпеченням створення умов для реалізації фізичними та юридичними особами прав, свобод і законних інтересів [10].

На продовження зазначимо, що в сучасних наукових розробках адміністративно-правової проблеми можна знайти достатню кількість класифікацій адміністративних послуг. Не вдаючись до суттєвого їхнього аналізу, зазначимо позицію Б.Г. Савченко, К.І. Мельникова, Ю.В. Боковінової, котрі зазначають, що якщо розглядати публічні послуги в колі державних послуг, то їх можна класифікувати за такими групами:

1) захист: життя, власності, інтелектуальної власності, довкілля тощо;

2) соціальний захист: дітей, літніх людей, людей з особливими проблемами, безробітних;

3) реєстрація, ліцензування: змін громадянського стану, змін стану об'єктів, суб'єктів, утворення громад, організацій, певних видів діяльності;

4) повсякденна життєдіяльність: охорона здоров'я, забезпечення комунальною, побутовою сферами, аграрні питання;

5) комунікація: пошта, телекомунікації, Інтернет, транспорт, засоби масової інформації;

6) духовне та культурне самовиявлення: відпочинок, культурно-масові заходи, фізична культура і спорт [11, с. 9].

Варто погодитись і з О.О. Кузьменко, що для якісного надання адміністративних послуг «... необхідно не тільки розробити стандарти та законодавчо регламентувати процедуру їх надання, а й забезпечити підготовку державних службовців відповідного рівня, які будуть організовувати та надавати ці послуги. При цьому керівництво повинно враховувати, наскільки б досконаліми не були системи управління якістю, організація та технології надання адміністративних послуг – за всім цим стоїть людина, її професійна підготовка, фізіологічні та психічні особливості» [12, с. 15].

Повертаючись до аргументації адміністративних послуг у системі ДКВС України, розглянемо нормативно-правові основи надання цих послуг. Основним законом у цій сфері є Закон України «Про адміністративні послуги» [13]. Цей Закон запроваджено з метою створення доступних і зручних умов для реалізації й захисту прав, свобод і законних інтересів фізичних і юридичних осіб щодо отримання адміністративних послуг, запобігання проявам корупції під час надання адміністративних послуг.

Законом, серед іншого, передбачається таке:

– визначення поняття адміністративної послуги та принципів її надання, суб'єкта надання адміністративної послуги, засад його діяльності, обов'язків адміністративного органу, у тому числі щодо забезпечення права одержувачів адміністративних послуг на одержання повної й достовірної інформації про порядок і строк надання адміністративної послуги;

– установлення вичерпного переліку адміністративних послуг;

– установлення заборони делегування суб'єктам господарювання повноважень із надання адміністративних послуг. При цьому передбачається можливість делегування (якщо це передбачено законом) таких повноважень лише бюджетним установам, що перебувають у сфері управління відповідних адміністративних органів;

– установлення заборони адміністративним органам (крім бюджетних установ, яким, відповідно до закону, делеговано повноваження з надання адміністративної послуги) надавати платні господарські послуги;

– визначення критеріїв, за якими встановлюються розмір плати за послуги, порядок установлення плати за надання адміністративних послуг;

– запроваджується порядок, за яким фізична особа має право на отримання адміністративної послуги у відповідному адміністративному органі чи центрі з надання адміністративних послуг, незалежно від реєстрації місця проживання чи місця перебування такої особи, а оплата повної вартості платної адміністративної послуги здійснюється одноразово за весь комплекс робіт;

– визначається механізм взаємодії центрів надання адміністративних послуг із адміністративними органами;

– функціонування Єдиного державного порталу адміністративних послуг [13].

У Законі України «Про адміністративні послуги» зазначається, що адміністративна послуга – результат здійснення владних повноважень суб'єктом надання адміністративних послуг за заявою фізичної або юридичної особи, спрямований на набуття, зміну чи припинення прав і/або обов'язків такої особи відповідно до закону. Особливістю правового



регулювання, передбаченого законом, є те, що його дія не поширюється на відносини щодо виконання покарань. Якщо виходити із буквального тлумачення цієї норми, то адміністративні послуги не надаються щодо всіх видів кримінальних покарань, хоча на це немає прямої вказівки в законі. Отже, по-перше, закон про адміністративні послуги тільки вказує на відносини у спеціальній сфері – виконання покарань, натомість особливості провадження щодо адміністративних послуг стосовно осіб, які відбувають покарання, цей закон не передбачає. Фактично, це означає, що засуджені особи не можуть користуватись публічними послугами, що за своєю сутністю є обмеженням їхніх прав. Зокрема, ст. 7 Кримінально-виконавчого кодексу України (далі – КВК України) передбачає, що держава поважає й охороняє права, свободи та законні інтереси засуджених, забезпечує необхідні умови для їхнього виправлення й ресоціалізації, соціальну та правову захищеність і їхню особисту безпеку. Також положення згаданої статті передбачає, що правовий статус засуджених визначається законами України, а також цим Кодексом, виходячи з порядку й умов виконання та відбування конкретного виду покарання. Наприклад, серед основних прав засуджених, зазначених у ст. 8 КВК України, передбачається також право на соціальне забезпечення, яке не може бути реалізоване силами самих установ виконання покарань [14].

По-друге, указівка закону на відносини у сфері виконання покарань, на нашу думку, не означає, що процеси, що відбуваються в установах, які їх виконують, мають кримінально-виконавчий характер (про що йшлося раніше в цій роботі). Тому функціонування кримінально-виконавчих установ не позбавлене елементів публічної адміністрації, що повинні забезпечити надання окремих послуг для засуджених осіб.

По-третє, для зменшення несприйняття розуміння адміністративних послуг у сфері виконання покарань у широкому розумінні надалі ми розглядаємо адміністративні послуги УВП більше з технологічного боку. Широке розуміння адміністративних послуг у цій сфері – це взагалі парадигма того, що самі процедури реалізації покарання – це адміністративні послуги, які надаються спеціальними установами (виконання покарань) для держави та на її замовлення, мають особливе значення для ефективного функціонування системи протидії злочинності й кримінальної юстиції.

**Висновки.** Ураховуючи вищевикладене, можемо констатувати, що «технологічна» концепція нашого бачення природи адміністративної діяльності в питаннях надання адміністративних послуг в установах виконання покарань полягає в такому.

Адміністративні послуги в установах виконання покарань – це сукупність процедур, які здійснюються уповноваженим персоналом установ та органів виконання покарань з метою забезпечення реалізації окремих суб'єктивних прав засуджених осіб у правовідносинах, які не мають характеру кримінально-виконавчих.

Адміністративні провадження з надання адміністративних послуг – це врегульований адміністративно-правовими й процесуальними нормами порядок здійснення діяльності персоналом установ виконання покарань, що включає процедури забезпечення реалізації окремих суб'єктивних прав засуджених осіб у правовідносинах, що не мають характеру кримінально-виконавчих.

Суб'єктами надання адміністративних послуг є персонал установ виконання покарань, на який покладено

обов'язок розгляду звернень засуджених осіб із питань, що не є кримінально-виконавчими та потребують урегулювання через видавання адміністративного акта. У випадку неможливості вирішення самостійно питань, які є предметом надання адміністративної послуги, персонал УВП взаємодіє із центрами надання адміністративних послуг та іншими суб'єктами надання владних послуг.

Перелік послуг, за якими можуть звертатись засуджені особи: державна реєстрація припинення юридичної особи в результаті її ліквідації (якщо засуджена особа є засновником юридичної особи); державна реєстрація припинення підприємницької діяльності фізичною особою-підприємцем за її рішенням (якщо засуджена особа не змогла зробити це на більш ранніх стадіях кримінального провадження); державна реєстрація права власності на нерухоме майно, інших речових прав на нерухоме майно; видавання витягу, інформаційної довідки та виписки з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно; оформлення й видавання паспорта громадянина України; оформлення й видавання паспорта громадянина України в разі обміну, замість пошкодженого, втраченого або викраденого; уклеювання до паспорта громадянина України фотокартки при досягненні громадянином 25- й 45-річного віку; реєстрація місця перебування особи; оформлення та видавання довідки про реєстрацію місця проживання або місця перебування особи; оформлення пенсії відповідно до законодавства про пенсійне забезпечення; реєстрація актів цивільного стану, якщо однією зі сторін є засуджена особа.

Алгоритм процедури надання адміністративної послуги – етапи звернення та надання послуги. В УВП це такі етапи:

I етап. Ініціатива з боку засудженого (оформлюється відповідною заявою, яку візує начальник установи, де надається вказівка до виконання). Безпосереднє звернення до суб'єкта надання адміністративної послуги (на нашу думку, цими питанням повинен займатись спеціальний відділ із надання адміністративних послуг УВП). Персонал цього відділу не обов'язково повинен бути атестованим, достатньо фахівців – державних службовців.

II етап. Вирішення питання по суті (звернення персоналу зазначеного відділу УВП до уповноваженого суб'єкта державно-владних послуг; розгляд останнім справи та видавання відповідного адміністративного акта; передавання до УВП).

III етап. Надання результату засудженій особі.

З метою урегулювання цих питань у системі адміністративної діяльності у сфері виконання покарань ми пропонуємо таке:

1. Пункт 8 ч. 2 ст. 2 Закону України «Про адміністративні послуги» виключити.

2. Унести до глави 17 КВК України «Умови відбування покарання в колоніях» ст. 107-1 «Адміністративні послуги у виправних колоніях та особливості їх реалізації» такого змісту:

«Адміністративні послуги в установах виконання покарань – це сукупність процедур, які здійснюються уповноваженим персоналом установ виконання покарань з метою забезпечення реалізації окремих суб'єктивних прав засуджених осіб у правовідносинах, які не мають характеру кримінально-виконавчих.

Перелік послуг, за якими можуть звертатись засуджені особи: державна реєстрація припинення юридичної особи в результаті її ліквідації (якщо засуджена особа є засновником юридичної особи); державна реєстрація припинення

підприємницької діяльності фізичною особою-підприємцем за її рішенням (якщо засуджена особа не змогла зробити це на більш ранніх стадіях кримінального провадження); державна реєстрація права власності на нерухоме майно, інших речових прав на нерухоме майно; видавання витягу, інформаційної довідки та виписки з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно; оформлення й видавання паспорта громадянина України; оформлення й видавання паспорта громадянина України в разі обміну, замість пошкодженого, утраченого або викраденого; уклеювання до паспорта громадянина України фотокартки при досягненні громадянином 25– й 45-річного віку; реєстрація місця перебування особи; оформлення та видавання довідки про реєстрацію місця проживання або місця перебування особи; оформлення пенсії відповідно до законодавства про пенсійне забезпечення; реєстрація актів цивільного стану, якщо однією зі сторін є засуджена особа».

3. Унести відповідні зміни до Розпорядження Кабінету Міністрів України «Деякі питання надання адміністративних послуг органів виконавчої влади через центри надання адміністративних послуг» від 16 травня 2014 р. № 523-р.

4. Видати спільний наказ Міністерства юстиції України та Міністерства внутрішніх справ України (у частині повноважень міграційної служби), Міністерства соціальної політики України (у частині суб'єктів пенсійного забезпечення), у якому розробити чіткий алгоритм спільних заходів щодо надання відповідних послуг засудженим особам.

5. Ужити комплекс заходів щодо інформування громадськості й самих засуджених про нові можливості, які відкриваються перед спецконtingентом за допомогою формування спеціальної сторінки на сайті ДПТС України та сайтах регіональних територіальних управлінь і УВП.

#### Список використаної літератури:

1. Проблеми забезпечення прав засуджених у кримінально-виконавчій системі України / [В.А. Бадира, О.П. Букалов, А.П. Гель, М.В. Романов, І.С. Яковець] ; за заг. ред. Є.Ю. Захарова. – Х. : Права людини, 2011. – 368 с.

2. Дотримання прав людини у пенітенціарній системі України / [К.А. Автухов, А.П. Гель, М.В. Романов, В.О. Човган, І.С. Яковець] ; за заг. ред. М.В. Романова. – Х. : ПРАВА ЛЮДИНИ, 2015. – 480 с.

3. Острах М.Б. Проведення з надання адміністративних послуг в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / М.Б. Острах ; Міжнародний університет бізнесу та права. – Херсон, 2013. – 236 с.

4. Писаренко Г.М. Адміністративні послуги в Україні: організаційно-правові аспекти : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Г.М. Писаренко ; Одеська національна юридична академія. – Одеса, 2006. – 199 с.

5. Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід і пропозиції для України / автор-упорядник В.П. Тимошук. – К. : Факт, 2003. – 496 с.

6. Ковбас І.В. Публічно-владні послуги як засіб забезпечення державою реалізації прав людини : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / І.В. Ковбас ; Національний університет державної податкової служби України. – Ірпінь, 2011. – 231 с.

7. Коліушко І.Б. Адміністративні послуги з боку органів виконавчої влади / І.Б. Коліушко, В.П. Тимошук // Виконавча влада і адміністративне право / за заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К. : Ін-Юре, 2002. – 668 с.

8. Дубенко С.Д. Адміністративні послуги органів виконавчої влади: теоретичні підходи до вирішення практичних завдань (на допомогу слухачам системи підвищення кваліфікації державних службовців) / С.Д. Дубенко, В.І. Мельниченко, Н.Г. Плахотнюк. – К. : НАДУ, 2008. – 44 с.

9. Ковбас І.В. Дефінітивно-сутнісний аналіз публічно-владних послуг / І.В. Ковбас // Науковий вісник Чернівецького університету. – 2008. – Вип. 478 : Правознавство. – С. 88–91.

10. Про схвалення Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2006 року № 90-р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/90-2006-p>.

11. Удосконалення механізмів надання публічних послуг населенню : [метод. реком.] / [Б.Г. Савченко, К.І. Мельникова, Ю.В. Боковікова та ін.] ; за заг. ред. Б.Г. Савченка. – К. : НАДУ, 2009. – 28 с.

12. Кузьменко О.О. Адміністративно-правове забезпечення менеджменту в державній податковій службі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / О.О. Кузьменко ; Національний університет державної податкової служби України. – Ірпінь, 2009. – 19 с.

13. Про адміністративні послуги : Закон України від 06 вересня 2012 року № 5203-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 32. – Ст. 409.

14. Кримінально-виконавчий кодекс України від 11 липня 2003 року № 1129-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 3–4. – Ст. 21.

УДК 352:342.924(477)

## PROCEDURE OF MAKING ADMINISTRATIVE AGREEMENTS BY LOCAL SELF-GOVERNMENT BODIES

Viktor KHOMENKO,  
lecturer of the department of private courses  
the University of Modern Knowledge

### SUMMARY

The article deals with the stages of making administrative agreement by local self-government bodies. The author proposes to divide the procedure of making administrative agreement into general and special one. General procedure establishes the following stages: 1) organizational stage; 2) making an offer on administrative agreement; 3) consideration of the offer and adjustment of terms of the agreement; 4) making administrative agreement. In turn, special procedure includes the following stages: 1) competition announcement. 2) submission of applications for participation in competition; 3) competition; 4) making an agreement.

**Key words:** administrative agreement, stages, local self-government bodies, essential conditions of the agreement.

### АНОТАЦІЯ

У статті розглянуто стадії укладення адміністративного договору органами місцевого самоврядування. Запропоновано поділити процедуру укладення адміністративного договору на загальну та спеціальну. У загальній процедурі укладення адміністративних договорів виділено такі стадії: 1) організаційну стадію; 2) висловлення пропозиції на укладення адміністративного договору; 3) розгляд пропозиції та узгодження умов договору; 4) укладення адміністративного договору. У свою чергу спеціальна процедура укладення адміністративного договору передбачає такі стадії: 1) оголошення про проведення конкурсу; 2) подачу заявок на участь у конкурсі; 3) проведення конкурсу; 4) укладення договору.

**Ключові слова:** адміністративний договір, стадії, органи місцевого самоврядування, істотні умови договору.

**I**ssue. Administrative agreement is an important tool in the activities of local self-government bodies. It shall be made in accordance with the special procedure provided by law, as it will decrease an opportunity of its challenging. Such category as “a contract” (agreement) is researched thoroughly in theory and practice of civil law. The Civil Code of Ukraine [1] establishes general requirements to the procedure of making, terminating contracts (agreements), their form, reasons for their nullity. Administrative legislation does not cover these issues. That is why it causes many problems in practice.

**Analysis of recent research and publications.** Such scholars as V. Averianov, K. Afanasiev, Zh. Zavalna, R. Kuidida, R. Melnyk and others researched the issue of administrative agreement. But the scholars did not draw enough attention to the stages of making an administrative agreement. That is why it is the **purpose** of this paper.

**Main body.** The private law knows the principle of freedom of the contract which is provided by p. 1 of art. 1 of the Civil Code of Ukraine [1]. It means that the parties can decide what contract to make and whether there is a need in it. But this principle is not inherent to administrative law that follows from the Constitution of Ukraine. Part 2 of art. 19 of it says that local self-government bodies shall be obliged to act only on the grounds, within the powers, and in the way determined by the Constitution and the laws of Ukraine [2]. In this regard, we can conclude that the right of the local self-government body to make an agreement shall be enshrined in law. If the legislation does not provide it, then the agreement will be void because it will not comply with the Constitution of Ukraine, which is the law of the highest priority.

But it does not mean that administrative agreements cannot be regulated by civil law. As German scholars mention “Unlike administrative acts which legality or nullity is established primarily by law, that caused adoption of a relevant administrative act, validity of an administrative agreement is established by

the Civil Code unless these issues are covered by the special law” [3, p. 321]. In other words, provisions of civil law are applied until they comply with regulations, which stipulate a special procedure of making administrative agreements.

Part 1 of art. 1 of the Civil Code of Ukraine fixes the principle of legal equality, free expression of the will, property autonomy of the parties to the contract. These provisions reach public authorities, local self-government bodies, public authorities of the Autonomous Republic of Crimea and other bodies in accordance with p. 2 of art. 4 of the Civil Code of Ukraine [1]. As the public authorities and local self-government bodies are vested with the power of Ukrainian people, state and territorial community under art. 5 of the Constitution of Ukraine [2], we can conclude that relations between local self-government bodies and private persons (individuals and legal entities), which do not contradict the principle of equality of the parties, can be covered by the Civil Code of Ukraine.

Supporting scholars’ approach that administrative subjects and individuals (legal entities) are technically equal in administrative agreement, we agree that the Civil Code of Ukraine can be applied to all types of administrative agreements.

But this statement shall be enshrined in the future Administrative Procedural Code of Ukraine [4], which draft, by the way, does not contain any provisions on administrative agreement. It is essential to mention in this bill, that the Civil Code of Ukraine is applied to make, amend and terminate administrative agreement unless otherwise is provided by law. It is also important to stipulate in the draft law, that instead of the administrative act, public authority is entitled to make an administrative agreement with the person. In such a way, it will provide parties to administrative relations, particularly individuals, with more freedom. If administrative act is a unilateral act of the will, which mostly imposes obligations on the individual, administrative agreement is some compromise between the local self-government body and individual which imposes rights

and obligations on both parties. Sometimes instead of passing a burden act it is better to make an administrative agreement and provide the person with some free choice.

The absence of the Administrative Procedural Code of Ukraine, which establishes general requirements to the acts of public administration necessitates to search for conditions of making administrative agreements in other legal acts. According to the Law of Ukraine "On Local Self-Governance in Ukraine" local self-government bodies are authorized to make administrative agreements in the following spheres: division of local budget funds, provision of legal aid, education, construction, housing services and utilities, household services, transportation, finances, social and cultural development, planning [5].

At the same time procedure of making these agreements is regulated by various legal acts. We think, that procedure of making administrative agreements can be divided into general and special one. General procedure covers mainly agreements, made between local self-government bodies related to fulfillment of common tasks or between local state administration and local self-government body related to delegation of powers. In other words, it is all about coordination agreements, when the parties are not subordinated and have an equal legal status. But according to art. 18 of the draft law of Ukraine "On the Procedure of Delegating Powers of Executive Bodies and Local Self-Government Bodies" [6] the Verkhovna Rada of Ukraine (Ukrainian Parliament) makes a decision in the form of the law to delegate powers of executive bodies to local self-government bodies or territorial communities. We assume that it is senseless because the procedure of adopting the law is long. At first the draft law is considered in the committees of the Verkhovna Rada of Ukraine and then it should pass several readings in the parliament before adoption. In such a way the need to delegate powers and its immediate delegation will be separated in time and a fast resolution of situation will be impossible. In our opinion, administrative agreement will be more effective here. It should be noted that general procedure of making administrative agreement is not regulated in legislation. That is why we refer to scientific approaches in this sphere.

According to S. Borodovskyi general procedure of making administrative agreements consists of the following stages: 1) organizational one, where the parties of the future agreement are defined, draft agreements are developed, negotiation rules are established; 2) the stage of coordinated approvals, where legal capacity of the parties, the right of the party to the subject of the agreement, opportunity to perform works or providing services are checked; 3) the stage of making an agreement where the will of the parties acquires a necessary form and the agreement is registered in accordance with the procedure provided for certain types of contracts [7, p. 60]. The lack of this approach is that the author did not take into account such an important issue as making an offer to make an agreement by one of the parties. The offer shall contain such essential elements as subject, purpose, duration of the agreement and terms of its performance. Only after doing this the parties adjust the terms of the agreement and develop its provisions.

V. Yusupov notes that to make an administrative agreement the following stages shall be completed: 1) study of the administrative situation by each party to the agreement; 2) choice and analysis of the relevant legal norms; 3) previous adjustment of the content and terms of the agreement; 4) signing of the agreement by the parties [8, p. 75]. We think that choice and analysis of the relevant legal norms are included to all stages of the procedure of making administrative agreements. We cannot accept

the name of the fourth stage. It is better to name it the stage of making an agreement when the signing of the agreement will be just one of the important phases.

In this regard, we propose the following stages of making an administrative agreement:

1) organizational stage, when the situation is studied, necessity to make an agreement and parties are determined;

2) making an offer on administrative agreement. We agree with K. Afanasiev that an offer shall be always in writing. It shall cover all essential conditions, provided by law for these types of agreements. It shall refer to certain subject (subjects) of administrative law and express an intent to establish administrative agreement-based obligations [9, p. 135]. In other words, an offer to make an agreement is a draft of it;

3) consideration of the offer and adjustment of terms of the agreement. On this stage, the party which gets an offer decides on usefulness of its acceptance; negotiates with another party on the essential conditions of the agreement. At this point the agreement is modified and amended; legal capacity of the parties to the agreement is established; consent from the third parties to make an agreement is accepted, if their rights and interests can be affected, and other necessary measures are taken;

4) making administrative agreement. On this stage the parties agree on the essential conditions of the agreement, sign and register it if necessary.

We think that general procedure of making administrative agreement shall be provided by the Administrative Procedural Code [4], which will regulate the actions of the parties. These stages are inherent to all administrative agreement but legislation can establish additional requirements to each of these stages.

Unlike general procedure, special procedure of making administrative agreements is regulated by various legal acts such as the Law of Ukraine "On Public-Private Partnership" [10], the order of the Ministry of Justice of Ukraine dated 15.06.2012 № 891/5 "On Approving the Procedure and Criteria of Involving Legal Entities of Private Law by Local Self-Government Bodies to Provision of Free Primary Legal Aid" [11], regulation of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated 03.12.2008 № 1081 "On Approving the Procedure for Competition in Transportation of Passengers at the Bus Route of General Usage" [12] and others. Analysis of these and other acts allow to separate the following stages of making an administrative agreement:

1. Competition announcement. On this stage all the competition documents are prepared. Place, time, procedure, organizers (competition committee), list of documents to apply for the competition are established. After determining the basic conditions, competition announcement is prepared. It shall be published in local printed media and on the official website of the local self-government bodies. Legal acts stipulate various time limits within which the competition announcement shall be published. For example, the Procedure for Competition in Transportation of Passengers at the Bus Route of General Usage [12] establishes 30 days. At the same time the Law of Ukraine "On Concessions" provides 60 days [13]. In such a way all the interested persons can get acquainted with the competition terms, determine their potential possibility to participate in it and prepare all the necessary documents.

2. Submission of applications for participation in competition. An application and all other documents, established by the competition committee, can be submitted directly to the relevant local self-government bodies or mailed to the competition organizer in accordance with the procedure and within terms provided by the competition announcement. The name



and location of the organizer and participant, name of the project (program) shall be mentioned on the envelope. Regulations stipulate all the necessary documents, which shall be enclosed to the application. Their amount depend on the competition object.

3. Competition. Competition is one of the most important stages because at this point the winner, who will be the party to administrative agreement with local self-government body, is determined. In this regard, competition shall be conducted in accordance with certain principles. Nowadays they are enshrined in the order of the Ministry of Justice of Ukraine dated 15.06.2012 № 891/5 “On Approving the Procedure and Criteria of Involving Legal Entities of Private Law by Local Self-Government Bodies to Provision of Free Primary Legal Aid” [11]. But, in our opinion, they shall cover other competitions, which are organized and conducted by local self-government bodies. These principles include the following: transparency (it means that all interested persons shall have an access to information on the competition, its location and time), equality of competition participants (all persons who meet the competition requirements, can participate in the competition and the local self-government body cannot prevent them from it); fair competition (all the entrepreneurs, who participate in the competition, shall act in accordance with rules, trade and other customs provided for business activity) [14]; efficiency (local self-government body shall choose among all the proposal the one, which meets its needs in the best way, and has the best quality-price ratio); impartial evaluation of competition proposals (local self-government body shall have equal attitude to all participants of the competition and choose the one who meets the requirements in the best way); prevention of conflict of interest and corruption risks (local self-government body shall comply with anti-corruption legislation and prevent corruption offences of competition participants). Upon the competition results, the competition committee decides on the winner and informs him/her about it within terms established by legislation.

4. Making an agreement. Local self-government body makes an administrative agreement with the competition winner. Agreement is considered to be made when the parties agree on the essential conditions and sign the agreement. Legislation can provide essential conditions of the agreement which mean its subject, terms, that are considered essential by law or are necessary for agreements of this type, and other conditions which shall be agreed by the parties upon the request of one party [15]. If the parties do not take them into account, it can cause invalidity or non-signing of the agreement.

Thus, we can draw a conclusion that special procedure of making administrative agreement is more complexes but all these stages are necessary to achieve the result which will comply with the public interest.

In spite of the fact that Ukrainian legislation does not cover this issue, administrative agreements shall be made in writing. This shall be enshrined in the future Administrative Procedural Code of Ukraine. The precondition for it is that administrative agreement shall meet public interest and it refers to many persons. That is why it shall be thoroughly described and provided to the community if necessary. In our opinion, all the administrative agreements which are made by local self-government bodies, shall be published on their official websites. On the one hand, it will enhance public trust to the local self-government bodies, on the other hand, it will increase public control over their activities.

It is necessary to focus on the issues when administrative agreement enters into the force. According to the general rule

it becomes effective after being signed. As the agreement is a tool of consensus, the parties can independently determine the time and terms of its entry into the force. At the same time legislation can stipulate some additional requirements. The Law of Ukraine “On Concessions” provides that if the object of concession belongs to community property, then the authorized body shall register such an agreement with the executive body of the relevant council and inform the State Property Fund of Ukraine that such concession agreement was made [13]. In such a way this agreement will become effective after being registered.

If administrative agreement can affect the rights of the third persons, it will become effective in the event of acceptance of a written consent from them to an agreement. If administrative agreement is made instead of the administrative act, which is considered to be passed after obtaining a permission, consent or coordinating with the other body, it will become effective when the other authority participates in these activities in accordance with the established procedure.

Administrative agreement will be effective until it expires; all the terms of the agreement are performed; or the parties terminate it, and for other reasons which local self-government bodies and its counterparts may establish.

The content of administrative agreement can be changed or amended in accordance with the procedure provided by civil legislation but taking into account peculiarities of administrative agreement. Local self-government body can terminate the agreement, change or amend it to prevent or eliminate harsh consequences which can infringe public interests. At the same time local self-government body shall provide reasoning in its decision and compensate material damage which was caused by it to the party.

It is necessary to pay attention to invalidity of an administrative agreement. Such situation arises, if invalidity is followed from the relevant application of the Civil Code of Ukraine. It mainly refers to the person’s incompliance with such requirements as contradiction of the transaction the interests of state and society, including moral principles; expression of the will of the party to a transaction which corresponds to his/her inner volition; focus on realistic occurrence of legal consequences stipulated by the transaction. A transaction shall be invalid if its invalidity is established by the law (void transaction). In this case, invalidation of the transaction by the court shall not be required (art. 203, 215 of the Civil Code of Ukraine) [1].

As administrative agreement-based relation are covered not only by civil law but also by administrative law it is essential to determine which provisions of this branch of law affect its invalidity. Both administrative act and administrative agreement aim at regulation of relations in the sphere of public law. In this regard, rules of invalidity of administrative acts can apply to administrative agreements. In other words, administrative agreement will be invalid if administrative act of the same content were invalid.

Administrative agreement will be also invalid if local self-government body promises to make an inadmissible action. For example, local self-government body promises to conduct one more competition and make an agreement on transportation of passengers with the entrepreneur without taking into account the other agreement which was made by it last week with another entrepreneur.

**Conclusions.** Thus, according to the mentioned above we draw a conclusion that legislation does not cover the procedure of making administrative agreements. At the same time civil law can cover this issue, if it complies with the nature

of administrative relations. This shall be provided by the future Administrative Procedural Code of Ukraine. Procedure of making administrative agreement can be divided into general and special one. General procedure establishes the following stages: 1) organizational stage; 2) making an offer on administrative agreement; 3) consideration of the offer and adjustment of terms of the agreement; 4) making administrative agreement. In turn, special procedure includes the following stages: 1) competition announcement. 2) submission of applications for participation in competition; 3) competition; 4) making an agreement.

#### References:

1. Цивільний Кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.
2. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
3. Рихтер И. Судебная практика по административному праву : [учеб. пособие] / И. Рихтер, Г.Ф. Шупперт. – пер. с нем. – М. : Юристь, 2000. – 604 с.
4. Проект Адміністративно-процедурного кодексу України [Electronic resource]. – Access mode : [http://search.ligazakon.ua/1\\_doc2.nsf/link1/JF25H00A.html](http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/JF25H00A.html).
5. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.
6. Про порядок делегування повноважень органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування : проект Закону України № 344 [Electronic resource]. – Access mode : <https://www.google.com.ua/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fw1.c1.rada.gov.ua%2Fpls%2Fzweb2%2Fwebproc34%3Fid%3D%26pf3511%3D31553%26pf35401%3D116145&ei=izN3VafEBvGP7AbA-IGoBg&usq=AFQjCNHEKzSjVegYZdDSi4jCDXuAGWSuJg&bvm=bv.95039771,d.ZGU>.
7. Бородовський С.О. Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / С.О. Бородовський ; Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2005. – 209 с.
8. Юсупов В.А. Правоприменительная деятельность органов управления / В.А. Юсупов. – М. : Юридическая литература, 1979. – 136 с.
9. Афанасьев К.К. Адміністративний договір як форма державного управління (теоретико-правовий аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / К.К. Афанасьев ; Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2002. – 191 с.
10. Про державно-приватне партнерство : Закон України від 1 липня 2010 р. № 2404-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 40. – Ст. 524.
11. Про затвердження Порядку та критеріїв залучення органами місцевого самоврядування юридичних осіб приватного права до надання безоплатної первинної правової допомоги : Наказ Міністерства юстиції України від 15 червня 2012 р. № 891/5 [Electronic resource]. – Access mode : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0987-12>.
12. Про затвердження Порядку проведення конкурсу з перевезення пасажирів на автобусному маршруті загально-го користування : Постанова Кабінету Міністрів України від 3 грудня 2008 р. № 1081 [Electronic resource]. – Access mode : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1081-2008-%D0%BF>.
13. Про концесії : Закон України від 16 липня 1999 р. № 997-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 41. – Ст. 372.
14. Майданик Р.А. Цивільне право / Р.А. Майданик [Electronic resource]. – Access mode : <http://weststudents.com.ua/glavy/72037-8-printsip-spravedlivost-dobrosovsnost-rozumnost.html>.
15. Євстігнєєв А.Д. Істотні умови договору за цивільним та господарським кодексами: порівняльний аспект / А.Д. Євстігнєєв // Юридичний журнал. – 2006. – № 1. – [Electronic resource]. – Access mode : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2075>.

## ФИНАНСОВОЕ И НАЛОГОВОЕ ПРАВО

УДК 347.73

### ПРАВОВА ПРИРОДА ПОДАТКОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Анастасія ЛІТВІНЦЕВА,

аспірант кафедри фінансового права юридичного факультету  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

#### SUMMARY

The article concerns the place of tax liability in the system of legal responsibility. The analysis is provided through identification of features which are inherent to the legal nature of this institution. The analysis of scientific literature can provide at least three approaches to determination of the nature of tax liability and its place in the system of legal liability. According to the author, the tax liability should be attributed to financial legal liability. Comprehensive disclosure of the nature of tax liability will increase the level of efficiency of measures and functions of responsibility, including the compensatory function which is the central one. Different approaches to the nature of tax liability provide different relation between the functions of responsibility in respect of public relations. The author highlights the main features and formulated the concept of tax liability.

**Key words:** legal liability, financial liability, tax liability, financial sanctions, compensatory function of responsibility.

#### АНОТАЦІЯ

У статті аналізується місце податкової відповідальності в системі юридичної відповідальності шляхом виявлення особливостей правової природи цього інституту. Аналіз наукової літератури дає змогу виділити щонайменше три підходи до визначення природи податкової відповідальності і її місця в системі юридичної відповідальності. На думку автора, податкову відповідальність потрібно зарахувати до різновиду фінансово-правової. Усебічне розкриття природи податкової відповідальності сприятиме підвищенню рівня ефективності заходів податкової відповідальності й реалізації функцій відповідальності, серед яких на чільне місце варто поставити правовідновлювальну. Різні підходи до природи податкової відповідальності передбачають неоднакове співвідношення напрямів впливу (функцій) відповідальності на суспільні відносини. Виділено основні поняття й сформульовано поняття податкової відповідальності.

**Ключові слова:** юридична відповідальність, фінансово-правова відповідальність, податкова відповідальність, фінансово-правові санкції, правовідновлювальна функція відповідальності.

**Постановка проблеми й актуальність теми.** Актуальність дослідження правової природи податкової відповідальності зумовлюється тим, що в умовах економічного спаду в державі особливу увагу потрібно приділяти правовому регулюванню відносин у сфері оподаткування та відповідальності за податкові правопорушення зокрема. Так, установлення чітких умов останньої й посилення гарантій прав платника податків під час притягнення до відповідальності, безперечно, матиме позитивний ефект на рівень залучення іноземних інвестицій, які, у свою чергу, є необхідними для економічного зростання.

Бюджет країни формується передусім за рахунок надходжень податків і зборів. Отже, ухилення від сплати податків і невиконання інших обов'язків, установлених податковим правом, становлять загрозу нормальному функціонуванню держави. Усебічне розкриття природи податкової відповідальності сприятиме підвищенню рівня ефективності заходів податкової відповідальності й реалізації функцій відповідальності.

Дослідженню фінансово-правової відповідальності присвячені праці російських та українських учених: А.В. Бризгаліної, Л.К. Воронової, А.А. Гогіна, Д.О. Гетманцева, Е.С. Дмитренко, О.С. Ємельянова, А.Й. Іванського, В.П. Нагребельного, Н.В. Сердюкової, Л.В. Тернової, М.І. Трипольської й інших. Податкова відповідальність і податкове правопорушення окремо розглядалися Н.О. Лабутіною, А.В. Роздайбідою, Д.В. Тютніним, Р.С. Юрмашевим. Утім правова природа податкової від-

повідальності залишається малодослідженою в науковій літературі й характеризується багатьма дискусійними питаннями. Зокрема, думки науковців розходяться щодо її місця в системі юридичної відповідальності, а також щодо притаманних їй функцій.

**Метою статті** є визначення місця податкової відповідальності в системі юридичної відповідальності шляхом виявлення особливостей правової природи цього інституту. Дослідження правової природи відповідальності зумовлює необхідність розгляду функцій, оскільки вони конкретизують мету відповідного виду юридичної відповідальності. Аналіз дасть змогу виділити специфічні ознаки та сформулювати визначення податкової відповідальності.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Розуміння правової природи податкової відповідальності безпосередньо пов'язане із вирішенням низки практичних питань. Так, відповідно до ст. 61 Конституції України, забороняється притягнення особи до одного виду відповідальності за одне й те саме правопорушення двічі [1]. Відомо, що застосування до особи правопорушника заходів фінансово-правової відповідальності за деяких обставин може поєднуватися із застосуванням кримінальної чи адміністративної відповідальності. У таких випадках згадана норма Конституції не буде порушена в тому разі, якщо розглядати фінансово-правову відповідальність як окремий вид відповідальності. Крім того, дискусійним є питання зарахування пені до заходів податкової відповідальності. Останнє може викликати проблему встановлення подвійної відповідаль-

ності у випадку накладення штрафу та пені на порушника [2, с. 200].

Розмежування фінансово-правової й адміністративної відповідальності надає можливість дати відповідь на питання: чи правомірним є застосування загальних норм, що регулюють адміністративну відповідальність і закріплені в Кодексі законів про адміністративні правопорушення [3], до податкової відповідальності? Відповідь на це питання тим більше важлива, що, на думку фахівців, процедура притягнення до адміністративної відповідальності надає більше гарантій особі, котра підозрюється в учинення правопорушення [2, с. 73].

Зважаючи на роль, яку відіграє інститут юридичної відповідальності у правовій системі, його поняття й сутність стали об'єктом дослідження багатьох науковців. На нашу думку, найбільш удалим способом визначення сутності юридичної відповідальності є виділення її суттєвих ознак. Традиційно виділяють три основні ознаки юридичної відповідальності:

- 1) державний примус як зміст;
- 2) покладення певних негативних наслідків і додаткових обов'язків на порушника (особистого чи майнового характеру);
- 3) учинене правопорушення як підстава відповідальності [4, с. 293–294].

Остання ознака особливо часто зазнає варіацій у підходах науковців з огляду на виділення форм відповідальності: 1) позитивної (або перспективної); 2) негативної (ретроспективної). Остання настає за вчинене раніше правопорушення та є найбільш поширеною в науковій літературі. Натомість позитивна форма відповідальності передбачає дотримання правових норм і вчинення дій відповідно до об'єктивних вимог цієї ситуації й «об'єктивно зумовленим ідеалам часу» [5, с. 51]. На думку Н.О. Лабутіної, перспективна податкова відповідальність полягає у відповідальності вчиняти правомірні дії в межах податкових правовідносин і усвідомленні свого обов'язку перед державою [6, с. 1; 12]. Е.С. Дмитренко розглядає перспективну юридичну відповідальність суб'єктів фінансового права як сукупність правовідносин між уповноваженим і зобов'язаним суб'єктами з приводу дотримання останнім правових приписів у сфері фінансової діяльності й обов'язок уповноваженого суб'єкта заохотити таку поведінку [7, с. 121].

Отже, розуміння правової природи податкової відповідальності ускладнюється існуванням форм відповідальності. На думку О.О. Гогіна, податкова відповідальність являє собою самостійний вид відповідальності, що включає два аспекти: позитивний, який має постійний характер і притаманний більшості суб'єктів податкових правовідносин; негативний, який є тимчасовим явищем, що виникає внаслідок порушення вимог правових норм [8, с. 16].

Зважаючи на наведені вище визначення, перспективна форма податкової відповідальності потребує окремого дослідження, натомість у межах цієї статті ми розглянемо негативну форму податкової відповідальності.

Систему юридичної відповідальності утворюють окремі види відповідальності, виділення яких зумовлено насамперед методами відповідних галузей права [9, с. 207]. Найчастіше виділяють адміністративну, кримінальну, дисциплінарну та майнову відповідальність. Ураховуючи те, що об'єктивно виділення галузевого виду відповідальності можна вважати показником рівня розвиненості цієї галузі [10, с. 32–34], виокремлення фінансово-правової відповідальності, як і екологічної, земельної, господарської, є

характерним для пострадянської правової науки, їх дослідження набуло поширення останнім часом.

Розгляд правової природи податкової відповідальності передбачає визначення її місця в системі юридичної відповідальності. Аналіз наукової літератури дає змогу виділити щонайменше три підходи до визначення природи податкової відповідальності і її місця в системі юридичної відповідальності.

*Перша група* науковців наголошує на існуванні податкової відповідальності як окремого виду юридичної відповідальності. А.Н. Сердцев підтримує цю позицію, акцентуючи на наявності специфічних ознак цього інституту [11, с. 15]. Серед цих ознак Н.О. Лабутіна, зокрема, називає такі: 1) окрема міра покарання (специфічні фінансові санкції); 2) специфічний суб'єкт податкового правопорушення; 3) особливий порядок притягнення до відповідальності. Крім того, науковець бере до уваги те, що підставою податкової відповідальності є податкове правопорушення, а настання відповідальності врегульоване нормами податкового права [6, с. 8; 12].

Ще одним представником цього підходу є Є.В. Каплієва, яка вважає, що з уведенням до правової системи податкової відповідальності (прийняттям Податкового кодексу в РФ) остання термінологічно замінила собою фінансову, а отже, існує як самостійний вид відповідальності [12, с. 3; 28].

Загалом самостійність податкової відповідальності обґрунтовується насамперед тим, що законодавцем закріплюються правопорушення, характерні лише для податкового права, й особливий порядок притягнення до відповідальності за їх учинення суб'єктам саме податкових правовідносин. Ми погоджуємося з тими авторами, які наголошують, що окреме виділення податкової відповідальності є передчасним [2, с. 75]. Натомість наведена представниками цього підходу аргументація, на нашу думку, співзвучна з аргументами на користь виділення саме фінансово-правової відповідальності.

Відповідно до *другого підходу*, податкова відповідальність є різновидом адміністративної. Так, на думку деяких науковців, податкова відповідальність належить до фінансової, а та, у свою чергу, є не окремим видом відповідальності, а належить до адміністративної.

Ототожнення фінансово-правової відповідальності з адміністративною характерне для радянського періоду. Як зазначає Н.В. Сердюкова, більшість радянських учених не визнавала необхідності виділення фінансово-правової відповідальності як самостійної категорії заходів, що застосовуються за порушення фінансової дисципліни [13, с. 13].

Представники цього підходу наголошують, що існування певних санкцій не може бути підставою (критерієм) для виділення окремого виду відповідальності. Більше того, фінансові санкції застосовуються в «найрізноманітніших галузях права», а тому не є специфічною рисою фінансової відповідальності [14, с. 10]. Відтак, на їхню думку, фінансові санкції, передбачені в межах фінансово-правової відповідальності, варто зарахувати до санкцій адміністративної відповідальності [15, с. 33].

На думку С.Р. Футо, податкову відповідальність потрібно розглядати як різновид адміністративної відповідальності в галузі податків і зборів, оскільки перша не володіє жодними специфічними ознаками щодо адміністративної відповідальності [16, с. 8]. Д.В. Тютін вважає, що фінансова та податкова відповідальності є різновидами адміністративної, а їх розмежування відбувається суто внаслідок по-



зиції законодавця. Отже, різні позиції щодо адміністративної, фінансової й податкової відповідальності породжені відокремленням порушень у сфері податків і зборів (що не є злочинами) від адміністративних правопорушень. Проте, на думку автора, склад і зміст податного правопорушення є ідентичним адміністративному. Крім того, адміністративної відповідальності характерна універсальність: вона застосовується за порушення норм низки інших галузей права [8, с. 8; 55–57].

Аналізуючи аргументацію представників цього підходу, варто погодитися з тим, що правова природа податкової відповідальності схожа на адміністративну. Такої думки дотримується більшість учених. Так, М.Ю. Орлов відзначає, що фінансовому та податковому праву властивий адміністративно-правовий метод [17, с. 75]. Д.В. Тютін пояснює таку близькість історично зумовленим розвитком правової системи. Так, у процесі диференціації правового регулювання від адміністративного права відділилося фінансове, а згодом і податкове право [8, с. 55]. До спільних рис цих видів відповідальності можна зарахувати такі: їхній публічно-правовий характер; існування достатньо спрощеної процедури притягнення до відповідальності, на відміну від кримінальної; однаковий ступінь суспільної небезпеки правопорушення [18, с. 16].

Потрібно зазначити, що співвідношення адміністративної й фінансової відповідальності викликають науковий інтерес, зумовлений імовірними практичними проблемами відсутності чіткого розмежування. М.І. Трипольська пропонує низку критеріїв для розмежування адміністративної та фінансово-правової відповідальності, а саме: нормативні та фактичні підстави застосування; мета відповідальності; коло суб'єктів відповідальності; органи, на які покладено обов'язок застосовувати заходи відповідальності; процедура застосування; характер санкцій і правових наслідків застосування відповідальності [18, с. 17–24].

Аналіз сучасного українського законодавства дає змогу зробити висновок, що основною відмінністю між фінансово-правовою й адміністративною відповідальністю є порядок притягнення осіб до відповідальності. Разом із тим, як зазначає О.Я. Курбатова, на користь зарахування фінансової відповідальності до адміністративної свідчить нерівне положення сторін у процедурі відповідальності, що характерне для обох видів [19, с. 64]. Із такою спільною ознакою потрібно погодитися. Проте за сучасного стану українського законодавства відмінність полягає в тому, що норми адміністративної відповідальності передбачають додаткові гарантії для сторони, що можна оцінити як слабшу, натомість баланс інтересів у відносинах податкової відповідальності не дотриманий. Так, Д.О. Гетманцев відзначає, що законодавець не приділив достатньої уваги питанням захисту прав сторони, яка не представляє публічні інтереси [2, с. 73].

Третій підхід полягає в тому, що податкова відповідальність є підвидом фінансово-правової, яка, у свою чергу, є самостійним видом юридичної відповідальності. Відповідальність є важливим інститутом фінансового права. Як зазначає І.С. Самошенко, існування різних видів відповідальності свідчить про різноманітність методів правового регулювання, що характерні відповідним галузям права [9, с. 207]. Отже, фінансово-правова відповідальність відображає специфіку методу правового регулювання фінансового права. Варто зазначити, що питання визначення місця податкового права в правовій системі є дискусійним. Останнім часом у літературі приділяється багато уваги пе-

реосмисленню структури фінансового права. Тим не менше, найчастіше податкове право розглядається як інститут фінансового права.

Поширення поглядів про самостійність фінансово-правової відповідальності в країнах пострадянського простору, у тому числі й в Україні, припадає на початок 90-х рр. XX ст. і пов'язане з активним розвитком фінансового права. На думку вітчизняних науковців, у супереч неповний сформованості інституту, можна говорити про існування інституту фінансової відповідальності в Україні [2, с. 73].

На нашу думку, саме такий підхід до розуміння місця податкової відповідальності в системі юридичної відповідальності є найбільш доцільним і таким, що відповідає чинному законодавству. Так, переконливим свідченням існування самостійної фінансово-правової відповідальності в українській правовій системі є пряма її згадка серед інших видів відповідальності у ст. 111 Податкового кодексу України (далі – ПК України) [20]. Однак термін «податкова відповідальність» безпосередньо не вживається в ПК України. Натомість використовуються такі поняття, як «фінансова відповідальність за порушення законів з питань оподаткування та іншого законодавства» «відповідальність відповідно до закону», «відповідальність, передбачена цим Кодексом», «відповідальність за порушення податкового законодавства». Усі ці терміни потрібно розглядати як суміжні для позначення одного явища – негативних правових наслідків податкових правопорушень. Проте податкову відповідальність варто відрізнити від ширшого поняття відповідальності за порушення законодавства про податки і збори, яка поряд із податковою відповідальністю включає адміністративну та кримінальну.

Розглянемо основні ознаки, необхідні для формування фінансової, а отже, і податкової відповідальності як окремого виду відповідальності. До таких ознак потрібно зарахувати насамперед наявність специфічних санкцій і заходів відповідальності. На думку Д.О. Гетманцева, інститут фінансової відповідальності відокремлений від адміністративної й інших видів відповідальності за низкою ознак. Основними є такі: фінансові санкції, які застосовуються за вчинення податкових та інших фінансових правопорушень; особливий суб'єктний склад податкової відповідальності; спеціальний процесуальний порядок реалізації. Також автор виділяє такі риси: публічно-майновий характер; метою фінансової відповідальності є охорона фінансових правовідносин; підставою для застосування фінансової відповідальності є норма фінансового права (нормативна), діяння (дія або бездіяльність), яке містить склад фінансового правопорушення (фактична), акт застосування санкцій (процесуальна); залежно від виду фінансового правопорушення, фінансова відповідальність може здійснюватися в позасудовому порядку, за рішенням особи правопорушника; особливий, визначений законодавством строк давності застосування та стягнення фінансових санкцій, підстави зупинення, поновлення, продовження строків; унікальні джерела правових норм, що регулюють відносини юридичної відповідальності; особливий перелік обставин, які виключають фінансову відповідальність [2, с. 97].

Деякі науковці відмічають, що ключовою підставою виділення податкової відповідальності є особливість правової природи саме відповідного правопорушення, що відрізняється від природи адміністративного, кримінального чи цивільно-правового порушення [21, с. 26]. Зазначимо, що в літературі поширені пропозиції нормативного закріплення поняття фінансового правопорушення [2, с. 76]. На

нашу думку, доцільніше закріпити поняття правопорушень у межах окремих інститутів фінансового права, зокрема поняття податкового правопорушення, оскільки їм притаманні істотні відмінності.

Отже, фінансово-правова відповідальність володіє ознаками, що характеризує її як окремий вид юридичної відповідальності. Існування в межах фінансового права складного інституту (згідно з позицією деяких науковців, підгалузі) податкового права зумовлює виділення податкової відповідальності в межах фінансово-правової.

Податкова відповідальність передбачає реалізацію відповідних санкцій. У літературі не склалося єдиної позиції щодо співвідношення правових санкцій і юридичної відповідальності. А.Й. Іванський зазначає, що для досліджень функцій фінансової відповідальності характерне ототожнення їх із функціями санкцій [22, с. 318]. Уважаємо, що висновки щодо правової природи податкової відповідальності можна формулювати виходячи з функцій передбачених нею санкцій. На думку В.А. Мачехіна, відповідальність платників податків можна розглядати у вузькому, що передбачає реалізацію штрафної санкції, та ширшому значеннях, що включає накладення як штрафу, так і пені [8, с. 14]. Така позиція пов'язана з тим, що багато авторів вважають, що пеня не є покаранням, а отже, її не можна зарахувати до заходу податкової відповідальності. Прихильники такої позиції наголошують на каральному характері податкової відповідальності [8, с. 15]. На противагу їм, низка авторів відмічають правовідновлювальний характер інституту податкової відповідальності. Так, Л.Р. Барашян, ведучи мову про особливості фінансово-правової відповідальності (а отже, ці висновки можуть бути застосовані й до податкової відповідальності), насамперед підкреслює, що вона пов'язана з правовідновленням у сфері публічних фінансів [23, с. 58].

Безперечно, податковій відповідальності характерний майновий характер, оскільки податкові правопорушення завдають майнової шкоди державі. Відтак порушник повинен зазнати негативних наслідків майнового характеру. У зв'язку з цим головною функцією фінансово-правових санкцій є компенсаційна. Однак варто погодитися із позицією, висловленою в літературі, що заходи фінансово-правової відповідальності характеризуються кумулятивністю, тобто поєднанням каральної та компенсаційної цілей [2, с. 202].

На нашу думку, існування специфічних санкцій у межах податкової відповідальності є свідченням не лише самостійності цього виду відповідальності, про що йшла мова вище, а також і її правовідновлювальної природи. Це зумовлює пріоритетність компенсаційної функції податкової відповідальності. М.І. Трипольська слушно зауважує, що розходження в цілях адміністративної та фінансово-правової відповідальності (а отже, і податкової) є однією з основних підстав розмежування цих видів відповідальності [18, с. 23]. Так, на відміну від фінансової, основною метою адміністративної відповідальності є покарання порушника. Як відзначає Р.С. Юрмашев, специфіка податкової відповідальності, порівняно з адміністративною, полягає в тому, що перша передбачає застосування не лише каральних, а й правовідновлювальних санкцій [21, с. 7]. Податкова відповідальність не повинна перетворюватися на вчинення розправи над платниками податків, а має сприяти виправленню правопорушників. На прикладі законодавства Російської Федерації Н.О. Лабутина зазначає, що існування жорстких каральних санкцій за податкові правопорушення не виправдало себе, у зв'язку з чим наразі спостерігається

пом'якшення відповідальності, що передбачає виведення на перший план не каральної функції, а превентивної та правовідновлювальної [6, с. 12].

Аналіз податкової відповідальності, що існує в різних країнах світу, дає змогу зробити висновок про існування двох груп держав: для однієї характерна помірність санкцій, декриміналізація податкових злочинів, для другої – наявність жорстких каральних санкцій, включаючи позбавлення волі [2, с. 78; 24, с. 308]. Така ситуація свідчить про існування різних підходів до розуміння правової природи податкової відповідальності. Ці підходи передбачають неоднакове співвідношення напрямів впливу (функцій) відповідальності на суспільні відносини. На нашу думку, пріоритетною функцією податкової відповідальності повинна бути правовідновлювальна. Однак варто брати до уваги, що цілі відповідальності можуть бути досягнуті лише за умови її поєднання із каральною та превентивною функціями. Крім того, зведення податкової відповідальності лише до компенсаційної функції призведе до ототожнення її із примусовим виконанням юридичного обов'язку. Натомість обов'язковою ознакою юридичної відповідальності, як нами було зазначено вище, є покладення на порушника додаткових обов'язків і обтяжень. Отже, роль інших функцій відповідальності не повинна бути недооцінена.

На підставі вищевикладеного можна виділити такі риси податкової відповідальності, що характеризують її правову природу:

- є різновидом фінансової відповідальності;
- притаманний майновий і публічний характер;
- підставою настання відповідальності є податкове правопорушення;
- наявність особливої процедура притягнення до відповідальності, урегульованої спеціальними нормативно-правовими актами;
- суб'єктами відповідальності є платники податків, податкові агенти та/або їхні посадові особи;
- реалізується в специфічних фінансово-правових санкціях, наслідком застосування яких є настання негативних наслідків майнового характеру;
- характерний пріоритет правовідновлювальної функції впливу санкцій;
- основною метою є забезпечення правопорядку у сфері оподаткування.

**Висновки.** Отже, податкову відповідальність можна визначити як підвид фінансово-правової відповідальності, що характеризується специфічними матеріально-правовими й процесуальними ознаками, закріпленими в нормативно-правових актах податкового законодавства, метою якої є відновлення правопорядку у сфері справляння податків і зборів шляхом застосування до порушника фінансово-правових санкцій.

Розвиток правового регулювання податкової відповідальності повинен відбуватися в напрямі чіткішого відокремлення фінансово-правової відповідальності, податкової відповідальності зокрема, від інших видів юридичної відповідальності. Упровадження відповідних реформ сприятиме підвищенню рівня дотримання обов'язків, установлених податковими нормами, адже саме завдяки заходам юридичної відповідальності останні набувають ознаки загальнообов'язковості, що забезпечена державним примусом. Крім того, реалізація правовідновлювальної функції в межах податкової відповідальності є найменш дослідженою в літературі, а отже, потребує подальших наукових розробок.

**Список використаної літератури:**

1. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Гетманцев Д.О. Юридична відповідальність за податкові правопорушення : [наук.-практ. посіб.] / Д.О. Гетманцев, Р.В. Макарчук, Я.С. Толкачов ; Нац. шк. суддів України, Юрид. компанія “Jugimex”. – К. : Юрінком Інтер, 2015. – 748 с.
3. Кодекс України про адміністративні правопорушення // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1984. – № 51. – Ст. 1122.
4. Общая теория права и государства : [учебник] / под ред. В.В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Юристъ, 2002. – 520 с.
5. Недбайло П.Е. Система юридических гарантий применения советских правовых норм / П.Е. Недбайло // Правоведение. – 1971. – № 3.
6. Лабутина Н.А. Правовое регулирование ответственности за налоговые правонарушения : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Н.А. Лабутина. – М., 2012. – 20 с.
7. Дмитренко Е.С. Юридична відповідальність суб'єктів фінансового права у механізмі забезпечення фінансової безпеки України : [монографія] / Е.С. Дмитренко. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 592 с.
8. Тютин Д.В. Правовые проблемы юридической ответственности налогоплательщиков : дисс. ... канд. юрид. наук / Д.В. Тютин. – М., 2005. – 142 с.
9. Самощенко И.С. Ответственность по советскому законодательству / И.С. Самощенко, М.Х. Фарукшин. – М. : Юрид. лит., 1971. – 240 с.
10. Базилев Б.Т. Юридическая ответственность (теоретические вопросы) / Б.Т. Базилев. – Красноярск : Изд-во Красноярского университета, 1985. – 120 с.
11. Сердцев А.Н. Ответственность за нарушение налогового законодательства (современное состояние проблемы) : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / А.Н. Сердцев. – М., 2003. – 23 с.
12. Каплиева Е.В. Административная ответственность за правонарушения в области налогов и сборов : дисс. ... канд. юрид. наук / Е.В. Каплиева. – М., 2002.
13. Сердюкова Н.В. Финансово-правовая ответственность по российскому законодательству: становление и развитие : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Н.В. Сердюкова. – Томск, 2003. – 27 с.
14. Усенко Р.А. Фінансові санкції за адміністративним законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Р.А. Усенко ; Інститут держави і права імені В.М. Корецького. – К., 2007. – 23 с.
15. Кротюк В. Фінансові санкції та адміністративна відповідальність: проблема співвідношення / В. Кротюк, А. Іоффе, Д. Лук'янець // Право України. – 2000. – № 5. – С. 29–33.
16. Футо С.Р. Административная ответственность за правонарушения в области налогов и сборов : дисс. ... канд. юрид. наук / С.Р. Футо. – Омск, 2004. – 229 с.
17. Орлов М.Ю. Основные вопросы теории налогового права как подотрасли финансового права : дисс. ... канд. юрид. наук / М.Ю. Орлов. – М., 1996.
18. Трипольська М.І. Фінансово-правова відповідальність за порушення банківського законодавства в Україні : дис. ... канд. юрид. наук / М.І. Трипольська. – Запоріжжя, 2012. – 234 с.
19. Курбатов А.Я. Вопросы применения финансовой ответственности за нарушение налогового законодательства / А.Я. Курбатов // Хозяйство и право. – 1995. – № 1. – С. 63–67.
20. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755-VI // Голос України. – 2010.
21. Юрмашев Р.С. Налоговое правонарушение: теоретико-прикладные проблемы правовой идентификации : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.14 / Р.С. Юрмашев. – М., 2005. – 175 с.
22. Іванський А.Й. Функції фінансово-правової відповідальності / А.Й. Іванський // Актуальні проблеми держави і права. – 2008. – С. 318–327.
23. Барашян Л.Р. Институт налоговой ответственности (вопросы теории и практики) : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.14 / Л.Р. Барашян ; Институт налоговой ответственности. – Ростов-на-Дону, 2007. – 204 с.
24. Кучеров И.И. Налоговое право зарубежных стран : [курс лекций] / И.И. Кучеров. – М. : АО «Центр ЮрИнфоР», 2003.

## ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

УДК 347.77.031

### НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ БИЗНЕС-МЕТОДОВ

**Евгения БУЛАТ,**кандидат юридических наук, старший научный сотрудник  
Приднепровского научного центра

Министерства образования и науки и Национальной академии наук Украины

#### SUMMARY

Protection of intellectual property is a priority in the system of intellectual property. The author proposes in the border of the proposed conceptual approach patenting of objects such as improvement suggestion, scientific discovery and patenting of business methods. The definition and implementation of areas for further protection of intellectual property's objects, the development of an improved legal system in this area will be possible according to the implementation of the mechanism of patenting intellectual property's objects. The using of the mechanism of patenting the business methods allows to improve the system of intellectual property protection.

**Key words:** business method, patenting, intellectual property, conceptual approach, system of protection.

#### АННОТАЦИЯ

В статье акцентировано внимание, что охрана объектов интеллектуальной собственности является одной из приоритетных в системе интеллектуальной собственности. Предлагается в рамках предложенного концептуального подхода к патентованию таких объектов, как рационализаторское предложение, научное открытие, патентовать и бизнес-методы. Определение и внедрение направлений дальнейшей охраны объектов интеллектуальной собственности, разработка усовершенствованной законодательной базы в данной сфере станут возможными благодаря реализации механизма патентования объектов интеллектуальной собственности. Применение механизма патентования и к бизнес-методам позволит усовершенствовать систему охраны объектов интеллектуальной собственности.

**Ключевые слова:** бизнес-метод, патентование, интеллектуальная собственность, концептуальный подход, система охраны.

**Постановка проблемы.** Интенсивное развитие интеллектуальной собственности на современном этапе построения инновационных отношений требует определения новых подходов, связанных с охраной её объектов.

При этом речь идет не только об охране уже известных и традиционных объектов интеллектуальной собственности, но также и об иных объектах, возникших и развившихся по мере становления интеллектуальной собственности. Такие объекты, в частности бизнес-методы, требуют сегодня более тщательного изучения в контексте их правовой охраны, что определяется необходимостью признания интересов и прав их создателей.

**Актуальность темы исследования** определяется степенью нераскрытости данного вопроса, поскольку на сегодняшний день в Украине нет законодательной базы для определения и охраны бизнес-методов как таковых. Вместе с тем опыт таких зарубежных стран, как Соединённые Штаты Америки и Япония, показывает, что получение патента на бизнес-метод при соблюдении определённых условий вполне возможно. Кроме того, патентование бизнес-методов даёт дополнительный стимул для развития бизнеса и, как следствие, стимулирует развитие экономического потенциала нашей страны. Данный вопрос был объектом исследования следующих учёных и практиков: Ю. Капицы, Г. Андрощука, М. Оргинской, Масако Кикучи, П. Самуэльсона, А. Доровских, В. Базилевич и других, работы которых и послужили научной базой для дальнейшего исследования рассматриваемого вопроса.

**Целью статьи** является исследование особенностей бизнес-метода как объекта творческой деятельности и определение возможности дальнейшей охраны данного объекта через применение к нему механизма патентования. Новизна работы заключается в том, что автором предлагается концептуальный системный подход, который предполагает расширение возможностей института патентования некоторых объектов интеллектуальной собственности; в частности, помимо патентования таких объектов, как рационализаторское предложение, научное открытие, предлагается патентовать и бизнес-методы, поскольку применение механизма патентования и к бизнес-методам даст возможность усовершенствовать систему охраны объектов интеллектуальной собственности. Кроме этого, в работе предлагается авторская формулировка понятия бизнес-метода, под которым понимается способ организации управления материальными и нематериальными объектами, обладающий техническим и коммерческим результатом, направленный на удовлетворение потребностей общества.

**Изложение основного материала исследования.** В обзоре западной экономической литературы такое понятие, как предпринимательство, имеет своё название – «бизнес». Бизнес в узком понимании – это дело, предпринимательство; в широком – осуществление любой деятельности в экономической сфере, характеристика деловых отношений в стране в целом. Бизнес – это совокупность деловых отношений, сложившихся для удовлетворения потребностей общества [1].



Метод (греч. *metodos*) в широком понимании слова – «путь к чему-либо», способ социальной деятельности в любой её форме, не только в познавательной. Таким образом, метод (в той или иной форме) сводится к совокупности определённых правил, приёмов, способов, норм познания и деятельности. Он является системой принципов и требований, которые ориентируют субъекта на решение конкретного задания, достижение результатов в определённой, в том числе творческой, сфере деятельности [2]. На сегодняшний день законодательство в сфере интеллектуальной собственности не содержит чётких критериев определения бизнес-метода, однако, основываясь на вышеизложенном, можно определить, что бизнес-методом является способ организации управления материальными и нематериальными объектами, обладающий техническим и коммерческим результатом и направленный на удовлетворение потребностей общества.

Если обратиться к опыту зарубежных стран, в частности США и Японии, можно увидеть, что практика патентования бизнес-методов там существует. Наиболее значимым в данной сфере было решение Федерального суда США по делу *State Street Bank Trust Co., и Signature Financial Group, Inc.*, утвердившего патентоспособность двух объектов – программного обеспечения и бизнес-метода, который касался системы обработки данных, приводимых в действие компьютером, для оказания помощи в администрировании инвестиционного фонда [3, с. 3]. Известно также о выдаче Патентным ведомством США патентов, относящиеся к методам математического анализа электрокардиографических сигналов, обработке сейсмических сигналов, навигационным системам, компьютерным системам обработки и контроля банковских счетов [3].

Действующее законодательство Украины в сфере интеллектуальной собственности содержит перечень объектов, которые не подпадают под правовую охрану в качестве изобретений. Так, в соответствии с п. 2.5 «Правил составления и подачи заявки на изобретение и на полезную модель» (далее – Правила), не признаются изобретениями (полезными моделями) методы интеллектуальной, хозяйственной, организационной и коммерческой деятельности (планирования, финансирования, поставки, учёта, кредитования, прогнозирования, нормирования) [4].

Однако при этом в действующей патентной практике нашей страны известны случаи выдачи патентов именно на метод, в частности в виде «способа построения информационной системы для управления персоналом» [5].

Для того чтобы конкретизировать само понятие изобретения и перечень его объектов, обратимся к Закону Украины «Об охране прав на изобретения и полезные модели». Ст. 1 данного Закона изобретение определяется как «результат интеллектуальной деятельности человека в любой сфере технологии». При этом, согласно п. 2 ст. 6, объектами изобретения (полезной модели), правовая охрана которым предоставляется в соответствии с законом, могут быть следующие:

- продукт (устройство, вещество, штамм микроорганизма, культура клеток растений и животных);
- процесс (способ), а также новое применение известного продукта или процесса [6].

Учитывая вышеизложенное, можно сделать вывод, что наиболее близким объектом по отношению к бизнес-методу является способ. При этом, в соответствии с п. 2.3.2 Правил, способом признаётся действие или совокупность действий, выполняемых относительно продуктов и других

материальных объектов при помощи по крайней мере одного продукта и направленных на достижение определённого технического результата. Им, в частности, является изготовление, обработка, переработка продукта и контролирование качества, преобразование энергии, данных, диагностика, лечение.

Автор разделяет мнение М. Оргинской по поводу возможности получения патента на бизнес-метод, если он отвечает следующим требованиям: действия выполняются относительно материальных объектов; действия выполняются при помощи одного продукта; действия нацелены на достижение технического результата. При этом в случае с бизнес-методом важен именно конкретный технический и коммерческий результат, достижение которого возможно при помощи, например, компьютера или других технических средств [7].

Исходя из вышеизложенного, наиболее оптимальным вариантом охраны бизнес-методов может быть патентование, так как патентная система выступает действенным и признанным механизмом защиты прав интеллектуальной собственности и обеспечивает надлежащий баланс интересов общества и творцов объектов интеллектуальной собственности.

Действенная и прогрессивная система интеллектуальной собственности является залогом экономического, социального и культурного роста любой страны. От того, насколько весомым является интеллектуальный потенциал общества и уровень его культурного развития, зависит, в итоге, и успех решения поставленных перед ним, прежде всего, правовых вопросов [8].

Избранная страной инновационная модель развития требует сегодня принятия необходимых мер, направленных на стимулирование и охрану объектов интеллектуальной собственности, разработку такой усовершенствованной законодательной базы в данной сфере, которая позволила бы не только сохранить существующий научный потенциал, но также и надлежащим образом обеспечить охрану прав создателей таких объектов. Определение и внедрение направлений перспективной дальнейшей охраны интеллектуальной собственности, разработка усовершенствованной законодательной базы в данной сфере станут возможными благодаря реализации механизма патентования некоторых объектов интеллектуальной собственности.

Ранее автором был предложен единый концептуальный подход в дополнение к существующей патентной системе по охране изобретений и полезных моделей – патентовать рационализаторские предложения и научные открытия. В рамках данного подхода предлагается патентовать и бизнес-методы. Безусловно, применение такого подхода требует дальнейшего усовершенствования института патентования объектов интеллектуальной собственности, однако именно такой подход даст возможность простимулировать бизнес, дать новый импульс экономическому росту страны, усовершенствовать правовую базу в сфере интеллектуальной собственности.

**Выводы.** Учитывая вышеизложенное, можно сделать следующие выводы. Во-первых, в сложившейся ситуации в Украине целесообразно идти по пути усовершенствования существующей законодательной базы путём расширения возможностей института патентования. В частности, помимо патентования таких объектов интеллектуальной собственности, как научное открытие, рационализаторское предложение, следует также патентовать и бизнес-методы. Во-вторых, патентование бизнес-методов даст воз-

возможность на законодательном уровне признать законные права и интересы их создателей; в-третьих, расширение возможностей института патентования даст возможность повышения конкурентоспособности предприятий, а также сохранения и приумножения отечественных научных разработок и достижений.

**Список использованной литературы:**

1. Оганян Г.А. Политическая экономия / Г.А. Оганян [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://fingal.com.ua/content/view/493/39/1/3/>.

2. Поняття методу і методології. Навчальні матеріали онлайн [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [\[pidruchniki.com/11080803/filosofiya/ponyatta\\_metoda\\_metodologiyi\]](http://pidruchniki.com/11080803/filosofiya/ponyatta_metoda_metodologiyi).

3. Patent Protection for Bofware and business Methods in the United States [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.innovaccess.eu/sites/default/files/patentprotectionforsoftwar einusa\\_0000006102\\_00.xml.pdf](http://www.innovaccess.eu/sites/default/files/patentprotectionforsoftwar einusa_0000006102_00.xml.pdf).

4. Про затвердження Правил складання і подання заявки на винахід та заявки на корисну модель : Наказ Міністерства

освіти і науки України від 22.01.2001 р. № 22 [Электронный ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0173-01>.

5. Спосіб побудови інформаційної системи для керування персоналом: патент на винахід № 14255 / [О.А. Серков, Г.І. Чурюмов, М.Ф. Логвиненко, В.Я. Пєвнев] [Электронный ресурс]. – Режим доступу : <http://uapatents.com/2-14255-sposib-pobudovi-informacijno-sistemi-dlya-keruvannya-personalom.html>.

6. Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України від 15.12.1993 р. № 3687-ХІІ [Электронный ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3687-12>.

7. Ортинська М. Патентування бізнес-методів / М. Ортинська [Электронный ресурс]. – Режим доступу : [http://ua.prostopravo.com.ua/prava\\_biznesu/intelektualna\\_vlasnist/statti/patentuvannya\\_biznes\\_metodiv\\_dumka\\_eksperta](http://ua.prostopravo.com.ua/prava_biznesu/intelektualna_vlasnist/statti/patentuvannya_biznes_metodiv_dumka_eksperta).

8. Інтелектуальна власність в Україні. Стан та концептуальні засади розвитку : Проект Рекомендацій слухань у Комітеті Верховної Ради України з питань науки і освіти [Электронный ресурс]. – Режим доступу : [http://kno.rada.gov.ua/komosviti/control/uk/publish/article?art\\_id=61862&cat\\_id=61640](http://kno.rada.gov.ua/komosviti/control/uk/publish/article?art_id=61862&cat_id=61640).



УДК 347.1

## ФАКТИ ПРОЦЕСУАЛЬНО-ПРАВОВОГО ХАРАКТЕРУ У СКЛАДІ ФАКТІВ ПРЕДМЕТА ДОКАЗУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

**Оксана ГРАБОВСЬКА,**  
кандидат юридичних наук, доцент кафедри правосуддя  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

### SUMMARY

The article investigates the legal nature of one of the kinds of facts that are the subject of proof in civil proceedings – the facts procedural – legal nature, identifying their importance for the protection of human freedoms and interests, issuance of legitimate and reasonable judgments. On the example in-depth analysis of individual facts procedural and legal nature, in particular, the facts and circumstances justifying the reasons for passing the statute of limitations, to ensure the claim, proof of the need for their vlyucheniya part of the facts and circumstances of the subject of proof.

**Key words:** civil procedure, subject of proof, facts procedural and legal nature, statute of limitations, maintenance of the claim.

### АНОТАЦІЯ

Статтю присвячено дослідженню юридичної природи одного з видів фактів, які становлять предмет доказування в цивільному процесі, – фактів процесуально-правового характеру, виявленню їх значення для захисту прав, свобод та інтересів, ухвалення законних і обґрунтованих судових рішень. На прикладі глибокого аналізу окремих фактів процесуально-правового характеру, зокрема, фактів і обставин, які обґрунтовують причини пропуску строків позовної давності, підстави забезпечення позову, доведена необхідність їх включення до складу фактів та обставин предмета доказування.

**Ключові слова:** цивільний процес, предмет доказування, факти процесуально-правового характеру, позовна давність, забезпечення позову.

**Постановка проблеми.** Висновки про те, що встановлення фактів матеріально-правового характеру у цивільному процесі – одна з найважливіших функцій суду, обґрунтовано були і є розповсюдженими в усі часи розвитку цивільного процесуального права та цивільного процесу. Стосовно ж доцільності включення фактів і обставин процесуального характеру до предмета доказування в цивільних справах дискусія триває.

**Мета статті** – дослідити юридичну природу одного з видів фактів, які становлять предмет доказування в цивільному процесі, – фактів процесуально-правового характеру, виявити їх значення для захисту прав, свобод та інтересів, ухвалення законних і обґрунтованих судових рішень.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Поділ фактів, із яких формується предмет доказування в цивільному процесі, на матеріально-правові та процесуально-правові зумовлений взаємозв'язком матеріального та процесуального права, при цьому в контексті ієрархії аксіомою є та обставина, що процесуальне право має бути прилаштоване до матеріального, що пояснюється двома причинами: по-перше, процесуальне право є засобом реалізації норм матеріального права в певних конфліктних ситуаціях, по-друге, зміни в цій сфері суспільних відносин, як правило, передусім позначаються на матеріальній галузі права й лише у зв'язку з цим виникає необхідність у зміні процесуальної галузі [1]. Саме матеріальний аспект визначає сутність правовідносин, які встановлюються судом, тому факти матеріально-правового характеру обґрунтовано вважаються основоположними для встановлення правовідносин і вирішення справи по суті, утім не лише вони підлягають установленню судом. Факти процесуально-правового характеру також відіграють важливу роль у цивільному процесі, оскільки від їх встановлення зале-

жить захист прав, свобод та інтересів, ухвалення законних і обґрунтованих рішень.

Противники включення юридичних фактів процесуального характеру до предмета доказування наголошують, зокрема, на тому, що предмет доказування – це коло фактів матеріально-правового значення, необхідних для вирішення справи по суті й ці факти потрібно відрізнити від інших фактів, які встановлюються при розгляді справи, однак не пов'язані із правильним вирішенням питання про права й обов'язки сторін [2]. Дійсно, факти та обставини процесуально-правового характеру мають відмінну від фактів та обставин матеріально-правового характеру мають юридичну природу, і відрізнити їх необхідно, але встановлення судом фактів і обставин процесуально-правового характеру впливає на рух процесу, реалізацію суб'єктами цивільних процесуальних правовідносин прав та обов'язків, на кінцевий результат судочинства – судові рішення, тому для відповіді на питання про необхідність включення фактів процесуально-правового характеру до предмета доказування і їх доказування сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, необхідним є розуміння їхньої юридичної природи.

Цивільне процесуальне законодавство України до предмета доказування включає факти як матеріально-правового, так і процесуально-правового характеру. Згідно з ч. 1 ст. 179 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України), предметом доказування під час судового розгляду є факти, які обґрунтовують заявлені вимоги чи заперечення або мають інше значення для вирішення справи (причини пропуску строку позовної давності тощо) і підлягають установленню при ухваленні рішення. Видається, що факти, які «мають інше значення для вирішення справи», про які йдеться в указаній нормі, як раз і включають насамперед факти процесуально-правового характеру.

У радянській період про факти процесуально-правового характеру в контексті можливості включення їх до змісту предмета доказування в цивільних справах, як правило, мова або не йшла зовсім [3], або категорично заперечувалась [4]. Сучасні вчені висловлюють полярні точки зору щодо включення фактів процесуально-правового характеру до предмета доказування, але в судженнях про юридичну сутність фактів процесуально-правового характеру в цивільному процесі акцентується увага на тому, що факти процесуального характеру за своєю природою є такими, що мають значення для правильного вирішення судом процесуальних (процедурних) питань судочинства [5], для руху процесу і здійснення окремих процесуальних дій [6], виникнення, зміни й припинення цивільних процесуальних правовідносин [7] тощо, а у співвідношенні із фактами матеріально-правового характеру «мають факультативний чи допоміжний характер, адже вони виконують допоміжну функцію» [8]. На чому ґрунтуються такі висновки?

До складу фактів процесуально-правового характеру різні вчені включають різні факти й обставини, зокрема обставини, із якими пов'язане право на позов і які можуть вимагати обґрунтування доказами (наприклад, подання до суду тотожного позову, порушення правил підсудності, подання до суду позову особою, яка не має повноважень на це) [9]. До цих обставин додають також обставини процесуально-правового характеру, пов'язані з реалізацією права на здійснення інших процесуальних дій (забезпечення доказів і позову, права на зупинення, закриття провадження у справі тощо) [10]. Подібний склад фактів та обставин процесуально-правового характеру виділяється й у наукових працях інших учених [11].

Дослідити ґрунтовно всі факти та обставини, які традиційно включають до складу фактів процесуально-правового характеру, у межах статті видається неможливим, разом із тим на прикладі дослідження юридичної природи окремих фактів, які цивільне процесуальне законодавство й науковці зараховують до складу фактів процесуально-правового характеру, певні висновки зробити можна. Наприклад, факти, що обґрунтовують причини пропуску строку позовної давності, тобто строку, який визначений законодавством, протягом якого особа може звернутись до суду за судовим захистом (ст. 237 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)). Склад таких фактів включено законодавцем до предмета доказування відповідно до ч. 1 ст. 179 ЦПК України.

Не вдаючись до поглибленого розкриття змісту інституту позовної давності, аналізу поглядів і висновків, критичних суджень щодо його законодавчої регламентації, у загальному вигляді можна констатувати таке: установлені законом строками позовної давності може бути обмежена можливість захисту прав, свобод та інтересів у судовому порядку, тому для виникнення, розвитку й завершення цивільних процесуальних правовідносин дотримання строків позовної давності має велике значення. У цивільному праві строки, у тому числі й строк позовної давності, посідають місце юридичних фактів у системі юридичних фактів цивільного права. Найчастіше їх зараховують до подій, маючи на увазі закінчення часу (строку) [12].

Чинне цивільне законодавство України передбачає два види строків позовної давності – загальний і спеціальний. Загальна позовна давність установлена ст. 257 ЦК України тривалістю у три роки й застосовується, як правило, до всіх вимог цивільно-правового характеру. Для окремих видів вимог законом установлена спеціальна позовна дав-

ність – скорочена або більш тривала, порівняно із загальною. Зокрема, до вимог про стягнення неустойки (штрафу, пені), спростування недостовірної інформації, поміщеної в засобах масової інформації, у зв'язку з недоліками проданого товару, перевезенням вантажу, пошти, про розірвання договору дарування тощо застосовується позовна давність один рік. Позовна давність у п'ять років застосовується до вимог про визнання недійсним правочину, учиненого під впливом насильства або обману. Позовна давність у десять років застосовується до вимог про застосування наслідків нікчемного правочину (ст. 258 ЦК України). Позовна давність поширюється не на всі види вимог, зокрема позовна давність не поширюється на вимоги вкладників про видавання вкладів, унесених до банку (фінансової установи), на вимоги, які випливають із порушення особистих окремих немайнових прав, про відшкодування шкоди, завданої життю або здоров'ю громадянина тощо. Перебіг позовної давності може зупинитися, перериватися за підстав, визначених ЦК України.

Відомими українськими вченими критикується редакція ст. 237 ЦК України, відповідно до якої позовна давність визначається як строк, у межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу, оскільки дає підстави вважати, що зі спливом позовної давності особа не може звертатися із позовом до суду, оскільки в контексті змісту ст. 267 ЦК України заява про захист цивільного права чи інтересу має бути прийнята судом до розгляду незалежно від спливу позовної давності. Окрім того, стверджується, що позовна давність застосовується й до цивільно-правових вимог, які не оформляються у вигляді позову (наприклад, у справах окремого провадження тощо) [13].

Наведена точка зору про те, що «заява про захист цивільного права чи інтересу має бути прийнята судом до розгляду незалежно від спливу позовної давності», є правильною, оскільки, згідно з ч. 3 ст. 3 ЦПК України, відмова від права на звернення до суду за захистом є недійсною.

Що ж стосується справ, які виникають із цивільно-правових правовідносин і розглядаються та вирішуються судами в порядку окремого провадження, то видається, що зазначена позиція є спірною. Аналіз законодавчого регулювання провадження в таких справах дає змогу вказати, що для справ окремого провадження законодавцем установлені спеціальні строки подання заяв до суду з урахуванням специфіки кожної справи, відмова ж у задоволенні заяв у зв'язку із пропуском строку позовної давності для таких справ видається нелогічною. Наприклад, у справах про визнання спадщини відумерлою, відповідно до ч. 2 ст. 1277 ЦК України, заява подається органом місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини після спливу одного року з часу відкриття спадщини. Відповідно до ст. 276 ЦПК України, якщо орган місцевого самоврядування подасть заяву до закінчення одного року з часу відкриття спадщини, суд відмовляє в прийнятті заяви про визнання спадщини відумерлою. Отже, подати заяву можна в будь-який час, але після спливу одного року. Застосування ж строків позовної давності в цьому випадку є нікчемним, оскільки мета розгляду й вирішення судами справ цієї категорії – перехід у власність територіальної громади спадщини, яка визнається судом відумерлою, і ставити реалізацію прав територіальної громади в залежність від строку позовної давності видається неправильним, тим більше що визнання спадщини відумерлою можливе лише у випадку відсутності спадкоємців такої спадщини. Так само



не може йтися про строки позовної давності у справах про усиновлення, надання психіатричної допомоги в примусовому порядку, визнання особи недієздатною чи обмежено дієздатною тощо, які розглядаються та вирішуються судами в порядку окремого провадження й мають відмінну від справ позовного провадження юридичну природу. Отже, у справах окремого провадження факти й обставини, що зумовлюють пропущення строків позовної давності, не встановлюються.

Одним із найважливіших аспектів у контексті позовної давності є визначення початку моменту перебігу позовної давності, оскільки від цього залежать правильне визначення строків і, зрештою, захист порушеного матеріального права [14]. Перебіг позовної давності починається від дня, коли особа довідалася або могла довідатися про порушення свого права або про особу, яка його порушила (ч. 1 ст. 261 ЦК України). Для окремих випадків законом встановлено винятки з дії цього правила. Отже, факти й обставини, які засвідчують указані аспекти, підлягають установленню судом і доказуванню сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі.

У сфері застосування строків позовної давності в цивільному процесі й установлення фактів і обставин на їхнє підтвердження чи спростування існує чимало труднощів. У зв'язку з тим, що суди України неоднозначно ставляться до фактів пропуску строків позовної давності, про що свідчать різні процесуальні наслідки в подібних випадках, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ дає відповідні роз'яснення. Зокрема, у Листі «Про окремі питання застосування строків позовної давності» від 16.01.2013 р. № 10-70/0/4-13 зазначається, що у спорах щодо споживчого кредитування кредиторів забороняється вимагати повернення споживчого кредиту, строк давності якого минув [15].

Цивільне процесуальне законодавство України не містить спеціальних положень, що встановлювали б строкові межі, протягом яких може порушуватись питання про пропущення строку позовної давності. Згідно з ч. 1 ст. 214 ЦПК України, суд установлює фактичні дані про пропущення строку позовної давності й докази на їхнє підтвердження під час ухвалення рішення. Про те, що таким правом наділяється сторона у спорі, встановлено ч. 3 ст. 267 ЦК України. Окрім того, цією самою нормою передбачено строк подання такої заяви – до винесення рішення. Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ звернув увагу на те, що, оскільки рішення по суті спору ухвалюється судом першої інстанції, а на стадії апеляційного провадження здійснюється лише перевірка законності й обґрунтованості рішення суду (ст. 303 ЦПК України), заява про застосування позовної давності може бути розглянута, якщо вона подана під час розгляду справи в суді першої інстанції [15].

Ураховуючи регулювання інституту позовної давності цивільним, цивільним процесуальним законодавством, а також роз'яснення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, вищенаведені міркування, можна зробити такі висновки: 1) факти й обставини, які обґрунтовують причини пропуску строку позовної давності, – це факти й обставини процесуально-правового характеру, які тісно пов'язані з матеріально-правовою кваліфікацією правовідносин, і саме від результату такої кваліфікації залежить вид строку позовної давності, а також вирішення питання про те, чи взагалі поширюються вимоги закону про строк позовної

давності в конкретному випадку, оскільки, наприклад, у справах про відшкодування шкоди, завданої життю або здоров'ю громадянина, такі строки застосовані не можуть бути (ст. 258 ЦК України); 2) факти й обставини, які обґрунтовують причини пропуску строку позовної давності, установлюються судом і доказуються стороною виключно у справах позовного провадження; 3) факти й обставини, що обґрунтовують чи спростовують порушення правил позовної давності, причини пропуску строків позовної давності, підлягають установленню судом і доказуванню суб'єктами цивільних процесуальних правовідносин, між якими виник спір з приводу пропущення строку позовної давності, що відповідає вимогам ч. 1 ст. 179 ЦПК України, відповідно до якої причини пропуску строку позовної давності підлягають установленню при ухваленні рішення. Видається, що обов'язок доказати факт пропущення стороною строку позовної давності повинен покладатися на особу, яка стверджує про такий факт, що ж стосується фактів і обставин, які обґрунтовують причини пропуску строку позовної давності, то їх повинна доказати й довести особа, яка пропустила строк позовної давності.

Як уже йшлося вище, факти, що обґрунтовують причини пропуску строку позовної давності, включені законодавцем до складу фактів предмета доказування, відповідно до ч. 1 ст. 179 ЦПК України. Що стосується науковців, то ними до складу фактів процесуально-правового характеру, як правило, зараховуються й факти, що обґрунтовують підстави забезпечення позову [16].

Забезпечення позову в цивільному процесі – це вжиття заходів, спрямованих на захист прав, свобод та інтересів осіб, котрі беруть участь у справах позовного провадження, у разі припущення неможливості виконання судового рішення внаслідок певних дій учасників процесу [17]. Способами забезпечення позову є, зокрема, накладання арешту на майно або кошти, що належать відповідачеві й знаходяться в нього або в інших осіб, заборона вчиняти певні дії, установлення обов'язку вчинити певну дію тощо (ст. 152 ЦПК України). І причини, у зв'язку з якими потрібно забезпечити позов, і вид забезпечення мають бути зазначені в заяві відповідно до ч. 2 ст. 151 ЦПК України. І хоча ст. ст. 151 і 152 ЦПК України регламентують процесуальний порядок забезпечення позову в цивільному процесі та не вказують безпосередньо на необхідність зазначати факти й обставини в обґрунтування заяви про забезпечення позову, очевидно, що під «причинами» й потрібно розуміти сукупність фактів і обставин, які стали передумовою звернення до суду із заявою про забезпечення позову. Наприклад, у позивача є припущення, що до завершення розгляду та вирішення справи судом відповідач зніме кошти з банківського рахунку й розпорядиться ними на свій розсуд, приховає тощо. В обґрунтування заяви про забезпечення позову позивач зазначить таке: реквізити відповідного банку, рахунок, грошову суму, а також факти й обставини, які дали підстави вважати, що відповідач учинить дії, які унеможливають виконання судового рішення, тощо. Чи мають ці факти процесуально-правовий характер, як на це вказують окремі процесуалісти? Видається, що вказані факти й обставини мають здебільшого матеріально-правовий характер, а не процесуально-правовий, як це прийнято вважати, оскільки, як правило, пов'язані із матеріально-правовими вимогами. Наприклад, у справах про розподіл майна, відшкодування шкоди, стягнення коштів, у справах, що виникають із кредитних зобов'язань, тощо вид

забезпечення позову безпосередньо залежить від позовних вимог і їхніх підстав, які мають матеріально-правовий характер.

Про факти процесуально-правового характеру в абсолютному розумінні можна говорити в контексті, наприклад, розгляду та вирішення судами справ про визнання й виконання рішень іноземних судів. Проведення таких справ судами України зумовлює необхідність установлювати такі факти процесуально-правового характеру: дату ухвалення рішення іноземним судом, оскільки ст. 391 ЦПК України встановлює, що рішення іноземного суду може бути пред'явлено до примусового виконання в Україні протягом трьох років із дня набрання ним законної сили, за винятком рішення про стягнення періодичних платежів, яке може бути пред'явлено до примусового виконання протягом усього строку проведення стягнення з погашенням заборгованості за останні три роки; підсудність такої справи, що пов'язана з судами за місцем проживання (перебування) або місцезнаходження боржника чи його майна, відповідно до ст. 392 ЦПК України; факти, які свідчать про наявність відповідних повноважень в особи, котра звертається із клопотанням про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду. Закон (ст. 393 ЦПК України) наділяє таким правом безпосередньо стягувача (його представника) або, відповідно до міжнародного договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, іншу особу (представника); факти, що підтверджують дотримання особою, котра має право на подання клопотання, процесуального порядку реалізації права на подання такого клопотання, адже деякими міжнародними договорами України передбачено подання клопотання через органи державної влади України (ч. 2 ст. 393 ЦПК України) тощо. Указані факти мають виключно процесуально-правовий характер, підлягають доказуванню особами, які подають клопотання, та встановленню судом. Отже, необхідність включення фактів процесуально-правового характеру до предмета доказування набуває особливого значення при провадженні національними судами у справах про визнання й виконання рішень іноземних судів.

У зв'язку з тим що за своєю природою факти й обставини процесуально-правового характеру, – це факти й обставини, доказування та встановлення яких зумовлено судовою діяльністю, а будь-яка процесуальна дія суду підлягає обов'язковій фіксації в процесуальних актах: ухвалах, рішеннях, протоколах тощо, а також у журналі судового засідання й технічними засобами, отже, і саме ухвалення (постановлення) процесуального документа, і його зміст, відповідно, стають процесуальним фактом або несуть інформацію про процесуальний факт чи сукупність фактів.

Дослідження юридичної природи окремих фактів процесуально-правового характеру зумовлює висновок про обґрунтованість включення законодавцем фактів процесуально-правового характеру до предмета доказування (ч. 1 ст. 179 ЦПК України), а також про необхідність доказування фактів і обставин процесуально-правового характеру сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, установлення їх судом, так само як і фактів матеріально-правового характеру. Положення ч. 1 ст. 60 ЦПК України, відповідно до якої кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень, крім випадків, установлених законом, необхідно розуміти і як таке, що встановлює обов'язки для доказування фактів процесуально-правового характеру, адже, наприклад, вимога позивача про забезпечення позову повинна бути обґрун-

тована відповідними фактами й доказами. Дещо десонує з ч. 1 ст. 60 ЦПК України ч. 3 цієї самої статті, відповідно до якої доказуванню підлягають обставини, які мають значення для ухвалення рішення у справі й щодо яких у сторін та інших осіб, котрі беруть участь у справі, виникає спір. По-перше, не всі правовідносини, що встановлюються судом у цивільному процесі, характеризуються спірністю; по-друге, і факти процесуально-правового характеру можуть бути не обтяжені спором, тому з огляду на регулювання предмета доказування ст. 179 ЦПК України видається необхідним ч. 3 ст. 60 ЦПК України викласти в такій редакції: «Доказуванню підлягають факти й обставини, які мають значення для ухвалення рішення у справі».

Аналіз поглядів і висновків про юридичну природу фактів та обставин процесуально-правового характеру, їх законодавчої регламентації, дає змогу зробити такі **висновки**:

1. Факти й обставини процесуально-правового характеру – це юридичні факти й обставини, із якими норми цивільного процесуального законодавства пов'язують виникнення, зміну та припинення цивільних процесуальних правовідносин.

2. Факти й обставини процесуально-правового характеру – це факти й обставини, необхідність у доказуванні та встановленні яких може виникати як до, так і після відкриття провадження у справі, зокрема факти й обставини, що обґрунтовують ужиття судом заходів щодо забезпечення доказів чи позову.

3. Необхідність установлення судом фактів і обставин процесуально-правового характеру може бути викликана вимогами матеріального права, зокрема факти й обставини, які обґрунтовують причини пропуску строку позовної давності.

4. Факти й обставини процесуально-правового характеру необхідно включати до предмета доказування з таких причин: 1) їх установлення має велике значення для захисту прав, свобод та інтересів, ухвалення законних і обґрунтованих рішень; 2) вони підлягають доказуванню сторонами та іншими особами, які беруть участь у справі, установленню судом.

5. У зв'язку з тим, що ч. 3 ст. 60 ЦПК України встановлює обов'язки доказування й подання доказів в обґрунтування лише обставин, щодо яких у сторін та інших осіб, котрі беруть участь у справі, виникає спір, а факти процесуально-правового характеру обґрунтовують переважно не матеріально-правові правовідносини, з приводу яких виник спір, а процесуально-правові, видається доцільним ч. 3 ст. 60 ЦПК України викласти в такій редакції: «Доказуванню підлягають факти й обставини, які мають значення для ухвалення рішення у справі». Такий спосіб регулювання обов'язків доказування й подання доказів однозначно дасть підставу вважати, що доказуванню підлягають усі факти й обставини, від установлення яких залежить законність і обґрунтованість судового рішення, а не лише факти й обставини, з приводу яких виник спір, відповідатиме положенню ч. 1 ст. 179 ЦПК України та судовій практиці.

#### Список використаної літератури:

1. Гукасян Р.Е. Соотношение материального и процессуального права, норм и правоотношений / Р.Е.Гукасян // Труды ВЮЗИ «Проблемы соотношения материального и процессуального права». – М. : ВЮЗИ, 1980. – С. 14–19.
2. Курс цивільного процесу : [підручник] / [В.В. Комаров, В.А. Бігун, В.В. Баранкова та ін.] ; за ред. В.В. Комарова. – Х. : Право, 2011. – С. 486.

3. Советский гражданский процесс / под общ. ред. проф. С.Ю. Каца, доц. Л.Я. Носко. – К. : Выща школа, 1982. – С. 129–130.
4. Актуальные проблемы теории и практики гражданского процесса / [Н.А. Чечина, Д.М. Чечот и др.]. – Л. : Изд-во Ленинградского университета, 1979. – С. 128; Курьлев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии / С.В. Курьлев. – Минск, 1969. – С. 39.
5. Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть / Г.Л. Осокина. – 2-е изд., перераб. – М. : Норма, 2010. – С. 626.
6. Сліпченко О.І. Докази та доказування в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди : [монографія] / О.І. Сліпченко, В.А. Кройтор. – К. : ПАЛИВОДА А.В., 2012. – С. 118.
7. Паскар А.Л. Роль цивільних процесуальних юридичних фактів у динамічності цивільних процесуальних правовідносин / А.Л. Паскар // Проблеми процесуальної науки: історія та сучасність : збірник наукових праць першої Міжнародної науково-практичної конференції (25–26 листопада 2010 р.). – К., 2010. – С. 224.
8. Решетникова И.В. Доказывание в гражданском процессе : [учеб.-практ. пособие для бакалаврата и магистратуры] / И.В. Решетникова. – 4-е изд., перераб. и доп. – М. : Юрайт, 2015. – С. 43.
9. Звягинцева Л.М. Доказывание в судебной практике по гражданским делам / Л.М. Звягинцева, М.А. Плюхина, И.В. Решетникова. – М. : Норма, 2000. – С. 10–13; Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть / Г.Л. Осокина. – 2-е изд., перераб. – М. : Норма, 2010. – С. 626.
10. Цивільний процес України: академічний курс / за ред. С.Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2009. – С. 370; Андрійцьо В.Д. Теоретичні проблеми доказування в цивільному судочинстві України : [монографія] / В.Д. Андрійцьо. – Ужгород : ТОВ «ІВА», 2014. – С. 277.
11. Сліпченко О.І. Докази та доказування в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди : [монографія] / О.І. Сліпченко, В.А. Кройтор. – К. : ПАЛИВОДА А.В., 2012. – С. 118.
12. Цивільне право України. Загальна частина : [підручник] / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А. Майданика. – 3-тє вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 575.
13. Луць В.В. Позовна давність. Цивільне право України. Загальна частина : [підручник] / В.В. Луць ; за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А. Майданика. – 3-тє вид., перероб. і допов. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 581.
14. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 2002. – Т. 4. – 2002. – С. 717.
15. Про окремі питання застосування строків позовної давності : Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16.01.2013 р. № 10-70/0/4-13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v\\_070740-13/print](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v_070740-13/print) 139574644.
16. Решетникова И.В. Доказывание в гражданском процессе : [учеб.-практ. пособие для бакалаврата и магистратуры] / И.В. Решетникова. – 4-е изд., перераб. и доп. – М. : Юрайт, 2015. – С. 43; Цивільний процес України / академічний курс за ред. С.Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2009. – С. 370; Андрійцьо В.Д. Теоретичні проблеми доказування в цивільному судочинстві України : [монографія] / В.Д. Андрійцьо. – Ужгород : ТОВ «ІВА», 2014. – С. 277.
17. Захарова О.С. Проблеми забезпечення позову у цивільному судочинстві / О.С. Захарова, О.О. Грабовська // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – 2011. – № 88. – С. 14.

УДК 347.9

## ОСОБЛИВОСТІ ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ІЗ КРЕДИТНИХ ПРАВОВІДНОСИН, ДО СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ

**Вікторія ПОЛИВАЧ,**

аспірант кафедри правосуддя юридичного факультету  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

### SUMMARY

The current problem of the preparation stage of civil procedure in cases that arise from credit relationships is researched. The recent legislative changes, the judicial practice and the legal opinions aimed at settlement the features of the preparation stage of civil procedure in cases that arise from credit relationships, are analyzed from the standpoint of the unity of their practical applications.

**Key words:** court proceedings before the trial, preliminary court session, credit relationships.

### АНОТАЦІЯ

У статті досліджено проблемні питання провадження у справах, що виникають із кредитних правовідносин, до судового розгляду. Аналізуються останні законодавчі зміни, судова практика та правові позиції, спрямовані на врегулювання особливостей провадження у справах, що виникають із кредитних правовідносин, до судового розгляду з позиції єдності їх практичного застосування.

**Ключові слова:** провадження у справі до судового розгляду, попереднє судове засідання, кредитні правовідносини.

**Постановка проблеми.** Із розвитком національного законодавства збільшилось розмаїття справ, що розглядаються судами, зокрема в порядку цивільного судочинства. Відповідно, усе більш актуальними в силу свого прикладного значення стають дослідження процесуальних особливостей судового провадження в окремих категоріях цивільних справ.

Кредитні відносини в Україні, як і в будь-якій країні з ринковою економікою, становлять підвалини економічних процесів. В умовах політичної й фінансової кризи в Україні особливо гостро постали проблеми, пов'язані із виконанням умов кредитних договорів. Це породжує значну кількість спорів у сфері кредитних правовідносин, процесуальний порядок розгляду яких уже протягом кількох років є предметом обговорення як теоретиків, так і практиків цивільного процесуального права.

**Актуальність теми.** Відповідно до офіційних даних Державної судової адміністрації України, однією з найчисленніших категорій судових справ, які розглядаються в порядку цивільного судочинства, є справи, що виникають із кредитних правовідносин. Так, за 2014 рік до місцевих загальних судів надійшло 253 541 спорів, що виникають із договорів, із них 200 070 – спори, що виникають із договорів позики, кредиту, банківського вкладу (за 2013 рік – 184 989 спорів; за 2012 рік – 157 567 спорів) [1], що свідчить про численність справ цієї категорії й тенденцію до її збільшення.

Незважаючи на те, що вказана категорія справ посідає перше місце в загальній кількості спорів, які вирішують суди цивільної юрисдикції, у доктрині сучасного цивільного процесу України процесуальні особливості розгляду цієї категорії справ залишаються недослідженими. Так, розглядаючи справи, що виникають із кредитних правовідносин, суди по-різному застосовують норми не лише матеріального права, а й процесуального. Зокрема, актуальним є питання особливостей провадження у справах цієї категорії до судового розгляду, дослідження якого є важливим для вдосконалення цивільного процесуального законодавства України, оскільки відповідає потребам практики та є на-

гальними завданнями розвитку теорії цивільного процесуального права.

У різний час на проблеми підготовки справ до судового розгляду у своїх працях звертали увагу такі науковці, як Г.О. Жилін, В.Ф. Ковін, Б.М. Лапін, П.В. Логінов, О.І. Носирева, В.К. Пучинський, М.Л. Скуратовський, С.А. Ташназаров, Д.Г. Фільченко, В.М. Шерстюк, О.С. Шумейко, К.С. Юдельсон, О.О. Якименко й інші. Серед українських правознавців теми правового регулювання підготовки справи до судового розгляду присвячені роботи Н.Л. Бондаренко-Зелінської, О.О. Грабовської, Н.О. Кіреєвої, Д.Д. Луспенника, А.С. Олійник, Г.О. Світличної, Г.П. Тимченка та ін.

Однак, незважаючи на широкий спектр досліджень проблем провадження у справах до судового розгляду, низка питань залишилися поза увагою дослідників або видаються дискусійними. Це стосується насамперед питання підготовки справ, що виникають із кредитних правовідносин, до судового розгляду. Тема, обрана для дослідження, є досить вузькою, але маловивченою, не була предметом самостійного наукового дослідження.

**Метою статті** є визначення концептуальних засад удосконалення процесуального законодавства в частині провадження у справах, що виникають із кредитних правовідносин, до судового розгляду. Відповідно, завданнями статті є аналіз останніх законодавчих змін, судової практики та правових позицій, спрямованих на врегулювання особливостей підготовки справ цієї категорії до судового розгляду, із позиції єдності їх практичного застосування.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Провадження у справі до судового розгляду має винятково важливе значення для успішного проведення судового розгляду й, відповідно, досягнення кінцевого результату судочинства – ухвалення законного та обґрунтованого судового рішення. З урахуванням особливої важливості правильного і швидкого розгляду та вирішення справи в суді першої інстанції цивільне процесуальне законодавство докладно регламентує завдання, цілі та процесуальні дії у цьому провадженні.



Провадженню у справі до судового розгляду присвячена глава 3 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) [2]. Ця стадія розпочинається з дня постановлення ухвали про відкриття провадження у справі, після чого суд невідкладно надсилає особам, які беруть участь у справі, копії відповідної ухвали.

Аналіз судової практики засвідчує, що у справах, які виникають із кредитних правовідносин, як треті особи до участі у справі можуть бути залучені позичальники або поручителі, якщо вони не є стороною у справі.

Відповідно до ч. 2 ст. 127 ЦПК України водночас із копією ухвали про відкриття провадження у справі відповідачу надсилається копія позовної заяви з копіями доданих до неї документів, а третій особі – копія позовної заяви.

Отже, третім особам, які беруть участь у справі, копії документів, доданих до позовної заяви, судом не надсилаються. На думку С.Я. Фурси, надіслання третій особі лише копії позовної заяви зумовлено тим, що ч. 1 ст. 128 ЦПК України передбачається право відповідача подати суду письмове заперечення проти позову, а третій особі таке право не надане [3, с. 420].

Проте в юридичній літературі існує інша точка зору, зокрема така, що з метою дотримання рівності учасників цивільного процесу перед законом суд повинен надсилати копії документів, доданих до позовної заяви, і третій особі. Крім того, відповідно до вимог ч. 1 ст. 120 ЦПК України, позивач повинен додати до позовної заяви її копії та копії всіх документів, що додаються до неї, відповідно до кількості не лише відповідачів, а й третіх осіб.

Тобто, положення зазначених процесуальних норм (ч. 2 ст. 127 і ч. 1 ст. 120 ЦПК України) не узгоджуються за своїм змістом.

Уважаємо, що ненаправлення судом третій особі копій документів, доданих до позовної заяви, не є порушенням її процесуальних прав і не ставить її в нерівне становище із відповідачем, оскільки зазначені особи мають різний процесуальний статус, до третьої особи не висувається будь-яких позовних вимог. При цьому третя особа має право знайомитися із матеріалами справи, робити із них витяги, знімати копії із документів, долучених до справи, тощо (ч. 1 ст. 27 ЦПК України).

А тому, на нашу думку, направлення третій особі копій доданих до позовної заяви документів є недоцільним, оскільки це ускладнює роботу суду й тягне за собою додаткові витрати бюджетних коштів.

З метою узгодження положень ч. 2 ст. 127 і ч. 1 ст. 120 ЦПК України, вважаємо за доцільне внести зміни до ч. 1 ст. 120 ЦПК України, виклавши її в такій редакції: «1. Позивач повинен додати до позовної заяви її копії відповідно до кількості відповідачів і третіх осіб і копії всіх документів, що додаються до неї, відповідно до кількості відповідачів».

Після одержання копії ухвали про відкриття провадження у справі й позовної заяви з копіями доданих до неї документів відповідач у спорі, що виник із кредитних правовідносин, має право подати суду письмове заперечення проти позову із зазначенням доказів, що підтверджують його заперечення. Отже, відповідач у справі разом із запереченнями не зобов'язаний подати суду докази, а може про них лише зазначити (ч. 1 ст. 128 ЦПК України).

У ЦПК України в редакції, яка діяла до набрання чинності Закону України «Про судоустрій і статус судів» від 07 липня 2010 року, попереднє судове засідання було обов'язковим для кожної справи, за винятком установле-

них ЦПК України випадків. Це також було відображено в п. 6 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства, що регулюють провадження у справі до судового розгляду» від 12 червня 2009 року № 5, де Верховний Суд України звернув увагу на те, що проведення попереднього судового засідання є обов'язковим для кожної справи незалежно від її складності, за винятком випадків, установлених нормами ЦПК України [4].

Нова редакція ч. 7 ст. 130 ЦПК України (після набрання чинності Законом України «Про судоустрій і статус судів» від 07 липня 2010 року) скасувала обов'язковість проведення попереднього судового засідання, зазначивши, що питання про необхідність його проведення вирішується суддею під час відкриття провадження у справі.

У п. 8 Постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин» від 30 березня 2012 року № 5 зазначено, що, ураховуючи складність і особливості спорів, які виникають із кредитних правовідносин, проведення попереднього судового засідання є необхідним. Під час його проведення суд має вчинити дії для врегулювання спору до судового розгляду, а якщо спір не врегульовано в порядку, визначеному ч. 3 ст. 130 ЦПК України, то суд має виконати дії, передбачені ч. 6 цієї статті. Зокрема, суд має визначити, які правовідносини виникли між сторонами та які норми права підлягають застосуванню під час вирішення справи [5].

Аналіз судової практики засвідчує, що, як правило, у справах, які виникають із кредитних правовідносин, попереднє судове засідання не проводиться. Як наслідок, недостатня підготовка справи до судового розгляду, формальне ставлення суду до оцінювання доказової бази й доводів сторін призводять до ухвалення незаконного та необгрунтованого рішення, до необхідності апеляційного суду «виконувати обов'язки суду першої інстанції» щодо формування повноти доказової бази.

Серед типових помилок на цій стадії варто визнати такі:

- не проведення або формальне проведення попереднього судового засідання;
- розгляд справи й ухвалення рішення по суті спору в одному судовому засіданні, проведеному без участі відповідача та на підставі матеріалів, які додані до позовної заяви (в окремих випадках це був лише кредитний договір і довідка про наявність заборгованості);
- розгляд справи та ухвалення рішення по суті спору в разі наявності заперечення сторони проти позову без здійснення перевірки доказів на підтвердження або спростування обставин, на які посиляється відповідач;
- нерозгляд або відмова в задоволенні клопотання про призначення почеркознавчої експертизи, у разі якщо відповідач посиляється на те, що договір він не підписував, коштів не отримував.

З огляду на зазначені помилки, які допускаються судами першої інстанції, під час розгляду справ, що виникають із кредитних правовідносин, потрібно звернути увагу на необхідність обов'язкового проведення попереднього судового засідання.

Виходячи з п. п. 8, 9 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства, що регулюють провадження у справі до судового розгляду» від 12 червня 2009 року № 5, якщо спір не врегульовано до судового розгляду, суд пови-

нен здійснити процесуальні дії, направлені на правильне та швидке вирішення справи [4].

Для визначення процесуальних дій, які необхідно вчинити до судового розгляду, суд постановляє відповідну ухвалу, де зазначаються дії як суду, так і учасників процесу, строки їх здійснення. Перелік таких дій передбачений ч. 6 ст. 130 ЦПК України й не є вичерпним; дії визначаються характером матеріально-правового спору, законодавством, яке підлягає застосуванню, та обставинами справи й можуть проводитись у різній послідовності. Уточнюючи позовні вимоги або заперечення проти позову, суд визначає характер спірних правовідносин сторін, зміст їхніх правових вимог і матеріальний закон, який їх регулює і яким належить керуватися під час вирішення спору. Зокрема, у позивача суд повинен з'ясувати предмет позову (що конкретно вимагає позивач), підставу позову (чим він обґрунтовує свої вимоги) і зміст вимоги (який спосіб захисту свого права він обрав). У відповідача суд з'ясовує сутність заперечення проти позову й характер такого заперечення (процесуальний чи матеріально-правовий аспект). З урахуванням вимог і заперечень сторін, обставин, на які посилаються інші особи, котрі беруть участь у справі, а також норм права, що підлягають застосуванню, суд визначає факти, які необхідно встановити для вирішення спору, які з них визнаються кожною стороною, а які підлягають доказуванню (ст. 179 ЦПК України).

Оскільки підставою позову є фактичні обставини, наведені в заяві, то зазначення позивачем конкретної правової норми на обґрунтування позову не є визначальним під час вирішення судом питання про те, на підставі якої норми матеріального права потрібно вирішувати спір.

Так, якщо відповідач заперечує проти позову із посиланням на невідповідність договору (додатків до нього) або якщо підпис, який зазначається в договорі, документах на отримання товару (у разі його придбання в кредит) тощо йому не належить, а про його наявність йому стало відомо лише після надання вказаних документів до суду, і він заявляє клопотання про проведення по справі судової почеркознавчої експертизи, суд має розглянути таке клопотання відповідно до вимог цивільно-процесуального законодавства та призначити експертизу.

Відповідно до ч. 4 ст. 10 ЦПК України, суд сприяє всебічному й повному з'ясуванню обставин справи: роз'яснює особам, які беруть участь у справі, їхні права й обов'язки, попереджує про наслідки вчинення або невчинення процесуальних дій і сприяє здійсненню їхніх прав у випадках, установлених цим Кодексом.

А тому, якщо відповідач посилається на зазначенні обставини, однак відповідного клопотання про призначення експертизи не заявляє, суд має роз'яснити право останнього на заявлення такого клопотання та процесуальні наслідки (щодо задоволення позову) у разі непроведення такої експертизи.

Якщо відповідач, заперечуючи проти позову, посилається на стягнення з нього боргу за іншим судовим рішенням (наприклад, судовим наказом, рішенням про стягнення тощо), суд має витребувати такі матеріали, відповідно до вимог цивільно-процесуального законодавства, з'ясувати питання щодо фактичного виконання цих судових рішень згідно з вимогами Закону України «Про виконавче провадження» та з урахуванням установлених обставин вирішити спір по суті.

Сторони зобов'язані подати свої докази суду до або під час попереднього судового засідання у справі (у разі його

проведення). Докази, подані з порушенням вимог, установлених ч. 1 ст. 131 ЦПК України, не приймаються, якщо сторона не доведе, що докази подано несвоєчасно через поважні причини.

Варто зазначити, що у справах, де позивачем є банк, а відповідачем – позичальник, перший зазвичай нехтує вимогами доказування, надає до суду не всі документи, які можуть свідчити про наявність права вимоги стягнення певного розміру коштів. Позичальник, перебуваючи в нерівному становищі, повинен доводити необґрунтованість вимог банку шляхом витребування письмових доказів, які будуть свідчити про обставини, що мають значення для вирішення кредитного спору.

Так, у 2013 році ПАТ «Акцент-Банк» (далі – Банк) звернулось до Дніпровського районного суду м. Києва із позовом про стягнення з С.А. Пономаренка заборгованості за кредитним договором. Свої вимоги Банк обґрунтовував тим, що 20 вересня 2008 року між ним і С.А. Пономаренком було укладено кредитний договір, відповідно до якого Банк надав відповідачу в тимчасове користування кошти в розмірі 8 735,16 грн зі сплатою 12% річних за користування кредитом строком до 29 вересня 2010 року.

На думку Банку, у зв'язку з невиконанням С.А. Пономаренком умов договору утворилась заборгованість, яка станом на 11 квітня 2013 року складала 311 880,08 грн.

Заочним рішенням Дніпровського районного суду м. Києва від 23 вересня 2013 року позов Банку було задоволено частково, стягнуто з С.А. Пономаренка заборгованість за договором у розмірі 41 605,63 грн, у задоволенні решти позовних вимог відмовлено. Заяву С.А. Пономаренка про перегляд заочного рішення було залишено судом без задоволення.

В апеляційній скарзі С.А. Пономаренко вказав на те, що договір із Банком не укладав, не підписував і коштів від Банку не отримував, просив призначити по справі судову почеркознавчу експертизу. Тривалий час Банк, посилаючись на різні обставини, не надавав суду апеляційної інстанції оригінал кредитного договору, який був необхідний для проведення експертизи.

Ухвалою Апеляційного суду м. Києва від 02 липня 2014 року у справі було призначено судову почеркознавчу експертизу. Банк не надав експертам оригіналу договору для дослідження, а тому висновок експертизи мав імовірний характер. Експерт, дослідивши фотокопію договору, дійшов висновку, що підписи в договорі «імовірно виконані не С.А. Пономаренком, а іншою особою».

За таких обставин суд був позбавлений можливості ухвалити обґрунтоване законне рішення, а тому ухвалою суду від 01 жовтня 2014 року у справі було призначено додаткову судову почеркознавчу експертизу, Банк повторно було зобов'язано надати експертам для дослідження оригінал договору.

Відповідно до експертного висновку від 12 грудня 2014 року № 1037, підписи в договорі виконано не С.А. Пономаренком, а іншою особою із застосуванням технічних прийомів, зокрема шляхом перемалювання на просвіт із використанням «моделі» підпису С.А. Пономаренка на першій сторінці його паспорта.

Рішенням Апеляційного суду м. Києва від 21 січня 2015 року Банку було відмовлено в задоволенні позову, але для цього С.А. Пономаренко протягом шести місяців повинен був доводити суду необґрунтованість вимог Банку [6].

Наведений приклад свідчить про те, що під час вирішення судом першої інстанції цієї справи саме недостатня

підготовка справи до судового розгляду, формальне ставлення суду до оцінювання доказової бази, неповідомлення відповідача належним чином про час і місце судового засідання призвели до ухвалення незаконного заочного рішення.

Відповідно до п. 5 ч. 6 ст. 130 ЦПК України, під час попереднього судового засідання суд за клопотанням осіб, які беруть участь у справі, вирішує питання про витребування доказів.

Потрібно розрізнити поняття витребування доказів і забезпечення доказів. Нерідко розуміння цих понять стає предметом суперечок правників і суддів під час розгляду цивільних справ.

Згідно з ч. 2 ст. 133 ЦПК України, способами забезпечення судом доказів є допит свідків, призначення експертизи, витребування та (або) огляд доказів, у тому числі за їх місцезнаходженням. Аналізуючи зміст цієї норми, можна дійти висновку, що витребування доказів є одним із способів їх забезпечення.

Проте варто звернути особливу увагу на те, що, подаючи заяву про забезпечення доказів, особа повинна обґрунтувати неможливість або складнощі в поданні цих доказів (ч. 1 ст. 133 ЦПК України), а в клопотанні про витребування доказів необхідно обґрунтувати складнощі в отриманні доказів без судового втручання. Крім того, клопотання про витребування доказів має бути подано в попередньому судовому засіданні або до початку розгляду справи по суті, але після відкриття провадження в цивільній справі (ст. 137 ЦПК України). Заява ж про забезпечення доказів може бути подана до подання позову, відповідно до моменту відкриття провадження по справі, і повинна бути розглянута судом протягом 5 днів (ст. 135 ЦПК України).

Отже, клопотання про витребування доказів і заява про забезпечення доказів є окремими процесуально-правовими діями, які не можна ототожнювати, оскільки вони мають різні предмети регулювання, форму та наслідки.

Проте судова практика з цього питання була різною. Після введення судового збору за подання заяви про забезпечення доказів деякі судді відмовляли в клопотанні про витребування доказів у зв'язку з несплатою судового збору, передбаченого пп. 13 п. 1 ч. 2 ст. 4 Закону України «Про судовий збір» у редакції, яка діяла до 01 вересня 2015 року [7].

Так, ухвалою Голосіївського районного суду м. Києва від 28 вересня 2012 року заяву про витребування доказів було залишено без руху з наданням заявнику строку для усунення недоліків протягом п'яти днів із дня отримання ухвали у зв'язку з тим, що при поданні до суду заяви про витребування доказів заявником не сплачено судовий збір [8].

Питання неоднозначної судової практики з цього приводу було вирішено в інформаційному листі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 27 вересня 2012 року № 10-1386/0/4-12, відповідно до п. 6 якого сплата судового збору у випадку, передбаченому пп. 13 п. 1 ч. 2 ст. 4 Закону, за подання до суду заяви про забезпечення доказів здійснюється лише в разі, якщо така заява розглядається в порядку, визначеному ст. 135 ЦПК України, а не за подання клопотання про витребування доказів (ст. 137 ЦПК України), яке розглядається за правилами ст. ст. 130, 168 ЦПК України [9].

**Висновки.** Як свідчать вищенаведені приклади, під час розгляду справ, що виникають із кредитних правовідносин, велику увагу треба приділяти провадженню у справі до судового розгляду, оскільки ця стадія є фундаментом розгляду справи по суті. Своєчасність і правильність розгляду цивільних справ, зокрема справ, що виникають із кредитних правовідносин, безпосередньо залежить від повноти і якості вчинення дій, спрямованих на підготовку справи до судового розгляду, а помилки й прорахунки суддів від самого початку задають неправильний напрям усього судового розгляду, призводять до численних порушень строків розгляду справи та нерідко є причинами скасування судових рішень [10, с. 293].

Отже, потрібно визнати, що упущення під час підготовки справ, що виникають із кредитних правовідносин, до судового розгляду часто призводять до того, що розгляд цих справ не раз відкладається. Це негативно позначається на оперативності правосуддя загалом, а тому практика застосування положень глави 3 розділу III «Провадження у справі до судового розгляду» ЦПК України потребує додаткового теоретичного обґрунтування й законодавчого вдосконалення.

#### Список використаної літератури:

1. Форма 2Ц. Звіт судів першої інстанції про розгляд справ у порядку цивільного судочинства [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://court.gov.ua/sudova\\_statystyka/lkflghkjlh](http://court.gov.ua/sudova_statystyka/lkflghkjlh).
2. Цивільний процесуальний кодекс України зі змінами та допов. станом на 01 квіт. 2015 р. – К. : ПАЛИВОДА А.В., 2015. – 204 с.
3. Цивільний процесуальний кодекс України : [науково-практичний коментар] : у 2 т. / за заг. ред. С.Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С.Я. : КНТ, 2006. – Т. 1. – 2006. – 912 с.
4. Про застосування норм цивільного процесуального законодавства, що регулюють провадження у справі до судового розгляду : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 12.06.2009 р. № 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/F207C3482AD7B81AC2257AF4005097FF](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/F207C3482AD7B81AC2257AF4005097FF).
5. Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин : Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30.03.2012 р. № 5 // Закон і Бізнес. – 2012. – № 18.
6. Рішення Апеляційного суду м. Києва від 21 січня 2015 року. Справа № 22-ц/796/2003/2015.
7. Про судовий збір : Закон Верховної Ради України від 08.07.2011 р. № 3674-VI // Офіційний вісник України. – 2011. – № 59. – Ст. 2349 (з подальшими змінами та доповненнями).
8. Ухвала Голосіївського районного суду м. Києва від 28.09.2012 року по справі № 2601/16399/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua>.
9. Про деякі питання практики застосування Закону України «Про судовий збір» : Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 27.09.2012 року № 10-1386/0/4-12 // Закон і Бізнес. – 2012. – № 40.
10. Позовне провадження : [монографія] / [В.В. Комаров, Д.Д. Лупеник, П.І. Радченко та ін.] ; за ред. В.В. Комарова. – Х. : Право, 2011. – 552 с.



# ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

УДК 346.9:346.2

## ВЫПОЛНЕНИЕ ХОЗЯЙСТВЕННОГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В НАТУРЕ. ОПЫТ РАЗНЫХ СТРАН

Валентина ПЕТРУНЯ,

соискатель кафедры хозяйственного права и процесса  
Национального университета «Одесская юридическая академия»

### SUMMARY

The article deals with the application of this method of protecting the rights of economic entities as the award to fulfill the obligation in kind. A comparative analysis of the application of this method of protection of common law countries and the countries of continental legal family. The peculiarities of the legal regulation in Ukraine, Germany, France, USA, England, in the definition of terms, conditions and limitations of application by business entities to fulfill awarding the obligation in kind. The conclusion about necessity of using the experience of foreign countries in order to improve and enhance the protection of the rights and interests of economic entities in Ukraine.

**Key words:** fulfill the obligation in kind, methods of protection, entity, protection of the rights.

### АННОТАЦИЯ

Статья посвящена проблеме применения такого способа защиты прав субъектов хозяйствования, как присуждение к выполнению обязательства в натуре. Проведен сравнительный анализ применения указанного способа защиты стран общего права и стран континентальной правовой семьи. Рассмотрены особенности правового регулирования в Украине, Германии, Франции, США, Англии в определении оснований, условий и ограничений применения субъектами хозяйствования присуждения к выполнению обязательства в натуре. Сделан вывод о необходимости использования опыта зарубежных стран для усовершенствования и повышения эффективности защиты прав и интересов субъектов хозяйствования в Украине.

**Ключевые слова:** выполнение хозяйственного обязательства в натуре, способ защиты, субъект хозяйствования, защита прав.

**Постановка проблемы.** Осуществляя хозяйственную деятельность, субъекты хозяйствования заключают различные договоры, чем определяют обязательства для выполнения. Хозяйственное законодательство Украины определяет, что обязательства должны выполняться. Это подтверждает и постулат римского права “*Pacta sunt servanda*”, означающий, что «Договоры должны соблюдаться». На практике же выполнение обязательств не всегда происходит в соответствии с условиями заключенного договора, что приводит к негативным последствиям для одной из сторон, негативно сказывается на хозяйственной деятельности субъекта хозяйствования, чьи права и интересы нарушены. Одним из способов защиты в данном случае является присуждение к выполнению обязательств в натуре, предусмотренный ст. 20 Хозяйственного кодекса Украины (далее – ХК Украины). Данный способ защиты предусмотрен и Гражданским кодексом Украины (далее – ГК Украины), который, устанавливая такой способ защиты гражданских прав и интересов, не определяет оснований и условий его применения, в законодательном регулировании чего существует необходимость [1].

**Актуальность темы.** Как верно отмечает Н. Плюшкевич, только в теории права механизм регулирования правоотношений является прозрачным и совершенным, тогда как на практике «человеческий фактор» вносит свои, временами не предсказуемые, коррективы. В доктрине и судебной практике зарубежных стран решение проблемы юридических последствий невыполнения или ненадлежащего выполнения обязательства сформировались проти-

воположные подходы. По праву стран континентальной правовой семьи обязательство выполнить обязательство в натуре является основным, а требование о денежной компенсации убытков (как чисто имущественная санкция) рассматривается как второстепенное [2]. По праву же стран общего права наоборот. Какой же подход является более эффективным при защите прав субъектов хозяйствования?

Исследованием данного вопроса занимались такие ученые-юристы, как Т. Боднар, Р. Зиммерман, О. Ландо, А. Карапетов, Е. Васильев, А. Комаров, К. Осаке, А. Романов, Н. Плюшкевич и другие.

**Целью статьи** является исследование и теоретический анализ применения такого способа защиты, как присуждение к выполнению обязательств в натуре, в Украине, Германии, США, Франции и Англии.

**Изложение основного материала исследования.** Ст. 193 ХК Украины предусматривает общие условия выполнения хозяйственных обязательств в натуре, то есть путем совершения должником именно того действия, которое составляет содержание обязательства без замены данного действия денежным эквивалентом в виде возмещения убытков и уплаты неустойки, кроме случаев, когда иное предусмотрено законом или договором либо уполномоченная сторона отказалась от принятия выполнения обязательства. То есть, законодательством Украины предусмотрено реальное исполнение обязанности в натуре.

Требование закона о выполнении хозяйственного обязательства в натуре подкрепляется положением ч. 2 ст. 194



ГК Украины, согласно которому ненадлежащее исполнение обязательства третьим лицом не освобождает стороны от обязанности выполнить обязательства в натуральной форме, кроме случаев, предусмотренных ч. 3 ст. 193 ГК Украины, а именно: если иное не предусмотрено законом или договором либо уполномоченная сторона отказалась от принятия исполнения обязательства.

В. Петров указывает, что при принятии судебного решения про присуждение к исполнению обязательства в натуре суд может столкнуться с юридической или фактической невозможностью выполнения данного обязательства, учитывая, в частности, положения Закона Украины «Об исполнительном производстве» или обстоятельства дела. Конечно, проблема лежит и в плоскости принципа диспозитивности сторон в хозяйственном или гражданском процессе – в случае, если сторона требует такой способ защиты, который невозможно эффективно выполнить в связи с пробелами законодательства об исполнительном производстве или сохранением элементов волеизъявления должника на такое выполнение, суд не может вмешиваться в компетенцию субъекта хозяйствования и отказывать в защите нарушенного права выбранным истцом способом [3, с. 453–454]. Однако Конституция ФРГ, например, закрепила положение, согласно которому судьи связаны «законом и правом». В решениях Федерального Верховного суда ФРГ стало обычным подчеркивание, что право шире, чем законодательство. Федеральный Верховный суд и Федеральный Конституционный суд ФРГ в серии решений установили, что конституционное право не ограничено текстом Основного Закона, а включает «некоторые общие принципы, которые законодатель не конкретизировал в позитивной форме». В некоторых странах, принадлежащих к романо-германскому типу правовой системы, общие принципы права прямо закреплены в законе как источник права в случае наличия пробелов, например, в гражданских кодексах (Австрия, Греция, Испания, Италия). Также судебная власть ФРГ разрешила судьям разрабатывать принципиальные решения, уточнять положения закона таким образом, что рождаются новые нормы, так называемые правоположения судебной практики. Таким образом, романо-германский тип правовой системы допускает и поиск каждым юристом в конкретном вопросе решения, которое отвечает принципу справедливости [4]. Наиболее важной чертой способов судебной защиты в общей системе права, которые предоставляются правом справедливости, является то, что они применяются по усмотрению суда [5, с. 109]. Поэтому целесообразно использовать опыт Германии, Англии и общие принципы права и предоставить хозяйственным судам Украины законную возможность гибко, в соответствии с предназначением судебного разбирательства и принципами права, толковать нормы законодательства об установлении и применении способов защиты прав субъектов хозяйствования для эффективной защиты прав субъектов хозяйствования.

В германском праве суть договорного обязательства заключается в его исполнении в натуре должником (ст. 241 ГГУ). Соответственно, исполнение в натуре допускается, даже если уплата убытков/неустойки адекватно покрыла бы ущерб кредитора. Исполнение в натуре не допускается в следующих случаях: дальнейшее исполнение в натуре невозможно; исполнение в натуре требует услуги третьего лица, кроме самого должника; исполнение в натуре требует специальных навыков (например, научных или художественных) должника; исполнение в натуре принуждает

должника выполнить персональные услуги по трудовому договору. За неисполнение решения суда об исполнении в натуре суд может посадить должника в тюрьму и/или взыскать с него штраф в неограниченном размере в пользу государственной казны. Исполнение в натуре допускается судом в порядке вещей. Одним словом, в германском праве исполнение в натуре применяется судом в порядке общих вещей, а уплата убытков – в порядке исключения из общего правила. По Унифицированному коммерческому кодексу США (ст. 2-716) оплата убытков считается неадекватной в следующих случаях: объект договора купли-продажи является уникальным (незаменимым); кредитор не может заключить подобный договор в существующем открытом рынке; в «других соответствующих ситуациях», которые суд вправе толковать в каждом конкретном случае. Во французском праве, как и в германском, суть договорного обязательства заключается в его исполнении в натуре. Соответственно, по ст. 1183 ГК Франции исполнение в натуре допускается, даже если оплата убытков/неустойки адекватно покрыла бы ущерб. Исполнение в натуре не допускается, лишь если дальнейшее исполнение в натуре невозможно. Но суд не имеет права заставить человека выполнить персональные услуги (ст. 1142). Суд может лишь заставить должника предоставить определенный товар или вещи кредитору. За невыполнение приговора суда об исполнении в натуре суд не имеет права посадить должника в тюрьму. Он может лишь налагать штраф (*astreinte*). Если должник все равно не выплатит штраф, суд может увеличить размер штрафа неоднократно. По праву РФ в случае ненадлежащего исполнения договора оплата убытков или неустойки не освобождает должника от исполнения в натуре, если дальнейшее исполнение в натуре возможно. В случае неисполнения обязательства оплата убытков или неустойки освобождает должника от исполнения в натуре, если в законе или договоре не предусмотрено иное (ст. 396 п. 2, ст. 405 п. 2, ст. 409, 505 ГК РФ). Если оплата убытков достаточно покрывает ущерб кредитора, суд не допускает исполнения в натуре (т. е. действует принцип адекватности убытков). Если дальнейшее исполнение в натуре невозможно, суд не допускает исполнение в натуре (т. е. действует принцип дальнейшей невозможности исполнения в натуре). Исполнение в натуре допускается по усмотрению суда по каждому конкретному делу [6, с. 274–275].

Сложно не согласиться с Т. Боднар, которая отмечает, что выполнение обязательства в натуре должно рассматриваться как принцип соотношения ответственности и выполнения обязательства в натуре, содержание которого состоит в том, что, во-первых, обязанностью должника, как и до момента применения к нему мер имущественной ответственности, остается надлежащее выполнение обязательства, во-вторых, такое выполнение должно быть выполнено в натуре, что не допускает (по общему правилу) замены предмета выполнения обязательства. Выполнение обязательства является тем конечным результатом, которого желали достичь стороны, заключая договор [7].

Например, необходимо определить субъекту хозяйствования, который защищает свои права, целесообразно ли заставлять подрядчика к выполнению им обязанности по строительству или, возможно, целесообразнее восстановить положение, существовавшее до нарушения прав субъекта хозяйствования, в частности взыскать денежные средства, которые были перечислены подрядчику для выполнения им работ и потребовать возмещения убытков. Невозможно принятие судебного решения о присуждении

к выполнению обязательства в натуре, например, для выполнения определенных работ или оказания услуг, в случае, если на момент принятия решения должник не имеет лицензии на проведение работ или оказание услуг, предусмотренных договором. Таким образом, применяя такой способ защиты, как выполнение хозяйственного обязательства в натуре, нужно учитывать все основания при подаче иска в суд, целесообразность его применения, реальную защиту прав и возможность дальнейшего выполнения решения суда.

В процессуальном праве Франции ГПК предусматривает процессуальный механизм исполнения только решений о взыскании денег и передаче индивидуально-определенных или индивидуализированных вещей. В остальных случаях кредитор приходится довольствоваться правом, испросив разрешение у суда, получить исполнение на стороне за счет должника. Правда, уже в последнее время, в особенности после проведения во Франции реформы исполнительного законодательства в 1991 г. (ст. 1 Закона от 09 июля 1991 г., которая предусматривала, что любой кредитор может принудить должника к исполнению взятых на себя обязательств [8, с. 399]), а также в результате расширительного толкования норм ФГК (в первую очередь, ст. 1184, которая предписывает, что кредитор может в случае нарушения договора должником либо аннулировать соглашение, либо понудить должника выполнить договор) отчетливо прослеживается тенденция рассматривать ограничительную норму ст. 1142 ФГК и следующие из нее выводы о невозможности использовать прямое судебное принуждение обязанностей типа *de faire* как исключение, применяющееся на практике только там, где обязанность должника носит личный характер или исполнение стало невозможным [9, с. 320]. В действительности суды выносят решения и об отобрании вещей (индивидуально-определенных или родовых), и о совершении тех или иных действий нетоварного характера (назначение арбитра, освобождение квартиры, раскрытие информации и т. д.) [10, с. 204].

В Германии кредиторы, как правило, назначают должнику срок в порядке ст. 250 ГГУ для исполнения в натуре, после истечения которого они приобретают право требовать денежную компенсацию [11, с. 53].

В соответствии с законом (§ 251 ГГУ), денежное возмещение, вместо исполнения в натуре, без установления дополнительного срока для исполнения обязательства допустимо, если исполнение в натуре окажется невозможным или недостаточным для полного возмещения кредитору. Кроме того, если кредитор заявляет требование об исполнении в натуре, то суд не имеет права по собственному усмотрению отказать в этом и заменить его денежной компенсацией. Замена исполнения в натуре денежной компенсацией может иметь место лишь в строго ограниченных случаях. Порядок приведения в исполнение решений об исполнении в натуре регулируется нормами Гражданско-процессуального кодекса (ГПК) Германии (§ 883–894). Как правило, принудительное исполнение в натуре может быть осуществлено лишь в отношении имущества неисправного должника, включая наложение штрафа. Однако закон допускает и воздействие на должника: он может быть подвергнут аресту (§ 888, 890 ГПК Германии). Англо-американское право, основываясь на ином понимании юридического содержания обязательства и рассматривая его как долг, который всегда может быть выражен в деньгах, устанавливает прямо противоположный принцип в соотношении между правом кредитора требовать исполнения обязатель-

ства в натуре и его правом требовать денежную компенсацию материального ущерба, причиненного кредитору неисполнением обязательства. Как общий принцип кредитор может в случае нарушения договорного обязательства требовать от должника только возмещения причиненного ему ущерба путем уплаты денежной компенсации. Исполнение обязательства в натуре может быть присуждено кредитору в исключительных случаях. В настоящее время в странах англо-американской системы права, как правило, суд может вынести решение об исполнении в натуре в двух формах, в зависимости от содержания нарушенной должником обязанности: а) в форме *specific performance*, когда должник присуждается к совершению каких-либо действий, например, к передаче вещи; б) в форме запретительного приказа (*injunction*), когда должнику запрещается совершение каких-либо действий, нарушающих его обязательство по договору. Денежная компенсация остается нормальным и предпочтительным средством защиты, которым обладает кредитор в случае неисполнения обязательства должником. Принудительное же исполнение обязательства в натуре рассматривается как средство экстраординарное, исключительное, применяемое по усмотрению суда в тех случаях, когда он сочтет, что денежная компенсация, которую получит кредитор, в связи с неисполнением обязательства, не сможет адекватно защитить его интересы. Для суда, рассматривающего вопрос о невозможности присуждения должника к исполнению обязательства в натуре, не имеет значения даже тот факт, что обязанность исполнения в натуре была прямо включена в договор [12, с. 456–462].

В Германии не существуют какие-либо ограничения в отношении возможности применения косвенного принуждения должника к выполнению возложенных на него обязанностей. Механизм такого давления – предусмотренные договором пени за просрочку выполнения обязательства. Кредитор может не прибегать к иску о присуждении к исполнению в натуре, а настаивать на принудительном исполнении, начисляя все возрастающие пени до тех пор, пока размер наекших пеней не станет настолько значительным, что угроза их взыскания и желание прекратить их возрастание не вынудят должника исполнить обязательство в натуре.

Во Франции и в некоторых других странах, основывающихся в регулировании гражданско-правовых отношений на Гражданском кодексе Наполеона (странах романской правовой семьи), традиционно проводилось четкое разделение последствий нарушения обязательства что-либо дать (*obligation de donner*) и обязательства что-либо делать или не делать (*obligation de faire*). В первом случае устанавливается общее правило о допустимости иска об исполнении в натуре (*execution en nature*), если исполнение до сих пор возможно. К такого рода случаям относятся, в первую очередь, иски о передаче индивидуально-определенных вещей. Во втором случае, в соответствии со ст. 1142 Французского гражданского кодекса (далее – ФГК) неисполненное обязательство влечет возникновение лишь права на возмещение убытков. Данное правило при его введении в начале XIX века обосновывалось существованием принципа *Nemo potest cogi ad factum* (никого не возможно принуждать к действию). Положение ст. 1142 ФГК, несмотря на то, что сам ФГК предусмотрел ряд исключений из данного правила (так, ст. 1143 ФГК допускает иск о понуждении должника уничтожить то, что было сделано в нарушение обязанности), и на то, что кредитор, как и по ГГУ, может по разрешению суда поручить исполнение третьему лицу

за счет должника, часто критиковалось в доктрине за излишнюю широту формулировок. Аналогичная ситуация и в процессуальном праве Франции: ГПК предусматривает процессуальный механизм исполнения только решений о взыскании денег и передаче индивидуально-определенных или индивидуализированных вещей. В остальных случаях кредитор приходится довольствоваться правом, испросив разрешение у суда, получить исполнение на стороне за счет должника. Кроме того, в связи с очевидными недоработками ФГК в сфере конструирования норм и процедур по вопросу исполнения в натуре, уже в начале XIX века судебная практика разработала доктрину *astreine* – судебного штрафа в виде делящейся санкции за просрочку исполнения обязательства. Данный институт, обеспечивающий выполнение обязательств, особенно эффективен тогда, когда процессуальные механизмы принудительного исполнения не разработаны или вовсе не предусмотрены, а также в случаях обязательств *de faire*, по которым, как известно, изначально было невозможно требовать исполнения в натуре.

Судебное решение должно подразумевать наличие чего-то, доступного и эффективного механизма его реализации, иначе смысл вынесения решения теряется, порождаются ситуации неисполнения решений, а в итоге – снижение авторитета судебной власти [13, с. 11–18].

При этом следует отметить, что, так как принцип реального исполнения требует исполнения обязательства именно тем должником, который обязался по договору, такой способ защиты, как возложение на должника негативных имущественных последствий, вызванных заменой контрагента в результате нарушения первоначальным должником своих обязательств (иначе говоря, исполнение обязательства не должником, а за счет него), не приводит к реализации принципа реального исполнения. Наоборот, данное поведение кредитора как раз и является типичным примером свойственной капиталистическим странам замены реального исполнения на взыскание денежной компенсации [13, с. 38–39].

Принцип реального исполнения указывает, что предмет обязательства должника не может быть им произвольно заменен на деньги, а остается неизменным до тех пор, пока сам кредитор либо не согласится на расторжение договора и получение денежного суррогата исполнения, вместо него, либо не истребует предмет исполнения путем применения методов прямого или косвенного принуждения, на что у него по общему правилу есть соответствующее право [13, с. 50].

**Выводы.** Еще римское право в ходе своего развития пришло к предоставлению кредитору широких возможностей в плане понуждения должника к исполнению своих обязательств по договору, преодолев тем самым изначально негативный подход [14, с. 770].

Благодаря использованию опыта Германии, Франции, США в определении оснований, условий и ограничений применения такого способа защиты прав субъектов хозяйствования, как исполнение хозяйственного обязательства в натуре, и принятию соответствующих изменений в законодательство Украины, повысится эффективность решения споров, уменьшится количество исков, права и интересы субъектов хозяйствования будут более защищенными, что приведет к положительным изменениям в хозяйственной деятельности и экономике в целом.

Каждый субъект хозяйствования при выборе способа защиты своих прав и интересов с учетом требований действующего законодательства определяет, что для него

является более важным, целесообразным и эффективным – выполнение обязательства в натуре или получение денежной компенсации. Суды же при использовании такого способа защиты, как присуждение к выполнению обязательства в натуре, прежде всего, должны исходить из возможности выполнения данного решения в дальнейшем, т.е. должны учитывать наличие механизма выполнения (реализации) такого решения, иначе данное решение не будет иметь смысла, оно не приведет к защите прав субъекта хозяйствования, а также его интересов.

#### Список использованной литературы:

1. Аналіз практики застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України / Верховний Суд України // Офіційний веб-сайт Верховного Суду України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/6AF1EBA6DF621DEDC2257CE60053FFC3>.
2. Полюшкевич Н. Необхідність охорони та захисту / Н. Полюшкевич [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1305>.
3. Петров В.С. Окремі проблеми застосування положень законодавства про примус до виконання обов'язку у натурі / В.С. Петров // Правове життя сучасної України : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої ювілею академіка С.В. Ківалова (16–27 травня 2014 р., м. Одеса) : у 2 т. / відп. ред. В.М. Дрьомін. – Одеса : Юридична література, 2014. – Т. 1. – 2014. – 820 с.
4. Теорія держави і права : [конспект лекцій] [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://readbookz.com/books/176.html>.
5. Романов А.К. Правовая система Англии : [учебное пособие] / А.К. Романов. – М., 2000. – 344 с.
6. Осаке К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части : [учеб.-практ. пособ.] / К. Осаке. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Дело, 2002. – 464 с.
7. Боднар Т.В. Теоретичні проблеми виконання договірних зобов'язань (цивільно-правовий аспект) : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне прав і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Т.В. Боднар. – К. : Б.в., 2005. – 34 с. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lawbook.org.ua/biblioteka/download/25-120003-tsvilne-pravo-i-tsvilnij-protses-simejne-pravo-mizhnarodne-privatne-pravo/8603-aref2050513>.
8. Principles of European Contract Law. Part I and II / Prepared by the Commission on European Contract Law; Edited by O. Lando and H. Beale. – Kluwer Law Int., The Hague, 2000. – 561 p.
9. Marsh P.D.V. Comparative contract law (England, France, Germany) / P.D.V. Marsh. – Gower. England, 1994. – 356 p.
10. Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: Договор. Неосновательное обогащение. Деликт : в 2 т. / Х. Кетц, К. Цвайгерт ; пер. с нем. – М. : Международные отношения, 1998. – Т. 2. – 1998. – 512 с..
11. Treitel G.H. Remedies for breach of contract. A comparative account / G.H. Treitel. – 1988. – 422 p.
12. Гражданское и торговое право зарубежных государств : [учебник] : в 2 т. / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – 4-е изд., перераб. и доп. – М. : Междунар. отношения, 2006. – Т. 1. – 2006. – 560 с.
13. Карапетов А.Г. Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре / А.Г. Карапетов. – М. : Статут, 2003. – 190 с.
14. Zimmermann R. The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition / R. Zimmermann. – Oxford University Press, 1996. – 1241 p.



УДК 346.3

## ВАЛЮТНІ ЗАСТЕРЕЖЕННЯ ЯК УМОВА ГОСПОДАРСЬКОГО ДОГОВОРУ

**Сусанна СУЛЕЙМАНОВА,**  
здобувач кафедри господарського права і процесу  
Національного університету «Одеська юридична академія»

### SUMMARY

The paper defined the concept, features and nature of foreign exchange clauses as a condition of a business agreement, the definition of its components - business, object status of current legislation, taking into account international experience, and so on. We study the legal basis of the formation of these concepts relevant conclusions and proposals.

**Key words:** currency clause, business contract, contract price, currency payments, current legislation.

### АНОТАЦІЯ

У статті визначено поняття, ознаки й сутність валютних застережень як умови господарського договору. Виділено складові господарського договору, зокрема суб'єктів, об'єкти, стан сучасного законодавства, урахування іноземного досвіду тощо. Досліджено правову базу зазначених понять, сформульовано відповідні висновки та пропозиції.

**Ключові слова:** валютні застереження, господарський договір, ціна договору, валютні розрахунки, чинне законодавство.

**Постановка проблеми.** Належне правове регулювання економічних відносин, яке забезпечує реалізацію прав і законних інтересів кожного учасника майнових відносин, є завданням соціальної, правової й демократичної держави. Метою відповідного правового регулювання товарно-грошових відносин є забезпечення такого правопорядку, який дозволяв би суб'єктам господарювання здійснювати господарські операції й отримувати прибуток, а також забезпечував іншим учасникам майнових відносин захист власних інтересів, реалізацію закріплених законодавством суб'єктивних прав. Будучи учасниками майнових відносин, підприємства можуть здійснювати будь-яку діяльність, яка прямо не заборонена законом, у тому числі зовнішньоекономічну, формою виразу якої, як правило, є договір, що містить певне зобов'язання.

Однією з підстав виникнення господарських зобов'язань, що опосередковують взаємовідносини між різноманітними суб'єктами господарської діяльності, є господарські договори, за допомогою яких опосередковуються зв'язки між суб'єктами господарювання, а також між ними й іншими учасниками господарських відносин. Так, ч. 1 ст. 179 Господарського кодексу України (надалі – ГК України) вказує, що майново-господарські зобов'язання, які виникають між суб'єктами господарювання або між суб'єктами господарювання й негосподарюючими суб'єктами – юридичними особами на підставі господарських договорів, є господарсько-договірними зобов'язаннями [1].

Ми під час написання статті спиралися на широке коло джерел, що включає законодавчі й нормативні акти, навчальну та наукову літературу, статті, публікації таких провідних спеціалістів і представників юридичної науки, як О.А. Беяневич, О.С. Беззубина, І.А. Бірюков, О.М. Вінник, В.М. Гайворонський, В.І. Дрішлюк, Ю.А. Заїка, О.О. Квасніцька, Ю.С. Костенко, Ю.М. Крупка, С.О. Левченко, В.К. Мамутов, С.В. Мочерний, Ю.П. Пацурківський, О.П. Подцерковний, Н.О. Санахметова, О.В. Старцев та інші, а також на судову практику Верховного Суду України й Вищого господарського суду України.

**Метою статті** є аналіз і характеристика валютних застережень як умови господарського договору та форми їх виразу з урахуванням норм чинного законодавства.

**Виклад основного матеріалу.** Законодавство не містить легального визначення поняття «господарський договір», проте ст. 626 Цивільного кодексу України (надалі – ЦК України) визначає договір як угоду двох або більше сторін, спрямовану на встановлення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків [2]. Також договір розглядається як правочин. Відправним моментом у розумінні правочину є положення ч. 1 ст. 202 ЦК України, згідно з яким правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Термін «угода» у філологічному розумінні тотожний термінам «договір», «домовленість» кількох осіб. У ЦК України, ГК України та в Сімейному кодексі України не завжди послідовно й узгоджено застосовуються такі юридичні категорії, як правочин, угода, договір, а відтак постає питання про принципи їх застосування в судовій, нотаріальній практиці та іншій правозастосовній діяльності [3, с. 276].

Господарський договір є збірним поняттям, яке охоплює різні види договорів (купівлі-продажу, поставки, перевезення, оренди, підяду на капітальне будівництво тощо), які подібні за принципами нормативної регламентації.

Як зазначено в коментарях до Принципів міжнародних комерційних договорів (Принципів УНІДРУА), критерії, які використовуються на національному й міжнародному рівнях, також відзначаються великою різноманітністю у встановленні відмінностей між споживчими й неспоживчими договорами. У Принципах УНІДРУА немає визначення, проте допускається, що концепція «комерційні договори» повинна розумітися за можливості широко, щоб включати не лише підприємницькі угоди на поставку або обмін товарами чи послугами, а й інші типи економічних угод, зокрема інвестиційні або концесійні угоди, договори про надання професійних послуг тощо [4].



Основним у дослідженні поняття господарського договору є виявлення спільних ознак, які властиві різним видам договорів. Саме у виявленні спільних засад і принципів правового регулювання договорів у галузі господарювання полягає практична значущість такого вивчення.

Відповідно до ч. 2 ст. 180 ГК України господарський договір вважається укладеним, якщо між сторонами в передбачених законом порядку та формі досягнуто згоди щодо всіх його істотних умов. Істотними є умови, визнані такими за законом чи необхідні для договорів цього виду, а також умови, щодо яких на вимогу однієї зі сторін повинна бути досягнута згода.

Частиною 3 цієї ж статті встановлено, що під час укладення господарського договору сторони зобов'язані в будь-якому випадку погодити предмет, ціну та строк дії договору. Відповідно до ч. 2 ст. 180 ГК України господарський договір вважається укладеним, якщо між сторонами в передбачених законом порядку й формі досягнуто згоди щодо всіх його істотних умов. Істотними є умови, визнані такими за законом чи необхідні для договорів цього виду, а також умови, щодо яких на вимогу однієї зі сторін повинна бути досягнута згода.

Своєрідний підхід до істотних умов договору міститься в Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (Віденська конвенція). Певна колізія в нормах Віденської конвенції спостерігається, зокрема, щодо ціни. З одного боку, згідно зі ст. 14 ціна є істотною умовою оферти, тобто без її зазначення або зазначення способу її визначення пропозиція не може вважатися офертою та не може мати наслідком укладення договору. З іншого боку, ст. 55 Віденської конвенції передбачає порядок визначення ціни в тих випадках, коли договір був укладений, проте в ньому ні прямо, ні опосередковано не встановлено ціну чи не передбачено порядок її визначення. Таким чином, між двома наведеними статтями Віденської конвенції існує відповідне протиріччя.

Науковці зазначають, що деякі держави під час ратифікації Віденської конвенції можуть зробити застереження стосовно того, що ч. II Віденської конвенції («Укладення договору») не буде застосовуватися, якщо одна зі сторін договору купівлі-продажу має своє комерційне підприємство в цій державі. При цьому в таких державах не буде виникати колізії між цими статтями.

Проте більшість країн прийняли Віденську конвенцію в цілому, тому вказане питання пропонується вирішувати відповідно до національного права, яке повинно застосовуватися.

Якщо застосовуване національне право кваліфікує відсутність у договорі ціни як підстави для визнання договору недійсним, то ст. 55 Віденської конвенції не застосовується [5, с. 122].

Інші юристи-теоретики вважають, що оскільки ст. 14 Віденської конвенції дозволяє, щоб ціна не визначалася чітко, проте з оферти поставав спосіб її визначення, то ст. 55 лише встановлює такий спосіб визначення ціни, якщо інше не передбачено в самій оферті [6, с. 25]. Таким чином, якщо сторони уклали договір, не визначивши ціни, то вважається, що вони погодилися на звичайну ціну. Отже, ст. 55 є лише доповненням ст. 14, відповідно, суперечності між ними немає.

У науковій літературі зустрічається ще один спосіб усунення цього протиріччя. На підставі ст. 6 Віденської конвенції сторони можуть відступити від будь-якого положення цього документа чи змінити його дію (за умови до-

тримання ст. 12, у якій йдеться про письмову форму угоди). Відсутність у договорі домовленості сторін про ціну потрібно розглядати як домовленість відступити від положення ст. 14 щодо умови про ціну. Пропозиція укласти договір, що не містить умову про ціну, у випадку акцепту повинна визнаватися офертою згідно зі змістом Віденської конвенції. Існує також думка, що такий підхід припустимий лише у виняткових випадках, наприклад коли покупець прийняв і використав поставлений товар.

Разом із тим вважаємо обґрунтованою правову позицію Вищого господарського суду України, викладену в Інформаційному листі «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» від 7 квітня 2008 р. № 01-8/211, згідно з якою норму ч. 3 ст. 180 Господарського кодексу України щодо обов'язкового погодження сторонами під час укладення господарського договору умови про ціну треба застосовувати лише до тих господарських договорів, за якими одна сторона зобов'язана сплатити іншій певну суму грошових коштів. Якщо за умовами господарського договору сплата грошових коштів не передбачається, то ч. 3 ст. 180 ГК України до такого договору щодо ціни як істотної умови застосовуватися не може, оскільки зазначення ціни в такому договорі не створює прав та обов'язків сторін. Наприклад, згідно із ч. 1 ст. 293 Господарського кодексу України за договором міни (бартеру) кожна зі сторін зобов'язується передати другій стороні у власність, повне господарське відання чи оперативне управління певний товар в обмін на інший товар. Тому якщо за таким договором не передбачається грошова доплата (ч. 1 ст. 293 ГК України), то визначення ціни в такому договорі не є обов'язковим, оскільки воно не впливає на господарське зобов'язання [7].

Виходячи з актів законодавства України, зазначених вище, Міністерство економіки та з питань європейської інтеграції України прийняло Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів), затвердивши його наказом від 6 вересня 2001 р. № 201 [8].

Ціна (тариф) є формою грошового визначення вартості продукції (робіт, послуг), яку реалізують сторони. Під час розрахунку ціни договору за формулою зазначається орієнтовна вартість договору на дату його укладення. Якщо згідно з договором поставляються товари різної якості й асортименту, ціна встановлюється окремо за одиницю товару кожного сорту, марки, а окремим пунктом договору зазначається його загальна вартість. У цьому разі цінові показники можуть бути зазначені в додатках (специфікаціях), на які робиться посилання в тексті договору. Слушною є думка про те, що юридичне значення ціни полягає в тому, що вона є істотною умовою будь-якого господарського договору [9, с. 623].

При цьому відповідно до ст. 189 ГК України ціна є істотною умовою господарського договору й зазначається в договорі в гривнях. Ціни в зовнішньоекономічних договорах можуть визначатися в іноземній валюті за згодою сторін. Згідно із ч. 3 ст. 3 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» гривня як грошова одиниця України є єдиним законним платіжним засобом в Україні, приймається всіма фізичними та юридичними особами без будь-яких обмежень на всій території України для проведення переказів і розрахунків [10]. Згідно з Указом Президента України від 4 жовтня 1994 р. розрахунки за зовнішньоекономічними договорами (контрактами), укладеними суб'єктами підприємницької діяльності України всіх форм власності, предметом яких є товари (роботи,

послуги), здійснюються відповідно до Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів Міжнародної торгової палати, Уніфікованих правил з інкасо Міжнародної торгової палати (далі – Уніфіковані правила), тобто в іноземній валюті [11].

У ст. 524 ЦК України зазначено, що сторони можуть визначити грошовий еквівалент зобов'язання в іноземній валюті. Тобто мова йде про будь-яке зобов'язання, як внутрішнє, так і зовнішнє (зовнішньоекономічного характеру). Як зауважує О.П. Подцерковний, з економічної точки зору позиція нового ЦК України означає, що національна грошова одиниця наділяється лише такою обов'язковою ознакою грошей, як здатність виступати засобом платежу, однак втрачає найважливішу властивість грошей – міру вартості. Крім того, за наявності можливості вираження грошового зобов'язання в іноземній валюті, як свідчить практика, переважно використовується іноземна валюта. Це відбувається в силу зручності обчислення й обліку валюти боргу та валюти платежу, а також через відсутність витрат на банківську комісію під час обміну однієї валюти на іншу. Проте для господарських відносин, які відрізняються масштабністю й динамічністю, що вимагає суворої визначеності предмета зобов'язання як найважливішої умови планування бізнесу й чіткої взаємодії системи мікроекономічних чинників, така диспозитивність несе загрозу економічній безпеці окремих суб'єктів та економіці загалом. Таким чином, валюта ціни договору й валюта платежу можуть не співпадати [12, с. 212–215].

Валюту ціни за одиницю товару може бути встановлено на розсуд сторін договору у валюті країни експортера, імпортера або у валюті третьої країни. В обраній валюті виражається загальна вартість товарів, що поставляються за цим договором. Однак за відмінності валюти ціни й валюти платежу коливання курсів валют може протягом строку виконання договору порушити співвідношення між валютою ціни й валютою платежів, а ризик збитків у цьому випадку матимуть як експортер, так і імпортер. Тому сторонам договору доцільно закласти в умови контракту можливість перегляду цінової політики контракту залежно від коливань основних світових валют.

Залежно від засобу фіксації в договорі розрізняють такі види цін:

- тверда ціна, що встановлюється в момент підписання договору та не підлягає зміні в процесі його виконання;
- рухома ціна, яку зафіксовано в договорі та яку може бути змінено в процесі його виконання. У такому разі сторони мають зазначити джерело, яке слугуватиме підставою для зміни ціни та процес формалізації зміни ціни (коли, яким документом, відсоток можливої зміни ціни);
- змінна ціна, що може бути використана сторонами договору на поставку товарів тривалого виготовлення. Ціна з наступною фіксацією встановлюється в процесі виконання договору й потребує спеціального застереження в його тексті, де зазначається момент фіксації ціни, джерело інформації про ціну, що використовується, період, на який поширюється дія зафіксованої ціни.

Також у сфері валютних розрахунків між сторонами зовнішньоекономічного контракту щодо використання рахунків діє Положення про валютний контроль [13], яке визначає основні засади здійснення Національним банком України функцій головного органу валютного контролю згідно з повноваженнями, наданими йому ст. 7, 44 Закону України «Про Національний банк України» [14].

Таким чином, зовнішньоекономічний контракт як різновид господарського договору може містити різноманіт-

ні умови щодо ціни й розрахунків, порядок і застосування яких передбачені нормами чинного законодавства.

У договорі (контракті) про переробку давальницької сировини зазначається її застава вартість, ціна й загальна вартість готової продукції, загальна вартість переробки.

У бартерному (товарообмінному) договорі (контракті) зазначається загальна вартість товарів (робіт, послуг), що експортуються, та загальна вартість товарів (робіт, послуг), що імпортуються, з обов'язковим вираженням в іноземній валюті, віднесеній Національним банком України до першої групи Класифікатора іноземних валют.

Сторони в договорі мають визначити валюту платежу, спосіб, порядок і строки фінансових розрахунків, а також гарантії виконання сторонами взаємних платіжних зобов'язань.

В основі зовнішньоекономічних розрахунків лежить обов'язок боржника виконати своє грошове зобов'язання перед кредитором за поставлений товар, виконані роботи, надані послуги. Сам характер зовнішньоекономічних відносин зумовлює певний ризик для сторін договору. За зрозумілими причинами цей ризик значно вищий, ніж у відносинах усередині держави. У силу цього в практиці міжнародної торгівлі було вироблено низку правил, що стосуються здійснення платежу й гарантії його отримання, оскільки на практиці дуже рідко буває, щоб момент передачі товару співпадав із моментом отримання грошей. Як правило, спочатку відбувається оплата товару перевізнику, а лише після цього здійснюється оплата, або, навпаки, спочатку здійснюється оплата, а лише потім відбувається передача товару. Це ж стосується й виконання робіт і надання послуг [15, с. 320].

Пункт 1.7 зазначеного положення містить вимоги щодо умов платежів. Цей розділ визначає валюту платежу, спосіб, порядок і строки фінансових розрахунків і гарантії виконання сторонами взаємних платіжних зобов'язань. Залежно від обраних сторонами умов платежу в тексті договору (контракту) зазначаються умови банківського переказу до (авансового платежу) та/або після відвантаження товару, умови документарного акредитива, інкасо (з гарантією), визначені відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України й Національного банку України «Про типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми захисних застережень до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), які передбачають розрахунки в іноземній валюті» від 21 червня 1995 р. № 444 [16]; умови за гарантією, якщо вона є або необхідна (вид гарантії: на вимогу, умовна); умови й термін дії гарантії; можливість зміни умов договору (контракту) без зміни гарантії.

У зв'язку із цим у зовнішньоекономічній діяльності використовується декілька форм безготівкових розрахунків: плата на зазначений рахунок, яка здійснюється шляхом банківського переказу (авансового платежу); оплата шляхом акредитива; оплата шляхом інкасо.

Крім того, розрахунки можуть здійснюватися з використанням векселів і чеків. При цьому векселі часто використовуються за будь-якої форми розрахунків, щоб зробити платіжне зобов'язання безумовним (незалежним від поставки товару, виконання роботи, надання послуги).

Міжнародний банківський переказ є формою розрахунків, що здійснюються згідно з договором, за яким банк платника (банк переказодавця) здійснює за винагороду від імені та за дорученням особи, рахунок якої відкритий у цьому банку, переказ грошових коштів до іншого банку

(банк бенефіціара) на користь особи, вказаної в дорученні (бенефіціара). Під час здійснення розрахунків шляхом банківського переказу бенефіціар не набуває права вимагати від банку переказодавця або від будь-якого іншого банку-відправника здійснення платежу.

Суть описаних правовідносин полягає в тому, ще банки за дотримання певних умов виконують дане їм доручення відповідно до вказівок платника (переказодавця).

На нашу думку, можна визначити валютне застереження як істотну умову зовнішньоекономічного договору (контракту) та форму здійснення розрахунків в іноземній валюті між резидентами та їх іноземними контрагентами, які є сторонами зазначеного контракту, з використанням платіжних засобів, види яких визначені чинним законодавством. Доцільним є внесення змін до ч. 2 ст. 189 ГК України шляхом доповнення таким положенням: «Ціни в зовнішньоекономічних договорах (контрактах) можуть визначатися в іноземній валюті за згодою сторін і на підставі валютного застереження як істотної умови зовнішньоекономічного контракту й форми здійснення розрахунків в іноземній валюті між резидентами та їх іноземними контрагентами, які є сторонами зазначеного контракту, з використанням платіжних засобів, види яких визначені чинним законодавством». Також пропонуємо внести зміни до Указу Президента «Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб'єкти підприємницької діяльності України» від 4 жовтня 1994 р. шляхом доповнення п. 1 таким положенням: «Розрахунки за зовнішньоекономічними договорами (контрактами), укладеними суб'єктами підприємницької діяльності України всіх форм власності, предметом яких є товари (роботи, послуги), відповідно до Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів Міжнародної торгової палати, Уніфікованих правил з інкасо Міжнародної торгової палати здійснюються у вигляді валютного застереження як істотної умови зовнішньоекономічного контракту та форми здійснення розрахунків в іноземній валюті між резидентами та їх іноземними контрагентами, які є сторонами зазначеного контракту, з використанням платіжних засобів, види яких визначені чинним законодавством».

#### Список використаної літератури:

1. Господарський кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18–22. – Ст. 144.
2. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.
3. Договірне право України. Загальна частина : [навчальний посібник] / [Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнецова та ін.] ; за ред. О.В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 896 с.
4. Принципи міжнародних комерційних договорів (Принципи УНІДРУА) від 1 січня 1994 р. – К. : ЛІГА, 2006.
5. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий / М.М. Богуславский, Н.Г. Вилкова и др. – М. : Юридическая литература, 1994. – 351 с.
6. Черешнюк В.Н. Пропозиція укласти господарський договір: національне та міжнародне регулювання / В.Н. Черешнюк // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 2. – С. 24–28.
7. Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України : Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 7 квітня 2008 р. № 01-8/211 // Вісник господарського судочинства. – 2008. – № 3. – С. 17.
8. Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів) : Наказ Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України від 6 вересня 2001 р. № 201 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.kiev.rada.ua](http://www.kiev.rada.ua).
9. Хозяйственный кодекс Украины: науч.-практич. комментарий / под ред. А.Г. Бобковой. – Х., 2008. – 1296 с.
10. Про платіжні системи та переказ коштів в Україні : Закон України від 5 квітня 2001 р. // Голос України. – 2001. – № 84.
11. Про заходи щодо впорядкування розрахунків за договорами, що укладають суб'єкти підприємницької діяльності України : Указ Президента України від 4 жовтня 1994 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [www.kiev.rada.ua](http://www.kiev.rada.ua).
12. Подцерковний О.П. Грошові зобов'язання господарського характеру: проблеми теорії і практики / О.П. Подцерковний. – К. : Юстініан, 2006. – С. 212–215.
13. Про затвердження Положення про валютний контроль : Постанова Національного банку України від 8 лютого 2000 р. // Офіційний вісник України. 2000. – № 14. – С. 41. – Ст. 573.
14. Про Національний банк України : Закон України від 20 травня 1999 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 19. – Ст. 256.
15. Курс международного торгового права / А. Тынель, Я. Функ, В. Хвалей. – Минск : Амалфея, 1999. – 513 с.
16. Про типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми захисних застережень до зовнішньоекономічних договорів (контрактів), які передбачають розрахунки в іноземній валюті : Постанови Кабінету Міністрів України і Національного банку України від 21 червня 1995 р. № 444 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://rada.gov.ua>.

## ТРУДОВОЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

УДК 349.2

### ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВ ІНВАЛІДІВ У СУЧАСНІЙ УКРАЇНІ

Леся МАЛЮГА,

кандидат юридичних наук,  
провідний юрист НДС «Центр дослідження проблем прав людини»  
юридичного факультету  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

#### SUMMARY

The article identifies a number of practical and legal problems of realization of rights of disabled persons in modern conditions in Ukraine. Practical problems that arise in practice when implementing those rights that are well established and provide a mechanism of realization of rights. Legal problems related to imperfection of national legislation. In particular, these problems are due to current gaps, contradictions of the legislation, lack of implementation mechanisms established rights. Formulated specific recommendations to solve practical and legal problems. Made a generalizing conclusion that Ukraine is in need not engaged not indifferent to the problems of the disabled entity (possibly the competent authority) that would be able to adequately monitor the implementation of the rights of persons with disabilities and to ensure two-way communication between government and disabled people to know their needs and problems that exist in the implementation of the rights guaranteed them.

**Key words:** problems, law, disabled, Ukraine, implementation, recommendations.

#### АНОТАЦІЯ

У статті визначається низка практичних і правових проблем реалізації прав інвалідів у сучасних умовах в Україні. Практичними названо проблеми, що виникають на практиці під час реалізації вже закріплених і достатньо забезпечених механізмом реалізації прав. Правовими названо проблеми, пов'язані з недосконалістю національного законодавства, тобто зумовлені наявними прогалинами, суперечностями законодавства, відсутністю механізмів реалізації встановлених прав. Сформульовано конкретні рекомендації щодо вирішення як практичних, так і правових проблем. Зроблено узагальнений висновок про те, що Україні вкрай потрібен незаангажований небаїдужий до проблем інвалідів суб'єкт (можливо, уповноважений орган), який міг би адекватно здійснювати моніторинг реалізації прав інвалідів і забезпечувати двобічний зв'язок між державою та інвалідами щодо їхніх потреб і проблем у сфері реалізації гарантованих їм прав.

**Ключові слова:** проблеми, права, законодавство, соціальний захист, інвалід, Україна, реалізація, рекомендації.

**Постановка проблеми.** Проблеми зі здоров'ям у осіб з інвалідністю зумовлюють потребу в ужитті державою спеціальних заходів щодо забезпечення їм повноцінної участі в суспільному житті. Перелік цих заходів, їхня сутність, порядок користування відповідними соціальними послугами й умови надання доступу до них – усе це врегульовується спеціальними нормативно-правовими актами та підтримується з боку держави шляхом виділення в державному бюджеті відповідних коштів на соціальне забезпечення інвалідів. Так, у Національній доповіді 2013 року «Про становище осіб з інвалідністю в Україні» підкреслюється: «Національним законодавством встановлено гарантії для осіб цієї категорії, які стосуються усіх сфер життєдіяльності суспільства, у тому числі охорони здоров'я, освіти, зайнятості, дозвілля, відпочинку, спорту тощо» [1, с. 4]. Разом із тим на сьогодні в Україні склалася така ситуація, коли встановлені гарантії для інвалідів не завжди можуть бути дотримані. Зокрема, у Програмі діяльності Кабінету Міністрів України від 01.03.2014 р. зазначається, що «сьогодні наша держава перебуває у найглибшій за всю історію своєї незалежності економічній, політичній і соціальній кризі, вона на сьогодні доведена до межі банкрутства, а суспільство – до соціальної і гуманітарної катастрофи. Реальною стала загроза втрати

Україною суверенітету і територіальної цілісності. Країна опинилася за крок від фінансово-економічного колапсу. Зростання реального ВВП за два останні роки – нульове, а державні фінанси знаходяться у критичному стані: дефіцит державного бюджету у 2013 році склав 65 млрд грн., а з урахуванням усіх зобов'язань уряду – понад 80 млрд грн. До критичного рівня погіршився діловий та інвестиційний клімат: іноземні компанії і банки йдуть з України; співробітництво з міжнародними фінансовими інститутами зруйноване. Країна фактично позбавлена потенціалу економічного відновлення. Депресивний стан економіки унеможливило підтримання належних соціальних стандартів для переважної більшості населення. Зберігаються мільярдні заборгованості із зарплат, соціальних виплат і допомог. Мільйони українських сімей поставлені на межу виживання» [2].

**Актуальність теми.** Відтак актуальним питанням сьогодення є гостра необхідність у забезпеченні реалізації прав інвалідів, а задля цього є потреба у виявленні тих проблем, які виникають у цієї категорії осіб в наявних складних умовах.

Отже, **метою статті** є виявлення та аналіз законодавчого забезпечення у сфері реалізації прав інвалідів в Україні. Завдання, які передбачається вирішити задля досягнення



поставленої мети, такі: 1) визначення й аналіз практичних проблем реалізації прав інвалідів; 2) визначення й аналіз проблем правового характеру в указаній сфері; 3) формулювання рекомендацій щодо усунення виявлених проблем. Звісно, у межах однієї статті охопити весь спектр проблем у досліджуваній сфері просто неможливо, тому зупинимось лише на тих, що є вкрай гострими та дійсно потребують невідкладної уваги як з боку законодавця, так і з боку суспільства.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Отже, першим завданням дослідження є визначення й аналіз практичних проблем реалізації прав інвалідів. Практичними ми називаємо ті проблеми, які виникають в інвалідів на практиці під час спроби реалізації досить урегульованих прав. Тобто, чинним національним законодавством встановлено низку прав інвалідів, добре «прописаний» порядок та умови їхньої реалізації, але на практиці інваліди стикаються із проблемами, які не дають змоги належним чином користуватися наданими їм правами.

Серед практичних проблем реалізації прав інвалідів варто вказати передусім на проблему недоступності чи обмеженої доступності до медичного обслуговування осіб з інвалідністю. Так, у Національній доповіді про людський розвиток 2011 року вказується: «Необхідно констатувати той факт, що, всупереч задекларованості в законодавстві права на отримання безоплатної медичної допомоги, доступ до медичного обслуговування є обмеженим і залежить від рівня доходів, соціального статусу або місця проживання. Люди з низькими доходами, до яких належить переважна більшість осіб з інвалідністю, зазвичай не в змозі заплатити медичному працівникові за надання більш якісних послуг, оплатити процедуру або своє перебування в лікарні, придбати необхідні ліки» [3, с. 19]. На вирішення цієї проблеми в державі розроблюються заходи в кількох напрямках: 1) Міністерство охорони здоров'я України проводить консультації щодо створення окремої незалежної державної медико-соціальної експертної служби; 2) розроблюються проекти щодо переходу до страхової медицини, яка нібито «передбачає підвищення доступу населення, у тому числі людей з інвалідністю, до якісних медичних послуг та висококваліфікованої медичної допомоги» [1, с. 107].

Щодо діяльності МСЕК варто вказати, що це є болюче питання в нашій країні, оскільки, як вказується в пояснювальній записці до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо підвищення соціальної захищеності інвалідів в Україні» від 10.12.2014 р. (поданий народним депутатом О.В. Кужель, відхилений 07.04.2015 р.), «діяльність таких комісій має вкрай непрозорий і закритий характер. МСЕК вважається однією з найбільш корумпованих установ у сфері державної соціальної політики. Непоодинокими є факти, коли інвалідність та пов'язане з нею відповідне пенсійне забезпечення у комісіях МСЕК можна отримати за хабар. Масовими є випадки, коли права інвалідів, які справді потребують соціального захисту з боку держави, обмежуються і порушуються, про що свідчать численні скарги, публікації у ЗМІ про корупцію і зловживання у МСЕК. Практично в кожного інваліда в Україні слово «МСЕК» сьогодні неодмінно асоціюється з поневіряннями, безправністю і моральним приниженням» [4]. Тож дійсно є потреба у створенні незалежної експертної комісії, і навіть указаний Законопроект передбачає ліквідацію діючих МСЕК, створення Державної служби з питань медико-соціальної експертизи та реабілітації й ко-

місії (які є органами цієї служби) на базі нині діючих медико-соціальних експертних комісій, надання права всеукраїнським громадським організаціям інвалідів брати участь у діяльності цих комісій і контролювати їхню роботу, проте низка питань у зазначеному законопроекті стосовно забезпечення прав на працевлаштування інвалідів була негативно оцінена громадськими організаціями інвалідів, тому проект був відхилений. Уважаємо, що за умови вдосконалення положень проекту, пропозиції щодо створення нової служби у визначеній сфері на вказаних у Законі засадах є прогресивними й такими, що сприятимуть підвищенню рівня забезпечення прав інвалідів. Зокрема, хотілося позитивно б відмітити передбачене законопроектом розширення прав усеукраїнських громадських організацій інвалідів на участь у проведенні медико-соціальної експертизи, що забезпечить таке: безпосередню участь делегованих представників (соціальних експертів, соціальних експертів-реабілітологів) усеукраїнських громадських організацій інвалідів у складі медико-соціальних експертних комісій; надання права всеукраїнським громадським організаціям інвалідів проводити незалежну (громадську) медико-соціальну експертизу, результати якої підлягають обов'язковому розгляду й урахуванню або аргументованому відхиленню медико-соціальними експертними комісіями [4]. Варто також підкреслити, що залучення громадськості до діяльності МСЕК має забезпечити вирішення проблеми непрозорості її діяльності. Адже, як зазначається в Таблиці рекомендацій та пропозицій до нормативно-правових актів за результатами громадської експертизи, «навіть після прийняття Закону України «Про доступ до публічної інформації» ситуація із прозорістю у діяльності МСЕК не покращилась. Дуже часто МСЕК себе взагалі не розглядають суб'єктом, на якого поширюється дія норм цього Закону. Центром громадської адвокатури були надіслані запити до обласних Центрів МСЕ про отримання інформації відповідно до Закону України «Про доступ до публічної інформації». Однак не всі Центри МСЕ дотрималися вимог закону і не надали відповіді на запити. Внаслідок цього, Центр громадської адвокатури оскаржував в суді їх бездіяльність» [5]. У пояснювальній записці до вищевказаного проекту також відмічається проблема безвідповідальності працівників МСЕК: «Одна з найголовніших причин корупції у МСЕК – її хибна інституційна будова, що зумовила поєднання в одній установі конфліктуючих функцій. Лікарі, які входять до складу медико-соціальних експертних комісій, з одного боку, приймають важливі державницькі рішення, пов'язані з розподілом бюджетних і матеріальних ресурсів (встановлюють інвалідність, яка дає право людям на отримання пенсій та відповідних засобів реабілітації), а, з іншого боку, вони не є державними службовцями і не несуть у повній мірі відповідальності за корупційні дії згідно законодавства» [4].

Що ж стосується страхової медицини, то потрібно одразу ж відмітити, що, як і у випадку з обмеженістю коштів в інвалідів щодо придбання ліків, така сама ситуація спостерігатиметься й у цій сфері, адже задля отримання медичних послуг за страховим полісом особі з інвалідністю все одно спочатку потрібно буде придбати такий страховий поліс за певні кошти. Відмітимо, що користування послугами «за страховкою» сьогодні не завжди доступне навіть здоровій людині, то ж вести мову про інвалідів за вказаним напрямом можливо лише за умови, якщо значну частину вартості страхового полісу буде покривати держава з державного бюджету.

Отже, безумовно є необхідність у вдосконаленні організації діяльності МСЕК, визначенні її правового статусу із чітким установленням меж відповідальності її працівників та уповноважених на прийняття рішень осіб, залученні до процедури медико-соціальної експертизи представників громадськості, забезпеченні прозорого процесу встановлення груп інвалідності тощо.

Супутньою щодо проблеми недоступності чи обмеженої доступності інвалідів до медичних послуг є проблема фізичного характеру: це неможливість реалізації права на безперешкодний доступ до закладів охорони. Вирішується ця проблема тим, що у Стандартах акредитації закладів охорони здоров'я від 14.03.2011 р. № 142 відповідні заклади охорони зобов'язують мати пандуси, функціональні пасажирські й вантажні ліфти для пересування осіб із обмеженими фізичними можливостями на кріслах-колясках [6]. Однак у Національній доповіді щодо стану осіб із інвалідністю 2013 року зазначається таке: «Попри це (декларованість права на безперешкодний доступ до закладів охорони здоров'я – прим. автора), на сьогодні не всі особи з інвалідністю можуть потрапити до закладів охорони здоров'я, особливо інваліди-спинальники та інваліди з порушеннями опорно-рухового апарату, у тому числі через відсутність пандусів або їх неналежну якість. Водночас непоодинокими є випадки, коли в сільській місцевості заклади охорони здоров'я відсутні і людям з інвалідністю доводиться їхати до районного центру на непристосованому для них транспорті» [1, с. 109–110]. Звісно, вирішення цієї проблеми досить сильно залежить від наявності коштів у державі, адже встановлення пандусів, відповідних ліфтів є недешевим заходом. Проте обраний Україною курс на поглиблену євроінтеграцію зумовлює необхідність у пошуку необхідних коштів, тим більше, що на низку соціальних програм міжнародні спільноти виділяють додаткові гроші й надають їх у межах допомоги Україні. Гострим у цьому питанні залишається прозорий шлях коштів до тих цілей, на які вони призначені.

Наступною практичною проблемою реалізації прав інвалідів у сучасній Україні є реалізація індивідуальних програм реабілітації. Оразу ж зауважимо на тому, що «якість підготовки у системі МСЕК індивідуальних програм реабілітації інвалідів, якою займаються переважно медичні працівники, перебуває на низькому рівні. До цієї важливої соціальної роботи (ключового напрямку державної соціальної політики) не залучаються спеціалісти із комплексної реабілітації інвалідів, соціальні експерти-реабілітологи, соціальні експерти всеукраїнських громадських організацій інвалідів, які позбавлені жодних можливостей участі у проведенні медико-соціальної експертизи та забезпеченні реабілітації інвалідів. У результаті, підготовлені структурами МСЕК індивідуальні програми реабілітації інвалідів не містять належних заходів із соціальної і соціально-трудової реабілітації інвалідів, що мають вирішальне значення для впровадження і реалізації в Україні сучасної соціальної моделі інвалідності, залучення інвалідів до ефективної участі в житті суспільства на рівні з іншими громадянами. Це позбавляє мільйони інвалідів в Україні можливостей ефективною соціальною інтеграції та повноцінного життя, прирікає їх на соціальну ізоляцію» [4]. Це один бік проблеми. А інший (навіть якщо ППР розроблена й відповідає потребам інваліда) – усе ж її визначення не означає автоматичного забезпечення цієї програми для інваліда. Зумовлюється це тим, що, як указується в Національній доповіді, по-перше, бюджетні кошти на реабілітацію розподіляються між

реабілітаційними установами та закладами державної форми власності, а не надаються на виконання ППР конкретних осіб із інвалідністю; по-друге, у багатьох регіонах (особливо в сільській місцевості) не створено державних реабілітаційних установ, через що люди з інвалідністю не мають можливості отримати реабілітаційні послуги [1, с. 113].

Отже, найбільш гострими проблемами, які виникають на практиці під час реалізації наданих інвалідам прав, є такі: 1) недоступність чи обмежена доступність до медичного обслуговування осіб із інвалідністю через відсутність достатнього рівня доходів у осіб із інвалідністю; 2) непрозорість і корумпованість, низька професійна якість діяльності сучасних МСЕК; 3) відсутність можливості громадськості брати участь і контролювати процес установлення груп інвалідності, що створює можливості на практиці для обмеження чи навіть порушення прав інвалідів; 4) відсутність належним чином облаштованих медичних закладів, транспортних засобів із забезпеченням можливості інвалідів потрапити до закладів охорони здоров'я, закладів надання соціальних послуг тощо; 5) відсутність у державі, а в разі наявності значна втрата не за призначенням, коштів на вдосконалення соціального обслуговування інвалідів. Відмітимо, що зараз, в умовах воєнної агресії та економічної кризи в країні, питання не тільки вдосконалення, а й мінімального гарантування прав інвалідів у частині фінансового забезпечення їх реалізації відійшли на другий план. Однак такого допускати не можна, адже людина, її права та свободи є найвищою соціальною цінністю держави, і, врешті-решт, уся революція, яка призвела до таких руйнівних наслідків, була затіяна з метою покращити життя населення України, життя за стандартами Європейського Союзу, де, до речі, про інвалідів піклуються на достатньо високому рівні. Тим більшої актуальності питання забезпечення прав інвалідів набуває у зв'язку з тим, що після демобілізації зі Сходу України повертається чимала кількість воєнних-інвалідів, які також потребують додаткової опіки з боку держави, адже вони захищали суверенність рідної країни й правомірно мають надію на підтримку з її боку.

*Рекомендаціями щодо вирішення вказаних практичних проблем варто назвати такі:* 1) реорганізація та зміна правового статусу МСЕК на незалежну службу з установлення інвалідності й реабілітації; 2) забезпечення доступу громадськості до діяльності МСЕК як її членів, контролюючих осіб; 3) прозорість діяльності незалежної служби з установлення інвалідності й реабілітації; прозорість і відкритість, можливість проконтролювати й перевірити процес і порядок установлення групи інвалідності; 4) залучення фахівців високого рівня до процесу встановлення інвалідності, розробки ППР; 5) робота в напрямі надання можливості інвалідам користуватись медичними послугами за страховими полісами шляхом державного покриття більшої частини витрат; 6) удосконалення фактичних фізичних можливостей інвалідів шляхом облаштування відповідних приміщень, транспортних засобів тощо. Звісно, основним загальним побажанням залишається цілеспрямована витрата наявних коштів на підвищення рівня життя інвалідів із розумінням того, що забезпечення можливості інвалідам повноцінно брати участь у суспільному житті неодмінно зумовить підвищення рівня економічного та соціального стану країни.

Варто зазначити, що інваліди стикаються із проблемами під час намагання реалізації своїх прав не тільки через указані проблеми, а й через недосконалість чинного законодавства. Тому маємо далі загострити увагу на дея-

ких прогалинах національного законодавства, що є другим завданням цього дослідження.

Насамперед відмітимо прогалини в розробленні ППР. Так, наприклад, у Національній доповіді щодо осіб із інвалідністю вказується таке: «ППР розроблюється лише для осіб, визнаних у встановленому порядку інвалідами. Однак існує значна частка громадян, які хоч і не мають юридично встановленої інвалідності, але зазнають суттєвих труднощів у різних сферах суспільного життя не менше, ніж люди з інвалідністю. Йдеться про осіб із порушенням слуху, які мають II-III ступінь глухоти. Такі особи відповідно до національного законодавства не можуть отримати групу інвалідності (згідно з Інструкцією про встановлення груп інвалідності інвалідністю зі слуху визнається тільки повна двобічна глухота). Проте слабочуючим людям також важко спілкуватися з чуочими. У навчальних закладах вони не можуть навчатися в спецгрупах з перекладачем жестової мови саме через те, що не мають юридично встановленого статусу інваліда. Крім того, вони змушені купувати слухові апарати та інші індивідуальні засоби реабілітації для інвалідів за власні кошти. Таким чином, для усунення практики дискримінації в Україні слабочуючих людей виникає необхідність розроблення окремого порядку забезпечення їх слуховими апаратами та іншими засобами реабілітації за рахунок коштів державного бюджету» [1, с. 112–113]. Отже, констатуємо той факт, що низка людей, які по факту є інвалідами, не можуть користуватись певними правами та привілеями через відсутність відповідного нормативного урегулювання. Наведений приклад щодо людей із проблемами слуху не є винятком, на практиці відомо багато інших захворювань, у результаті яких людина не може повноцінно функціонувати, однак ці захворювання не охоплюються відповідним порядком установлення інвалідності в Україні.

Наступною нормативною проблемою є те, що навіть у разі встановлення інвалідності порядок отримання відповідних соціальних послуг, допомоги досить часто врегульований так, що в осіб-інвалідів виникають певні труднощі. У сучасних наукових дослідженнях на цю проблему звертав увагу М.І. Іншин. Зокрема, у своєму дослідженні «Правове регулювання надання соціальної допомоги дітям-інвалідам» він відмічає невдалу спробу «допомогти» особам, котрі звертаються до органу праці та соціального захисту населення за отриманням соціальної допомоги на дитину-інваліда, шляхом надання можливості відіслати документи поштою. Разом із тим, відповідно до законодавства, документи, необхідні для отримання соціальної допомоги на дитину-інваліда, можуть бути надіслані поштою. М.І. Іншин зазначає: «Цікаво, що такий спосіб, хоч і зазначається у Порядку № 226/293/169, однак реалізувати його на практиці досить складно внаслідок непередуманості висунутих вимог до документів. Так, наприклад, складно уявити собі особу, яка буде пересилати до відповідного органу свій паспорт, а якщо ж заявник вирішить надіслати копію, то він має поставити на ній підпис уповноважених осіб органу праці та соціального захисту і завірити його печаткою цього органу. Відтак, мета пересилання документів поштою взагалі втрачається. Тому, хоча право на пересилання документів і передбачено Порядком, і воно дійсно могло б суттєво допомогти багатьом (підкувальникам), які стикнулися із необхідністю оформляти отримання соціальної допомоги на дитину-інваліда, все ж на практиці його реалізацію слід поставити під сумнів» [7, с. 19]. На думку дослідника, «доцільно було вимогу про наявність підпису уповноваженої особи органу праці та соціального захисту

забезпечити механізмом реалізації або альтернативно покласти обов'язок безплатно завіряти копії документів на державних нотаріусів» [7, с. 21].

Є проблеми реалізації отримання певних послуг і в Порядку забезпечення технічними та іншими засобами реабілітації інвалідів, дітей-інвалідів та інших окремих категорій населення, переліку таких засобів, затвердженому Постановою Кабінету Міністрів України від 05.04.2012 р. № 321. Відповідно до п. 15 Порядку, облік інвалідів, дітей-інвалідів, інших осіб, які мають право на безоплатне забезпечення технічними й іншими засобами реабілітації (далі – облік), ведуть органи соціального захисту населення за зареєстрованим місцем проживання осіб. При цьому орган соціального захисту населення має право взяти на облік у встановленому Мінсоцполітики порядку інваліда, дитину-інваліда, іншу особу за її фактичним місцем проживання, перебування [8]. Проблема в цьому випадку полягає в тому, що органу соціального захисту надано право взяти на облік інваліда, проте не регламентовано умов реалізації цього права. Не визначено причин чи підстав прийняття рішення про взяття на облік за місцем проживання, перебування. Однак це призводить одразу до трьох негативних наслідків: по-перше, необгрунтовано дискримінується частина тих інвалідів, яким відмовлено в узятті на облік за місцем перебування, фактичного проживання; по-друге, цим правом орган соціального захисту може розпоряджатися вільно, від власних уподобань чи бачень щодо інвалідів, що створює сприятливі умови для корупції; по-третє, неврегульованість питання про умови застосування та реалізації закріпленого права породжує для органа соціального захисту можливість витребувати додаткові документи для прийняття рішення про взяття на облік за місцем проживання задля обгрунтування «доцільності» такого рішення, хоча таке буде вже явно незаконним, адже право щодо витребування додаткових документів від інваліда вказаним Порядком органу соціального захисту не надається. Відтак наявна нормативна прогалина, яка потребує виправлення: є необхідність у регламентації наданого органам соціального захисту права щодо взяття на облік за місцем проживання, перебування задля запобігання порушенню прав інвалідів і усунення сприятливих для корупції обставин.

Зауважимо ще одну актуальну проблему: нормативне врегулювання питань здійснення контролю за дотриманням вимог законодавства про основи соціальної захищеності інвалідів. Зокрема, у цьому аспекті є досить пізнавальним дослідження, проведене Всеукраїнським об'єднанням «Незламність» [9]. Так, представники цього об'єднання, у зв'язку з тим, що з території АТО повертається значна частина інвалідів, вирішили перевірити, як саме виконуються норми зазначеного закону щодо працевлаштування інвалідів. Цікавим є той факт, що для моніторингу активісти-юристи зосередились на центральних органах виконавчої влади, апелюючи до того, що інваліди також мають право на повноцінну участь у державному управлінні шляхом працевлаштування в указаних органах.

Отже, по-перше, вказується на те, що, відповідно до ч. 1 ст. 19 Закону України «Про основи соціальної захищеності в Україні», підприємствам, установам, організаціям, в тому числі й центральним органам виконавчої влади (ч. 2 ст. 1 Закону), установлюється норматив робочих місць для працевлаштування інвалідів у розмірі чотирьох відсотків середньооблікової кількості штатних працівників облікового складу за рік, а якщо працює від 8 до 25 осіб – у кількості одного робочого місця. Ст. 20 зазначеного За-



кону визначаються санкції за невиконання встановленого нормативу (середня річна заробітна плата за кожне місце, призначене й не зайняте інвалідом; для підприємств від 8 до 25 – половина середньої річної заробітної плати), які сплачуються до Фонду соціального захисту інвалідів. При цьому, якщо підприємство, установа, організація повністю утримуються за рахунок державних коштів, вони звільняються від такої сплати [10]. Однак, як справедливо зауважує Р.В. Гекалюк, відповідно до ч. 2 ст. 188-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП), невиконання посадовою особою, яка користується правом приймати на роботу і звільняти з роботи, фізичною особою, яка використовує найману працю, нормативу робочих місць для працевлаштування інвалідів, неподання Фонду соціального захисту інвалідів звіту про зайнятість і працевлаштування інвалідів тягнуть за собою накладення штрафу від десяти до двадцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян [9]. Очевидно, Кодексом не встановлено винятків застосування санкцій щодо суб'єктів адміністративного правопорушення, а відтак дія вказаної норми розповсюджується й на посадових осіб підприємств, установ, організацій, які утримуються за рахунок державного бюджету. Як бачимо, наявна неузгодженість між двома законодавчими актами – Законом України «Про основи соціальної захищеності інвалідів» і Кодексом України про адміністративні правопорушення.

Ще одна неузгодженість, яку виявили під час дослідження активісти зазначеного Всеукраїнського об'єднання, це те, що «відповідно до ч. 8 ст. 19 Закону перевірки підприємств, установ, організацій щодо реєстрації у Фонді соціального захисту інвалідів, подання ними звітів про зайнятість та працевлаштування інвалідів, виконання нормативу робочих місць, призначених для працевлаштування інвалідів, у тому числі шляхом зарахування, здійснює центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику з питань нагляду та контролю за додержанням законодавства про працю, зайнятість населення, тобто Державною інспекцією України з питань праці. Водночас, відповідно до ст. 1 Порядку проведення перевірок підприємств, установ, організацій та фізичних осіб, що використовують найману працю, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 31.01.2007 № 70, зазначені перевірки проводяться відділеннями Фонду соціального захисту інвалідів» [11]. Отже, наявна суперечність у чинному національному законодавстві, яке стосується перевірки дотримання законодавства, – суб'єктами, уповноваженими на такі перевірки, визначено два різні органи. Звісно, за таких умов можна говорити про те, що порушується принцип законності проведення перевірки та наявне дублювання функцій різними органами влади.

У розрізі порушеного об'єднанням питання щодо працевлаштування інвалідів органами центральними органами виконавчої влади було виявлено, що, по-перше, норма закону про адміністративні санкції, відповідно до КУпАП (ч. 2 ст. 188-1), до керівників центральних органів виконавчої влади не застосовувалась; по-друге, Державною інспекцією праці з питань праці в 2013 р. й першому півріччі 2014 р. не проведено жодної планової перевірки дотримання вимог Закону України «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» в центральних органах виконавчої влади; по-третє, на офіційний запит щодо працевлаштування інвалідів частина органів відповідала, що норматив щодо працевлаштування інвалідів їх не стосується, інші – що нормативи вони мають виконувати, але у

зв'язку з відсутністю місць, вони їх не виконують, проте звітувати про це Фонду вони не зобов'язані, і лише деякі з усіх центральних органів дійсно працевлаштовують інвалідів, однак і тут є недолік – у меншій, ніж встановлено чинним законодавством (4%), кількості працівників (Міністерство екології та природних ресурсів України – 5 осіб (1,46%); Міністерство економічного розвитку і торгівлі України – 34 особи (1,04%); Міністерство інфраструктури України – 9 осіб (0,39%); Міністерство культури України – 8 осіб (0,38%); Міністерство оборони України – 6 осіб (2,9%); Міністерство охорони здоров'я України – 3 особи (2,83%); Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України – 4 особи (2,85%); Міністерство соціальної політики України – 5 осіб (2,83%); Міністерство юстиції України – 12 осіб (2,16%)). Відтак Р.В. Гекалюк дійшов висновку, що пасивна позиція уповноважених органів виконавчої влади щодо нормативного врегулювання порушеного питання призвела до того, що майже всіма центральними органами виконавчої влади не виконуються норматив працевлаштування інвалідів. При цьому, як він справедливо зауважує, «прогалини чинного законодавства не в повній мірі дозволяють інвалідам скористатись конституційним правом на участь у державному управлінні, адже на відміну від приватних підприємств органи виконавчої влади жодним чином не зацікавлені в працевлаштуванні інвалідів» [9].

Отже, *нормативними проблемами реалізації прав інвалідами потрібно назвати такі*: 1) перелік захворювань, за наявності яких устанавлюється група інвалідності, потребує вдосконалення з урахуванням вимог часу, реальних обставин щодо екології в країні, а також відповідно до нової, впроваджуваної в Україні соціальної концепції підтримки осіб із інвалідністю; 2) декларування прав, механізм реалізації яких непередуманий або так прописаний, що реалізувати закріплене право вкрай складно (як у випадку із поштовим направленням документів до органу соціального захисту); 3) закріплення за уповноваженими на надання соціальних послуг органами прав, механізм реалізації яких відсутній, що породжує сприятливі умови для порушення прав інвалідів і корупції; 4) прогалини в нормативному урегулюванні питань здійснення контролю за дотриманням законодавства про основи соціальної захищеності інвалідів, що виявляються в наявності органів, повноваження яких дублюються; неузгодженості між Законом України «Про основи соціальної захищеності інвалідів» і КУпАП щодо суб'єктів, стосовно яких мають застосовуватись санкції за недотримання нормативу працевлаштування інвалідів; відсутність узагалі нормативного вирішення питання щодо дотримання органами центральної виконавчої влади нормативу з працевлаштування інвалідів, унаслідок чого порушується право інвалідів не тільки на працевлаштування, а й на участь у державному управлінні, що явно є дискримінацією щодо цієї категорії громадян.

Проаналізувавши законодавчі положення у сфері реалізації прав інвалідів, варто відзначити, що *рекомендації щодо вирішення зазначених проблем* загалом зводяться до необхідності вдосконалення чинного законодавства шляхом усунення виявлених під час дослідження суперечностей, заповнення встановлених прогалин, розробки належним чином продуманих механізмів прав, які закріплюються як за інвалідами, так і за уповноваженими органами у сфері соціального захисту інвалідів, а також перегляду та оновлення переліку захворювань, що є підставою для встановлення груп інвалідності.



**Висновки.** Підсумовуючи все вищевикладене, необхідно підкреслити, що одним із важливих шляхів вирішення як практичних, так і правових проблем реалізації прав інвалідів є постійний реальний двобічний зв'язок з інвалідами, тобто українська дійсність потребує постійного чесного моніторингу потреб інвалідів. Адже, як правильно вказує А.М. Куца, «детермінантом зазначених проблем є відсутність у органів державного управління та органів місцевого самоврядування можливості отримувати адекватну інформацію щодо соціального стану і потреб інвалідів, оскільки така інформація є опосередкованою: вона надається відповідними органами, що зобов'язані безпосередньо захищати і гарантувати права та інтереси осіб цієї категорії. Громадські організації як суб'єкти реалізації соціального захисту інвалідів, у свою чергу, керуються швидше комерційними інтересами, аніж задоволенням потреб відповідної категорії осіб» [12, с. 4]. Відтак є необхідність у тому, щоб визначенням та аналізом проблем інвалідів займалися небайдужі фахівці (можливо, уповноважений орган), які в змозі надати адекватну, але незаангажовану власними корисливими інтересами оцінку щодо стану реалізації прав інвалідів в Україні.

#### Список використаної літератури:

1. Національна доповідь 2013 «Про становище осіб з інвалідністю в Україні» / Мін. соц. політики ; Держ. устан. Наук.-дослідн. інст-т соц.-труд. відн. – К., 2013. – 198 с.
2. Програма діяльності Кабінету Міністрів України від 01.03.2014 р. // Уряд. кур'єр. – 2014. – № 40.
3. Національна доповідь про людський розвиток 2011 «Україна: на шляху до соціального залучення» // Незалежн. вид. Програми розвитку ООН в Україні. – 2011. – 124 с.
4. Про внесення змін до деяких законів України щодо підвищення соціальної захищеності інвалідів в Україні : Проект Закону України від 10.12.2014 р. // Офіц. веб-сайт Верховн. Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=52869](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=52869).
5. Про проведення громадської експертизи : Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 28.11.2013 р. № 259 // Офіц. веб-сайт МОЗ України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.moz.gov.ua/ua/portal/dn\\_20131128\\_0259adm.html](http://www.moz.gov.ua/ua/portal/dn_20131128_0259adm.html).
6. Стандарти акредитації закладів охорони здоров'я : Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 14.03.2011 р. № 142 // Офіц. вісн. України. – 2011. – № 20. – С. 161. – Ст. 1816.
7. Іншин М.І. Правове регулювання надання соціальної допомоги дітям-інвалідам / М.І. Іншин // Актуал. пробл. права: теор. і практ. – 2013. – № 27. – С. 17–23.
8. Порядок забезпечення технічними та іншими засобами реабілітації інвалідів, дітей-інвалідів та інших окремих категорій населення, переліку таких засобів : Постанова Кабінету Міністрів України від 05.04.2012 р. № 321 // Офіц. вісн. України. – 2012. – № 31. – С. 163. – Ст. 1146.
9. Гекалюк Р. Громадською організацією «Незламність» проведено дослідження стану дотримання міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади вимог законодавства про основи соціальної захищеності інвалідів в частині виконання нормативу працевлаштування інвалідів / Р. Гекалюк // Веб-сайт Всеукр. громадськ.об'єдн. «Незламність» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://nezlamnist.org.ua/1.html>.
10. Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні : Закон України від 21.03.1991 р. № 875-XII // Відом. Верховн. Ради України. – 1991. – № 21. – Ст. 252.
11. Порядок проведення перевірок підприємств, установ, організацій та фізичних осіб, що використовують найману працю : Постанова Кабінету Міністрів України від 31.01.2007 р. № 70 // Офіц. вісн. України. – 2007. – № 8. – С. 32. – Ст. 282.
12. Куца А.М. Адміністративно-правове регулювання соціального захисту інвалідів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / А.М. Куца ; Запоріж. нац. ун-т. – Запоріжжя, 2011. – 18 с.

## УГОЛОВНОЕ ПРАВО, УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

УДК 343.41+340.130.5

### ПОНЯТТЯ ПРЕДМЕТА ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 182 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Ольга СОСНИНА,

старший викладач кафедри кримінального права та процесу  
Львівської комерційної академії

#### SUMMARY

The article is devoted to definition of the subject of the crime provided by art. 182 of the Criminal Code of Ukraine "Violation of privacy". Based on research of legislative provisions and the views of scientists regarding the category of "confidential information", "privacy" and "family secret" justified the position that the subject of the crime, the composition of which is provided in the disposition of the art. 182 of the Criminal Code of Ukraine, act information, personal and family nature, containing confidential information about the person. The author has made specific proposals for the improvement and unification of norms of the Criminal Code of Ukraine providing for criminal-legal protection of the informational dimension of private life.

**Key words:** confidential information, subject of crime, mystery, personal secret, family secret, public face.

#### АНОТАЦІЯ

Статтю присвячено проблемам визначення поняття предмета злочину, передбаченого ст. 182 «Порушення недоторканності приватного життя» Кримінального кодексу України. На основі дослідження законодавчих положень і позицій учених щодо категорій «конфіденційна інформація про особу», «особиста таємниця» та «сімейна таємниця» обґрунтовано, що предметом злочину, склад якого передбачається в диспозиції ст. 182 Кримінального кодексу України, виступають відомості особистого й сімейного характеру, що містять конфіденційну інформацію про особу. Сформульовано конкретні пропозиції щодо вдосконалення й уніфікації норм Кримінального кодексу України, що передбачають кримінально-правову охорону інформаційного аспекту недоторканності приватного життя.

**Ключові слова:** конфіденційна інформація, предмет злочину, таємниця, особиста таємниця, сімейна таємниця, публічна особа.

**Постановка проблеми.** Одним із компонентів складу, що додатково характеризує його безпосередній об'єкт, є предмет злочину, який може мати як обов'язковий, так і факультативний характер. Традиційною в науці кримінального права є позиція щодо матеріального характеру предмета злочину, що визнається як річ матеріального світу.

Останнім часом серед науковців усе більше підтримується думка про необхідність розширення меж поняття предмета злочину та визнання ним інших феноменів (субстанцій), які мають, на відміну від речей, нематеріальну природу. Тому потребує вирішення питання, чи може інформація (конфіденційна інформація) визнаватись предметом злочину, зокрема злочину, склад якого передбачається в диспозиції ст. 182 Кримінального кодексу України (далі – КК України), яким є її зміст, обсяг та ознаки.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Традиційний підхід щодо матеріальності предмета злочину висвітлено в наукових роботах таких авторів, як О.М. Трайнін, М.І. Загородніков, П.С. Матишевський, С.Ф. Кравцов, Л.Д. Гаухман, М.Й. Коржанський, Є.В. Фесенко, а також у багатьох підручниках із кримінального права. Вагомі аргументи на користь відходу від сприйняття предмета злочину винятково як речі, визнання предметом злочину інших явищ об'єктивного світу, що мають нематеріальну природу та з певними властивостями яких кримінальний закон

пов'язує наявність у діянні особи ознак складу конкретного злочину, зокрема й інформації, наводились Д.С. Азаровим, М.П. Бікмурзінім, Є.В. Лашуком, К.Б. Марисюком, В.О. Навроцьким, С.О. Орловим, О.Е. Радутним, М.В. Рудиком, О.С. Самойловою, І.О. Юрченко та іншими науковцями. До розгляду конфіденційної інформації як предмета окремих злочинів проти інформаційного аспекту приватності зверталися такі вчені, як П.П. Андрушко, О.П. Горпинюк, О.М. Готін, Ю.І. Дем'яненко, І.О. Зінченко, С.Я. Лихова, О.В. Прохніцький. Проте питання предмета злочину, передбаченого диспозицією ст. 182 КК України, залишилось недостатньо дослідженим і потребує подальшої розробки.

**Мета статті** полягає в обґрунтуванні положення, що предметом злочину, склад якого передбачається в диспозиції ст. 182 КК України, виступають відомості особистого й сімейного характеру, що містять конфіденційну інформацію про особу, на основі дослідження наукових підходів до категорій «конфіденційна інформація про особу», «особиста таємниця» та «сімейна таємниця» як у правовій доктрині, так і в чинному законодавстві.

Для досягнення поставленої мети необхідно виконати такі завдання: 1) проаналізувати положення законодавства й позиції вчених щодо визначення поняття «конфіденційна інформація про особу», виокремити його характерні ознаки як предмета розглядуваного злочину; 2) вивчити питання, пов'язані з обсягом конфіденційної інформації про

особу як різновиду таємниці, визначити, які саме відомості зі сфери приватного життя можна віднести до категорії особистої й сімейної таємниці, за можливості вичерпно окреслити коло таких відомостей; 3) розробити пропозиції щодо вдосконалення й уніфікації норм КК України, що передбачають кримінально-правову охорону інформаційного аспекту недоторканності приватного життя особи.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Аналіз сучасних розвідок щодо визнання конфіденційної інформації предметом злочину дозволяє дійти певних висновків. По-перше, доцільно підтримати позицію нематеріального характеру предмета злочину, склад якого передбачається в диспозиції ст. 182 КК України. По-друге, проаналізувавши текст самої диспозиції цієї норми, а також значення, яке має вказівка на конфіденційну інформацію, можемо констатувати, що конфіденційна інформація про особу в цьому складі злочину виконує роль обов'язкової ознаки складу злочину.

Наші висновки підтверджуються нормативною базою, спрямованою на регулювання суспільних відносин, що складаються з приводу використання, захисту та інших дій з інформацією як узагальнюючим феноменом [1; 2; 3; 4], а також значним масивом вітчизняних і зарубіжних досліджень, присвячених вивченню цієї проблематики [5; 6; 7; 8].

Однак варто зауважити й про колізійні моменти, що зустрічаються сьогодні в понятійному апараті законодавства, яке регулює інформаційну сферу.

По-перше, відсутнє однозначне розуміння інформації на законодавчому рівні. У Законі України «Про інформацію» в редакції від 13 січня 2011 р. [1] визначено родові поняття інформації як будь-яких відомостей та/або даних, які можуть бути збережені на матеріальних носіях чи відображені в електронному вигляді. Водночас в інших законодавчих актах містяться дефініції, що суттєво відрізняються [9; 10; 11]. На цю проблему свого часу вказувала Ю.І. Дем'яненко [12, с. 7–9]. На нашу думку, ознакою конфіденційної інформації не обов'язково є можливість збереження її на конкретних носіях.

По-друге, незважаючи на відсутність уніфікованої дефініції інформації, на законодавчому рівні відбувається поділ усього масиву цього явища за порядком доступу до неї на відкриту інформацію та інформацію з обмеженим доступом.

По-третє, конфіденційна інформація, що належить до інформації з обмеженим доступом, дефініція якої міститься в Законі України «Про доступ до публічної інформації» [2], також включає колізійні положення, що містяться в Законі України «Про захист персональних даних» [3] та Законі України «Про Всеукраїнський перепис населення» [13]. Приєднуємось до думки О.О. Шарабуріної, що такі формулювання та їх колізійний характер свідчать про неможливість ототожнення поняття інформації про фізичну особу та поняття персональних даних, що актуалізує необхідність їх уточнення, встановлення критеріїв їх розмежування [14, с. 147–150].

На наше переконання, віднесення всієї інформації про фізичну особу до конфіденційної є некоректним, оскільки режим конфіденційності має встановлювати сама особа, визначаючи, яка інформація про неї носить конфіденційний характер. Ми підтримуємо думку І.А. Бродської, що проблема конфіденційності інформації належить до кола питань, які, балансує на межі права та етики, не можуть бути адекватно врегульовані в законодавстві через те, що

сама сутність предмета не зводиться до відомих юридичній науці правових інститутів [15, с. 19].

Одним із завдань нашого дослідження є визначення змісту та сутності феномена «конфіденційна інформація» як предмета складу злочину. Ю.І. Дем'яненко зазначає, що конфіденційна інформація про особу може охоплювати різні за своїм змістом відомості [12, с. 4]. Наголосимо, що українське законодавство не передбачає вичерпний перелік відомостей, які можна віднести до конфіденційної інформації, на відміну від законодавства інших держав [16]. На нашу думку, варто приєднатись до офіційної позиції, викладеної в рішенні Конституційного Суду України (далі – КСУ) щодо неможливості визначити всі види поведінки особи у вигляді вичерпного переліку конфіденційної інформації [17]. Хоча загальні ознаки такого феномена, як конфіденційна інформація, КСУ надає [17; 18].

Немає єдності думок у вітчизняних науковців і щодо вироблення критеріїв, за якими можна визнати, яка інформація є конфіденційною в межах вивчення предмета злочину, склад якого передбачається в диспозиції ст. 182 КК України [19, с. 188]. Необхідно враховувати також критерії, що склались у судовій практиці Європейського суду з прав людини [20, с. 168–186; 21].

Проблема полягає також у тому, що дослідники чітко не розмежовують ознаки й критерії конфіденційної інформації про особу. На нашу думку, важливішим є питання не критеріїв та ознак, які можна розглядати як синоніми (адже обидві категорії дозволяють нам відмежувати конфіденційну інформацію від схожих феноменів), а аналіз конфіденційної інформації в контексті одного з різновидів таємниці.

Як різновид таємниці конфіденційну інформацію про особу можна віднести до вразливих відомостей, розголошення яких не є бажаним для особи, може нанести шкоду її правам та інтересам, охороняється законом. Ознаки й види такої таємниці розглянуто в працях сучасних зарубіжних і вітчизняних авторів [22, с. 5; 23, с. 13–14; 14, с. 147–150].

Однією з проблем застосування норми, що міститься в ст. 182 КК України, є неконкретність, невизначеність предмета, який цією нормою охороняється. Оскільки ключовою ознакою конфіденційної інформації про особу є те, що вона являє собою відомості, які містять особисту або сімейну таємницю, то з методологічних і філософсько-правових позицій вважаємо за доцільне відмовитись від терміна «конфіденційна інформація про особу» та вживати термін «інформація про приватне життя особи, що складає таємницю її особистого чи сімейного життя». Саме таку інформацію необхідно розглядати як предмет у складі злочину, передбаченого в диспозиції ст. 182 КК України. При цьому вважаємо за доцільне змінити також назву норми на «Порушення таємниці особистого та сімейного життя».

Водночас постає питання, які саме відомості зі сфери приватного життя можна віднести до категорії особистої й сімейної таємниці, чи можливо чітко й точно окреслити коло таких відомостей. Хоча поняття «таємниця» широко використовується у вітчизняному законодавстві, його універсальна дефініція відсутня. Сьогодні термін «таємниця» позначає більше 30 випадків обмеження права громадян на інформацію. Спираючись на змістовний та етимологічний аналіз поняття «таємниця» [24, с. 1426; 25, с. 19–24; 26, с. 45–63; 27, с. 64; 28, с. 583], можемо дійти висновку, що в загальному вигляді поняттям «таємниця» охоплюється все те, що особа бажає приховати від інших, що відомо не всім, не підлягає розголосу, є секретом. У кримінально-правовій літературі панує думка, що предметом таємниці виступає

інформація, доступ до якої забороняється, розголошення якої може завдати шкоди інтересам держави, суспільства, особи.

Юридично значущі ознаки таємниці приватного характеру досліджує Ю.О. Говенко [29, с. 12–13]. Вони зводяться фактично до ознак таємниці в цілому, з тією різницею, що ці відомості носять винятково приватний характер, законодавство надає приватним особам право самостійно визначити таємність такої інформації й самостійно захищати такі відомості. На думку І.Л. Петрухіна, гарантовані особі таємниці поділяються на особисті (нікому не довірени), до яких він відносить особисту й сімейну таємницю, та професійні (довірені представникам певних професій) [30, с. 15–16]. При цьому особисті таємниці в певних випадках можуть стати таємницями професійними, на що вказують окремі дослідники [31, с. 12; 32, с. 682–685]. Саме тому необхідно відзначити, що деякі з вказаних таємниць приватного характеру, довірених представникам певної професії, включено до КК України як предмет злочину (охороняються самостійними складами злочинів). Це стосується, наприклад, таких відомостей: лікарської таємниці (ст. ст. 132, 145 КК України), таємниці голосування (ст. 159 КК України), таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передається засобами зв'язку або через комп'ютер (ст. 163 КК України), таємниці усиновлення (удочеріння) (ст. 168 КК України), комерційної або банківської таємниці (ст. 232 КК України), відомостей, що становлять службову інформацію, зібрану в процесі оперативно-розшукової, контррозвідувальної діяльності, у сфері оборони країни (ст. 330 КК України), відомостей про заходи безпеки щодо особи, взятої під захист (ст. 381 КК України), даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування (ст. 387 КК України). Згідно із чинним кримінальним законодавством неправомірне порушення аудиторської та нотаріальної таємниці визнається кримінально караним, лише якщо воно є формою вчинення такого суспільно небезпечного діяння, як зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст. 365-2 КК України). Отже, законодавець вводить, окрім загальної норми про охорону конфіденційної інформації про особу (таємниці особистого життя чи сімейного життя), спеціальні норми, якими здійснюється її додатковий захист. Однак поза кримінально-правовою охороною залишаються окремі різновиди таємниці: відомості, що становлять адвокатську таємницю, таємниця сповіді, таємниця заповіту, таємниця страхування тощо.

У цьому контексті приєднується до пропозиції окремих авторів щодо доцільності прийняття Закону України «Про захист конфіденційної інформації», у якому має визначитись перелік інформації, яку може бути віднесено до конфіденційної та порушення обігу якої (без дозволу її власника) тягтиме юридичну відповідальність; міститиметься перелік інформації, яку не може бути віднесено до конфіденційної; надаватиметься визначення такої інформації та закріплюватиметься її правовий режим тощо [33, с. 81; 34, с. 78].

Для визначення змісту предмета злочину, склад якого передбачається в диспозиції ст. 182 КК України, необхідно з'ясувати зміст понять «особиста таємниця» та «сімейна таємниця». У юридичній літературі однозначного підходу до розуміння цих термінів немає. Проаналізувавши роботи вчених [30, с. 15; 35, с. 644–646; 32, с. 682–685], доходимо висновку, що особиста таємниця – це охоронювані законом відомості (інформація) про приватне життя особи,

що знаходяться за межами публічного інтересу та які особа бажає зберігати невідомими для інших осіб, яким вона надає конфіденційного характеру у зв'язку з тим, що їх розголошенням може завдати шкоди її приватним (особистим) інтересам.

Щодо сімейної таємниці в літературі висловлювались міркування, що вона є не самостійним видом таємниці, а різновидом (частиною) особистої таємниці [36, с. 112]. На наше переконання, така позиція є необґрунтованою, оскільки наявність самостійних носіїв права на таємницю, якими є людина та сім'я як сукупність осіб, об'єднаних кровно-родинними зв'язками, а також наявність окремих, самостійних сфер приватного життя особи (особистого й сімейного життя) дозволяє дійти висновку, що поділ таємниць приватного характеру (життя) на особисту та сімейну є цілком виправданим. І.В. Бондар слушно зазначає: «Юридично людина має право на особисту таємницю і від членів своєї сім'ї, хоча це може бути пов'язаним із моментами морально-етичного характеру» [22, с. 5, 10].

Поняття сімейної таємниці досліджувалось різними вченими [30, с. 104; 35, с. 644–646; 37, с. 13–58]. На основі положень, закріплених у Сімейному кодексі України [38], можна визначити її як охоронювані кримінальним законом відомості, доступ до яких закрито та які особа бажає зберегти в таємниці від сторонніх осіб, надаючи їм конфіденційного характеру, що відображають особливо важливі сторони життя сім'ї, під якою розуміється союз осіб, які пов'язані спільним побутом, мають взаємні права й обов'язки, що постають із шлюбу, кровного споріднення, усиновлення, а також на інших підставах, що не заборонені законом і не суперечать моральним засадам суспільства.

Поняття особистої й сімейної таємниць є тісно пов'язаними та багато в чому збігаються. Привертають увагу прецеденти Європейського суду з прав людини, відповідно до низки рішень якого до змісту особистої й сімейної таємниці належать такі відомості: медичного характеру, особливо щодо захисту таємниці про ВІЛ-інфікованих; про зміст спілкування з адвокатом [20, с. 438–469]; про сексуальну орієнтацію особи та психосоціальний тип особистості [20, с. 360–384]; про зміну статі й імені [20, с. 705–729].

Важливо підкреслити, що поняття особистої та сімейної таємниці є суб'єктивним за змістом, визнається прерогативою особи, якої вони стосуються та яка зацікавлена в їх нерозголошенні, тобто залежать від волевиявлення власника інформації.

Крім розглянутих аспектів предмета порушення недоторканності приватного життя, певний інтерес становить питання про те, у якому разі відомості, що належать до приватного життя, однозначно не можуть складати особисту або сімейну таємницю. Насамперед ідеться про згоду особи на будь-які дії із цією інформацією (на ознайомлення з її змістом), що виключає злочинність діяння, оскільки в такому випадку відсутній сам об'єкт правового захисту.

Питання щодо того, чи перестає бути особистою або сімейною таємницею інформація, яку вже раніше було оприлюднено, повідомлено в засобах масової інформації чи розголошено іншим способом, у теорії вирішується неоднозначно. Одні автори вважають, що такі відомості не можуть вважатись конфіденційними [39, с. 480; 40, с. 79]. На думку інших, подальше поширення опублікованих відомостей здатне зашкодити недоторканності приватної сфери. Так, наприклад, нова публікація може привернути увагу іншої аудиторії або зацентувати увагу на давно забутому факті [41, с. 84]. На наше переконання, вирішувати



це питання необхідно крізь призму розуміння потерпілого, оскільки саме його ставлення до того, що відбулося, матиме ключове значення. Є логіка також у тому, що ознайомлення з інформацією однієї чи декількох персон не відміняє бажання особи, якої ця інформація стосується, зберігати її недоторканою для інших осіб. Тобто на неї продовжує поширюватись режим конфіденційності (таємниці) [41, с. 81–84].

Крім цього, не є конфіденційною інформацією персональні дані, що стосуються здійснення особою, яка займає посаду, пов'язану з виконанням функцій держави чи органів місцевого самоврядування, посадових або службових повноважень [17]. Парламентська Асамблея Ради Європи у своїй Резолюції «Право на приватність» від 25 грудня 2008 р. № 1165(1998) вказала, що публічні фігури – це особи, які займають державні посади та/або використовують державний ресурс, а також усі ті, хто відіграє певну роль у громадському житті, галузі політики, економіки, мистецтва, соціальної сфери, спорту чи будь-якій іншій сфері та повинні усвідомлювати, що особливий статус, який вони мають у суспільстві, автоматично збільшує рівень тиску на приватність їхнього життя [42]. На відміну від приватної особи публічні особи через свою публічну діяльність неминуче наражають себе на ретельне спостереження з боку журналістів і значної частини суспільства, у зв'язку із чим мають ставитись до цього свідомо й терпимо. КСУ вказує: «Перебування особи на зазначеній посаді передбачає не лише гарантії захисту прав цієї особи, а й додаткові правові обтяження. Публічний характер як самих органів – суб'єктів владних повноважень, так і їх посадових осіб вимагає оприлюднення певної інформації для формування громадської думки про довіру до влади та підтримку її авторитету в суспільстві. Вирішуючи питання щодо конфіденційності інформації про «публічну посадову особу», варто виходити з того, що належність інформації про фізичну особу до конфіденційної визначається в кожному конкретному випадку» [17]. У зв'язку із цим доцільною вважаємо пропозицію законодавчо закріпити положення про те, що чим вагомішою є публічна особа та інформація про неї, тим більш виправданим є втручання в її приватне життя [36, с. 10].

**Висновки.** Таким чином, предметом злочину, склад якого передбачається в диспозиції ст. 182 КК України, виступають відомості особистого й сімейного характеру, що містять конфіденційну інформацію про особу.

Конфіденційна інформація про особу має характеризуватися сукупністю таких ознак: 1) це відомості про приватне життя особи, які складають особисту чи сімейну таємницю; 2) форма вираження, природа й спосіб передачі цих відомостей значення не мають, це відомості в будь-якій формі, що можуть бути як документованими, так і не документованими, незалежно від форми представлення, а також виду та умов відтворення; 3) предметом цього злочину можуть бути відомості про потерпілого, що паплюжать його, а також відомості, що відповідають вимогам суспільної моралі.

Відомості, які становлять особисту чи сімейну таємницю, можуть бути водночас інформацією, що захищається нормами законодавства як професійна таємниця.

Статус «публічна особа» впливає на ступінь захисту від втручання в приватне життя, від розголошення відомостей, що складають особисту або сімейну таємницю. Певні категорії службовців і посадових осіб можуть обмежуватись у деяких сферах приватного життя. При цьому розголошені відомості про приватне життя публічного діяча, що склада-

ють особисту або сімейну таємницю, мають безпосереднє стосуватись здійснюваної цією особою державної чи іншої громадської діяльності.

Вважаємо за необхідне змінити назву ст. 182 КК України на «Порушення таємниці особистого та сімейного життя», а в диспозиції ч. 1 ст. 182 КК України словосполучення «конфіденційна інформація про особу» змінити на «відомості про приватне життя особи, що складають її особисту або сімейну таємницю».

Пропонуємо виключити з КК України ст. 168 «Розголошення таємниці усиновлення (удочеріння)», оскільки таємниця усиновлення (удочеріння) є різновидом сімейної таємниці, яка є предметом злочину, передбаченого ст. 182 КК України.

#### Список використаної літератури:

1. Про інформацію : Закон України від 2 жовтня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 48. – Ст. 650.
2. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13 січня 2011 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 32. – Ст. 314.
3. Про захист персональних даних : Закон України від 1 червня 2010 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 34. – Ст. 481.
4. Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних : Директива Європейського Парламенту і Ради від 24 жовтня 1995 р. № 95/46/ЄС [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua>.
5. Кузнецов А.П. Информация и ее виды: теоретический анализ / А.П. Кузнецов, С.М. Паршин // Бизнес в законе. – 2007. – № 2. – С. 149–153.
6. Беляков К.И. Информация в праве: теория і практика / К.И. Беляков. – К. : КВЦ, 2006. – 118 с.
7. Ємельянов С.Л. Генезис понятия «інформація» у законодавстві України в контексті проблеми її захисту / С.Л. Ємельянов // Право і безпека. – 2012. – № 4. – С. 29–33.
8. Кулініч О.О. Інформація з обмеженим доступом як об'єкт цивільних прав : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / О.О. Кулініч ; Одеська нац. юрид. академія. – О., 2006. – 200 с.
9. Про телекомунікації : Закон України від 18 листопада 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 12. – Ст. 155.
10. Про телебачення і радіомовлення : Закон України від 21 грудня 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 18. – Ст. 155.
11. Про розвідувальні органи України : Закон України від 22 березня 2001 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 19. – Ст. 94.
12. Дем'яненко Ю.І. Кримінальна відповідальність за порушення недоторканності приватного життя : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Ю.І. Дем'яненко ; Нац. юрид. академія України ім. Я. Мудрого. – Х., 2008. – 20 с.
13. Про Всеукраїнський перепис населення : Закон України від 19 жовтня 2000 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 51–52. – Ст. 446.
14. Шарабуріна О.О. Новели законодавства України про інформацію з обмеженим доступом / О.О. Шарабуріна // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 2. – С. 147–150.
15. Бродская И.А. Конфиденциальные сведения: способы использования. Правовой смысл понятия «разглашение» / И.А. Бродская // Адвокат. – 2000. – № 3. – С. 19–23.

16. Об утверждении перечня сведений конфиденциально-го характера : Указ Президента Российской Федерации от 6 марта 1997 г. № 188 // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1997. – № 10. – Ст. 1127.
17. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень частин 1, 2 статті 32, частин 2, 3 статті 34 Конституції України від 20 січня 2012 р. № 2-рп/2012 (справа № 1-9/2012) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-12>.
18. Рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення статей 3, 23, 31, 47, 48 Закону України «Про інформацію» та статті 12 Закону України «Про прокуратуру» (справа К.Г. Устименка) від 30 жовтня 1997 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-97>.
19. Кримінальне право України. Особлива частина : [підручник] / [Ю.В. Александров, В.І. Антипов, О.О. Дудоров та ін.] ; за ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. – 3-тє вид., перероб. і доп. – К. : Атіка, 2009. – 744 с.
20. Европейский Суд по правам человека: избранные решения : в 2 т. / отв. ред. В.А. Туманов. – М. : Норма, 2000–. – Т. 1. – 2000. – 856 с.
21. Справа «Хужин та інші проти Росії» : Рішення від 23 жовтня 2008 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.medialaw.kiev.ua>.
22. Бондарь И.В. Тайна по российскому законодательству (проблемы теории и практики) : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / И.В. Бондарь ; Нижегородская академия МВД РФ. – Нижний Новгород, 2004. – 15 с.
23. Иванский В.П. Правовая защита информации о частной жизни граждан: опыт современного правового регулирования : [монография] / В.П. Иванский. – М. : Издательство РУДН, 1999. – 276 с.
24. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. В.Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2002. – 1428 с.
25. Пилипенко Ю.С. Общие теоретические аспекты института тайны / Ю.С. Пилипенко // Государство и право. – 2009. – № 7. – С. 19–24.
26. Гелич Ю.О. Інформаційно-правові гарантії таємниці особистого життя людини : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 / Ю.О. Гелич ; Нац. ун-т біоресурсів і природокористування України. – К., 2010. – 196 с.
27. Кибальник А.Г. Тайна в уголовном праве / А.Г. Кибальник, С.В. Кузьмин, И.Г. Соломонович. – Ставрополь : Ставрополь-Сервис-школа, 2000. – 80 с.
28. Анчукова М.В. Поняття таємниці у Кримінальному кодексі України та її види / М.В. Анчукова // Держава і право : зб. наук. праць. Серія «Юридичні і політичні науки». – 2007. – Вип. 38. – С. 582–587.
29. Говенко Ю.А. Уголовно-правовая охрана тайны частного характера : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Ю.А. Говенко ; Волгоградская академия МВД России. – Волгоград, 2008. – 28 с.
30. Петрухин И.Л. Личные тайны (человек и власть) / И.Л. Петрухин. – М. : Институт государства и права РАН, 1998. – 232 с.
31. Рожнов А.А. Уголовно-правовая охрана профессиональной тайны : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / А.А. Рожнов ; Казанский гос. ун-т. – Казань, 2002. – 30 с.
32. Трофимова В.Е. Понятие и содержание личной и семейной тайны / В.Е. Трофимова // Молодой ученый. – 2013. – № 12. – С. 682–685.
33. Прохницький О.В. Конфіденційна інформація як предмет злочину / О.В. Прохницький // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 10. – С. 79–82.
34. Лашук Є.В. Інформація з обмеженим доступом як предмет злочину / Є.В. Лашук // Право України. – 2001. – № 3. – С. 75–78.
35. Каунова А.А. К вопросу о понятии и сущности личной и семейной тайны / А.А. Каунова // Молодой ученый. – 2013. – № 12. – С. 644–646.
36. Калашникова Е.Е. Уголовно-правовое обеспечение неприкосновенности информации о частной жизни : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / Е.Е. Калашникова ; Московская гос. юрид. академия. – М., 2001. – 221 с.
37. Пальчиковская О.А. Уголовно-правовая охрана личной и семейной тайны : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / О.А. Пальчиковская ; Российская академия правосудия. – М., 2011. – 206 с.
38. Сімейний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135.
39. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 4-те вид., перероб. і доп. – К. : Юридична думка, 2010. – 1184 с.
40. Дробышевская Т.В. Личные неимущественные права граждан и их гражданско-правовая защита : [монография] / Т.В. Дробышевская. – Красноярск : Изд-во Красноярского ун-та, 2001. – 131 с.
41. Шевченко И.А. Уголовно-правовая охрана неприкосновенности частной жизни : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 / И.А. Шевченко ; Красноярский гос. ун-т. – Красноярск, 2005. – 196 с.
42. Право на приватність : Резолюція Парламентської Асамблеї Ради Європи від 25 грудня 2008 р. № 1165(1998) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.medialaw.kiev.ua/laws/laws\\_international/52](http://www.medialaw.kiev.ua/laws/laws_international/52).

УДК 343.3.7(477)

## ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ УСТАНОВЛЕНИЯ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ПРЕСТУПЛЕНИЯ ПРОТИВ ЗЕМЕЛЬНЫХ РЕСУРСОВ

Андрей ШУЛЬГА,

кандидат юридических наук, доцент,  
профессор кафедры уголовного права и криминологии  
Харьковского национального университета внутренних дел

### SUMMARY

The article devoted to the problem of land resources protection by criminal law of Ukraine. A theoretical analysis of the current state of the land resources was held. The reasons and factors influencing the occurrence of this problem were investigated. There are grounded position concerning under all conditions being equal, the most effective way to counter the attacks on land resources is the application of the rules against violators, which provided the legal responsibility for such attacks. For the most dangerous encroachment on the land there are provided criminal liability as the most severe form of legal liability. It was established that the criminalization of attacks on land resources is the most effective tool to counteraction land crimes.

**Key words:** land resources, legal liability, criminal prohibition, criminal protection.

### АННОТАЦИЯ

В статье поднимается проблема охраны земельных ресурсов в Украине уголовно-правовыми средствами. Проводится теоретический анализ современного состояния земельных ресурсов. Исследуются причины и факторы, влияющие на возникновения данной проблемы. Обосновывается позиция о том, что при всех равных условиях наиболее действенным способом противодействия посягательствам на земельные ресурсы является применение к нарушителям норм, которыми предусмотрена юридическая ответственность за такие посягательства. За наиболее опасные посягательства на земельные ресурсы предусматривается уголовная ответственность как наиболее суровый вид юридической ответственности. Отмечается, что установление уголовной ответственности за посягательства на земельные ресурсы является наиболее действенным инструментом противодействия земельным преступлениям.

**Ключевые слова:** земельные ресурсы, юридическая ответственность, уголовно-правовой запрет, уголовно-правовая охрана.

**Постановка проблемы.** Национальная безопасность государства зависит от многочисленных факторов. Одним из таких факторов выступает нормальное качественное и количественное состояние основного национального богатства – земли (ст. 14 Конституции Украины). В свою очередь, состояние земельных ресурсов напрямую влияет и на состояние экологической безопасности (ст. 50 Основного Закона), а соответственно, и на продовольственную безопасность государства как составляющую национальной безопасности. Поэтому земельные ресурсы, занимая особое место в системе государственных ценностей, подлежат соответствующей охране от противоправных посягательств, в том числе от преступных посягательств. Для этого требуется законодательное закрепление оснований уголовной ответственности за наиболее опасные посягательства на земельные ресурсы.

**Актуальность темы исследования** подтверждается степенью нераскрытости темы: в настоящее время практически нет самостоятельных комплексных исследований посвященных уголовно-правовой охране земельных ресурсов от преступных посягательств.

**Состояние исследования.** Научный анализ отдельных аспектов проблемы уголовно-правовой охраны земельных ресурсов осуществлялся и осуществляется многими отечественными и зарубежными учеными, в частности В.И. Андрейцевым, Ю.С. Богомяковым, М.М. Бринчуком, Т.А. Бушуевой, С.Б. Гавришем, Н.С. Гавриш, П.С. Дагелем, О.Л. Дубовик, А.А. Дудоровым, Е.Н. Жевлаковым, О.С. Колбасо-

вым, З.Г. Корчевой, С.Н. Кравченко, У.Я. Крастиньшем, Б.М. Леонтьевым, Н.А. Лопашенко, Ю.И. Ляпуновым, В.К. Матвийчуком, В.Л. Мунтяном, П.С. Матышевским, В.А. Навроцким, В.В. Петровым, П.Ф. Повелициной, Б.Г. Розовским, Н.И. Титовой, Ю.С. Шемшученко, Н.Г. Шимбаревой, А.М. Шульгой и другими. Труды этих ученых служат основой для дальнейшего исследования указанной проблемы.

**Целью статьи** является теоретическое исследование проблемы установления уголовной ответственности за преступные посягательства на земельные ресурсы. Новизна работы заключается в том, что в ней сделана попытка исследовать потребность современного украинского общества в уголовно-правовой охране земельных ресурсов как одного из главных элементов окружающей природной среды, объекта сельскохозяйственной деятельности, права земельной собственности.

**Изложение основного материала.** Проблема надлежащей охраны всей окружающей природной среды формировалась на протяжении многих десятилетий. Она была обусловлена многими объективными факторами, среди которых были следующие: неуклонное развитие научно-технического прогресса, а также общий рост населения планеты Земля. На всех этапах своего развития каждый человек и общество в целом были тесно связаны с окружающим миром – окружающей природной средой. В последнее время в связи с формированием высокоиндустриального общества резко возросло антропогенное влияние, то

есть негативное влияние человека, его хозяйственной деятельности на окружающую природную среду, значительно возрос объем такого вмешательства. Влияние человека на природные процессы стало более разнообразным по форме и содержанию и в современных условиях угрожает стать глобальной опасностью для самого человека, для его существования на планете Земля.

Конституция Украины закрепляет обязанность государства обеспечивать экологическую безопасность и поддерживать должный уровень экологического равновесия, преодоление последствий Чернобыльской катастрофы и сохранение генофонда украинского народа. Успешная реализация указанных конституционных положений возможна при условии адекватных усилий как отдельного индивидуума, так и всего общества в целом. Важным фактором для обеспечения безопасной для человека окружающей природной среды является ее правовая охрана, в том числе мерами уголовно-правового воздействия. Правовая охрана окружающей среды имеет межотраслевой характер и реализуется в разных направлениях.

Решающую роль в процессе правовой охраны природы играет непосредственно право, которое по своему содержанию является регулятором соответствующих общественных отношений. При этом регулятивная функция права предусматривает обязательное наличие юридической ответственности. Последняя, являясь важным элементом правового регулирования, одновременно выступает особой формой государственно-властного принудительно-го влияния на развитие общества.

Суть юридической ответственности заключается в целенаправленном воздействии на поведение членов общества посредством юридических мер и средств. Она находит свое выражение в реализации соответствующей санкции. Это полностью относится и к юридической ответственности за преступные посягательства на земельные ресурсы, как составляющей окружающей природной среды.

Проблема правовой охраны земельных ресурсов обострилась еще в середине XX века. Именно в это время на основе научно-технического прогресса значительно возросла интенсивность использования земель, и начали проявляться негативные последствия для окружающей природной среды в результате техногенного воздействия. Эти последствия проявились в виде загрязнения и порчи земель, их затопления и заболачивания, а в некоторых регионах, наоборот, высушивания и опустынивания земельных угодий, бесхозяйственного использования земель сельскохозяйственного назначения и т. д.

Земля, согласно ст. 14 Конституции Украины, является основным национальным богатством, которое находится под особой охраной государства [1]. Учитывая исключительную важность земли во всех сферах жизнедеятельности человека, Основной Закон выделяет землю из всех других объектов окружающей природной среды. В связи с этим особое внимание законодатель обратил на охрану земельных ресурсов как объекта природы. Это проявилось в том, что в действующем Уголовном кодексе Украины (далее – УК Украины) предусмотрена ответственность за ряд общественно опасных посягательств на земельные ресурсы: ст. 197-1 «Самовольное занятие земельного участка и самовольное строительство», ст. 239 «Загрязнение или порча земель», ст. 239-1 «Незаконное завладение почвенным покровом (поверхностным слоем) земель», ст. 239-2 «Незаконное завладение землями водного фонда в особо

крупных размерах», ст. 254 «Бесхозяйственное использование земель» [2].

Особенностью уголовно-правовой охраны земельных ресурсов в Украине является разделение ее в зависимости от объекта уголовно-правовой охраны. Так, все вышеперечисленные составы преступлений расположены в разных разделах Особой части УК Украины. Так, норма о самовольном занятии чужого земельного участка закреплена в разделе VI «Преступления против собственности». Такое месторасположение нормы обусловлено тем, что ее содержание свидетельствует о стремлении законодателя обеспечить защиту земельной собственности. Право земельной собственности – это право владеть, пользоваться и распоряжаться конкретным земельным участком либо участками. Право собственности на землю гарантируется Конституцией Украины. Право собственности на землю (земельный участок) приобретается и осуществляется соответственно закону. Право собственности на земельный участок распространяется на поверхностный (почвенный) покров в границах этого участка, на водные объекты, леса, многолетние насаждения, которые на ней находятся, а также на пространство, находящееся над и под поверхностью участка, высотой и глубиной, необходимой для возведения жилых, производственных и других зданий и сооружений. Собственник земельного участка имеет право использовать его на свое усмотрение соответственно его целевому назначению. Собственник земельного участка может использовать на свое усмотрение все, что находится над и под поверхностью этого участка, если другое не установлено законом и если это не нарушает прав других лиц [3].

Остальные преступления в сфере охраны земельных ресурсов определены законодателем в разделе VIII «Преступления против окружающей природной среды». Тем самым определяется важность земельных ресурсов как объекта окружающей природной среды и экологических систем. Это связано прежде всего с тем, что земельные ресурсы в последнее время рассматриваются в основном с экологической точки зрения. Земля и ее составляющие грунты, почвы признаются главным элементом окружающей природной среды, который подлежит особой охране.

Установление уголовной ответственности за посягательства на земельные ресурсы обусловлено исключительной ценностью земли как социоприродного экологического феномена. Земельные ресурсы используются для удовлетворения материальных, духовных, эстетических, познавательных, историко-культурных, оздоровительно-лечебных, рекреационных и иных потребностей. Земля выступает основой формирования природных и природно-антропогенных ландшафтов, базой развития национальной экономики. Земля, выступая основным средством производства в сельском и лесном хозяйстве, территориальной основой размещения всех продуктивных сил и местом жизнедеятельности человека, в то же время является самостоятельным природным объектом.

Учитывая вышеперечисленные характеристики земли, законодатель сформулировал уголовно-правовые нормы, охраняющие ее как объект природы, объект хозяйствования и объект права собственности. Именно это определяет наличие некоторых сложностей при установлении уголовной ответственности за земельные преступления. Термин «земельные преступления» начал использоваться в контексте преступлений, связанных с землей относительно недавно [4, с. 212]. Так, под земельными преступлениями необходимо понимать общественно опасные виновные



(умышленные) деяния (действия или бездействия), предусмотренные соответствующими статьями Особенной части УК Украины, совершаемые соответствующим субъектом и посягающие на общественные отношения в сфере охраны, рационального использования и воспроизведения земельных ресурсов. Данное определение земельных преступлений полностью охватывает все признаки преступления: общественную опасность, виновность, противоправность, наказуемость, субъект, а также такой специфический признак, как объект уголовно-правовой охраны, коим являются отношения в названной сфере.

Существующие уголовно-правовые нормы, предусматривающие ответственность за посягательства на земельные ресурсы, в целом обеспечивают их правовую защиту. Однако содержание и месторасположение данных норм, как кажется, является не совсем понятным и логичным для правоприменителя. Например, ст. 197-1 УК Украины, предусматривающая ответственность за самовольный захват чужого земельного участка и самовольное строительство на нем, расположена в разделе VI «Преступления против собственности», что является обоснованным. В контексте данной нормы земельный участок выступает объектом права земельной собственности и предметом соответствующего преступления. Это означает, что при противоправном самовольном захвате чужого земельного участка собственник или законный пользователь (арендатор) не может полноценно владеть, пользоваться и распоряжаться принадлежащим ему земельным участком, что нарушает его право собственности [5, с. 186–187].

Остальные нормы земельных преступлений расположены в разделе VIII «Преступления против окружающей природной среды». Не вызывает вопросов месторасположение лишь нормы, предусматривающие ответственность за загрязнение или порчу земель (ст. 239 УК Украины). Данный состав предусматривает уголовную ответственность за нарушение качественного природного состояния почвенного покрова земельного участка.

На землю как элемент окружающей природной среды с каждым годом, месяцем и днем усиливается негативное антропогенное воздействие. Именно эти обстоятельства обусловили потребность в установлении уголовной ответственности за общественно опасные посягательства на земельные ресурсы. Порча и загрязнение земель хотя и близкие по своему характеру, но всё-таки самостоятельные правонарушения. Объединяет эти два правонарушения то, что они влекут за собой наступление серьёзных отрицательных последствий в виде ухудшения качественного состояния земли. С учетом той роли, которую играет земля в жизнедеятельности человека, изменение качественного состояния обуславливает отрицательные последствия для самого человека, создавая угрозу для его жизни и здоровья. Исходя из конституционного положения о том, что человек, его жизнь и здоровье являются наивысшей социальной ценностью, то становится очевидной необходимость надлежащей охраны земли как основы жизнедеятельности человека. Последствия загрязнения и порчи земли могут быть самыми различными по своей тяжести и характеру. В некоторых случаях загрязненные земли могут сами превратиться в источник повышенной опасности для человека. Иногда изменения качественного состояния земли могут быть необратимыми, что увеличивает степень общественной опасности.

Загрязнение или порча земель нарушает экологические связи, существующие в единой экологической системе как

Украины, так и всего мирового сообщества. Результатом таких деяний являются общественно опасные последствия в виде нарушения качественных показателей и характеристик земель любой категории. Данные последствия с неизбежностью влекут негативные изменения во всех иных сопутствующих природных объектах, например недрах, подземных водах, которые превращаются в наземные водные объекты, в атмосферном воздухе в случае испарений вредных веществ, которыми загрязнена земля, растительный мир, который через почву впитывает загрязняющие вещества, животные, составляющие животный мир, которые, питаясь с загрязненной земли, сами становятся источником загрязнения. Все это в конечном итоге негативно влияет на человека: снижается рождаемость, увеличивается смертность, ухудшается состояние здоровья и т. д.

Самостоятельными земельными преступлениями в сфере экологии являются незаконное завладение почвенным покровом (поверхностным слоем) земель (ст. 239-1 УК Украины) и незаконное завладение землями водного фонда в особо крупных размерах (ст. 239-2 УК Украины). Данные преступления опосредованно относятся к экологическим преступлениям. Фактически единственным элементом, который относится к экологической системе в данных составах, является предмет преступления – почвенный покров земельных участков. При этом те общественно опасные деяния, которые описаны в диспозиции данных статей, характерны для преступлений против собственности. В. Дагель отмечал: «Завладевать означает захватить, взять хитростью или силой» [6, с. 561]. Слова «завладевать», «завладеть» означают: 1) брать в свое владение, присваивать; 2) овладевать, охватывать кого-, что-нибудь [7, с. 287]. Завладеть – означает «брать что-то или кого-то в свое распоряжение; захватывать» [8, с. 689]. Таким образом, можно сказать, что незаконное завладение почвенным покровом земельного участка предполагает его снятие и присвоение как материального предмета, а не объекта природы. Поэтому рассматриваемые преступления условно можно назвать экологическими. Целесообразным усматривается перемещение их в раздел VI «Преступления против собственности» УК Украины.

Особенным в преступлениях против окружающей природной среды является состав бесхозяйственного использования земель (ст. 254 УК Украины). Данное земельное преступление по сути посягает на сферу сельскохозяйственной деятельности. Об этом свидетельствует прежде всего характер общественно опасного деяния – бесхозяйственное использование земель, что повлекло длительное снижение или утрату плодородия, выведения земель из сельскохозяйственного оборота, смывание гумусного слоя, нарушение структуры почвы. Все эти действия и последствия в целом нарушают процесс сельскохозяйственной деятельности, так как в этом случае земля используется в качестве основного средства производства. Соответственно, логично месторасположение данного состава в разделе VII «Преступления в сфере хозяйственной деятельности».

Однако все рассмотренные составы, где бы они не располагались, объединяет предмет преступления – земля, а также почвенный покров. Необходимо обратить внимание на термины «земля», либо «земли», и «почвенный покров», которые определял еще Л.Б. Шейнин [9, с. 162]. По его мнению, термин «земля» означает твердую поверхность, как покрытую почвенным покровом, так и без него. Почва же, по его мнению, является особым природным и хозяйственным объектом, что должно отображаться в

праве. Также разграничивает термины «земля» и «почва» Н.С. Гавриш [10, с. 7]. Она высказывает мнение о том, что производственной силой земли служит ее поверхностный слой – почва – природное образование, состоящее из генетически связанных горизонтов, возникших вследствие преобразования поверхностных слоев литосферы под воздействием воды, воздуха и живых организмов.

Помимо предмета данных преступлений, объединяющим элементом является непосредственный объект преступления. Во всех рассматриваемых случаях таким объектом выступают общественные отношения в сфере правовой охраны, рационального использования, воспроизводства и защиты от природных и антропогенных воздействий. При этом каждый их представленных составов имеют свои особенности в объекте, зависящие от той функции, которую выполняет земля в конкретных условиях. Например, при самовольном занятии земель (ч. 1 ст. 197-1 УК Украины) земля выступает в первую очередь как элемент окружающей природной среды, а во вторую – как элемент отношений земельной собственности. При загрязнении или порче земель (ст. 239 УК Украины) земля рассматривается в качестве элемента окружающей природной среды, а также элемента отношений в сфере сельскохозяйственной деятельности. При незаконном завладении почвенным покровом (поверхностным слоем) (ст. 239-1 УК Украины), а также поверхностным (почвенным) слоем земель водного фонда (ст. 239-2 УК Украины) первично почвенный покров земли является самостоятельным элементом природы, а потом элементом отношений земельной собственности и сельскохозяйственных отношений. Наконец, при бесхозяйственном использовании земель (ст. 254 УК Украины) земля является элементом природы и элементом сельскохозяйственных отношений.

Ключевой является экологическая (природная) функция земли. Поэтому данную группу преступных посягательств необходимо размещать в разделе VIII «Преступления против окружающей природной среды». При этом целесообразным является объединение рассматриваемых составов в отдельный подраздел по видовому признаку. Точно так можно систематизировать и другие преступления против окружающей среды в зависимости от объектов природы, которые страдают от преступных посягательств.

**Выводы.** Уголовное законодательство Украины, устанавливающее ответственность за общественно опасные посягательства на наиболее важные общественные отношения, блага, ценности, сферы жизнедеятельности и прочее, требует постоянной оптимизации и усовершенствования. Это же касается и уголовного законодательства в сфере земельных правоотношений. Существующие проблемы правоприменительной практики в сфере земельных преступлений необходимо разрешать путем гармонизации существующих уголовно-правовых норм в указанной сфере, а также создания и внесения в действующий УК Украины соответствующей ответственности за наиболее распространенные деяния, посягающие на земельные правоотношения. Стоит отметить,

что расположение уголовно-правовых норм относительно уголовной ответственности за земельные преступления в разных разделах повышает коллизионность национального уголовного законодательства и усложняет правоприменительную деятельность. В связи с этим предлагается в рамках раздела VIII «Преступления против окружающей природной среды» выделить отдельно группы преступлений, предметом которых выступают различные природные объекты (например, земля, недра, атмосферный воздух, водные объекты, растительный и животный мир и т. д.). Такая систематизация, по нашему мнению, значительно облегчила бы применение указанных норм на практике.

#### Список используемой литературы:

1. Конституція України : станом на 20 липня 2015 р. / Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96-%E2%F0>.
2. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III : за станом на 20 липня 2015 р. / Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.nbuv.gov.ua/Portal/Soc\\_Gum/DiP/2010\\_47/4-2.pdf](http://www.nbuv.gov.ua/Portal/Soc_Gum/DiP/2010_47/4-2.pdf).
3. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV : за станом на 20 липня 2015 р. / Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
4. Шульга А.М. Теоретичне визначення поняття злочинів у сфері земельних правовідносин (земельних злочинів) та їх ознаки / А.М. Шульга // Актуальні сучасні проблеми кримінального права та кримінології у світлі реформування кримінальної юстиції : матеріали Всеукраїнської наук.-практ. конференції, присвяченої 20-річчю заснування кафедри кримінального права та кримінології ХНУВС 12 травня 2012 р. / МВС України ; ХНУВС ; Кримінологічна асоціація України. – Х. : Золота миля, 2012. – Т. 1. – С. 210–215.
5. Кримінальне право України. Особлива частина : [підручник] / [Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.] ; за ред. проф. В.Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – 5-те вид., переробл. і допов. – Х. : Право, 2015. – 680 с.
6. Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка : в 4 т. / В.И. Даль. – М. : Русский язык, 1982. – Т. 3. – 1982. – 555 с.
7. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2002. – 1440 с.
8. Новий тлумачний словник української мови : у 3 т. / уклад. В.В. Яременко, О.М. Сліпущко. – К. : Аконіт, 2001. – Т. 1. – 2001. – 928 с.
9. Шейнин Л.Б. Почвы как особый объект права государственной собственности (к вопросу о почвенно-мелиоративном законодательстве) / Л.Б. Шейнин // Правоведение. – 1965. – № 2. – С. 162.
10. Гавриш Н.С. Правова охорона ґрунтів : [монографія] / Н.С. Гавриш. – О. : ОНЮА, 2008. – 228 с.

## КРИМИНОЛОГИЯ

УДК 343.988(075)

### ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ СТАНУ ТА ДИНАМІКИ ЛАТЕНТНОЇ ВІКТИМІЗАЦІЇ НАСЕЛЕННЯ КРАЇН СВІТУ

**Інна ХРИСТИЧ,**

кандидат економічних наук, доцент  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,  
старший науковий співробітник  
сектора дослідження проблем злочинності та її причин  
Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності  
імені академіка В. В. Сташиса  
Національної академії правових наук України

#### SUMMARY

The concept of latent victimization population, its correlation is considered with the concept of victimology. The state of latent victimization of Ukrainian population and other states of the world on the modern stage and prospect of reduction to the volume of it is analyzed. Displace attention on the order of calculation of these indexes and insertion of it the real volume by means of different methods of calculation. Underline, which are different reasons and terms influence on the state of latent victimization population of country. Cited data the conducted questioning of citizens in 15 areas of Ukraine.

**Key words:** victimology, latent victimization, personality, victim of a crime, state, structure, dynamics of latent victimization.

#### АНОТАЦІЯ

Розглянуто поняття латентної віктимізації населення, її співвідношення з поняттям віктимності. Проаналізовано стан латентної віктимізації населення України й інших держав світу на сучасному етапі, а також перспективи зменшення її обсягу. Звернуто увагу на порядок обчислення цих показників і вставлення її реального обсягу за допомогою різних методів обчислення. Підкреслено, що на стан латентної віктимізації населення країни впливають різні причини й умови. Наводяться дані проведеного опитування громадян у 15 областях України.

**Ключові слова:** віктимність, латентна віктимізація, особистість, потерпілий від злочину, стан, структура, динаміка латентної віктимізації.

**Постановка проблеми.** У будь-якій країні світу велика увага приділяється питанню зменшення рівня злочинності. На жаль, в останні роки, незважаючи на значне щорічне зменшення чисельності населення в Україні, кількість зареєстрованих злочинів не зменшується. Так, у 2014 р. в Україні було обліковано 529 139 кримінальних правопорушень. За перше півріччя 2015 р. було обліковано 301 450 кримінальних правопорушень, порівняно з першим півріччям 2014 р. зменшення склало 1,4%. Зрозуміло, що при цьому кількість потерпілих від кримінальних правопорушень із року в рік не зменшується, хоча зараз офіційна статистична звітність про цих осіб не повідомляє.

Про реальний обсяг злочинності ми не маємо чіткого уявлення, тому не зовсім зрозуміло, якому обсягу явища необхідно протидіяти. Це пояснюється тим, що завжди існує певна кількість вчинених злочинів, які залишилися невідомими й не зареєстрованими з різних підстав. Існування цього феномена можна пояснити різними причинами. Одним із напрямів є зниження або зростання віктимізації населення країни.

**Актуальність теми.** Багатоаспектні проблеми латентної віктимології розглядалися в низці наукових праць вітчизняних вчених і представників ближнього й далекого зарубіжжя. Зокрема, це роботи Л.В. Багрій-Шахматова, М.І. Бажанова, Ю.В. Бауліна, О.І. Бойко, В.І. Борисова, В.П. Коновалова, М.І. Коржанського, О.В. Лисодеда, А.Л. Репецької, В.Я. Рибальської, Д.В. Рівмана, Д.А. Сорочотягіної, В.Я. Та-

ція, В.О. Тулякова, Л.В. Франка, В.С. Христенко, О.Ю. Юрченко, Р. Блек Борн, Дж. Мілль, Т. Мішель та інших учених. Проте, на жаль, у більшості публікацій проблемі латентної віктимізації населення тієї чи іншої країни не було приділено достатньої уваги.

**Метою статті** є аналіз стану й динаміки латентної віктимізації в Україні й інших державах світу. При цьому підкреслюється, що чинний порядок реєстрації й обліку кримінальних правопорушень не сприяє встановленню реальної кількості потерпілих від злочинів, що й зумовлює існування латентної віктимізації населення України. На жаль, багатьом державам світу це явище притаманне.

**Виклад основного матеріалу.** Як відомо, створення віктимології пов'язується з іменами Г. фон Гентінга (1888–1974 рр.) та Б. Мендельсона (1900–1998 рр.). Інакше кажучи, її появу необхідно відносити до періоду з 1941 по 1948 рр., коли вони надрукували свої основні положення, хоча відомості про жертву злочину ми знаходимо ще в стародавніх міфах древньої Греції, а також у біблейських сюжетах.

Під віктимністю розуміється підвищена здатність людини в силу соціальної ролі та статусу, духовних і фізичних властивостей за певних об'єктивних обставинах ставати потерпілим [1, с. 8]. Особа не може не бути віктимною. Кожному індивідууму, кожній соціальній групі притаманний той чи інший рівень віктимності. Поняття «віктимізація» підкреслює підвищення або пониження рівня віктимності



кожної особи або соціальної групи в суспільстві. Тому існує трактування віктимізації як результату процесу перетворення особи або соціальної групи на жертву злочину (злочинних посягань) як на масовому, так і на одиничному рівні; перетворення їх у потенційну жертву [2, с. 3; 3, с. 8; 4, с. 80]. У сучасній українській кримінологічній літературі під латентною віктимізацією розуміють процес підвищення ступеня уразливості жертв латентних злочинних посягань перед повторним заповіданням їм шкоди злочинцями, а також збільшення ризиків злочинних посягань проти невизначеного кола людей. За формою прояву латентна віктимізація являє собою явище нереагування жертв та інших проінформованих осіб на відомі факти вчинення злочинів [5, с. 86].

У кожній країні існує латентна віктимізація населення, коли потерпілий від злочину в офіційних документах не враховується з різних причин. Деякі вчені та практичні працівники вважали, що введення нового кримінального процесуального кодексу (20 листопада 2012 р.) істотно вплине на зменшення латентної віктимізації населення України, проте, на жаль, цього не відбулося. В Україні такі дослідження також проводяться дуже рідко та в неповному обсязі. Тому скористатися офіційними даними дуже складно. Вивчення рівня латентної віктимізації населення в Україні проводиться безсистемно за рахунок окремих громадян і громадянських організацій.

Упродовж 2013–2014 рр. науковим творчим колективом сектора дослідження проблем злочинності та її причин Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса під керівництвом доктора юридичних наук Б.М. Головкина було проведено широкомасштабне всеукраїнське віктимологічне опитування громадян, у якому взяли участь понад 4 тисячі респондентів (4 279 громадян у 15 областях України). Дослідження проводилося з метою визначення орієнтованого рівня й обсягів латентної віктимізації в Україні, з'ясування чинників, що її продукують, а також аналізу її негативних наслідків для суспільства. Хоча і так зрозуміло, що поки існує досить значна латентна віктимізація населення країни, фактично неможливо мати уявлення про показники злочинності, як наслідок, дуже важко розробляти заходи протидії злочинності.

Як відомо, стан явища в кримінології визначається такими поняттями, як рівень, коефіцієнти, структура і його характер. Окремим показником є динаміка, яка характеризує основні тенденції зміни явища в часі. У цілому віктимізація аналізується за такими показниками, як рівень (кількість жертв злочинів, індекс віктимності), структура (розподіл за групами й видами злочинів, контингентом жертв, територіальною ознакою), динаміка (зміна рівня та структури в часі) [6, с. 214].

Рівень віктимізації населення в Україні залишається досить високим. Щороку лише від зареєстрованих злочинів страждають понад 340 тисячі осіб, що в розрахунок на 10 тисяч населення становить 75 осіб. Як зазначає В.О. Туляков, рівень віктимізації в середньому в 2–2,5 рази перевищує рівень зареєстрованої злочинності в Україні [6, с. 246]. За даними міжнародного віктимологічного опитування населення в Україні UNICRI протягом 1992–1996 рр. 68,1% респондентів були жертвами різних злочинних посягань, а в 1996–1999 рр. – 58,2% [7, с. 433]. Згідно з результатами віктимологічного опитування (у якому взяв участь автор статті) 4 279 громадян у 15 областях України (2012 р.) жертвами злочинів стали 37% респондентів. Це означає, що в Україні щорічно жертвами злочинів стає близько 1 мільйона 700 тисяч громадян [8]. При цьому дослідження «проблеми страху перед

злочинністю» показало, що щорічно (з 2000 по 2005 рр.) рівень стурбованості за свою безпеку не знижується. У середньому в Україні кожен четвертий громадянин побоюється стати жертвою злочину [9, с. 79]. У 2013 р. серед опитаного населення України 49,3% опитаних побоювалися зростання злочинності [10, с. 502].

Якщо звернутися до оцінки рівня латентної віктимізації населення Росії, то ми зустринемося з різними точками зору. Так, деякі автори вважають, що 20–30% дорослого населення в Росії латентно віктимізовані [11, с. 187], деякі вважають, що за крадіжками не з житлового приміщення, хуліганством та економічними злочинами – 90%, а за зґвалтуванням та катуванням 80% притаманна латентна віктимізація [12]. Такі наведені дані (їх розходження під час оцінки стану цього явища в межах однієї країни (Росії) свідчать про необхідність систематичного дослідження латентної віктимізації населення.

Найбільш розповсюдженими соціологічними методами для пізнання й оцінки рівня латентної віктимізації населення країни є методи масового опитування й анкетування. Цей метод найбільш універсальний. Його застосування дає змогу виявити думку респондентів про стан латентної віктимізації не тільки в регіоні в цілому, а й стосовно окремих територій і видів злочинів; із застосуванням комп'ютерних технологій дати системний аналіз з урахуванням впливу різних соціально-економічних факторів. Важливими соціологічними методами є аналіз повідомлень засобів масової інформації та спостереження за діяльністю в господарській, суспільній, державних сферах.

Загально відомо, що перше опитування жертв злочинів із метою визначення рівня кримінальної віктимізації відбулося на Сицилії в 1943 р. Після цього проведено більше 200 опитувань у 70 країнах світу. Більшість із них проводяться систематично. Нині під егідою державних органів (міністерств юстиції, міністерств внутрішніх справ, науково-дослідних інститутів кримінології) здійснюються на досить великих вибірках національні віктимологічні опитування у Великобританії, США, Австралії, Німеччині, Канаді, Нідерландах, Швеції, Швейцарії, Аргентині [13; 14]. Наприклад, в Австралії в 2000 р. опитуванням було охоплено 42 200 респондентів із 20 900 домогосподарств країни, в Англії в 2004–2005 рр. – 45 120 респондентів [15], у Шотландії в 2000 р. – 4 271 респондент [16].

Виходячи з усереднених за регіонами даних, отриманих під час таких опитувань, найбільшій віктимізації зазнає населення міст Латинської Америки (45,7% постраждало протягом року від якого-небудь із 11 злочинів) та Африки (36,2%). У Західній Європі, Новому Світі та Азії щорічно частка жертв від злочинів становить у середньому близько 20%, у країнах із перехідною економікою – 27%, що майже наближається до середнього показника у вибірці (28,4%). Результати віктимологічного опитування свідчать що, у Західній Європі небезпечними країнами з огляду ризику стати потерпілим від злочину були Англія та Уельс (26,4%), Шотландія (23,2%), Нідерланди (25,2%), Швеція (24,7%), Італія (24,6%), Мальта (23,1%), у Новому Світі – Австралія (30,1%) та Нова Зеландія (29,4%). Серед міст Азії високим рівнем віктимізації відрізняються індійські міста Мумбай (31,8%) та Нью Делі (30,5%); Латинської Америки – Буенос-Айрес, Аргентина (61,1%) та Богота, Колумбія (54,6%); Африки – Кампала, Уганда (40,9%) та Мапуту, Мозамбик (40,6%). Серед країн із перехідною економікою – Улан-Батор, Монголія (41,8%), Таллінн, Естонія (41,2%), Братислава, Словаччина (36% постраждалих від злочинів). За даними ICVS, в Укра-



їні в 1999 р. від побутової злочинності потерпіло 29,1% населення [17, с. 35].

Дуже важливими є показники структури латентно потерпілих. Насамперед необхідно звернутися до соціально-демографічної її характеристики. Так, згідно з даними нашого опитування серед потерпілих чоловіки склали 49,6%, жінки – 50,4%, що притаманне Україні, серед населення якого жінки складають більшість кількості. При цьому й попереднє дослідження, яке проводилося за участю автора, характеризувалося такими ж статевими показниками. Хоча деякі вчені наводять й інші показники. Вважаємо, що в нашій країні цей показник обумовлено тим, що жінки є дуже активними в соціальному житті суспільства.

Серед потерпілих неповнолітні, згідно з результатами нашого дослідження, склали 9,2%; населення у віці до 30 років (молоді особи разом із неповнолітніми) – 67,1%. При цьому найбільшу питому вагу склали особи у віці від 19 до 24 років – 46,2%. Це пояснюється тим, що в цьому віці особи одночасно виконують декілька нових соціальних ролей (стають студентами, закінчують вищий навчальний заклад, починають працювати, деякі встигають змінити професію тощо), великою кількістю міжособистісних стосунків (створюють родину, народження дитини, розлучення тощо), що обов'язково призводить до збільшення матеріальних потреб. Усе це визначає, що особи цієї вікової групи частіше стають потерпілими від кримінальних правопорушень. У деяких випадках цьому сприяє й відсутність життєвого досвіду, що ускладнює в деяких випадках знаходження більш вірної поведінки, яка б виключала можливість стати жертвою.

Що стосується рівня освіти, то особи з вищою й неповною вищою освітою склали 76,1%. Це свідчить про те, що, на жаль, у нашій країні рівень профілактичної роботи проводиться не зовсім на належному рівні, а рівень освіти не є фактором, який дає змогу не стати потерпілим від злочину; тим паче, що особи без освіти та з початковою освітою склали, відповідно, 1,0%.

Відповідний і розподіл за родом занять: ті, які не працювали й не навчалися, серед потерпілих склали 6,4%; пенсіонери – 5,5%. Інші або працювали (48,6%), або навчалися (37,3%), або не вказали свого роду занять (2,2%). Щодо сфери праці (з тієї чисельності осіб, що працювали), то на державних підприємствах працювало 20,7% опитаних, у навчальних закладах – 5,7%, комерційною діяльністю займалося 33,1%, сільськогосподарським виробництвом – 2,7%, приватні підприємці – 22,9%, у сфері послуг – 11,1%; не вказали сферу праці 3,8% опитаних. Ці дані підкреслюють, що людина може бути потерпілою в різних сферах праці. Серед загальної кількості потерпілих було 10 працівників органів внутрішніх справ.

У структурі осіб, які є віктимно потерпілими від злочинів, можна розглянути також кримінально-правову характеристику. Найбільш розповсюдженими видами протиправних діянь були крадіжки – 54,7%; шахрайство – 9,2%; автотранспортні злочини – 8,5%; пропозиція або надання службовій особі неправомірної вигоди (хабара) – 7,2%. Це ще раз підкреслює, що на першому місці залишаються невідомими крадіжки. Насамперед це крадіжки кишенькові (26,9%), крадіжки з автомобілів, грошей або майна за місцем роботи (10,1%).

Динаміка завжди характеризує зміну явища в часі. Щоб отримати реальну картину такого складного явища, як віктимізація населення, необхідно проводити дослідження систематично в достатньо репрезентативному обсязі. На жаль, такі дослідження в нашій країні не проводяться. Досліджен-

ня, які проводить соціологічна служба Центра Разумкова раз у квартал, опитують 2 009 респондентів віком від 18 років у всіх регіонах України. У цьому році в опитування не входять територія Автономної Республіки Крим та окупованих територій Донецької та Луганської областей. Опитування відбувається за вибіркою, що репрезентує доросле населення України за основними соціально-демографічними показниками. Вибірка опитування будується як багатоступенева й випадкова з квотним відбором респондентів на останньому етапі. Теоретична похибка вибірки (без врахування дизайну-ефекту) не перевищує 2,3% з імовірністю 0,95. Їх цікавить питання, якому з органів влади найбільше не довіряє населення. За цими показниками можна дійти висновку, що думки населення не покращуються. Тому вважаємо, що з урахуванням ситуації в країні навряд чи можна передбачати зміну віктимізації населення в сторону зменшення.

Що стосується нашого дослідження, то більшість із потерпілих були раніше не знайомі із злочинцем (81,5%), що характеризує, як правило, випадковість вчинення проти них злочинів. В інших випадках потерпілі були знайомі зі злочинцем – 11,9%, колеги по роботі – 3,0%; конкуренти – 1,7%; подружжя (у тому числі колишні) – 0,5%; родичі – 0,9%, близькі особисті стосунки – 0,5%.

На питання «Чи в подальшому Ви відчуваєте особисто небезпеку стати жертвою злочину?» більшість відповіла ствердно – 43,7%, ні – 54,9%, важко сказати – 1,4%. Ці дані, на жаль, свідчать про те, що дійсно особа, яка вже була жертвою злочину, передбачає, що знову може стати нею. При цьому необхідно підкреслити, що 29,4% осіб, коли раніше ставали жертвами злочину, зверталися до правоохоронних органів, а інші 70,6% і раніше не зверталися до них. При цьому на питання «Чи готові Ви повідомляти до правоохоронних органів про достовірно відомі лише вам факти вчинених злочинів, жертвами яких стали не Ви, а інші особи?» ствердно відповіли 61,4%.

На питання «Як Ви вважаєте, що вплинуло на обрання злочинцем саме Вас у ролі жертви злочину?» 27,0% відповіли, що це був випадковий збіг обставин, 24,9% респондентів – неухважність у громадських місцях щодо збереження особистих речей. Щодо перебування в нетверезому стані, то таких осіб було 6,1%.

Більшість (87,2%) протягом року стала жертвою злочину лише один раз. Проте до цього 42% ставали раніше потерпілими від злочинів. Більшість були потерпілими через три й більше років – 23,1%; два роки – 19,4%; один рік – 17,4%.

Проведене дослідження дає змогу зробити висновок, що найбільш віктимізованою соціальною групою в Україні є особи молодого віку з достатньо високим рівнем освіти та, як правило, раніше не знайомі зі злочинцем. При цьому більше ніж третина серед потерпілих стають ними неодноразово. У цілому можна казати, що зараз усім соціальним групам притаманний підвищений рівень віктимізації.

Зрозуміло, що на рівень віктимізації населення, особливо на її латентну частину, впливають багато різних причин та умов, передусім ті, які обумовлюють рівень життя населення країни. Так, статистична обробка даних засвідчила, що нерівність прибутків у суспільстві обов'язково підвищує ризик віктимізації від будь-якого злочину. Вивчаючи жертв злочину, не можна обмежитися вивченням індивідуальної віктимної поведінки. Необхідно з метою реалізації політики держави в розробці та впровадженні заходів протидії злочинності мати й виявляти прогностичну інформацію про можливі напрями розвитку окремих соціальних процесів, до яких відноситься віктимізація населення країни.

Необхідно звертати увагу на те, що латентна віктимізація охоплює не тільки потерпілих осіб, а також їх близьких, які знаходилися із жертвою в різних стосунках (родинних, трудових, духовних, соціальних), це так звані «рикошетні» жертви. При цьому завжди існує велика кількість осіб, які є носіями потенційної віктимності внаслідок своїх особистих властивостей, віку, особливостей службової чи іншої діяльності. Велике значення має менталітет населення в тому чи іншому регіоні світу. У деяких випадках особи не розповідають нікому про те, що стали жертвою того чи іншого злочину, а тим паче не звертаються до правоохоронних органів, побоюючись осуду зі сторони близьких і родичів, а також відповідних дій із боку правоохоронних органів. Тому можна вважати, що суспільство й держава в повному обсязі не мають жодного уявлення про стан і наслідки віктимізації населення.

Пошук нових методів запобігання злочинності примушує звернути увагу на латентну віктимізацію. Зміни, які відбулися й відбуваються в соціальній структурі суспільства, вимагають оновлення наукових методик; підвищення ефективності заходів запобігання злочинності, насамперед урахування всього спектра латентної віктимізації населення.

Усі прийоми й методи виміру латентної віктимності з урахуванням їх специфіки та сфери можливого застосування можна звести до груп. Перша група – це соціологічні прийоми й засоби: спостереження, опитування, анкетування, експертні оцінки, обстеження віктимізації населення, контент-аналіз засобів масової інформації, аналіз документів. Друга група – це засоби, які застосовуються в оперативно-слідчій діяльності. Третя група – економіко-правовий аналіз господарської діяльності. Четверта група – порівняльний аналіз показників статистичної звітності, службових документів.

Найбільш розповсюдженими соціологічними методами для пізнання й оцінки рівня латентної віктимності є методи масового опитування й анкетування населення. Цей метод найбільш універсальний. Його застосування дає змогу виявити думку респондентів про стан латентної віктимності не тільки в регіоні в цілому, а й стосовно окремих територій і видів злочинів; із застосуванням комп'ютерних технологій дати системний аналіз з урахуванням впливу різних соціально-економічних факторів. Важливими соціологічними методами є аналіз повідомлень засобів масової інформації та спостереження за діяльністю в господарській, суспільній, державних сферах.

У зарубіжних країнах в останні роки широко застосовується порівняльний аналіз рівня віктимізації населення як один із найбільш об'єктивних і вірогідних методів отримання інформації про стан злочинності в цілому, а також про злочинність проти особи.

**Висновки.** Латентна віктимність залежить від особистісних характеристик, соціального статусу людини, ступеня конфліктогенності ситуації для особи. Тому дати реальну оцінку стану латентної віктимізації населення можна за допомогою анонімного опитування громадян. Вважаємо, що Державній службі статистики України необхідно щорічно проводити загальнодержавне вибіркове обстеження рівня латентної злочинності, у якому буде можливість з'ясувати також стан латентної віктимізації населення країни, як це проводиться в більшості країн світу систематично. Необхідно приділити особливу увагу встановленню рівня латентної віктимізації населення, тому що без цього не можна розробляти та впроваджувати сучасні програми протидії злочинності. Як підкреслюють фахівці, на сьогодні можна констатувати, що в складних умовах переходу до ринкової

економіки нашій державі так і не вдалося забезпечити формування дієвої правоохоронної системи та правосуддя. Тому необхідно розробити та впровадити в практичну діяльність сучасні методики обчислення латентної віктимізації населення.

### Список використаної літератури:

1. Франк Л.В. Віктимологія і віктимність. Об одном новом направлении в теории и практике борьбы с преступностью: [учебное пособие] / Л.В. Франк. – Душанбе, 1992. – 113 с.
2. Вишневецкий К.В. Место вишневцевской теории в криминологии / К.В. Вишневецкий [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [www.teoria-practika.ru](http://www.teoria-practika.ru).
3. Франк Л.В. Потерпевшие от преступления и проблемы советской виктимологии: [монография] / Л.В. Франк. – Душанбе, 1977. – 237 с.
4. Ривман Д.В. Криминальная виктимология: [учебник] / Д.В. Ривман. – СПб.: Питер, 2002. – 304 с.
5. Головкін Б.М. Поняття латентної віктимізації від злочинних посягань / Б.М. Головкін // Питання боротьби зі злочинністю: зб. наук. пр. / редкол.: В.І. Борисов та ін. – Х.: Право, 2015. – Вип. 29. – С. 78–88.
6. Туляков В.О. Віктимологія (соціальні та криминологічні проблеми): [монографія] / В.О. Туляков. – О.: Юридическа література, 2000. – 336 с.
7. Костенко Н.В. Повсякденний ризик: динаміка злочинності / Н.В. Костенко // Костенко Н.В. Українське суспільство: десять років незалежності (соціологічний моніторинг та коментар науковців) / Н.В. Костенко; за ред. В.М. Ворони, М.О. Шульги. – К.: Інститут соціології НАН України, 2001. – С. 430–445.
8. Головкін Б.М. Віктимізація населення в Україні: стан, детермінанти, запобігання / Б.М. Головкін // Теорія і практика правознавства. – 2014. – Вип. 2(6). – [Електронний ресурс] – Режим доступа: [nauka.jur-akademy.ua/download/el\\_zbirknik/1.2014npde](http://nauka.jur-akademy.ua/download/el_zbirknik/1.2014npde).
9. Кримінальна віктимологія: [навчальний посібник] / [Є.М. Моїсєєв, О.М. Джужа, В.В. Василевич та ін.]; за заг. ред. проф. О.М. Джужа. – К.: Атіка, 2006. – 352 с.
10. Українське суспільство 1992–2013 рр. Стан та динаміка змін. Соціологічний моніторинг / за ред. В.М. Ворони, М.О. Шульги. – К.: Ін-т соціології НАН України, 2013. – 566 с.
11. Ахмедшина Н.В. Криминологическая виктимология: современное состояние и перспективы развития: дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 / Н.В. Ахмедшина. – Томск, 2010 – 210 с.
12. Алауханов Е.С. Криминология: [учебник] / Е.С. Алауханов. – Алматы, 2008. – 429 с. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.allpravo.ru/library/doc4204p0/instrum685>.
13. Cross-National Studies in Crime and Justice / ed. by D.P. Farrington, P.A. Langan and M. Tonry. – Washington: NCJ, 2004.
14. Ройбанд К.-Х. От истерии вокруг преступности к нормальному состоянию? / К.-Х. Ройбанд // Социологические исследования. – 2001. – № 11.
15. Nicholas S. Crime in England and Wales 2004–2005 / S. Nicholas, D. Povey, A. Walker, C. Kershaw // Home Office Statistical Bulletin. – 2005. – July.
16. The 2000 Scottish Crime Survey: Overview Report / Scottish Executive Central Research Unit. – Edinburgh: Crown, 2002.
17. Бова А.А. Соціологічні опитування потерпілих від злочинів в Україні / А.А. Бова // Український соціум. – 2006. – № 1. – С. 33–41.

## УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС, КРИМИНАЛИСТИКА

УДК 343.132

### ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ МІЖНАРОДНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У КОНТЕКСТІ ІНТЕГРАЦІЇ УКРАЇНИ ДО ЄВРОПЕЙСЬКОГО СПІВТОВАРИСТВА

**Анастасія АНТОНЮК,**  
асистент кафедри кримінального процесу та криміналістики  
Національного університету державної податкової служби України

#### SUMMARY

In article questions of adaptation of norms of a national criminal procedural law to the right of the European Union are considered, in particular, the forms of the international cooperation of the states specified in international treaties and the national legislation of Ukraine are analyzed. The universal and departmental international contracts regulating an order of cooperation of the states during criminal proceedings are considered. Need of creation of special establishment which would provide process of adaptation of the national legislation to the legislation of the EU at the expert level is defined. On the basis of the analysis of opinions of scientists and standards of the legislation the directions solutions of the above question are proposed.

**Key words:** international cooperation, adaptation of the legislation of Ukraine, European Union, procedural actions, extradition.

#### АНОТАЦІЯ

У статті розглядаються питання щодо адаптації норм національного кримінального процесуального права до права Європейського Союзу, зокрема аналізуються форми міжнародної співпраці держав, зазначені в міжнародних договорах і національному законодавстві України. Розглядаються універсальні та відомчі міжнародні договори, які регламентують порядок співпраці держав під час кримінального провадження. Визначається необхідність створення спеціальної установи, яка забезпечила б процес адаптації національного законодавства до законодавства Європейського Союзу на експертному рівні. На основі аналізу думок науковців і норм законодавства запропоновано напрями вирішення вищевказаного питання.

**Ключові слова:** міжнародне співробітництво, адаптація законодавства України, Європейський Союз, процесуальні дії, екстрадиція.

**Постановка проблеми.** Перед більшістю країн світу у практичній діяльності щодо кримінального переслідування осіб, котрі скоїли правопорушення, постає питання про необхідність співпраці з іншими державами. Актуальність такої співпраці постійно зростає. Для її забезпечення держави зобов'язуються надавати одна одній, відповідно до міжнародних договорів, конвенцій, якнайширшу взаємну допомогу з усіх видів міжнародного співробітництва за умови, що вчинені дії та покарання за них на момент звернення підпадають під кримінальну юрисдикцію держави, що її потребує.

Прагнення України до повноправного входження до європейської й світової спільноти мають підкріплюватись, серед іншого, її цілеспрямованими заходами щодо вдосконалення міжнародного співробітництва, зокрема у сфері активної протидії злочинності щодо лінії органів внутрішніх справ, прокурорських, слідчих і судових органів [2].

**Актуальність теми.** Актуальні питання міжнародного співробітництва у сфері протидії злочинності розглядали такі вчені, як О.М. Бандурка, М.П. Водько, М.П. Погорецький, С.Ф. Денісов, О.О. Юхно В.В. Похил, П.П. Мінка, О.М. Синок, І.В. Лешукова та багато інших науковців.

Безпосередньо на практиці така співпраця виникає за ініціативи уповноважених (центральної) органів і реалі-

зується через запити (доручення, клопотання) про міжнародне співробітництво, які складаються органом, що здійснює кримінальне провадження, або уповноваженим ним органом. Щоб результати запитів мали доказову силу в кримінальному процесі України, запити мають відповідати вимогам Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) (ст. 548), а за наявності міжнародних договорів із Україною, що застосовуються в конкретному випадку, також і їхнім вимогам. Ст. 548 КПК України передбачає загальні вимоги до запиту, які деталізуються залежно від форми співробітництва під час кримінального провадження в інших статтях КПК України.

Характерною рисою сучасного світового розвитку країн є активізація інтеграційних процесів у світі загалом і Європі зокрема. При цьому навіть ті країни, які не входять до складу інтеграційних об'єднань, неминуче відчувають на собі їхній відчутний вплив. Після останнього розширення Європейського Союзу (далі – ЄС, Євросоюз) Україна стала безпосереднім сусідом Євросоюзу, що відкриває нові можливості для поглиблення співпраці між Україною та ЄС.

Визначною подією у громадянському та політичному житті українського суспільства став вступ України до ЄС. 27.06.2014 р. було підписано економічну угоду про приєднання до зазначеної міжнародної організації. Із цього часу



почалася інтенсивна адаптація законодавства України до законодавства Євросоюзу, що, на думку І.В. Лешукової, забезпечує розвиток політичної, підприємницької, соціальної, культурної активності громадян України, економічний розвиток держави, а також сприяє зростанню добробуту громадян [6].

**Метою статті** є аналіз процесу адаптації вітчизняного законодавства щодо міжнародного співробітництва під час кримінального провадження до стандартів ЄС і формулювання пропозицій щодо необхідності внесення змін до нормативно-правових актів України.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Україна має чималий досвід стосовно співробітництва з іноземними державами у кримінально-правовій сфері. На сьогодні вона є стороною шести Європейських конвенцій з питань кримінального судочинства: про видачу правопорушників (від 13.12.1957 р.) і двох додаткових протоколів до неї; про взаємну допомогу у кримінальних справах (від 21.04.1959 р.) і додаткового протоколу до неї; про нагляд за умовно засудженими або за умовно звільненими особами (від 13.11.1964 р.); про передавання провадження у кримінальних справах (від 15.05.1972 р.); про передавання засуджених осіб (від 21.03.1983 р.); про відмивання, пошук, арешт і конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом (від 08.11.1990 р.). Подібні, але вже двосторонні договори укладені Україною із Китайською Народною Республікою (1992 р.), Литовською Республікою (1993 р.), Республікою Польща (1993 р.), Республікою Молдова (1993 р.), Естонською Республікою (1995 р.), Грузією (1995 р.), Латвійською Республікою (1995 р.) тощо. Чинними є також Угода про співробітництво міністерств внутрішніх справ України та Угорщини від 12.12.1992 р., Договір про співробітництво між міністерствами внутрішніх справ України та Литовської Республіки від 30.05.1992 р., Угода про співробітництво між міністерствами внутрішніх справ України та Латвійської Республіки щодо боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів і психотропних речовин від 21.10.1992 р. Правовідносини в цій сфері між державами-учасниками Співдружності Незалежних Держав врегульовані Мінською конвенцією про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах (1993 р.). Особливе місце в міжнародному співробітництві в кримінально-правовій сфері належить Національному центральному бюро Інтерполу в Україні, створеному Постановою Кабінету Міністрів України від 25.03.1993 р.

У випадку ж із ЄС не йдеться про двостороннє зближення правових систем, оскільки можна говорити лише про одностороннє наближення [1] української правової системи до європейських правових стандартів, але відсутність міжнародного договору не є перешкодою для отримання й надання міжнародної правової допомоги. Згідно із законодавством України, міжнародна правова допомога чи інше співробітництво може бути надано на підставі запиту іншої держави чи запитано на засадах взаємності.

Початком такого безпосереднього діалогу України та ЄС стала Угода про партнерство та співробітництво між Україною та Європейськими співтовариствами та їхніми державами-членами від 14.06.1994 р., зважаючи на те що існує необхідний зв'язок між повним упровадженням партнерства, з одного боку, та продовженням і завершенням Україною політичних, економічних і правових реформ, з іншого боку, а також уведенням факторів, необхідних для співробітництва, особливо у світлі висновків Боннської конференції НБСЕ цей діалог переріс у програму

конкретних дій України та Європейського Союзу у кримінально-правовій сфері із набуттям чинності для України Угоди з 01.03.1998 р. та схваленням Європейською Радою 11.12.1999 р. Спільної стратегії ЄС щодо України стосовно спільної зацікавленості в питаннях співробітництва в галузі боротьби з нелегальною імміграцією та торгівлею людьми.

Саме після цього Україною були зроблені важливі кроки в напрямі наближення вітчизняного законодавства до вимог права ЄС, пов'язані з низкою нормативно-правових актів. Спочатку Указом Президента України від 14.09.2000 р. була схвалена Програма інтеграції України до Європейського Союзу, яка підкреслила необхідність максимально-го використання наявних зовнішніх можливостей для наближення України до членства в ЄС і, зокрема, у проекті так званого «третього стовпа», який становить співробітництво судових і правоохоронних органів [7].

Відповідно до ст. 6 Мінської конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах (1993 р.), обсяг правової допомоги становлять десять таких форм: складання та передавання документів; проведення обшуків, виїмки; проведення огляду; пересилання й видавання речових доказів; проведення експертизи; допит сторін, третіх осіб, підозрюваних, потерпілих, обвинувачених, свідків, експертів; порушення кримінального переслідування; розшук і видавання осіб, які вчинили злочини; визнання й виконання судових рішень у цивільних справах, вироків у частині цивільного позову, виконавчих приписів, а також вручення документів. Ст. 542 КПК України встановлені сім форм міжнародного співробітництва під час кримінального провадження, а саме: вручення документів; виконання окремих процесуальних дій; видавання осіб, які вчинили кримінальне правопорушення; тимчасове передавання осіб; перейняття кримінального переслідування; передавання засуджених осіб і виконання вироків. Звертає на себе увагу недостатня термінологічна узгодженість цих двох документів, що певною мірою ускладнює здійснення заходів щодо надання міжнародної правової допомоги. Так, під поняттям «вручення документів» у національному законодавстві розуміють документи й рішення, долучені до запиту компетентного органу іноземної держави про міжнародну правову допомогу, які підлягають передаванню визначеній у запиті особі. Згідно з ч. 3 ст. 3 Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах (1959 р.), запитувана сторона має докласти всіх зусиль для виконання прохання (доручення). КПК України встановлено правила складання відповідного запиту виключно в письмовій формі. При цьому запит має відповідати вимогам міжнародного права 179 міжнародних договорів із відповідною запитуваною стороною. Належне оформлення запиту, його обґрунтованість, якість сприяють ефективності його виконання. Для забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження під час їх допиту до запиту має бути залучено належним чином засвідчений витяг відповідних статей КПК України, що містить роз'яснення особі її прав та обов'язків. Окрім витягів, треба додавати чіткий і конкретний перелік питань, які потрібно поставити особі, або відомостей, що необхідно отримати від особи. Коли запит містить прохання про отримання оригіналів документів, про це в ньому необхідно прямо зазначати, адже на підставі ч. 3 ст. 3 Європейської конвенції (1959 р.) запитувана сторона може передавати засвідчені копії або засвідчені фотокопії запитуваних матеріалів судової справи або документів,



якщо запитуюча сторона чітко не зазначає про передавання оригіналів. У запиті необхідно надати гарантії повернення таких оригіналів після того, як відпаде потреба в них, а в разі отримання оригіналів – обов'язково забезпечити їхнє повернення після закінчення кримінального провадження. Запит про правову допомогу, згідно з ч. 3 ст. 7 Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах (1993 р.), має підписувати особа, яка його склала. Згідно зі ст. 561 КПК України, на території України з метою виконання запиту про надання міжнародної правової допомоги можуть бути проведені будь-які процесуальні дії, передбачені КПК України та міжнародним договором: допит учасників кримінального процесу, виїмка та обшук, проведення визнання особи для пред'явлення предметів, вилучення речових доказів, відібрання зразків для експертного дослідження тощо. Якщо ж для виконання запиту компетентного органу іноземної держави необхідно провести процесуальну дію, виконання якої в Україні можливе лише з дозволу прокурора або суду, така дія здійснюється лише за умови отримання відповідного дозволу в порядку, передбаченому ч. 1 ст. 562 КПК України. Крім цього, відповідно до ч. 4 ст. 552 КПК України, до запиту про проведення обшуку, огляду місця події, вилучення, арешту чи конфіскації майна або інших процесуальних дій, дозвіл на проведення яких надається судом згідно із кримінально-процесуальним законодавством, додається інформація про докази, що обґрунтовують потребу у відповідних заходах. Дотримання зазначених вимог обов'язкове. Здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов не відбувається. Водночас це потягне за собою визнання недопустимими всіх доказів, отриманих у порядку міжнародної правової допомоги під час проведення процесуальних дій, для вчинення яких в Україні необхідний спеціальний дозвіл чи санкція, навіть якщо в запитуваній країні такий дозвіл не вимагається або його отримано згідно з чинним законодавством запитуваної країни. Процесуальні дії, здійснення яких можливе лише за відповідним рішенням слідчого судді або суду за КПК України: тимчасовий доступ до речей і документів (ст. 159); арешт майна (ст. 170); проникнення до житла чи іншого володіння особи (ст. 233); обшук (ст. 234); слідчий експеримент, що проводиться в помешканні чи іншому володінні особи (ч. 5 ст. 240); примусове залучення особи для проведення медичної або психіатричної експертизи (ч. 3 ст. 242); відбирання біологічних зразків примусово для проведення експертизи (ч. 3 ст. 245); втручання у приватне спілкування (ст. 258), у тому числі аудіо-, відеоконтроль особи (ст. 260); арешт, огляд і виїмка кореспонденції (ст. 261, 262); зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж (ст. 263); зняття інформації з електронних інформаційних систем (ст. 264); обстеження шляхом таємного проникнення до публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи (ст. 267); установлення місцезнаходження радіоелектронного засобу (ст. 268); спостереження за особою, річчю або місцем (ст. 269); аудіо-, відеоконтроль місця (ст. 270); негласне отримання зразків, необхідних для порівняльного дослідження (ст. 274). Процесуальні дії, проведення яких потребує санкції прокурора: огляд трупа, пов'язаний з ексгумацією (ст. 239), обстеження особи (ст. 241), контроль за вчиненням злочину (ст. 271). У всіх зазначених випадках до запиту потрібно долучати процесуальне рішення слідчого судді, суду або прокурора. Наступною формою правової допомоги у КПК України

визначено видавання осіб, які вчинили кримінальне правопорушення. Відповідно до ст. 28 Європейської конвенції про видачу правопорушників (1957 р.), ця Конвенція щодо тих країн, до яких вона застосовується, замінює положення будь-яких двосторонніх договорів, конвенцій або угод, які регулюють видавання правопорушників між будь-якими двома Договірними Сторонами. Видавання особи (екстрадиція) – видавання особи державі, компетентними органами якої ця особа розшукується для притягнення до кримінальної відповідальності або виконання вироку.

Велике значення в міжнародному співробітництві належить процесу видавання осіб, які вчинили кримінальне правопорушення (екстрадиція). У ст. 541 видавання особи (екстрадиція) визначається як процес видавання особи державі, компетентними органами якої ця особа розшукується для притягнення до кримінальної відповідальності або виконання вироку. Екстрадиція включає таке: офіційне звернення про встановлення місця перебування на території запитуваної держави особи, яку необхідно видати, та видавання такої особи; перевірку обставин, що можуть перешкодити видаванню; прийняття рішення за запитом; фактичне передавання такої особи під юрисдикцію запитуючої держави. Інститут видавання особи (екстрадиції) спрямований на забезпечення принципу невідворотності покарання винних у вчиненні суспільно небезпечних діянь і відіграє важливу роль у зміцненні та розвитку міжнародного співробітництва держав у сфері кримінального судочинства [4].

Запит про видавання особи (екстрадицію) направляється за умови, що за законом України хоча б за один зі злочинів, у зв'язку з якими запитується видавання, передбачено покарання у вигляді позбавлення волі на максимальний строк не менше ніж один рік або особу засуджено до покарання у вигляді позбавлення волі й не відбутий строк становить не менше ніж чотири місяці.

У ст. 1 Конвенції закріплено зобов'язання сторін видати одна одній, з урахуванням положень та умов, викладених у Конвенції, усіх осіб, яких переслідують компетентні органи запитуючої Сторони за вчинення правопорушення або які розшукуються зазначеними органами з метою виконання вироку або постанови про утримання під вартою. Відповідно до ч. 1 ст. 2 Конвенції, видавання правопорушників здійснюється у зв'язку із правопорушеннями, які караються за законами запитуючої Сторони та запитуючої Сторони позбавленням волі на мінімальний строк не менше ніж один рік. Якщо особу визнано винною на території запитуючої Сторони, термін призначеного покарання має становити не менше ніж чотири місяці. У ст. 565 КПК України зазначено, що під тимчасовим передаванням особи необхідно розуміти передавання особи, яка утримується під вартою або відбуває покарання у вигляді позбавлення волі на території іноземної держави й не притягується до кримінальної відповідальності в цьому кримінальному провадженні, з метою давання показань або участі в інших процесуальних діях під час кримінального провадження. Прохання про тимчасове передавання має бути належним чином оформлено й містити гарантії, що особа утримуватиметься під вартою на території запитуючої сторони упродовж усього періоду тимчасового передавання й буде своєчасно, до закінчення взаємно узгодженого строку, повернена на територію запитуваної сторони. Відповідно до ст. 11 Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах (1959 р.), у тимчасовому передаванні може бути відмовлено в таких випадках: якщо особа, яку

тримають під вартою, не погоджується на передавання; її присутність необхідна в ході кримінального провадження, що здійснюється на території запитуваної сторони; передавання може призвести до продовження строку утримання під вартою; існують й інші першочергові підстави для того, щоб не передавати її на територію запитуючої сторони [8].

Міжнародне співробітництво під час кримінального провадження – це комплексний правовий інститут, яким охоплено норми кримінального, кримінального процесуального, міжнародного права. Співпраця в міжнародно-правовій галузі на сьогодні здійснюється в різних формах. Виходячи зі змісту ст. 542 КПК України, обсяг такої співпраці передбачає такі форми: 1) вручення документів; 2) виконання окремих процесуальних дій; 3) видавання осіб, які вчинили кримінальне правопорушення; 4) тимчасове передавання осіб; 5) перейняття кримінального переслідування; 6) передавання засуджених осіб; 7) виконання вироків.

На сучасному етапі розвитку суспільства в умовах інтернаціоналізації всіх сфер суспільного життя і, як наслідок, інтернаціоналізації злочинності поширення її типових закономірностей, тенденцій і форм на інші країни й регіони, міжнародна правова допомога у кримінальних справах, її належна правова регламентація в національному законі як одна з найважливіших умов ефективного міжнародного співробітництва у сфері боротьби зі злочинністю набуває значення гарантії здійснення правосуддя, оскільки забезпечує можливість одержання доказів у кримінальній справі, виконання прийнятих процесуальних рішень, відшкодування заподіяного злочином збитку, притягнення до кримінальної відповідальності винуватих у вчиненні злочину осіб, вирішення інших завдань кримінального судочинства. Усе частіше в ході розслідування різноманітних злочинів і судового розгляду кримінальних справ національні компетентні органи однієї країни запитують допомогу в іншій щодо надання документальних і речових доказів, забезпечення показань експертів і свідків, а також здійснення екстрадиції обвинувачених або засуджених осіб.

Міжнародне співробітництво під час кримінального провадження полягає в ужитті необхідних заходів з метою надання міжнародної правової допомоги шляхом вручення документів, виконання окремих процесуальних дій, видавання осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, тимчасового передавання осіб, перейняття кримінального переслідування, передавання засуджених осіб та виконання вироків. Міжнародним договором України можуть бути передбачені інші, ніж у цьому Кодексі, форми співробітництва під час кримінального провадження.

Необхідність у міжнародній правовій допомозі виникає у випадках, коли обвинувачений чи підозрюваний у кримінальній справі, порушеній на території однієї держави, переховується на території іншої держави або коли свідки, потерпілі або інші учасники кримінального процесу, документи у кримінальній справі, що розслідується або розглядається в суді на території однієї держави, знаходяться на території іншої держави, а також в інших випадках. У зв'язку з цим і з метою виконання завдань кримінального процесу, судові установи держав-учасниць звертаються за допомогою про розшук обвинуваченого або підозрюваного, його затримання або взяття під варту, а потім про його видавання з метою залучення до кримінальної відповідальності, а також про виконання слідчих чи інших процесуальних дій (вручення судових документів, проведення допиту тощо), без яких неможливі успішне розслідування,

здійснення правосуддя у кримінальній справі й виконання рішень суду.

Ми не можемо не погодитися з думкою О.М. Синюка, адже дослідження проблем адаптації норм національного кримінального процесуального права до права ЄС зумовлено науковими та практичними завданнями щодо реформування кримінального процесуального законодавства й правозастосовної діяльності з характерною для України орієнтацією на європейські та міжнародні стандарти ведення кримінального судочинства й загальнолюдські правові цінності.

Під час постановки та дослідження будь-якої проблеми, у тому числі й проблеми адаптації норм національного кримінального процесуального права до права ЄС, потрібно враховувати такі положення. По-перше, взаємозв'язок понять «проблема» та «проблемна ситуація». Постановку проблеми визначає проблемна ситуація, сутність якої становить суперечність між визначеною метою й засобами її досягнення. По-друге, необхідно визначити проблемну сферу існування проблемної ситуації. Вона може існувати в будь-якому виді людської діяльності, як у теорії, так і на практиці. По-третє, оскільки проблемні ситуації є неоднорідними в інформаційно-пізнавальному аспекті, то для їхнього вирішення в одних випадках достатньо постановки та формулювання проблеми, в інших – завдань, але в найбільш поширених випадках і проблем, і завдань.

Проблемні ситуації теоретичного характеру зумовлюються тим, що існують суперечності між метою й засобами дослідження процесу адаптації норм національного кримінального процесуального права до права ЄС. Метою є формування сучасної теоретичної концепції адаптації норм національного кримінального процесуального права до права ЄС, а засобами досягнення вказаної мети є наявні теоретичні знання (поняття, визначення, концепції, класифікації, методологічна база тощо) щодо процесу адаптації норм національного кримінального процесуального права до права ЄС. Суперечності, що виникають між цими елементами (метою й засобами), спричиняють появу в пізнавальній діяльності проблемних ситуацій теоретичного характеру, які в найбільш узагальненому вигляді можуть бути представлені у формах недосконалості, недостатності наявного знання для досягнення вказаної мети. Зазначимо, що мова йде не про всю сукупність відповідних знань, а лише про її фрагменти.

Завершуючи загальний огляд проблемних ситуацій адаптації норм національного кримінального процесуального права до права ЄС, варто відзначити актуальність і необхідність подальшої теоретичної розробки цієї проблеми. Для усунення проблемних ситуацій практичного характеру вважаємо за необхідне враховувати так: а) відомий наявний стан проблемної ситуації у сфері реалізації європейських стандартів провадження у кримінальному провадженні, інформація, що надана в наукових дослідженнях, узагальненнях матеріалів судової та прокурорсько-слідчої практики; б) чітке уявлення про бажаний результат (мету), яким є режим реалізації європейських стандартів провадження у кримінальному провадженні, відповідність національного галузевого законодавства європейським стандартам здійснення правосуддя й захисту прав людини в кримінальному судочинстві (на сьогодні прийнято Закон України «Про ратифікацію угоди про партнерство та співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами» від 10.11.1994 р., Закон України «Про Концепції Загальнодержавної програми

адаптації законодавства України до законодавства ЄС» від 21.11.2002 р. Для реалізації Концепції адаптації України до законодавства ЄС, затвердженої Постановою Кабінету Міністрів України від 16.08.1999 р. № 1496, за ініціативою Міністерства юстиції прийнято Постанову Кабінету Міністрів України «Про внесення зміни до постанови Кабінету Міністрів України від 28.12.1992 р. № 731» від 16.05.2002 р. № 629); в) процедури переходу від наявного (проблемного) стану до бажаного, що є в розпорядженні законодавця. Остання обставина передбачає наявність теоретичного забезпечення законотворчої діяльності. Таким фундаментом має бути сучасна теоретична модель адаптації норм національного кримінального процесуального права до права ЄС, створення якої потребує як перегляду наявного знання відповідно до сучасних позицій у юридичній науці, так і отримання нового знання.

З огляду на досвід країн Центральної та Східної Європи необхідним є створення в Україні спеціальної державної установи, покликаної здійснювати всебічне (насамперед науково-аналітичне) забезпечення процесу адаптації на експертному рівні, зокрема Центру перекладів актів європейського права при Міністерстві юстиції України [9]. Ми погоджуємося з думкою О.М. Синюка про доцільність створення Центру перекладів актів європейського права, адже це крок уперед до міжнародної співпраці.

Із цього приводу зазначимо, що в Україні раніше був створений такий центр, але Постанова від 26.07.1999 р. втратила чинність у 2003 р. На нашу думку, такий Центр повинен бути незалежним від державних органів і виконувати функції не лише перекладу актів європейського права, а й вивчати законодавство інших країн, на основі чого вносити пропозиції щодо вдосконалення українського законодавства.

**Висновки.** Сучасний рівень злочинності, її професійний та організований характер, а також набуття нею транскордонних і транснаціональних форм зумовлюють необхідність консолідації зусиль правоохоронних органів різних держав у здійсненні спільних заходів, спрямованих на протистояння цьому антисуспільному явищу. З огляду на досвід зарубіжних країн постає питання про створення в Україні спеціальної установи, покликаної здійснювати всебічне забезпечення процесу адаптації на експертному рівні, зокрема Центру перекладів актів європейського права.

Це все свідчить про те, що міжнародна співпраця посідає не останнє місце в становленні України як незалежної, суверенної й демократичної держави. Під час такої співпраці відбувається інтернаціоналізація всіх сфер суспільного життя.

#### Список використаної літератури:

1. Гнатівський М. Роль регіональних міжнародних організацій у правовій інтеграції держав Європи: теорія і практика / М. Гнатівський, Д. Кулеба // Український часопис міжнародного права. – 2004. – № 1. – С. 36–45.

2. Теория оперативно-розыскной деятельности : [учеб.] / под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Синилова. – М. : ИНФРА-М, 2007. – 832 с.

3. Міжнародний розшук: теорія та практика : [моногр.] / [Г.О. Душейко, В.А. Некрасов, В.Я. Мацюк, Д.О. Компанієць]. – К. : КНТ, 2006. – 168 с.

4. Илларионов В.П. Правовые и организационно-методические аспекты международного розыска преступников : [учеб. пособ.] / В.П. Илларионов, И.В. Путова. – М. : Книж. мир, 1999. – 94 с.

5. Похил В.В. Міжнародне співробітництво у сфері боротьби зі злочинністю: напрями та форми / В.В. Похил // Державне управління та місцеве самоврядування: історія та сучасність : зб. тез Наук.-практ. конф. за підсумками стажування слухачів (м. Харків, 26 верес. 2013 р.). – Х., 2013. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/conf/2013-4/doc/2/12.pdf>.

6. Лешукова І.В. Процесуальні особливості міжнародного співробітництва органів внутрішніх справ України при розслідуванні злочинів : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / І.В. Лешукова. – Х., 2004. – 217 с.

7. Мінка П.Я. Адаптація вітчизняного кримінального та кримінально-процесуального законодавства до стандартів Європейського Союзу: окремі питання / П.Я. Мінка [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/4089/%CC>.

8. Мінка П.П. Характеристика форм міжнародного співробітництва у боротьбі зі злочинністю в контексті проблеми адаптації вітчизняного законодавства до законодавства Європейського Союзу / П.П. Мінка, А.В. Хрідочкін // Право і суспільство. – 2013. – № 3. – С. 177–182.

9. Синюк О.М. Адаптація норм національного кримінально-процесуального законодавства до права Європейського Союзу: постановка та дослідження проблеми в Україні / О.М. Синюк // Вісник Академії адвокатури України. – 2010. – № 2 (18). – С. 170–174.

10. Січкач В.О. Використання досвіду поліції зарубіжних країн в діяльності міліції України по забезпеченню прав та свобод людини (організаційно-правовий аспект) : [моногр.] / В.О. Січкач. – Донецьк : Ноулідж (донецьке відділення), 2009. – 174 с.

11. Юхно О.О. Окремі аспекти співробітництва органів внутрішніх справ України з правоохоронними органами зарубіжних країн щодо запобігання, припинення й розкриття злочинів / О.О. Юхно // Південноукраїнський правничий часопис Одеськ. держ. ун-ту внутр. справ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://esteticamente.ru/portal/Soc\\_Gum/Pupch/2010\\_3/10P.pdf](http://esteticamente.ru/portal/Soc_Gum/Pupch/2010_3/10P.pdf).

12. Європейська конвенція про взаємну допомогу у кримінальних справах від 20 квітня 1959 року // Офіційний вісник України. – 2004. – № 26. – Ст. 1735.

13. Європейська конвенція про видачу правопорушників (ETS 024) від 13 грудня 1957 року // Офіц. сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : / [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995\\_033](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_033).



УДК 343.15

## СКАСУВАННЯ СУДОВОГО РІШЕННЯ Й УХВАЛЕННЯ НОВОГО РІШЕННЯ СУДОМ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Назар БОБЕЧКО,

кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри кримінального процесу і криміналістики  
Львівського національного університету імені Івана Франка

### SUMMARY

One of the criminal procedure remedies of judicial errors correction – the cancellation of the judgment and making a new decision by the court of appeal is considered. The norms of the Criminal Procedure Code of Ukraine, the sights of researchers had been analyzed. The author directs the vision of the questions that enter into an object of research, makes offers on improvement the criminal procedure law of Ukraine.

**Key words:** appeal proceeding, cancellation of the judgment, results of appeal trial, cancellation of the judgment, cancellation of the judgment and making new decision by court of appeal.

### АНОТАЦІЯ

У статті розглянуто один із кримінальних процесуальних засобів усунення порушень закону – скасування судового рішення й ухвалення нового рішення судом апеляційної інстанції. Аналізуючи відповідні норми Кримінального процесуального кодексу України, погляди дослідників, автор подає власне бачення питань, що входять до предмета дослідження, висловлює пропозиції щодо вдосконалення кримінального процесуального закону України.

**Ключові слова:** апеляційне провадження, наслідки апеляційного розгляду, скасування судового рішення, скасування судового рішення й ухвалення нового рішення судом апеляційної інстанції.

**Постановка проблеми.** Яким би методом не користувався суд вищого рівня, здійснюючи перевірку оскарженого вироку чи ухвали, він не буде дієвим, якщо вища судова інстанція не матиме повноважень викласти результати такої перевірки у відповідному рішенні. Як слушно вказувала Е.Ф. Куцова, це рішення має відповідати характеру виявлених порушень і можливості їх найшвидшого усунення [1, с. 158]. До цього додамо, що в такому рішенні мусить міститись відповідь на питання про правосудність оскарженого вироку чи ухвали та визначатися наступне спрямування кримінального провадження.

Одним із рішень, які уповноважена ухвалити апеляційна інстанція за наслідками апеляційного розгляду, є скасування вироку чи ухвали повністю або частково й постановлення нового вироку чи ухвали (п. п. 3, 4 ч. 1 ст. 407 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України)).

**Актуальність теми.** Скасуванню судового рішення й ухваленню нового рішення судом апеляційної інстанції у кримінальному провадженні присвячені праці таких вітчизняних і зарубіжних дослідників, як С.І. Беззубов, В.Ю. Брянський, В.Л. Головков, О.А. Дінер, Д.О. Захаров, О.С. Кашка, М.М. Ковтун, Н.В. Лантух, В.Т. Маляренко, О.М. Палієва, Н.В. Сідорова, Ю.О. Фідря, О.С. Червоткін, М.І. Шелепанов, О.С. Шмельова, M. Klejnowska, W. Kociubinski, J. Rudka, D. Świecki та ін.

Однак усе ще не до кінця розкрита правова природа цього повноваження апеляційної інстанції, залишаються спірними деякі напрями законодавчої регламентації такого рішення, зокрема обвинувальний ухил апеляційного суду, потребують удосконалення й підстави для його ухвалення.

**Метою статті** є дослідження скасування вироку чи ухвали суду першої інстанції й ухвалення нового вироку або ухвали судом апеляційної інстанції як засобу усунення порушень закону.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Скасування вироку повністю або частково й ухвалення нового вироку (п. 3 ч. 1 ст. 407 КПК України) є виключно прерогативою суду апеляційної інстанції та закріплюється серед інших кримінальних процесуальних засобів усунення виявлених порушень незалежно від моделі апеляційного провадження (повної чи неповної). Таке рішення належить до реформаційних і надає апеляційній інстанції можливість самостійно виправити виявлене порушення шляхом анулювання вироку суду першої інстанції й заміни його своїм вироком за умови подання із відповідних мотивів апеляційної скарги прокурором, потерпілим або його представником.

Аналізоване рішення може стосуватися як виправдувального вироку загалом, так і окремих частин обвинувального вироку суду першої інстанції. Водночас в обох випадках оскаржений вирок замінюється новим вироком.

Підстави для скасування вироку суду першої інстанції й ухвалення нового вироку визначені в ч. 1 ст. 420 КПК України. Перейдімо до їхнього аналізу.

**Необхідність застосування закону про більш тяжке кримінальне правопорушення чи збільшення обсягу обвинувачення (п. 1 ч. 1 ст. 420 КПК України).** У контексті цього положення більш тяжким кримінальним правопорушенням розуміється закон України про кримінальну відповідальність, санкція якого передбачає суворіше покарання. Фактично йдеться про помилку у кримінально-правовій кваліфікації кримінального правопорушення у виді невизнання наявності складу кримінального правопорушення в діянні, де він має місце, або обрання статті (частини, пункту статті) Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК України), яка передбачає кримінальну відповідальність за менш тяжке кримінальне правопорушення, ніж те, яке насправді вчинив обвинувачений.

Обсягом обвинувачення, про який йдеться у п. 1 ч. 1 ст. 420 КПК України, є кількість установлених за наслідка-



ми судового розгляду й таких, які інкримінуються обвинуваченому, суспільно небезпечних діянь, що становлять склад конкретного кримінального правопорушення (кримінальних правопорушень).

Збільшення обсягу обвинувачення полягає в такому: а) у доповненні обвинувачення раніше поставленим у вину обвинуваченому епізодом кримінального правопорушення або самостійним кримінальним правопорушенням, від якого обвинувачений захищався під час судового розгляду, але яке було необґрунтовано відкинуто судом першої інстанції; б) у зміні деяких елементів об'єктивної та суб'єктивної сторони раніше інкримінованого обвинуваченому кримінального правопорушення (наприклад, зміна кримінально-правової кваліфікації з готування чи замаху на закінчений злочин, зміна виду співучасті у кримінальному правопорушенні із пособника на виконавця, зміна форми вини із необережності на умисел).

Отже, п. 1 ч. 1 ст. 420 КПК України застосовується в таких випадках: а) коли за всебічного й повного встановлення обставин кримінального провадження допущено помилку у кримінально-правовій кваліфікації кримінального правопорушення у виді невизнання наявності складу кримінального правопорушення в діянні, де він має місце, або неправильно обрання статті (частини, пункту статті) Особливої частини КК України, яка передбачає кримінальну відповідальність за менш тяжке кримінальне правопорушення, ніж те, яке насправді вчинив обвинувачений; б) у разі безпідставного визнання судом першої інстанції частини обвинувачення, що розглядалося в судовому засіданні, необґрунтовано.

Варто підкреслити, що таке рішення ухвалюється в межах обвинувачення, що було предметом розгляду в суді першої інстанції. Крім того, у цьому разі суд апеляційної інстанції повинен призначити й відповідне покарання, керуючись положеннями закону України про кримінальну відповідальність.

*Необхідність застосування більш суворого покарання (п. 2 ч. 1 ст. 420 КПК України).* Більш суворим вважається таке: 1) покарання (як основне, так і додаткове), розмір якого є більшим порівняно із визначеним судом першої інстанції (наприклад, строку позбавлення волі, виправних робіт, суми штрафу, відсотку відрахування із заробітку засудженого до виправних робіт, службового обмеження); 2) покарання, вид якого є більш тяжким порівняно з визначеним судом першої інстанції (наприклад, заміна виправних робіт позбавленням волі); 3) призначення додаткового покарання, якщо воно не було призначене судом першої інстанції, навіть якщо при цьому зменшується розмір основного покарання.

Аналізована підстава застосовується, якщо за умови всебічного й повного встановлення обставин кримінального провадження та правильної кримінально-правової кваліфікації кримінального правопорушення, суд першої інстанції а) призначив покарання, яке за своєю м'якістю не відповідає ступеню тяжкості кримінального правопорушення, особі обвинуваченого та обставинам, що пом'якшують і обтяжують покарання; б) порушив інші загальні, а також спеціальні правила призначення покарання, що спричинило призначення обвинуваченому м'якшого покарання, ніж те, що мало бути призначене відповідно до вимог закону України про кримінальну відповідальність.

Тобто, формулювання обвинувачення, кримінально-правова кваліфікація діяння залишаються незмінними, а корективам підлягає тільки призначене покарання, причому у бік, що погіршує становище обвинуваченого.

*Необґрунтованість виправдувального вироку (п. 3 ч. 1 ст. 420 КПК України).* Вимога обґрунтованості судового рішення передбачає таке: 1) ухвалення судового рішення виходячи

із повноти доказового матеріалу, його достатності для формулювання судом висновків у кримінальному провадженні; 2) відповідності висновків суду наявним у матеріалах кримінального провадження доказам; 3) наведення підстав, із яких суд відкинув одні докази й узяв до уваги інші; 4) відсутність суперечностей у самому доказовому матеріалі; 5) відсутність суперечностей у висновках суду.

Із буквального тлумачення змісту п. 3 ч. 1 ст. 420 КПК України випливає, що порушення судом першої інстанції хоча б однієї з вищенаведених вимог за наявності підстав для ухвалення виправдувального вироку тягне скасування апеляційною інстанцією такого вироку та ухвалення обвинувального вироку. Однак було б помилкою приймати таке рішення лише в разі ненаведення мотивів, із яких суд першої інстанції відкинув докази обвинувачення. У цьому випадку вирок підлягає скасуванню із призначенням нового розгляду в суді першої інстанції. Інша річ – відсутність підтверджених сукупністю доказів обставин (підстав) для ухвалення виправдувального вироку.

Відповідно до ч. 1 ст. 373 КПК України, виправдувальний вирок ухвалюється в разі, якщо не доведено таке: учинено кримінальне правопорушення, у якому обвинувачується особа; кримінальне правопорушення вчинене обвинуваченим; у діянні обвинуваченого є склад кримінального правопорушення. Саме відсутність таких підстав і надає можливість суду апеляційної інстанції прийняти рішення, передбачене п. 3 ч. 1 ст. 420 КПК України.

Наведені підстави для ухвалення виправдувального вироку відповідають трьом підставам для закриття кримінального провадження, що дають право на реабілітацію. Так, якщо не доведено, що вчинено кримінальне правопорушення, у якому обвинувачується особа, то встановлена відсутність події кримінального правопорушення (п. 1 ч. 1 ст. 284 КПК України); коли не доведено, що в діянні обвинуваченого є склад кримінального правопорушення, то встановлена відсутність у діянні складу кримінального правопорушення (п. 2 ч. 1 ст. 284 КПК України); якщо ж не доведено, що кримінальне правопорушення вчинене обвинуваченим, то не встановлено достатніх доказів для доведення винуватості особи в суді й вичерпано можливості їх отримати (п. 3 ч. 1 ст. 284 КПК України).

Тож ця підстава застосовується, якщо суд першої інстанції ухвалив виправдувальний вирок за відсутності підстав, передбачених ч. 1 ст. 373 КПК України, у зв'язку з чим варто внести зміни в редакцію п. 3 ч. 1 ст. 420 КПК України.

В аналізованому випадку для ухвалення нового вироку суд апеляційної інстанції також виходить із того обвинувачення, яке розглядалося в суді першої інстанції.

*Неправильне звільнення обвинуваченого від відбування покарання (п. 4 ч. 1 ст. 420 КПК України).* Звільнення від відбування покарання в теорії кримінального права розглядається як своєрідна форма реалізації кримінальної відповідальності з її специфічною індивідуалізацією [2, с. 259–260].

Обвинувальний вирок із звільненням від відбування покарання ухвалюється таких випадках: у разі звільнення від відбування покарання із випробуванням (ст. 75 КК України); у разі звільнення від відбування покарання із випробуванням вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до семи років (ст. 79 КК України); у разі звільнення від відбування покарання із випробуванням неповнолітніх (ст. 104 КК України); на підставі Закону України про амністію (ч. 2 ст. 3 Закону України «Про застосування амністії в Україні» від 01 жовтня 1996 р. № 392/96-ВР).

Для застосування звільнення від відбування покарання із випробуванням суд першої інстанції повинен констату-

вати наявність низки матеріально-правових умов: а) вид призначеного покарання, тяжкість учиненого злочину, позитивні дані про особу обвинуваченого, наявність обставин, що свідчать на його користь, переконаність у можливості виправлення обвинуваченого без призначення покарання (ч. 1 ст. 75 КК України); б) вид призначеного покарання, тяжкість учиненого злочину, вагітність, наявність в обвинуваченої дитини відповідного віку (ч. 1 ст. 79 КК України); в) вид призначеного покарання, тяжкість учиненого злочину, позитивні дані про особу неповнолітнього обвинуваченого, наявність обставин, що свідчать на його користь, переконаність у можливості виправлення неповнолітнього обвинуваченого без призначення покарання (ч. 1 ст. 104 КК України).

Для ухвалення обвинувального вироку зі звільненням обвинуваченого від відбування покарання на підставі Закону України про амністію суд першої інстанції зобов'язаний упевнитись, чи обвинувачений і вчинене ним кримінальне правопорушення підпадають під дію Закону України про амністію на конкретний рік.

У зв'язку з цим п. 4 ч. 1 ст. 420 КПК України застосовується, якщо суд першої інстанції ухвалив обвинувальний вирок зі звільненням від відбування покарання за відсутності хоча б однієї із матеріально-правових умов, передбачених ст. ст. 75, 79, 104 КК України та Закону України про амністію. При цьому, залишаючи в решті обвинувальний вирок без змін, суд апеляційної інстанції замінює звільнення від покарання його реальним відбуттям.

Варто звернути увагу на те, що в п. 4 ч. 1 ст. 420 КПК України мова йде тільки про неправильне звільнення від відбування покарання. Звідси законодавець залишив поза увагою перевірку правильності застосування іншої форми реалізації кримінальної відповідальності – звільнення від покарання.

Обвинувальний вирок зі звільненням від покарання ухвалюється в разі втрати обвинуваченим суспільної небезпеки (ч. 4 ст. 74 КК України) та у зв'язку із закінченням строків давності (ч. 5 ст. 74 КК України). Прийняття такого рішення передусє з'ясування наявності матеріально-правових підстав, визначених у ст. ст. 48 і 49 КК України.

У разі відсутності таких підстав суд апеляційної інстанції має бути наділений правом скасувати вирок суду першої інстанції й замінити його новим обвинувальним вироком із реальним відбуванням покарання.

Аналіз змісту ч. 1 ст. 420 КПК України дає змогу стверджувати й про інші випадки неповноти законодавчого регулювання підстав для ухвалення апеляційною інстанцією нового вироку.

По-перше, у ч. 1 ст. 420 КПК України доцільно відобразити випадок корекції апеляційною інстанцією вироку в частині застосування заходу кримінально-правового характеру до юридичної особи – «застосування суворішого заходу кримінально-правового характеру до юридичної особи».

По-друге, у цій самій частині належить закріпити положення про те, що новий обвинувальний вирок судом апеляційної інстанції ухвалюється й у разі збільшення сум, які підлягають стягненню, якщо таке збільшення впливає на обсяг обвинувачення і кримінально-правову кваліфікацію кримінального правопорушення. У такий спосіб буде не лише відтворено положення ч. 1 ст. 421 КПК України про право апеляційної інстанції скасувати вирок у зв'язку з необхідністю збільшити суми, які підлягають стягненню, за апеляційною скаргою прокурора, потерпілого чи його представника, а й буде відображено логічне співвідношення із п. 3 ч. 1 ст. 408 КПК України.

По-третє, у разі повторного дослідження судом апеляційної інстанції обставин, установлених під час судового розгляду, а також нових доказів види рішень апеляційної інстанції, якими кримінальне провадження вирішується по суті, повинні відповідати рішенням суду першої інстанції, ухвалених за результатами судового розгляду. У цьому випадку суд апеляційної інстанції має бути наділений повноваженням ухвалити рішення, діаметрально протилежне суду першої інстанції. Як не дивно, але таке твердження лише частково відповідає кримінальному процесуальному законодавству України.

Річ у тім, що, згідно зі ст. 420 КПК України, вирок суду апеляційної інстанції може бути лише обвинувальним. Апеляційний суд не наділений повноваженням скасувати обвинувальний вирок та ухвалити виправдувальний вирок. У такий спосіб простежується явно обвинувальний ухил у діяльності апеляційної інстанції. Така позиція законодавця в регламентації цього питання не лише докорінно неправильна, а й нелогічна.

Тому варто погодитись із пропозицією науковців, які вважають, що суд апеляційної інстанції повинен мати можливість скасувати обвинувальний вирок і своїм новим вироком виправдати обвинуваченого, якщо за наслідками апеляційного розгляду будуть установлені обставини, передбачені ч. 1 ст. 373 КПК України [3, с. 12–13, 17; 4, с. 5–10, 11].

По-четверте, підстави для ухвалення апеляційною інстанцією нового вироку варто доповнити випадком скасування ухвали про закриття кримінального провадження та звільнення від кримінальної відповідальності (наприклад, суд ухвалив звільнити обвинуваченого від кримінальної відповідальності у зв'язку із дійовим каяттям за вчинення ним умисного злочину середньої тяжкості), якщо таке рішення було прийнято за результатами судового розгляду в загальному порядку. У цьому разі розгляд кримінального провадження по суті вже відбувся, тому суд апеляційної інстанції своїм новим рішенням не підміняв би суд першої інстанції.

Правова природа скасування ухвали повністю або частково й ухвалення нової ухвали (п. 4 ч. 1 ст. 407 КПК України) аналогічна рішенням апеляційної інстанції про ухвалення нового вироку. Скасування ухвали про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру та постановлення своєї ухвали пов'язуються із погіршенням становища неповнолітнього, до якого застосовано примусові заходи виховного характеру, й особи, щодо якої застосовано примусові заходи медичного характеру.

Такий висновок підтверджується визначеними в ч. 3 ст. 420 КПК України підставами для постановлення нової ухвали суду апеляційної інстанції: 1) необхідність правової кваліфікації діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, як більш тяжкого; 2) застосування більш суворого виду примусових заходів медичного чи виховного характеру; 3) скасування необґрунтованої ухвали суду про відмову в застосуванні примусових заходів медичного чи виховного характеру та закриття кримінального провадження щодо неосудного або неповнолітнього з тих мотивів, що вони не вчинили діяння, передбаченого Законом України про кримінальну відповідальність.

Водночас варто вказати на змістову суперечність ч. 3 ст. 420 КПК України. Так, на її початку зазначається про скасування судом апеляційної інстанції лише ухвал про застосування примусових заходів медичного й виховного характеру, тоді як у п. 3 цієї частини йдеться про скасування ще й ухвал про відмову в застосуванні примусових заходів медичного чи виховного характеру та закриття кримінального

провадження. До слова, суди апеляційної інстанції застосовують положення ч. 3 ст. 420 КПК України й за наслідками перевірки інших ухвал судів першої інстанції (наприклад, ухвали про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із примиренням із потерпілим на підставі ст. 46 КК України [5]).

Також привертає увагу редакційна неточність останньої підстави для постановлення нової ухвали апеляційною інстанцією. Відповідно до ч. 2 ст. 501, ч. 3 ст. 513 КПК України, ухвала суду першої інстанції про відмову в застосуванні примусових заходів медичного чи виховного характеру постановляється й у випадку невстановлення події суспільно небезпечного діяння, що не відображено в п. 3 ч. 3 ст. 420 КПК України. З огляду на правила законодавчої техніки в аналізованому пункті не варто було перераховувати підстави для ухвалення відповідного рішення судом першої інстанції, а належало б здійснити посилання на положення кримінального процесуального закону, що їх регламентують.

Крім того, у зв'язку з установленим у ч. 1 ст. 129 КПК України обов'язком вирішувати цивільний позов при постановленні ухвали про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, ч. 3 ст. 420 КПК України доцільно доповнити окремим пунктом, що уповноважував би апеляційну інстанцію збільшувати суми, які підлягають стягненню, якщо таке збільшення впливає на кримінально-правову кваліфікацію діяння.

Підстави для постановлення нової ухвали судом апеляційної інстанції варто розширити й за рахунок ситуації про безпідставне продовження, зміну або припинення застосування судом першої інстанції примусових заходів медичного характеру.

Вивчення судової практики дає змогу стверджувати, що суд апеляційної інстанції ухвалює аналізоване рішення й у інших випадках, пов'язаних із покращенням становища обвинуваченого (засудженого). Серед них – помилкова відмова в задоволенні подання про заміну невідбутої частини покарання у виді позбавлення волі більш м'яким у виді обмеження волі [6], про застосування покарання за наявності кількох вироків [7].

Поряд із цим необхідно зазначити, що деякі судді апеляційної інстанції неправильно тлумачать зміст п. 4 ч. 1 ст. 407 КПК України, оформляючи інші рішення за наслідками апеляційного розгляду у вигляді ухвали, констатують про постановлення нової ухвали. Однак нова ухвала виходить в ситуаціях прийняття судом апеляційної інстанції повністю або з окремих питань протилежного рішення, яке заміняє собою рішення суду першої інстанції. В інших випадках за відсутності підстав для ухвалення вироку рішення апеляційної інстанції оформляються у вигляді ухвали.

**Висновки.** Беручи до уваги вищевикладене, ч. 1 ст. 420 КПК України доцільно викласти в такій редакції: «Суд апеляційної інстанції скасовує вирок чи ухвалу суду першої інстанції й ухвалює свій вирок у разі:

1) зміни кримінально-правової кваліфікації кримінального правопорушення і застосування статті (частини, пункту статті) Закону України про кримінальну відповідальність про більш тяжке кримінальне правопорушення або збільшення обсягу обвинувачення;

2) призначення суворішого покарання;

3) застосування суворішого заходу кримінально-правового характеру до юридичної особи;

4) збільшення сум, які підлягають стягненню, якщо таке збільшення впливає на обсяг обвинувачення і кримінально-правову кваліфікацію кримінального правопорушення;

5) неправильного звільнення обвинуваченого від покарання чи відбування покарання;

6) ухвалення виправдувального вироку за відсутності підстав, передбачених частиною 1 статті 373 цього Кодексу;

7) звільнення від кримінальної відповідальності за відсутності підстав, передбачених Законом України про кримінальну відповідальність, здійснене за наслідками судового розгляду в загальному порядку;

8) ухвалення обвинувального вироку за наявності підстав, передбачених частиною 1 статті 373 цього Кодексу».

Також пропонуємо таку редакцію ч. 3 ст. 420 КПК України: «Суд апеляційної інстанції скасовує ухвалу суду першої інстанції й постановляє нову ухвалу в разі:

1) зміни кримінально-правової кваліфікації діяння, кримінального правопорушення, передбаченого Законом України про кримінальну відповідальність, і застосування статті (частини, пункту статті) кримінального закону, яка передбачає відповідальність за більш тяжке діяння, кримінальне правопорушення;

2) застосування суворішого виду примусових заходів медичного чи виховного характеру;

3) збільшення сум, які підлягають стягненню, якщо таке збільшення впливає на кримінально-правову кваліфікацію діяння, кримінального правопорушення;

4) постановлення ухвали про продовження, зміну або припинення застосування примусових заходів медичного характеру за відсутності підстав, передбачених статтею 95 Кримінального кодексу України і статтею 514 цього Кодексу;

5) постановлення ухвали про відмову в застосуванні примусових заходів медичного чи виховного характеру та закриття кримінального провадження за відсутності підстав, передбачених частиною другою статті 501, частиною третьою статті 513 цього Кодексу;

6) постановлення інших ухвал за відсутності підстав, передбачених Законом України про кримінальну відповідальність або цим Кодексом».

#### Список використаної літератури:

1. Куцова Э.Ф. Советская кассация как гарантия законности в правосудии / Э.Ф. Куцова. – М.: Госюриздат, 1957. – 227 с.
2. Вереша Р.В. Кримінальне право України. Загальна частина: [навч. посіб.] / Р.В. Вереша. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: Центр учбової літератури, 2012. – 320 с.
3. Захаров Д.О. Правова природа та система рішень апеляційного суду у кримінальному судочинстві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / Д.О. Захаров. – Х., 2006. – 20 с.
4. Кашка О.С. Повноваження суду апеляційної інстанції в кримінальному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / О.С. Кашка. – К., 2014. – 20 с.
5. Ухвала Апеляційного суду Кіровоградської області від 02 липня 2015 р. провадження № 11-кп/781/614/15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/46154539>.
6. Ухвала Апеляційного суду Рівненської області від 21 березня 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37810144>.
7. Ухвала Апеляційного суду Черкаської області від 30 травня 2014 р. у справі № 705/1673/14-к провадження № 11-кп/793/403/14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/39147649>.



УДК 347.97.99

## СУД ПРИСЯЖНИХ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ АВСТРАЛІЇ ТА НОВОЇ ЗЕЛАНДІЇ

Ірина ВОЛОСКО,

аспірант кафедри кримінального процесу та криміналістики  
Львівського національного університету імені Івана Франка

### SUMMARY

The article is dedicated to the analysis of the jury court functioning in the criminal procedure of Australia and New Zealand. The requirements for the jury, procedure of the jury selection, and the peculiarities of the president judge activity in front of the jury are researched. Community participation in the justice administration as the jury members in its turn legitimizes criminal justice system. This “facilitates the idea of equality” and “helps guarantee that it’s in the interests of the society that the criminal procedure is and looks like unbiased and impartial”. Indeed, community involvement into the justice administration is probably the key argument for the retention of the jury trial system. While the effectiveness of the juries as the body which investigates and resolves on the factual issues can be doubtful, social confidence in the justice, caused by just existence of the jury trial, is invaluable. It is concluded that notwithstanding long history of jury trial functioning in Australia and New Zealand, it inherits certain deficiencies, connected with organizational support of activity. Simultaneously, provision of the definite procedures of the jury selection allows parties to the criminal procedure conduct effective selection of the jury trial members, ensure peoples right in the participation in justice administration as well as the accused right to the fair trial by the impartial court.

**Key words:** jury, selection of jury, supermandatory verdict, registry of jury.

### АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена аналізу діяльності суду присяжних у кримінальному провадженні Австралії та Нової Зеландії. Досліджено вимоги до присяжних, порядок їх відбору, особливості діяльності головуючого судді перед присяжними. Зроблено висновок, що, незважаючи на тривалу історію функціонування суду присяжних в Австралії та Новій Зеландії, йому притаманні певні недоліки, пов’язані з організаційним забезпеченням діяльності. Водночас закріплення чітких процедур добору присяжних дає змогу сторонам кримінального процесу здійснити ефективний відбір членів суду присяжних, громадянам забезпечує право на участь у правосудді, а обвинуваченому – право на справедливий розгляд безстороннім судом.

**Ключові слова:** присяжні, відбір присяжних, супермажоритарний вердикт, реєстр присяжних.

**Постановка проблеми.** Суд присяжних в Україні, запроваджений новим Кримінальним процесуальним кодексом України, продовжив радянську традицію участі народних засідателів у кримінальному провадженні, назвавши їх «присяжні». Потреба реформування суду присяжних виникає з метою розширення змагальності в ході судового розгляду та ширшого забезпечення участі народу в кримінальному судочинстві. У зв’язку з цим доцільним видається дослідити досвід функціонування суду присяжних у країнах із давньою традицією його діяльності.

**Метою статті** є дослідження суду присяжних в Австралії та Новій Зеландії, виокремлення його ознак, особливостей відбору й повноважень присяжних у цих країнах і визначення можливості імплементації їхнього досвіду у кримінальне провадження України.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Спочатку розглянемо діяльність суду присяжних в Австралії. На федеральному рівні організація публічної влади громадяни Австралії беруть участь у розгляді кримінальних справ у Федеральному суді Австралії (Federal Court of Australia) як присяжні засідателі (jurors).

Система присяжних у Конституції Австралії описана як «основний охоронець свободи відповідно до закону й суспільна гарантія суворого відправлення правосуддя в кримінальних справах».

Інститут суду присяжних виконує функцію захисту обох – відправлення правосуддя й обвинувачення – від поспішного судження та упередженості самої громади. Природа присяжних як органу, що складається із пересічних

громадян, скликаних із громади/суспільства, щоб вирішити конкретну справу, уносить упевненість, що суспільство як таке/все краще сприйме рішення присяжних, ніж рішення професійного судді чи державного діяча, які можуть бути зображені як над-відповідальними перед владою або віддаленими від взаємин і турбот простих людей.

Участь громадян у здійсненні правосуддя як присяжних засідателів передбачено Конституцією Австралії. Згідно з цим документом, за участі присяжних розглядаються справи за обвинувальними актами, причому розгляд має здійснюватися в тому штаті, де скоєно злочин. Виходячи з цієї норми Конституції, розгляду за участі присяжних підлягають кримінальні справи про злочини, за які можливе призначення покарання від одного року позбавлення волі й більше.

Присяжними засідателями можуть бути особи, включені до реєстру кандидатів у присяжні (jury roll) для певного округу суду присяжних, які мають право голосу на виборах



у Палату представників парламенту Австралії. Не можуть бути присяжними засідателями особи, засуджені впродовж 10-річного періоду, що передує відбору присяжних засідателів, за вчинення кримінального злочину до позбавлення волі на строк більше ніж 12 місяців; особи, які тримаються під вартою, перебувають у місцях ув'язнення; особи, яким висунуто обвинувачення в учиненні злочину.

Вердикт у кримінальній справі журі має виносити одностайно. Суд має право розпустити журі, якщо воно не приймає одностайного рішення у справі. Суд розпускає журі, якщо цього вимагають інтереси правосуддя або у випадку, якщо склад журі скоротився до неприпустимої кількості присяжних. На рішення суду присяжних може бути подана апеляція у Високий суд Австралії.

На рівні штатів і територій найважливішою формою участі громадян у відправленні правосуддя є суди присяжних. Ці суди зазвичай діють у верховних судах штатів і територій, а також у районних судах, що займають проміжне становище між вищою судовою інстанцією – Верховним судом – і магістратськими, місцевими та іншими судами. За участі присяжних засідателів ці суди слухають по першій інстанції справи про тяжкі кримінальні злочини. Для участі в розгляді кримінальних справ журі, як правило, формуються у складі 12 присяжних засідателів. Присяжні засідателі беруть участь у судових розглядах із одним головним суддею.

Важливим питанням є розмежування компетенції між суддею та присяжними в Австралії. В австралійському суді присяжних завдання між суддею та присяжними розмежовані згідно із традиційним підходом. Основоположим для суду присяжних є те, що закон – для суддів, а факти – для присяжних.

Австралійські присяжні не беруть участі в засудженні тих, кого вони визнали винним, за винятком того, що вони можуть рекомендувати помилування. Разом із тим суддя не зобов'язаний приймати цю рекомендацію.

Таке розмежування функцій не означає, що суддя не приймає ніякої участі у процесі встановлення обставин. Наведемо зразок настанови в суді присяжним:

«Функція судді – контролювати процес, вирішувати питання допустимості доказів і визначати питання, які підлягають установленню. Також обов'язком судді є інструктувати присяжних щодо закону, який застосовується у справі й практики оцінювання та зважування доказів, і ви зобов'язані, згідно з вашою присягою, дотримуватись настанов закону, як я вам їх подаю» [2, с. 18].

Цей обов'язок судді інструктувати присяжних про оцінювання доказів так само, як і про застосування основних принципів кримінального права, реалізовується через те, що суддя повинен підвести підсумки щодо доказів, перед тим як присяжні вийдуть для прийняття рішення. Суддя також може висловлювати власні міркування щодо певних властивостей доказів. Але важливо зазначити, що присяжні мусять бути чітко спрямовані ігнорувати ці думки, якщо їхні власні висновки з ними різняться.

У судовій практиці застосовується така формула інформування присяжних: «Обставини справи є виключною прерогативою присяжних; ви є єдиними суддями доказів. Виключно ви вирішуєте, які докази є важливими в цій справі. Ви ігноруйте будь-яку думку судді, будь-яку думку консультанта, якщо трапиться так, що погляди, висловлені суддею чи консультантом, не збігаються з вашою думкою».

Проблема визначення меж компетенції «суддя-присяжні» тривалий час викликала гостру дискусію в наукових

колах Австралії, чи може, і якщо так, то за яких обставин суддя вправі приймати рішення. Більшість дебатів стосувалися процесу прийняття виправдувальних вироків. Останні дослідження в Новому Пд. Уельсі засвідчили, що вони зустрічаються у близько 2% судів присяжних [3, с. 72]. Вони є безспірними, коли виносяться, унаслідок того, що обвинувачення закінчувало справу через недостатність доказів. Неоднозначною є ситуація, коли прокурор надав, на його думку, повністю обгрунтовану доказами справу, однак суддя вважає, що є підстави постановити виправдувальний вирок.

Судова практика свідчить, що суддя повинен направити присяжних на ухвалення виправдувального вироку, коли він вірить, що обвинувальний вирок буде «небезпечним і незадовільним». Рішення Високого суду Австралії 1990 р. задекларувало, що має бути спрямування присяжних до виправдувального вироку, якщо «є недоліки в доказах, які в разі найретельнішого оцінювання не дають змоги прийняти обвинувальний вирок» [3, с. 74].

Законодавство всіх штатів і територій, за винятком Австралійської столичної території, допускає винесення супермажоритарних вердиктів. Якщо до складу журі входять 12 присяжних засідателів, то вердикт може бути винесений не менше ніж 10–11 голосами присяжних. Присяжні, згідно із законами штатів і територій, повинні прагнути до винесення одногосних вердиктів. Після закінчення встановленого періоду часу, зазвичай від 2 до 6 годин, вони вправі винести супермажоритарний вердикт. Однак це правило застосовується не до всіх складів злочинів. Усі штати й території, крім Північної території та Нового Південного Уельсу, не допускають такого роду вердиктів у ході розгляду кримінальних справ про вбивства [4, с. 23–24].

У Новій Зеландії громадяни беруть участь у здійсненні правосуддя як присяжні засідателі (jurors) у судах присяжних (jury courts), які вперше були запроваджені в 1841 р. На сьогодні суди присяжних функціонують при Високому суді (High Court) і в окружних судах (District Courts).

Усі кримінальні справи, які розглядаються в цих судах, можна поділити на три групи.

До першої групи належать кримінальні справи, які розглядаються виключно окружними судами, а саме: хабарництво, богохульство, скотоложство, грабіж без обтяжуючих обставин і підпал.

Друга група складається із кримінальних правопорушень, які умовно можна назвати злочинами середньої тяжкості. До них належать статеві злочини, викрадення дітей, умисні тілесні ушкодження і грабіж із обтяжуючими обставинами. Під час розгляду цієї категорії справ є альтернатива, який суд буде їх розглядати. Так, після передавання до суду суддя Високого суду визначатиме, у який суд ці злочини мають бути передані на розгляд з урахуванням доказів. Якщо суддя вирішить, що справа повинна розглядатись в окружному суді, вона передається туди. Суддя мусить розглянути такі питання:

- ступінь тяжкості висунутого обвинувачення;
- складність питань, які можуть виникнути в процесі;
- можливість якнайшвидшого закінчення розгляду справи;
- інтереси правосуддя загалом.

До третьої групи належать найтяжчі злочини, зокрема вбивства, державна зрада й інші злочини проти держави, злочини проти авторських прав, рабство, неумисні вбивства, убивство ненародженої дитини. Злочини цієї категорії розглядаються виключно у Високому суді [5, с. 40].

Присяжними засідателями можуть бути зареєстровані виборці (громадяни й не громадяни), які постійно проживають у межах відповідного судового округу, у віці від 20 до 65 років. Не можуть бути присяжними засідателями особи, засуджені коли-небудь до позбавлення волі на строк понад 3 роки або піддані превентивному ув'язненню, а також особи, котрі протягом 5 попередніх років були позбавлені волі на строк 3 місяці й більше або до яких було застосовано коригувальне навчання [4, с. 24].

У Новій Зеландії можна виокремити такі етапи відбору присяжних:

- забезпечення представництва всіх верств суспільства в суді присяжних;
- забезпечення представництва «маорі» (корінного населення Нової Зеландії) серед присяжних;
- звільнення осіб від участі в роботі присяжних;
- відбір потенційних присяжних;
- звільнення від виконання обов'язків присяжних, що вже раніше виконували такі обов'язки.

Присяжний індивідуально та присяжні повинні мати такі якості:

- присяжний повинен бути дієздатним у плані розумової та фізичної здатності, діяти як присяжний у судовому процесі;

– присяжні повинні бути незалежними від будь-яких обов'язків/зв'язків із системою правосуддя або управління державою. Основні методи випадкового відбору варто використовувати, так щоб відбір окремих присяжних знаходився поза контролем судових адміністрацій і, відповідно, держави;

– члени присяжних повинні бути неупередженими. Тим не менше в сучасному медіа-суспільстві існують практичні обмеження до вибору присяжних засідателів, які є абсолютно неупередженими в тому сенсі, що вони не володіють знаннями обставин справи;

– відбір присяжних, які включали б якомога більше верств суспільства, підвищують системи, і у зв'язку з цим важливо, щоб усі верстви суспільства мали можливість бути представленими на лаві присяжних. Різноманітність знань, інтересів та особистого досвіду серед членів присяжних підвищує колективну компетентність присяжних як осіб, котрі встановлюють і шукають факти, а також здатність доносити загальну думку для прийняття рішення у справі. У демократичному суспільстві легітимність системи присяжних лежить на всіх групах суспільства, що беруть участь у системі присяжних [5, с. 5].

Відбір присяжних засідателів проводиться на основі випадкової вибірки зі списків кандидатів, підготовлених за зверненням суду службовцям, котрі займаються підготовкою списків виборців. Із 1962 р. в списки в обов'язковому порядку включаються представники корінного народу – маорі. Відбір кандидатів зі списку, наданого суду, здійснює реєстратор суду. Громадяни викликаються як присяжні засідателі до суду на один тиждень. Цей термін може бути продовжений, якщо необхідно завершити розгляд розпочатої справи.

Колегія присяжних засідателів, що бере участь у розгляді кримінальних справ, формується у складі 12 присяжних засідателів. Ці 12 присяжних засідателів відбираються за жеребом із групи кандидатів у складі 30 осіб, викликаних суд. Під час формування складу колегії присяжних засідателів сторони мають право заявити по 4 невмотивовані відводи кандидатам у присяжні засідателі. Якщо є два або більше обвинувачених, то сторони мають право заявити по

8 невмотивованих відводів кандидатам у присяжні засідателі. У разі вибуття когось-небудь із присяжних засідателів у ході судового розгляду колегія присяжних засідателів за згоди суду й обох сторін може працювати в скороченому складі, але не менше ніж 10 присяжних засідателів, а її рішення буде вважатися рішенням колегії присяжних у повному складі.

Після приведення присяжних до присяги, але перед тим як розпочато слухання справи або особі висунуто обвинувачення, присяжні повинні видалитись для обрання голови колегії присяжних. Суд може продовжуватись із менше ніж 10 присяжними, лише якщо всі учасники процесу на це погодились, а суд, урахувавши інтереси правосуддя, уважає, що так варто вчинити [6].

Суд може розпустити колегію присяжних засідателів, якщо присяжні не винесуть вердикт після закінчення чотирьохгодинної наради. Вердикти в судах присяжних повинні виноситись одноголосно. Однак Новозеландською законодавчою комісією (New Zealand Law Commission) прийнята рекомендація, згідно з якою суди можуть виносити мажоритарні вердикти після закінчення встановленого часу наради присяжних [4, с. 324–325].

Великою проблемою функціонування судів присяжних у Новій Зеландії є представництво народу маорі у складі судів присяжних. Маорі часто притягуються до кримінальної відповідальності як обвинувачених, проте суд присяжних чужий культурі корінного народу, у зв'язку з чим важко забезпечити представництво маорі в судах.

Маорі недостатньо представлені в присяжних. Проблеми виникають під час формування списку потенційних присяжних-маорі, шляхом виходу з цієї ситуації може бути доповнення виборчого списку із таких ресурсів, як досє маорійської громади та списки маорі в земельних судах [5, с. 7].

**Висновки.** Отже, підводячи підсумки дослідження, можна зробити висновок, що, незважаючи на тривалу історію функціонування суду присяжних в Австралії та Новій Зеландії, йому притаманні певні недоліки, пов'язані з організаційним забезпеченням діяльності. Водночас закріплення чітких процедур добору присяжних дає змогу сторонам кримінального процесу здійснити ефективний відбір членів суду присяжних, громадянам забезпечує право на участь у правосудді, а обвинуваченому – право на справедливий розгляд безстороннім судом.

#### Список використаної літератури:

1. Jury Trials in Western Australia. Law Reform Commission of Western Australia – Selection, Eligibility and Exemption of Jurors: Discussion Paper. – Perth, 2013. – 18 p.
2. Glissan L. The right direction: a casebook of general jury directions in criminal trials / L. Glissan, S. Tilmouth. – Sydney : Butterworths, 1990. – 207 p.
3. Chesterman M. Criminal trial juries in Australia: from penal colonies to a federal democracy / M. Chesterman // Law and contemporary problems. – Vol. 62, 1999. – P. 69–102.
4. Руденко В.Н. Участие граждан в отправлении правосудия в современном мире / В.Н. Руденко. – Екатеринбург : УрО РАН, 2011. – 644 с.
5. Juries in criminal trials. Part one. – Wellington, 1998. – 131 p.
6. Juries Act 1981, reprint as at 1 July 2013 // Офіційний сайт парламенту Нової Зеландії [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1981/0023/latest/DLM44099.html>.

УДК 343.131.3

## ВНУТРІШНЄ ПЕРЕКОНАННЯ СУДДІ – ОСНОВНИЙ ЕЛЕМЕНТ ЗАСАДИ БЕЗПОСЕРЕДНОСТІ ДОСЛІДЖЕННЯ ПОКАЗАНЬ, РЕЧЕЙ, ДОКУМЕНТІВ

Вікторія ГИРОВИЧ,

аспірант кафедри кримінального процесу та криміналістики  
Львівського державного університету внутрішніх справ

### SUMMARY

The article studies the concept of “internal belief of judge” as a basic element of immediacy principles of research evidence, documents and things, distinguishes the essential characteristics and factors of this criminal procedural category. Analyzing scientific position on the concept of “internal belief of judge” the author gives her own definition, justifying its feasibility. Focuses on revealing the content and components that are included in internal belief of judge object. The urgency of the abovementioned problems caused by the need to study the concept of internal belief of judge as a basic element of immediacy principles of research evidence, objects and documents, including isolation its attributes and factors of formation.

**Key words:** immediacy of researching evidence, internal belief of judge, competence of judges, professionalism of judges, evaluation of evidence, psychological aspects of internal judges belief.

### АНОТАЦІЯ

У статті проводиться дослідження поняття «внутрішнє переконання судді» як основного елемента засади безпосередності дослідження показань, речей і документів, виокремлюються сутнісні характеристики та чинники формування згаданої правової кримінально процесуальної категорії. Аналізуючи наукові позиції щодо поняття «внутрішнє переконання судді», автор наводить власне визначення, обґрунтовуючи його доцільність. Зосереджується увага на розкритті змісту й складових, які входять у предмет внутрішнього переконання, а також на психологічному аспекті формування внутрішнього переконання судді. Актуальність означеної проблеми зумовлена необхідністю вивчення поняття внутрішнього переконання судді як основного елемента засади безпосередності дослідження показань, речей і документів, виокремлення його ознак і чинників формування.

**Ключові слова:** безпосередність дослідження доказів, внутрішнє переконання судді, компетентність, професіоналізм судді, оцінювання доказів, психологічні аспекти внутрішнього переконання.

**Постановка проблеми.** Теорія доказування цікавила науковців давно. І це не дивно, адже, як слушно вказував В.Д. Спасович ще у другій половині XIX ст., теорія доказування становить центральний вузол усієї системи судочинства, душу всього кримінального процесу, начало, що його рухає, утворює його сутність, яка зумовлює й судоустрій, і всі головні форми судочинства [1, с. 7]. Так і на сучасному етапі розвитку кримінального процесу достатня кількість учених у своїх дослідженнях обґрунтовано довели, що доказування становить основну частину кримінального процесу. Усі докази, надані сторонами, перевірені й узяті до уваги судом надалі становитимуть основу законного, обґрунтованого й умотивованого судового рішення. Відповідно до ст. 6 Конвенції про захист прав і основоположних свобод (далі – Конвенція), кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, установленим законом. Згідно із практикою Європейського суду з прав людини, під терміном «суд, установлений законом» у ст. 6 Конвенції мається на увазі, що «судова влада в демократичному суспільстві регулюється законами, джерелом яких є Парламент». Зазначений термін охоплює не лише правові підстави існування суду, а і його склад у кожній конкретній справі, а також так званий якісний показник діяльності. У цьому контексті дію засади безпосередності дослідження показань, речей і документів не потрібно нівелювати жодним чином.

**Актуальність теми.** Проблемі вивчення питання внутрішнього переконання судді як основного елемента засади безпосередності в юридичній літературі приділялася

значна увага. Однак внутрішнє переконання як об'єкт дослідження у працях таких науковців, як І.Я. Фойницький, М.С. Строгович, Л.Т. Ульянова, А.І. Трусов, А.Е. Матвієнко, І.І. Мухін, В.Ю. Шепітько, М.М. Михеєнко, здебільшого розглядається через призму кримінального процесу. Це зумовлено зв'язком понять «оцінювання доказів» і «внутрішнє переконання», поєднання яких забезпечує можливість пізнання обставин окремого кримінального провадження, тоді як психологічні аспекти, що мають безпосередній вплив на формування внутрішнього переконання судді, станом на сьогодні є малодослідженими.

**Метою статті** є розкриття змісту поняття «внутрішнє переконання судді» як основного елемента засади безпосередності дослідження доказів, а також висвітлення психологічних аспектів внутрішнього переконання судді як правової кримінальної процесуальної категорії.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Ст. 23 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) визначає, що суд досліджує докази безпосередньо, а показання учасників кримінального провадження отримує усно. Звідси випливає, що усні показання учасників кримінального провадження за наслідком безпосереднього їхнього дослідження у ході судового розгляду сприймаються та оцінюються судом за результатом так званого внутрішнього переконання судді.

Засада безпосередності дослідження доказів передбачає можливість судді за участі сторін судового провадження здійснювати судочинство на підставі особистого й безпосереднього ознайомлення, дослідження доказів без допомоги певних суб'єктів кримінального процесу або ж,



як слушно зазначає В.М. Тертишник, «без будь-яких проміжних ланок» [2, с. 87].

Суд не вправі обґрунтовувати судові рішення доказами, які не були безпосередньо досліджені (почуті, вивчені, перевірені) за участі сторін під час судового розгляду. Зрозуміло, що у змагальному процесі суд не збирає докази вини чи невинуватості обвинуваченого з власної ініціативи, проте обов'язок суду перевірити докази, подані сторонами є беззаперечним. Саме з цією метою у змагальному процесі можна прослідкувати активну роль суду, наприклад, щодо призначення експертизи. Так, ч. 2 ст. 332 КПК України уповноважує суд своєю ухвалою доручити проведення експертизи експертній установі, експерту або ж експертам, незалежно від наявності клопотання, якщо суду надані кілька висновків експертів, що суперечать один одному, а допит експертів не дав змоги усунути виявлені суперечності; під час судового розгляду виникли підстави для проведення стаціонарної психіатричної експертизи. Отже, можна дійти висновку, що для ухвалення законного, обґрунтованого і справедливого рішення суд зобов'язаний вчинити певні активні дії з власної ініціативи, щоб безпосередньо оцінити докази й на основі внутрішнього переконання виконати свою процесуальну функцію.

Проблемі вивчення поняття внутрішнього переконання судді приділяли увагу у своїх працях такі вчені, як М.С. Строгович, М.А. Чельцов, Л.Д. Кокорев, Л.Т. Ульянова, А.І. Трусов, П.А. Лупинська, В.Д. Арсеньев, А.Д. Соловйов, Г.М. Резник, Ю.К. Орлов, А.Е. Матвієнко, І.І. Мухін, Н.Л. Дроздович. Незважаючи на чималу кількість наукових публікацій, варто зауважити, що єдиного підходу до визначення поняття й природи внутрішнього переконання судді серед учених-науковців немає. Деякі вчені розглядають внутрішнє переконання через юридичну конструкцію норми «оцінювання доказів» як принцип (М.А. Чельцов, Л.Д. Кокорев), критерій (М.С. Строгович), принцип і критерій (Л.Т. Ульянова), метод (А.І. Трусов), метод і основа (П.А. Лупинська), метод і результат (Г.М. Резник), спосіб (Е.А. Матвієнко). І.І. Мухін у своїх висновках є доволі категоричним, стверджуючи, що внутрішнє переконання судді – це єдино можливий спосіб оцінювання доказів і пізнання фактів, що стосуються події злочину [3, с. 3].

М.М. Михесенко розмежує поняття внутрішнє переконання у психологічному й гносеологічному аспектах. Так, на думку вченого, внутрішнє переконання у психологічному аспекті можна розглядати як у динаміці (як процес його формування), так і в статичності (як результат). У ході його формування створюється власна думка, усуваються й долаються сумніви та невпевненість. Суддя доходить внутрішнього переконання як стану твердої впевненості у правильності своїх висновків, рішучості зафіксувати їх у процесуальних документах, за необхідності публічно їх висловити, готовності відстоювати їх у відповідних інстанціях, нести за них відповідальність. У гносеологічному аспекті внутрішнє переконання судді – це знання як про окремі фактичні обставини, що становлять предмет доказування, так і про висновки по справі, у тому числі й ті, що стосуються юридичного оцінювання, кваліфікації встановлених фактів, обставин, подій, тощо [4, с. 44].

Ю.К. Орлов вважає, що внутрішнє переконання може виступати як метод оцінювання доказів і як його результат. Науковець зазначає, що «... за неможливої прямої експериментальної перевірки висновку суб'єктивного критерію нерідко виступає як одне з похідних явищ об'єктивного, як концентроване вираження колективного досвіду, суспільної

практики. Аналогічну функцію виконує й внутрішнє переконання суб'єктів доказування, яке, з одного боку, є методом оцінювання доказів, а з іншого – результатом цього оцінювання, одним із критеріїв його правильності» [5, с. 61].

Н.Л. Дроздович описує поняття «внутрішнє переконання судді» через характеристику процесу доказування й призму поняття «оцінювання доказів». Зокрема, указуючи, що внутрішнє переконання судді – це стан свідомості судді, що відображає результат його розумової суб'єктивної діяльності в процесі судочинства щодо оцінювання доказів з метою достовірного встановлення фактичних обставин конкретної кримінальної справи, що входять до предмета доказування, результат якої втілюється в судовому рішенні [6, с. 228].

Аналогічної позиції дотримується й К.О. Белінська, указуючи, що під час розгляду кримінального провадження суддя здійснює дослідницьку діяльність, перевіряючи та оцінюючи наявні докази, результатом якої є відтворення того чи іншого фрагмента дійсності, реконструкція всіх обставин, необхідних для вирішення судом під час ухвалення судового рішення. При цьому в ході пізнання фактичних обставин справи виявляються загальні закономірності процесу мислення, що мають місце й в інших сферах суспільства. Тому оцінювання доказів як один із етапів доказування є різновидом розумової діяльності. Автор зазначає, що внутрішнє переконання судді – це стан свідомості судді, що відображає результат його суб'єктивної розумової діяльності в процесі судочинства щодо оцінювання доказів з метою достовірного встановлення фактичних обставин конкретної кримінальної справи, що входять до предмета доказування, результат якої втілюється в судовому рішенні [7, с. 79, 81].

М.С. Строгович розглядає поняття «внутрішнє переконання судді» як процес розумової діяльності, акт мислення, пов'язаний з усвідомленням обставин справи [8, с. 143]. В.Е. Коновалова та В.Ю. Шепітько вважають, що поняття «внутрішнє переконання» за своїм змістом виражає суб'єктивну впевненість відповідно до суб'єктивної оцінки об'єктивно існуючих обставин або фактів. Суб'єктивність внутрішнього переконання як його форма не тільки не виключає, а навпаки, передбачає його об'єктивний зміст. Тому внутрішнє переконання є однією із форм відображення об'єктивної дійсності. Будучи за своїм змістом віддзеркаленням об'єктивної дійсності, внутрішнє переконання, як уважають науковці, не виконує ролі критерію істинності пізнаного у кримінальних провадженнях. Критерієм істини в цій сфері, як і в усіх інших сферах пізнання, на думку вчених, є практика [9].

Практика як критерій істини, що має безпосередній вплив на формування внутрішнього переконання судді, є складовою його компетентності. Компетентність судді має велике значення для виконання судами своєї ролі із підтримки конституціоналізму та правопорядку, є необхідною умовою для належного виконання суддею своїх обов'язків. Бангалорські принципи, які встановлюють стандарти етичної поведінки суддів у контексті окресленої проблеми, рекомендують судді вживати розумних заходів щодо збереження й розширення своїх знань, удосконалення практичного досвіду та особистих якостей, необхідних для належного виконання ним своїх обов'язків, використовуючи для цієї мети засоби навчання й інші можливості, що в умовах судового контролю мають бути доступні для суддів. Суддя повинен бути обізнаним щодо наявності відповідних змін до міжнародного законодавства, включаючи міжнародні



конвенції та інші документи, які діють у сфері прав людини [10]. Аналогічну правову норму містить ст. 7 Кодексу суддівської етики, у якій ідеться про те, що суддя повинен старанно й неупереджено виконувати покладені на нього обов'язки та вживати заходів щодо поглиблення своїх знань і вдосконалення практичних навичок [11].

Одними із пріоритетних напрямів реформування системи судоустрою, відповідно до Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, схваленої Указом Президента України від 20 травня 2015 року № 276/2015, поряд з іншими є забезпечення незалежності, безсторонності й неупередженості суддів, а також підвищення професійного рівня суддів. Власне кажучи, за цим напрямом Стратегія закріплює п'ять завдань, практичне впровадження яких покращить кадровий потенціал суддівського корпусу, якісно збільшивши професійний рівень кожного представника Феміди.

Отже, на нашу думку, компетентність судді – невід'ємна складова внутрішнього переконання, а завдання держави – установити такі пріоритети реформування судової влади та впровадити першочергові заходи й необхідні умови, які змогли б забезпечити позитивні зрушення, зокрема, і в питанні професійної компетентності суддів.

Характеризуючи поняття «внутрішнє переконання судді», важливо вказати на суб'єктивний аспект, оскільки субстанцією розумової діяльності є свідомість людини, завдяки якій і можливий процес пізнання. При цьому визначення оцінювання доказів виключно як суб'єктивної діяльності судді підкреслює його самостійність у процесі пізнання й доказування. Внутрішнє переконання передбачає можливість критично ставитися до наданих доказів у кримінальному провадженні. Результат цієї суб'єктивної розумової діяльності це і є, власне кажучи, переконання, яке кримінальний процесуальний кодекс визначає як внутрішнє, конкретизуючи, що переконання судді стосується кримінального провадження, на відміну від переконання як елемента правосвідомості, обсяг якого знаходиться за межами обставин кримінального провадження та виражає правові погляди, ідеї, яких дотримується суддя.

Внутрішнє переконання судді потрібно розглядати як симбіоз здобутих знань, професійну компетентність, практичний досвід, особисті якості, можливість постійного моніторингу законодавства в контексті дотримання прав людини, професійний розвиток, дотримання європейських стандартів. Максимально спрощено, внутрішнє переконання судді – це спосіб мислення і сприйняття інформації через призму знань матеріального й процесуального права, категорична впевненість суддів у тому, що вони дали правильну оцінку всім наявним у провадженні доказам і що висновок, якого дійшли вони таким шляхом з усіх питань при судовому розгляді, є правильним, відповідає вимогам закону, нормам справедливості й жодним чином не обмежує чи звужує права людини.

При цьому внутрішнє переконання суддів має спиратися на дослідженні як кожного доказу окремо, так і всіх доказів у їхній сукупності та взаємозв'язку, з погляду їх належності, допустимості, достатності й достовірності. Такий підхід є виправданим, якщо досліджувати поняття «внутрішнє переконання судді» лише з юридичного погляду. У цьому аспекті внутрішнє переконання виступатиме розумовою діяльністю судді в процесі здійснення судочинства, сутність якої зводиться до безпосереднього, усебічного, повного, неупередженого дослідження всіх обставин кримінального провадження, оцінювання доказів із тим,

щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу. Однак варто звернути увагу на той факт, що досліджувана правова категорія також є й багатоаспектним поняттям, яке можна розглядати з позиції логіки, гносеології, психології, етики, моралі.

Щодо розкриття змісту поняття «внутрішнє переконання», на нашу думку, варто звернути увагу передусім на етимологічне значення цього словосполучення. Академічний тлумачний словник української мови визначає термін «переконання» як тверду впевненість, певність у чому-небудь, віру в щось, а також як тверду міцно усталену думку про що-небудь, погляд на щось [12, с. 200]. С.Я. Фурса зазначає, що внутрішнє переконання судді – це не свідоме враження, відчуття, яке не піддається контролю, а впевненість у правильності його висновків, які становлять основу судового рішення [13, с. 555].

Термін «внутрішнє» підкреслює самостійність суб'єкта пізнання, захист його уявлень від стороннього впливу. Незалежність суддів і підкорення їх лише закону, незалежність від будь-якого незаконного впливу декларує ст. 129 Конституції України, втручання у здійснення правосуддя з метою впливу на безсторонність суду забороняється й тягне за собою відповідальність, установлену законом, відповідно до положень ст. 6 Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Отже, переконання визначається як внутрішнє не тільки тому, що формується в межах свідомості, а також і тому, що після дослідження та оцінювання доказів сформоване переконання судді мітить у собі істину, принаймні юридичну істину щодо кримінального провадження, яка надалі відображається в судовому рішенні.

Слушну думку наводить І.Я. Фойницький, указуючи таке: «... не варто змішувати вирішення справи за системою вільного оцінювання з його вирішенням на підставі безпосереднього враження. Перше передбачає знання справи шляхом вивчення її матеріалів за об'єктивними даними, які є у справі; друге обмежується прийняттям того відбитка, яке справа чи її окремі моменти залишили в наших почуттях. Оцінювання доказів – це розумова діяльність, що вирішується сумнівами або переконаннями; враження є продуктом лише окремих чуттєвих сприйнятів, не еверічених розумовим процесом. З іншого боку, не потрібно змішувати вирішення справи за вільного оцінювання доказів з її вирішенням за довільним розсудом... Для того, щоб внутрішнє переконання не переходило в особистий розсуд, закон, не зв'язуючи суддю легальними правилами, піклується, однак, про створення його переконання за умов і в порядку, коли всяка розсудлива людина при тих самих даних дійшла б однакового висновку» [14, с. 198].

Беручи до уваги вищенаведене, суддя, здійснюючи правосуддя, зобов'язаний формувати внутрішнє переконання не як особистісне сприйняття тих чи інших явищ об'єктивної дійсності, а як професійне бачення фактичних даних, отриманих у результаті процесуально належних і допустимих дій. Відповідно до практики Європейського суду з прав людини, варто звернути увагу на той факт, що відмінність між фактами й оцінками судженнями полягає в тому, що факти потребують доведення, а оцінки судження – ні. Отже, формування внутрішнього переконання судді під час кримінального провадження матиме місце як результат доведення чи спростування фактів, закріплених у процесуальних джерелах доказів, наданих сторонами.

Аналогічне положення закріплене у ст. 6 Кодексу суддівської етики, (затвердженого XI черговим з'їздом суддів України 22 лютого 2013 р.), відповідно до якої суддя повинен виконувати свої професійні обов'язки незалежно, виходячи виключно з фактів, установлених на підставі власного оцінювання доказів, розуміння закону, верховенства права, що є гарантією справедливого розгляду справи в суді, незважаючи на будь-які зовнішні впливи, стимули, загрози, втручання або публічну критику [10, с. 8].

У контексті порушеної проблеми зупинимось на задекларованому твердженні «... на підставі власного оцінювання», яке, безумовно, стає результатом безпосереднього сприйняття суддею почутого, побаченого, прочитаного інформаційного навантаження в конкретному кримінальному провадженні, а також є першочерговим чинником формування його внутрішнього переконання. Принцип вільного оцінювання доказів уперше знайшов відображення у ст. 17 КПК України 1960 р. й на той час полягав насамперед у тому, що під час оцінювання доказів органи дізнання, слідчий, прокурор, суддя (суд) вільні у своїх оцінних судженнях, висновках, що мають місце як результат дослідження та розгляду всіх обставин справи. Вони оцінюють усі наявні докази по справі вільно, за своїм внутрішнім переконанням, основаним на всій сукупності обставин справи, і не обмежені під час оцінювання ніякими формальними розпорядженнями. Цей принцип оцінювання доказів полягає також у тому, що жоден доказ для суду, прокурора, слідчого та особи, яка провадить дізнання, не має наперед визначеної сили (ч. 2 ст. 67 КПК 1960 р.). Новий КПК України дещо уточнює систему принципів, систематизуючи їх у двадцять дві засади кримінального провадження, де вільне оцінювання доказів відсутнє. Натомість законодавець виокремлює самостійну ст. 94 КПК України, яка вказує, що слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному та неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінює кожний доказ з погляду належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з погляду достатності й взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення.

На нашу думку, власне оцінювання доказів судді зумовлюють об'єктивні та суб'єктивні чинники. Об'єктивні чинники – це усю дослідженні під час судового розгляду докази, надані сторонами. Судовий розгляд матеріалів кримінального провадження, вирішення заявлених у ході судового розгляду сторонами клопотань, їхнє обґрунтування, усне заслуховування показань обвинуваченого, потерпілого, свідків, оголошення протоколів слідчих (розшукових) дій, висновків експертів, спеціалістів, зміст інших документів, спрямовані на дослідження обставин справи, формують об'єктивне бачення дійсності кримінального провадження. Безпосереднє сприйняття інформації – почутої, побаченої, прочитаної, зумовлює першочергове уявлення людини про ту чи іншу подію, явище, процес. Згідно із соціологічними дослідженнями, люди загалом сприймають і запам'ятовують 10% від прочитаного, 20% від почутого; 30% від побаченого; 50% від побаченого й почутого, 70% від сказаного або написаного, 90% від сказаного під час дії. Отже, усне заслуховування показань є базовим об'єктивним чинником формування внутрішнього переконання судді і як результат цього процесу надалі – оцінювання доказів суддею в конкретному кримінальному провадженні.

Суб'єктивні чинники, які формують внутрішнє переконання судді, варто розглядати також і з погляду психології.

Із цього ракурсу вони визначатимуться такими якісними ознаками, як компетенція, професійний досвід та особистісні характеристики. Дослідження доказів, безумовно, має прямий зв'язок із правосвідомістю конкретної особи, яка уповноважена здійснювати правосуддя. І мова тут іде насамперед не про правову свідомість як систему почуттів, звичок, уявлень, оцінок, поглядів, теорій, ідей суб'єктів права, які відображають правову дійсність і оцінне ставлення до неї й відіграють, унаслідок цього, роль своєрідного регулятора їхньої поведінки в юридично значущих ситуаціях, а як «жива правосвідомість» професійних суддів, як влучно окреслив її І.А. Ільїн, указуючи, що право, закон, наказ, повноваження, обов'язок, заборона, що діють у країні, не можуть існувати поза живою правосвідомістю [15, с. 7].

На думку Ю.М. Грошевого, професійна правосвідомість судді включає в себе як систему правових ідей, що виражають інтереси суспільства у сфері правосуддя, так і систему власних правових поглядів і переконань, оцінок про справедливість або несправедливість правових норм, ефективність правового регулювання, відповідність правових приписів характеру суспільних відносин, які ця норма регулює. Чітко автор окреслює і структуру професійної свідомості, виділяючи такі її елементи: пізнавальний, оцінний, вольовий, поведінковий, а також елемент соціально-правової психології [16, с. 250].

Із цією точкою зору важко не погодитись, оскільки процес застосування закону залежить від багатьох суб'єктивних чинників, що пов'язані з особистістю судді, його відчуттям права, сукупністю поглядів і переконань. Важко також заперечити наявність зв'язку між тлумаченням закону та особистістю судді, котрий його тлумачить, тобто важливими стають за таких умов суб'єктивні чинники прийняття рішення або, ж іншими словами, психологічні ознаки формування внутрішнього переконання судді. Їх можна виокремити, на нашу думку, так:

1) індивідуальне сприйняття об'єктивної дійсності – психологічно зумовлене упередження судді (ставлення до російської мови як державної, до національних або сексуальних меншин, до представників маргінальних груп населення, малолітніх злочинців чи обвинувачених похилого віку тощо);

2) характер – упорядкована сукупність стійких, індивідуально психологічних особливостей, які формуються в процесі життєдіяльності судді й виявляються в його професійній діяльності, суспільній поведінці, ставленні до учасників кримінального провадження, колективу та інших людей, а також темперамент судді, від якого залежать динамічні особливості вияву характеру (чи є суддя холериком, флегматиком, сангвініком, меланхоліком);

3) тип світогляду судді – сукупність переконань, оцінок, поглядів і принципів конкретного судді, які визначають його найзагальніше бачення та розуміння світу, чутево-практичне ставлення до світу (релігійний, науковий, містецький тип світогляду). Певний відбиток на формування внутрішнього переконання судді в цьому контексті матиме той факт, чи є суддя християнином, атеїстом, буддистом чи мусульманином, науковцем, який усвідомлює світ через отримання істинних знань, філософом, котрий відображає дійсність у певних конкретно-чуттєвих образах, відповідно до усталених у його свідомості й світосприйнятті ідеалів, тощо;

4) фактор часу і політична ситуація (довгий час в Україні, наприклад, принцип верховенства права ототожню-

вався із принципом верховенства закону, а зараз ситуація поступово змінюється. У силу політичних подій у наш час зароджується й набуває темпів судова реформа, основною метою якої є реальна реалізація права кожного на справедливий судовий розгляд його справи незалежним, професійним і неупередженим судом та забезпечення такого рівня правової культури в суспільстві, який гарантуватиме практичну реалізацію принципу верховенства права в Україні [17]);

5) професійний досвід судді, що скеровує його поведінку. Як зазначає А.Н. Лактіонов, «... досвід являє собою таке психологічне утворення, котре надає можливість не тільки використовувати відповідні знання, уміння та навички, а й певним чином адаптуватися до умов життя, взаємодіяти з навколишнім світом, інтерпретувати події у світі й себе в цих подіях» [18, с. 145]. Керівник проекту USAID «Справедливе правосуддя» Девід Вон зазначає, що вдосконалення процесу підготовки й добору суддів неможливе без визначення переліку характеристик, професійних якостей і навичок, якими повинен володіти суддя [19]. Станом на сьогодні розроблено Методичні рекомендації щодо визначення відповідності особи, котра претендує на посаду судді, фаховим та особистісним характеристикам [20]. І хоча це ще не законодавчо закріплене джерело права, а лише нормативний документ, який об'єктивувався у статусі проекту, однак наявність постійних напрацювань у цьому контексті є свідченням того, що суб'єктивні аспекти, які формують психологічні особливості судді, його внутрішнє переконання, є важливим атрибутом професійної майстерності суддів і роль критеріїв добору суддів жодним чином не потрібно нівелювати.

Як бачимо, внутрішнє переконання судді потрібно розглядати як складне явище. Це не просто індивідуальне та суб'єктивне відчуття впевненості. Звичайно, переконання суддів є індивідуальним і суб'єктивним у тому розумінні, що воно складається в окремих людей, які вирішують справу. Але однобічно й тільки у психологічному чи лише юридичному аспектах що правову категорію в будь-якому випадку розглядати не варто. Переконання суддів спирається насамперед на їхню правосвідомість, усю сукупність поглядів, ідей, почуття справедливості (як суб'єктивний чинник формування внутрішнього переконання суддів), а також на безпосередньому дослідженні ними під час кримінального провадження доказів, усного заслуховування показань учасників кримінального провадження (як об'єктивний чинник). Саме тому в умовах реформування судової системи, динамічного оновлення законодавчої бази, упровадження міжнародних стандартів у правозастосовну практику виникає потреба спеціальної підготовки кандидатів на посаду судді, підвищення кваліфікації суддів, методичного забезпечення здійснення правосуддя в певних категоріях справ. І це виправдано, оскільки як наслідок матимемо якісно вищу компетентність судді із професійно-правовими знаннями законодавчих положень внутрішнім переконанням.

**Висновки.** Базовим чинником формування власного оцінювання доказів судді поряд із процесуальними висновками, які отримані в ході судового провадження, є так зване внутрішнє переконання, що становить сприйняття й осмислення сприйнятої інформації через призму знань матеріального та процесуального права, категорична впевненість суддів у тому, що вони дали правильну оцінку всім наявним у провадженні доказам і що висновок, яко-

го дійшли вони таким шляхом з усіх питань при судовому розгляді, є правильним, відповідає вимогам закону, нормам справедливості й жодним чином не обмежує чи звужує права людини.

Внутрішнє переконання судді підпорядковане загальним засадам кримінального провадження, законам логічного мислення, нормативно закріпленим вимогам закону про обґрунтування власного суб'єктивного переконання наявними у кримінальному провадженні об'єктивними даними. І, незважаючи на той факт, що станом на сьогодні не вироблена чітка структура формування внутрішнього переконання судді як особи, яка на професійній основі уповноважена здійснювати правосуддя, не визначені чинники, що впливають на формування внутрішнього переконання, такі категорії, як «компетентність», «професіоналізм», «якісні характеристики судді як особистості», потрібно, на думку автора, окреслити як першочергові складові, що мають безпосередній вплив на формування внутрішнього переконання. Внутрішнє переконання суддів спирається насамперед на їхню правосвідомість, усю сукупність поглядів і переконань, професійний досвід, а також на безпосереднє дослідження показань, речей, документів, заслуховування учасників судового провадження.

#### Список використаної літератури:

1. Спасович В.Д. О теории судебного-уголовных доказательств / В.Д. Спасович. – СПб., 1861. – 113 с.
2. Тертишник В.М. Научно-практический комментарий Криминального процессуального кодекса Украины / В.М. Тертишник. – К. : Алерта, 2014. – 768 с.
3. Мухин И.И. Важнейшие проблемы оценки судебных доказательств в уголовном и гражданском судопроизводстве / И.И. Мухин. – М. : МГУ, 1981. – 205 с.
4. Михеенко М.М. Принцип вільної оцінки доказів у радянському кримінальному процесі / М.М. Михеенко // Проблеми розвитку кримінального процесу в Україні. – К. : Юрінком Інтер, 1999. – С. 140–150.
5. Орлов Ю.К. Внутреннее убеждение при оценке доказательств (правовые аспекты) / Ю.К. Орлов // Вопросы борьбы с преступностью. – М., 1981. – Вып. 35. – С. 61.
6. Дроздович Н.Л. Проблемы визначення поняття внутрішнє переконання судді у кримінальному процесі України / Н.Л. Дроздович // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 3. – С. 224–228.
7. Белінська К.О. Щодо питання про суб'єкти тлумачення оціночних понять / К.О. Белінська // Правова держава. – 2013. – № 16. – С. 77–82.
8. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса / М.С. Строгович. – М. : Наука, 1968. – Т. 1. – 1968. – 468 с.
9. Коновалова В.Е. Основы юридической психологии : [учебник] / В.Е. Коновалова, В.Ю. Шепитько. – Х. : Одиссей, 2005. – 352 с.
10. Бангалорські принципи поведінки суддів від 19 травня 2006 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_j67](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_j67).
11. Кодекс суддівської етики, затверджений XI черговим З'їздом суддів України 22 лютого 2013 року (публікація в рамках проекту USAID «Справедливе правосуддя»). – С. 10.
12. Словник української мови : в 11 т. – Т. 6. – 1975. – С. 200.
13. Фурса С.Я. Цивільний процесуальний кодекс України : [науково-практичний коментар] : у 2 т. / С.Я. Фурса, С.І. Фурса, С.В. Щербак ; за заг. ред. С.Я. Фурси. – К. : Видавець Фурса С.Я. : КНТ, 2006. – Т. 1. – 2006. – С. 555.

14. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства / И.Я. Фойницкий ; под ред. А.В. Смирнова. – СПб. : Альфа, 1996. – Т. 2. – 1996. – 607 с.
15. Ильин И.А. Путь к очевидности / И.А. Ильин. – М. : Аст, Хранитель, 2007. – 47 с.
16. Грошевой Ю.М. Професійна правосвідомість судді та правоздатність рішень суду: кримінально-процесуальний аспект / Ю.М. Грошевой // Університетські наукові записки. – 2005. – № 4 (16). – С. 248–255.
17. Судова реформа [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reforms.in.ua/index.php?pageid=judicial-reform>.
18. Лактионов А.Н. Координаты индивидуального опыта / А.Н. Лактионов. – Х. : Бизнес Информ, 1998. – 492 с.
19. Виступ Девіда Вона на міжнародній науково-практичній конференції «Стандарти підготовки суддів: міжнародний досвід, завдання для України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.nsj.gov.ua/startus/tiny\\_mce/plugins/filemanager/files/Dec\\_19\\_2013\\_DMV\\_Presentation\\_NSJ\\_Conference.pdf](http://www.nsj.gov.ua/startus/tiny_mce/plugins/filemanager/files/Dec_19_2013_DMV_Presentation_NSJ_Conference.pdf).
20. Методичні рекомендації щодо визначення відповідності особи, що претендує на посаду судді, фаховим та особистісним характеристикам [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://court.gov.ua/userfiles/file/DSA/RSU\\_site/2010/Dodatok1\\_9\\_26\\_03\\_2010.pdf](http://court.gov.ua/userfiles/file/DSA/RSU_site/2010/Dodatok1_9_26_03_2010.pdf).
-



УДК 347.965

## СИСТЕМИ АДВОКАТУР ДЕРЖАВ СВІТУ: КЛАСИФІКАЦІЯ Й ТИПОЛОГІЯ

Сергій ІВАНИЦЬКИЙ,

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри загальноюридичних дисциплін

Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка

## SUMMARY

The article carried out scientific classification and typology systems of the legal profession of the states of the world. Formulated the need to use the most important for the theory and practice classificational criteria. Depending on the extent of compulsory membership in bodies of lawyer self-government justified the need for the provision of legal advice systems with voluntary or compulsory membership in bodies of lawyer self. Based on the analysis of the composition of the bar was considered reasonable for the classification it systems on homogeneous and heterogeneous. Based on the number of jurisdictions that carry out specialized regulation of the activities of certain groups of lawyers within a single state, the necessity to allocate monojurisdictional and multijurisdictional system of the bar. Depending on the extent of the powers of the national body of lawyers' self-administration identified the need to distinguish between centralized and decentralized advocacy. Considering the dominant forms of practice of lawyer and the number of related criteria selected individually-traditionalist and employed type of advocacy.

**Key words:** lawyer, professional association, advocacy, classification, typology, jurisdiction, centralization, lawyers self-government.

## АНОТАЦІЯ

У статті здійснено наукову класифікацію й типологію систем адвокатур держав світу. Визначено необхідність використання найбільш значущих для теорії й практики класифікаційних критеріїв. Залежно від ступеня обов'язковості членства в органах адвокатського самоврядування, обґрунтовано необхідність виділення систем адвокатур із добровільним або обов'язковим членством в органах адвокатського самоврядування. На підставі аналізу складу адвокатури визначено доцільність класифікації її систем на гомогенні й гетерогенні. Виходячи з кількості юрисдикцій, що здійснюють спеціалізоване регулювання діяльності певних груп адвокатів у межах однієї держави, аргументовано необхідність виділяти моноюрисдикційні й мультиюрисдикційні системи адвокатур. Залежно від обсягу повноважень загальнодержавного органу адвокатського самоврядування, визначено потребу розмежовувати централізовані й децентралізовані адвокатури. З урахуванням домінуючої форми практики адвоката та низки суміжних рис виокремлено індивідуально-традиціоналістський і найманій тип адвокатур.

**Ключові слова:** адвокат, професійна асоціація, адвокатура, класифікація, типологія, юрисдикція, централізація, адвокатське самоврядування.

**Постановка проблеми.** У сучасному світі існує велика кількість держав і правових юрисдикцій, що функціонують у їхніх територіальних кордонах. Сформовано відмінні системи адвокатур, покликаних здійснювати юридичний супровід розвитку цивілізацій.

Процеси глобалізації та євроінтеграції спонукають до взаємодії між різними правовими моделями й фахівцями, котрі їх обслуговують. Проте чинником, що утруднює міжнародну співпрацю, є широке розмаїття адвокатур у світі, без урахування специфіки якого навіть самим адвокатам не легко налагоджувати комунікації із закордонними колегами. У їхніх клієнтів-неюрисстів проблем виникає набагато більше, що в контексті нагальної потреби дослідження цих питань, з метою ефективної розбудови внутрішнього законодавства, актуалізує необхідність здійснення наукової класифікації й типології систем адвокатур держав світу.

**Актуальність теми.** В українській доктрині ці питання достатньо не висвітлені. Вітчизняні науковці [1, с. 43–48], як правило, обмежуються дослідженням елементів національної системи адвокатури. У праці «Сучасні системи адвокатури» за ред. О.Д. Святоцького відсутнє розгорнуте обґрунтування класифікації світових систем адвокатур, хоча з її змісту [2, с. 174–175] випливає, що в основу класифікаційного поділу авторами покладено вид правової сім'ї (романо-германська система адвокатури, системи адвокатури загального права, адвокатура Далекого Сходу, адвокатура

Південно-Східної Азії). Не заперечуючи можливості використання окресленого критерію, варто зазначити, що останній не завжди дає змогу простежити дію загальносистемних закономірностей, адже в межах однієї правової сім'ї функціонують істотно різні системи адвокатур. Так, наприклад, після проведеної у Великобританії в 2007 р. реформи адвокатури істотно поглибилася її відмінність від адвокатури США чи Канади за такими показниками, як побудова й управління професійними асоціаціями, сегментація професії, регламентація діяльності адвокатів тощо.

Попри те, що окремі аспекти класифікаційної диференціації систем адвокатур були предметом наукового дослідження у працях Р.Л. Абея, Ван Ден Берга, Й. Дезеле, С.О. Деханова, Г.М. Крітцера, Ф.С. Л'юїса та ін., чимало питань залишаються дискусійними й не до кінця з'ясованими, що засвідчує актуальність статті.

**Метою статті** є здійснення класифікації й типології систем адвокатур держав світу.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Класифікація є системою розподілу предметів, явищ або понять на класи, групи тощо за спільними ознаками, властивостями [3, с. 544].

Залежно від ступеня обов'язковості членства в органах адвокатського самоврядування, потрібно виділити системи адвокатур із добровільним або обов'язковим членством в органах адвокатського самоврядування.

Перша модель передбачає, що після набуття особою статусу адвоката й отримання документа, що підтверджує право практикувати (свідчення, ліцензія, патент тощо), адвокат добровільно вирішує, чи вступати йому до будь-якої професійної асоціації. Неприєднання до професійної асоціації не впливає на можливість здійснювати професійну діяльність.

Представлена система функціонує у Швеції, Норвегії, Фінляндії, Мексиці, США (штат Нью-Йорк, Колорадо, Пенсільванія, Іллінойс тощо).

Чи не найбільший інтерес становить приклад Мексики, де менше ніж 6% ліцензованих адвокатів приєдналися до однієї чи більше асоціації адвокатів. Багато адвокатських асоціацій (colegio) тут розглядаються як соціальні клуби, де учасники збираються на спільні обіди, що уособлюють належність до еліти, але жодних реальних заходів щодо підвищення професійної кваліфікації чи нагляду за дотриманням етики не здійснюються. Окремі асоціації навіть платять новим членам, насамперед з метою створення політичних зв'язків. У результаті, як свідчать результати опитувань, порушення етичних правил на практиці є досить частими й ці правила зазвичай не втілюються в життя [4, с. 45].

У межах систем адвокатур із обов'язковим членством особа отримує доступ до здійснення адвокатської діяльності лише після набуття членства у визначеній державою професійній асоціації, а його призупинення чи скасування тягне позбавлення права на заняття професією. Указана модель існує в Чехії, Угорщині, ФРН, Україні, Японії, Китаї, США (штат Каліфорнія, Луїзіана, Техас, Флорида тощо).

Системи адвокатур із обов'язковим членством в органах адвокатського самоврядування часто співіснують із добровільними професійними асоціаціями, окремі з яких є дуже авторитетними (Deutscher Anwaltverein у Німеччині, АПУ в Україні).

При цьому, обмовимося, що термін «професійна асоціація» використовується багатьма юристами в Україні у більш вузькому значенні, ніж мають його зарубіжні еквіваленти («professional association», «bar», «bar association»). Змістове поле вказаної закордонної термінології включає як обов'язкові, так й добровільні професійні асоціації адвокатів [5, с. 141, 168–169; 6, с. 73]. Українське ж законодавство останній різновид зараховує до громадських об'єднань, відмежовуючи їх від органів адвокатського самоврядування.

Окреслена класифікація допомагає краще усвідомити природу взаємовідносин між адвокатом і органами адвокатського самоврядування, глибше розкрити потенціал останніх, адже добровільні організації об'єднують і представляють лише частину членів професії; є нерідко множинними, слабкими й недостатньо скоординованими для вирішення загальних цілей корпорації. Добровільність формування часто спричиняє труднощі щодо забезпечення дотримання етики й дисципліни адвокатами, які можуть мати схильність «мігрувати» від більш суворої до менш вимогливої організації. Очевидно, і клієнтам складніше розібратися в кількох системах внутрішньої нормотворчості, окремі з яких можуть не надавати достатніх гарантій (етичних, фінансових тощо) забезпечення належної поведінки своїх членів.

Залежно від складу адвокатури, тобто осіб, яким законодавством дозволено входити до організаційних форм адвокатської діяльності або самоврядування, системи адвокатур можуть бути класифіковані на гомогенні й гетерогенні.

Перший різновид характеризується однорідністю складу суб'єктів відповідної структури. Так, за законодавством України та Польщі членами органів адвокатури можуть бути тільки адвокати.

Гетерогенні системи адвокатур містять у своєму складі не-адвокатів, які можуть бути представниками держави, академічної спільноти, громадськості тощо, причому нерідко ними є не-юристи.

У Німеччині, згідно зі ст. 60 BRAO, членами палати адвокатів є керівники адвокатських компаній, які знаходяться на території округу Верховного суду землі, якщо вони не є адвокатами.

Не-адвокати включені у ФРН й до складу органів дисциплінарної юрисдикції. Так, якщо суд у справах адвокатів (розглядає дисциплінарні справи в першій інстанції) складається виключно з адвокатів (ст. 94 BRAO), то до складу органів апеляційної (судова палата у справах адвокатів) і касаційної інстанцій (сенат у справах адвокатів Федеральної судової палати у справах адвокатів) включені професійні судді Верховного суду землі та Федеральної судової палати, відповідно (ст. ст. 100, 106 BRAO).

Професійні судді також включені до органів дисциплінарної юрисдикції адвокатури Люксембургу [7, с. 1115], Пакистану [8], Японії [9], Естонії й окремих штатів США.

Генеральний прокурор Індії (Attorney-General of India) і його фактичний заступник (Solicitor-General of India) за посадою входять до складу центрального органу адвокатського самоврядування (Bar Council of India), а їхні регіональні представники (Advocate-General of the State) ex officio уведені до складу адвокатури штату (State Bar Council). Схожою є ситуація в Пакистані, де Attorney-General for Pakistan за посадою входить до Pakistan Bar Council, а Advocate-General of the province включений до Provincial Bar Council.

Прокурори й академічні експерти входять до дисциплінарних комітетів Федерації асоціацій адвокатів Японії та регіональних асоціацій адвокатів.

Членами мультидисциплінарних партнерств і альтернативних ділових структур у багатьох державах можуть бути представники широкого кола неюридичних професій (аудитори, податкові консультанти, бухгалтери, психологи тощо).

До ухвалення у 2012 р. Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», як ми пам'ятаємо, до складу атеїстичної палати КДКА, окрім адвокатів, уходили 4 судді та по одному представнику від Ради Міністрів АРК, обласної, Київської й Севастопольської міських рад народних депутатів, управління юстиції Ради Міністрів АРК, обласної, Київської й Севастопольської міської державної адміністрації, відділення Спілки адвокатів України. У складі дисциплінарної палати було 2 судді, по одному представникові від управління юстиції Ради Міністрів АРК, обласної, Київської і Севастопольської міської державної адміністрації, відділення Спілки адвокатів України.

До складу ВККА входило по одному представникові від кожної КДКА, Верховного Суду України, Міністерства юстиції України, Спілки адвокатів України.

Гомогенність або гетерогенність складу адвокатури визначає ступінь її незалежності, фаховий і економічний потенціал, рівень об'єктивності членів колегіальних органів.

Залежно від кількості юрисдикцій, що здійснюють спеціалізоване регулювання діяльності певних груп адвокатів у межах однієї держави, можна виділити моноюрисдикційні й мультиюрисдикційні системи адвокатур.

Моноюрисдикційна система адвокатури характеризується таким: а) право здійснення адвокатської діяльності або її окремих видів резервується державою за однією категорією юристів (адвокатів), які відповідають певним вимогам; б) залишаючи на собою низку прерогатив, держава уповноважує одну професійну організацію, що об'єднує зазначених адво-

катів, здійснювати частину повноважень регуляторного та/або атестаційно-дисциплінарного характеру; в) дія єдиного законодавства щодо організації й функціонування адвокатури розповсюджується на всю територію держави.

До країн, де функціонує така система, належать Україна, Молдова, Болгарія, Угорщина.

Особливістю мультиюрисдикційних систем адвокатур є санкціоноване законодавцем функціонування в межах однієї держави кількох відмінних горизонтальних і/або вертикальних юрисдикційних систем для адвокатів, що значно диференціюються за територіальною (у кожному штаті, провінції тощо одного рівня діє власний правовий режим) або суб'єктно-функціональною ознаками (баристери й соліситори в Англії, адвокати і юрисконсульти в Польщі, адвокати й прокуратори в Іспанії). Цей тип переважно пов'язаний із формою державного устрою й частіше представлений у федеративних і конфедеративних державах (США, Канада, Австралія, Швейцарія), хоча унітарні країни також активно використовують його потенціал (Великобританія, Іспанія, Португалія, Польща, Мальта). Значно рідше зустрічаються інші критерії поділу юрисдикцій, наприклад, національно-лінгвістичний (Бельгія).

Складність досліджуваного виду визначається тим, що частою є комбінація вказаних ознак, наприклад, баристерів і соліситорів Великобританії «обслуговують» шість юрисдикцій (по дві в Англії та Уельсі, Шотландії й Північній Ірландії), окремі з яких мають кілька регуляторів. А якщо врахувати й суміжні правові професії (legal executives, licensed conveyancers тощо), британська модель надання правових послуг часто сприймається як надмірно заплутана.

Окрім того, у деяких державах діють спеціалізовані професійні асоціації адвокатів (Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation у Франції, Supreme Court Bar Association у Пакистані тощо), які, маючи окрему юрисдикцію, побудовані поза традиційними територіальними чи функціональними засадами.

Отже, якщо перший тип адвокатських систем може бути представлений у вигляді логічного ланцюга «одна професія – одна професійна асоціація – відсутність територіальних обмежень діяльності в межах держави – єдиний правовий режим організації й діяльності адвокатів», то другий має іншу конфігурацію: «одна (кілька) професія (й) – одна (кілька) професійна (их) асоціація (й) – відсутність (наявність) територіальних обмежень діяльності в межах держави (окремих регіонів) – різні правові режими організації й діяльності адвокатів».

Представлена класифікація допомагає усвідомити складність адвокатських систем певних держав як для самих адвокатів чи претендентів на здобуття адвокатського звання (у тому числі іноземних), так і для клієнтів, яким набагато важче розібратися в хитросплетіннях мультиюрисдикційних систем адвокатур під час вирішення питання про обрання адвоката для представництва своїх інтересів у першій, апеляційній чи касаційній інстанції або притягнення його до дисциплінарної відповідальності.

Залежно від обсягу повноважень загальнодержавного органу адвокатського самоврядування, потрібно розмежовувати централізовані й децентралізовані адвокатури.

Перший різновид адвокатур характеризують такі ознаки: а) наявність загальнодержавного органу (органів) адвокатського самоврядування; б) наділення цього органу (органів) компетенцією контролюючо-ревізійного характеру щодо рішень нижчих органів адвокатського самоврядування в межах атестаційного, дисциплінарного та/чи нормотворчого прова-

дження; в) обов'язковість рішень центрального органу (органів) для регіональних органів адвокатського самоврядування, можливість першого (перших) за певних умов брати участь у формуванні останніх, наявність між ними елементів субординації, ієрархії. До цієї групи належать адвокатури Польщі, України, Румунії, Болгарії, Молдови, Індії тощо.

Так, Закон Польщі «Право про адвокатуру» [10] наділяє Найвищу Раду адвокатів правом здійснення нагляду за діяльністю окружних рад адвокатів, відхилення суперечливих незаконних рішень зборів палати (ст. 58), відхилення ухвал окружних рад адвокатів згідно із законом (ст. 60).

Профільний український закон надає Раді адвокатів України повноваження із контролю за діяльністю рад адвокатів регіонів щодо внесення відомостей до ЄРАУ та надання витягів із нього, розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність рад адвокатів регіонів, їхніх голів, скасування рішення рад адвокатів регіонів (ч. 4 ст. 55).

В Індії, згідно зі ст. 48-В Закону про адвокатуру, центральний орган адвокатського самоврядування (Bar Council of India) в межах реалізації повноважень щодо загального нагляду й контролю може надати вказівки раді адвокатури штату (State Bar Council) чи будь-якому її комітетові, які убачаються необхідними, а останні мусять виконати ці настанови.

Другий різновид адвокатур характеризується відсутністю загальнодержавного органу (органів) адвокатського самоврядування або його слабкістю, «декоративним» значенням або виконанням цієї ролі громадською організацією, яка наділена переважно координувальними, загальнопредставницькими повноваженнями. За цієї моделі основні регуляторні й атестаційно-дисциплінарні повноваження зосереджені в регіональних структурах адвокатури чи інших уповноважених органах (США, Франція, Швейцарія, Мексика, Австралія, Канада), залишаючи загальнонаціональному органу повноваження рекомендаційного характеру та/чи/або «другорядні» функції підтримання зовнішньої взаємодії з адвокатурами зарубіжних держав, розробки законопроектів тощо. Такий вид взаємин є втіленням системи «сильні регіони – слабкий центр». Правовою основою побудови адвокатур є, як правило, законодавство штатів, кантонів тощо (США, Швейцарія), хоча нерідко й загальнодержавне законодавство (Франція, Греція).

Для цього різновиду побудови адвокатур нерідко характерно значне місництво, що заважає ефективному захисту загальнокорпоративних інтересів. Мінімізувати наслідки територіального «егоїзму» з різним ступенем успіху намагаються добровільні громадські організації адвокатів.

Поряд із класифікацією систем адвокатур світу проведений нами аналіз дає змогу здійснити їхню типологію. Типологія – це вид наукової систематизації, класифікації чогось за спільними ознаками [3, с. 1150]; дослідження, яке базується на порівнянні чи класифікації типів [11, с. 1068]. Будучи ускладненим різновидом класифікації, типологія за допомогою кількох критеріїв поділу надає можливість глибше зрозуміти сутність досліджуваного явища.

Нами пропонується ідеальна типологія світових систем адвокатур, що включає два типи таких систем: індивідуально-традиціоналістський і найманий. Основним критерієм їхнього поділу є домінуюча форма практики адвоката (незалежна індивідуальна діяльність або робота як найманий працівник). Додатковими рисами, які дають змогу вирізнити кожен з окреслених типів, є такі: розмір практики; форма спеціалізації, а отже, і перелік адвокатських послуг, які переважно надаються; ступінь незалежності; ідеологічні складові (цінності, ідеал, мета). Набір і співвідношення вказаних ознак визначають належність адвокатури до того чи іншого типу.



Індивідуально-традиціоналістський тип адвокатур історично є першим і панівним у світі до кінця першої половини ХХ ст. Для нього характерним є те, що адвокат надає допомогу як незалежний професіонал, який передусім керується традиційними цінностями громадського служіння задля забезпечення нужденним доступу до правосуддя й справедливості, зокрема й бідним. Реалізація адвокатами своїх функцій здійснюється в межах індивідуальної адвокатської практики (соло), «сімейних» і дрібних партнерств, у тому числі документально не оформлених невеликих асоціацій адвокатів, створених з метою спільної оплати офісних витрат. Більшість адвокатів є універсальними практиками. Основна спеціалізація, як правило, визначається сферою судового захисту (представництва), насамперед у галузі кримінального провадження.

Представниками цього типу є Франція, Іспанія, Японія, Україна, Мексика, Люксембург, Норвегія, Угорщина.

Із різким збільшенням у ХХ ст. економічної активності й розміру операторів ринку, загостренням конкуренції серед правників у надрах традиціоналістського типу почалося формування нових підходів щодо організації адвокатської діяльності задля забезпечення сталого розвитку й ефективного задоволення потреб клієнтів. Локомотивом змін виступила американська правова система, характерною рисою якої стало домінування зайнятості адвокатів у приватних і публічних структурах над незалежною індивідуальною практикою, перевищення кількості найманих адвокатів над кількістю вільних практиків. У межах цієї моделі можна виділити приватно й публічно працевлаштовані підтипи адвокатури.

Провідною формою адвокатської практики в межах першого підтипу стали середні й великі юридичні фірми. Завдяки своєму розміру, географічній розгалуженості, а також транснаціональному характерові діяльності окремих юридичних фірм, вони спроможні забезпечити високий рівень спеціалізації своїх співробітників-адвокатів, надати складні й нетипові послуги, обслуговувати й вирішувати увесь спектр правових проблем великих клієнтів (корпорації, урядові органи тощо). Більша частина роботи таких адвокатів не пов'язана із судовим захистом (представництвом) і спрямована на запобігання виникненню правових конфліктів (консультаційно-договірна робота).

Будучи орієнтованими переважно на обслуговування потреб бізнесу, юридичні фірми перейняли підходи своїх клієнтів до власної організації й діяльності. Професія стала сприйматися як бізнес. Оновлена професійна ідеологія визнала пріоритетним досягнення адвокатами-службовцями високих економічних показників юрфірми (прибуток фірми, додана економічна вартість, окупність інвестицій, прибуток на партнера тощо), а отже, поряд із традиційними було дозволено практикувати в межах більш адекватних поставленим завданням ділових структур корпоративного типу (LLP, ABS тощо), застосовувати відповідні методи (маркетинг, аутсорсинг тощо).

Важливість швидкої та узгодженої концентрації зусиль на вирішенні мінливих потреб ринку зумовила необхідність зміни моделі управління, ієрархічної побудови системи прийняття рішень, що призвело до обмеження автономії адвоката. У межах окремих моделей професійної практики (MDP, ABS тощо) допускається контроль адвокатів з боку не-юристів (власників, менеджерів).

Окрім юрфірм, чи не кожне середнє або велике підприємство, корпорація укладає трудові угоди з адвокатами, формуючи власний юридичний департамент (управління, відділ тощо).

Зросла й роль держави у працевлаштуванні адвокатів, яка в деяких країнах перетворилася на найбільш бажаного й великого роботодавця. Публічно працевлаштований (бюрократичний) підтип адвокатури також характеризується наявністю субординаційних відносин між начальником і адвокатом-підлеглим.

Основними представниками найманого типу адвокатур є США й Великобританія.

Варто зазначити, що індивідуально-традиціоналістський і найманий типи адвокатур рідко представлені в «чистому» вигляді. Як правило, переважає та чи інша модель, що, з одного боку, визначає своєрідність конкретної національної системи, її неповторне «обличчя», рівень авторитету серед населення, а з іншого – її відповідність загальним рисам, властивим відповідному типу адвокатур.

**Висновки.** Отже, залежно від ступеня обов'язковості членства в органах адвокатського самоврядування, потрібно виділити системи адвокатур із добровільним або обов'язковим членством в органах адвокатського самоврядування; на підставі аналізу складу адвокатури її системи можуть бути класифіковані на гомогенні й гетерогенні; виходячи із кількості юрисдикцій, що здійснюють спеціалізоване регулювання діяльності певних груп адвокатів у межах однієї держави, варто виділяти моноюрисдикційні й мультиюрисдикційні системи адвокатур; залежно від обсягу повноважень загальнодержавного органу адвокатського самоврядування, потрібно розмежовувати централізовані й децентралізовані адвокатури, а з урахуванням домінуючої форми практики адвоката та низки суміжних рис доцільно виділити індивідуально-традиціоналістський і найманий тип адвокатур.

#### Список використаної літератури:

1. Бакаянова Н.М. О совершенствовании системы органов адвокатского самоуправления в Украине / Н.М. Бакаянова // *Leges et Vita*. – 2015. – № 7-1. – С. 43–48.
2. Сучасні системи адвокатури / за ред. О.Д. Святоцького. – К. : Право України, 1993. – 176 с.
3. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К. ; Ірпін'я : ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.
4. Legal profession reform index for Mexico. – Washington : American Bar Association, 2012. – 62 p.
5. Black's Law Dictionary / Editor in chief Bryan A. Garner. – Ninth edition. – Dallas : West Publishing, 2009. – 1920 p.
6. Longman Dictionary of American English. – Special edition. – Harlow : Pearson Education Limited, 2009. – 1167 p.
7. Loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat // *Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg*. – 1991. – № 58. – P. 1110–1119.
8. Legal Practitioners and Bar Councils Act: adopted by the National Assembly and received the assent of the President of Pakistan on the 22nd February 1973 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pakistanbarcouncil.org/wp-content/uploads/2012/12/4.pdf>.
9. Attorney Act of Japan: promulgated in 10 June 1949 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.mizogami.gr.jp/english/images/Attorney\\_Acts\\_of\\_Japan.pdf](http://www.mizogami.gr.jp/english/images/Attorney_Acts_of_Japan.pdf).
10. Prawo o adwokaturze: Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://prawo.legoo.pl/prawo/ustawa-z-dnia-26-maja-1982-r-prawo-o-adwokaturze/art-38/?on=06.05.2015>.
11. New Webster's Dictionary and Thesaurus of the English Language. – Dunbar : Lexicon publications, 1993. – 1248 p.



УДК 343.132

## ОСОБЛИВИ ПОРЯДКИ МІЖНАРОДНОГО РОЗШУКУ ОСІБ, ЯКІ ВЧИНИЛИ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ

Олеся ЛЯШУК,

доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики  
Національного університету державної податкової служби України

### SUMMARY

In article practical questions concerning allocation of special orders of the international wanted of the persons who committed a criminal offense in the territory of Ukraine on the basis of the criteria determined by the author are considered. The directions of a solution of the problem of delivery of the person on the example of the states Anglo-American and Romano German law systems without existence of the contract are analyzed. Is defined that the conclusions of the universal contract between all member countries of the Interpol by which the general principles of delivery of the persons who made a criminal offense will be provided an effective step of the Interpol is confirmed by statistics and the conducted survey. The question of application of the "simplified" order of the international wanted of persons is considered and practical need for its application in Ukraine is defined. The role of social networks in the international wanted is characterized and its mechanism is supposed.

**Key words:** international wanted, extradition, law enforcement, international treaty, Interpol.

### АНОТАЦІЯ

У статті розглядаються практичні питання щодо виокремлення особливих порядків міжнародного розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення на території України, на основі визначених автором критеріїв. Аналізуються напрями вирішення проблеми видавання особи на прикладі держав англо-американської та романогерманської систем права без наявності договору. Визначається, що ефективним кроком Інтерполу буде укладання універсального договору між усіма країнами-членами Інтерполу, яким передбачатимуться загальні засади видавання осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, що підтверджується статистичними показниками та проведеним опитуванням. Розглядається питання щодо застосування «спрощеного» порядку міжнародного розшуку осіб і визначається практична необхідність у його застосуванні в Україні. Характеризується роль соціальних мереж у здійсненні міжнародного розшуку та передбачається механізм їхньої дії.

**Ключові слова:** міжнародний розшук, видавання, правоохоронні органи, міжнародний договір, Інтерпол.

**Постановка проблеми.** Міжнародний розшук осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, є доволі складною процедурою, потребує використання додаткових сил і ресурсів, оскільки в цьому випадку залучаються правоохоронні органи іноземних держав і міжнародні організації.

Організація міжнародного розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення на території певної держави, здійснюється визначеними законодавством країн способами: із використанням можливостей Інтерполу або, відповідно до укладених договорів між певними державами, на підставі запиту. Ураховуючи досвід зарубіжних держав, можемо стверджувати, що в деяких випадках розшук осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, за межами певної держави має модифікований характер. Це зумовлено кількома факторами:

- 1) швидким розвитком науково-технічного прогресу;
- 2) прогалинами в урегулюванні деяких процесуальних аспектів міжнародного розшуку з метою видавання (екстрадиції);

- 3) територіальною наближеністю держав.

**Актуальність теми.** Теоретичним підґрунтям дослідження стали наукові праці вчених як України, так і інших держав, зокрема Ю.П. Аленіна, Р.А. Вергелеса, О.В. Батюка, Н.Г. Гасімова, А.В. Дунаєвої, Г.О. Душейка, С.С. Жигняка, О.А. Калганової, О.Н. Карпова, Д.О. Компанійця, І.В. Лешукової, Л.В. Максимів, Є.О. Наливайка, В.А. Некрасова, І.С. Нуруллаєва, І.В. Путової, В.Б. Смеліка, М.І. Смирнова, В.В. Топчія, П.В. Цимбала, Ю.М. Черноус та ін.

**Метою статті** є виокремлення на основі аналізу наукових праць і норм законодавства особливих порядків міжнародного розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, й теоретичне обґрунтування напрямів вирішення проблеми видавання правопорушників без відповідного договору й використання соціальних мереж у процесі його здійснення.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** До особливих порядків здійснення міжнародного розшуку осіб ми зараховуємо використання соціальних мереж. Їхню роль у процесі формування особи злочинця доречно розглядати через призму положень теорії соціалізації, згідно з якою до злочинної поведінки схильні люди, формування особистості яких відбувалося в умовах заохочення або ігнорування окремих елементів девіантної поведінки (насилство, аморальність). Зазначимо, що кожен користувач Інтернету може стати потенційним злочинцем, оскільки, беручи до уваги наявність у соціальних мережах великої кількості продукції, що зображує сцени насильства, жорстокості, відсутність цензури, можна припустити існування антисупільного впливу на соціалізацію особистості. Крім того, важливе значення має вплив малих соціальних груп, у яких вона перебуває, у тому числі й віртуальних. Усе це зумовлює використання соціальних мереж у розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення та перебувають від правосуддя.

Використання сучасних інформаційних технологій під час міжнародного розшуку осіб зумовлено тим, що особи, які вчинили кримінальне правопорушення, можуть пере-

бувати в різних країнах світу. Тому для протидії такому негативному явищу особливе значення має посилення й удосконалення міжнародного співробітництва в цій сфері, підвищення його ефективності.

Варто зазначити, що соціальні мережі в процесі пошуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, уже тривалий час використовуються правоохоронцями низки держав. Працівники правоохоронних органів намагаються використовувати нові технології, зокрема й ті, що отримані завдяки наявності соціальних мереж, для виявлення, розслідування та запобігання кримінальним правопорушенням. Ними здійснюється постійний моніторинг підозрілих блогів, чатів, сайтів з метою отримання оперативної значимої інформації.

Зокрема, на сьогодні соціальні мережі широко використовуються правоохоронними органами зарубіжних країн як засіб для зв'язків із громадськістю, у тому числі з метою отримання криміналістично значимої інформації. Так, наприклад, співробітники районного управління внутрішніх справ Приморського району м. Санкт-Петербурга ще в 2007 р. в соціальній мережі «ВКонтакте» відкрили групу «Злочинність у Приморському», яка й на сьогодні є досить популярною. Група містить корисну інформацію довідкового характеру, відеозаписи, на яких зафіксовано окремі кримінальні правопорушення, фотографії осіб, оголошених у розшук, відомості про розкриті злочинні діяння. Користувачі позитивно оцінюють запровадження «поліцейської» сторінки та різними способами надають допомогу. Завдяки допомозі громадськості, правоохоронцями досягнуто суттєвих результатів у встановленні місць перебування й затриманні розшукуваних осіб [8]. У Великобританії правоохоронці також використовують соціальні мережі як засіб зв'язку із громадськістю. Так, поліція графства Великий Манчестер створила обліковий запис мережі Twitter. У мікроблозі цього ресурсу публікують важливі повідомлення, кримінальні відомості, дані про осіб, оголошених у розшук. При цьому британські правоохоронці офіційно визнали важливу роль соціальних мереж у запобіганні та розслідуванні кримінальних правопорушень і включили відповідний курс у програму підготовки молодих співробітників [1]. Усе це свідчить про перспективність використання соціальних мереж з метою протидії деструктивній діяльності в суспільстві.

Варто звернути увагу на досвід США у використанні соціальних мереж при розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, за кордоном. Досить ефективним є моніторинг соціальних мереж, що проводиться підрозділом поліції Нью-Йорка, який було сформовано у серпні 2012 р. Завданням цього підрозділу є стеження за правопорушниками в соціальних мережах. Співробітники вже заарештували близько 50 членів злочинних угруповань після спостереження за їхньою активністю в соціальній мережі Facebook [9]. Цікавими є програми, розроблені вченими для виявлення протиправних діянь і надання допомоги правоохоронним органам. Так, швейцарські вчені – дослідницька група з Лабораторії аудіовізуальних комунікацій при Федеральній політехнічній школі Лозанни, розробили алгоритм, що дає змогу сприяти роботі правоохоронних органів у розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення. Використовуючи цей алгоритм, можливо точно визначити джерело суспільно небезпечної інформації, що масово тиражується в соціальних мережах.

Досить цікавою є розробка Facebook сайту Connected To The Case для допомоги громадян поліції у розсліду-

ваннях за допомогою краудсорсингу (англ. crowdsourcing, crowd – «натовп» і sourcing – «використання ресурсів») – рішення суспільно значущих завдань силами добровольців. Користувачі можуть зайти на сайт, указавши свій акаунт у соціальній мережі. Сервіс буде отримувати дані з профілю в Facebook і визначати, у розслідуванні яких справ людина зможе допомогти поліції. Система заводить на кожного користувача кілька ключових міток і з'ясовує, які місця й коли він відвідував, із ким спілкувався тощо. Потім система зіставляє цю інформацію з базою нерозкритих кримінальних правопорушень, визначаючи, по якому з них користувач міг би стати свідком. Крім того, у Connected To The Case реалізовано можливість відіслати анонімне повідомлення про кримінальне правопорушення [11].

Конкурс Tag був організований Державним департаментом США, щоб дізнатися, чи можуть соціальні медіа допомогти федеральним органам установлювати осіб, які вчинили кримінальне правопорушення. Його прототипом став конкурс «Червона куля», який у 2009 р. був запропоновано Управління перспективних досліджень Міністерства оборони США (DARPA) [12].

Сутність цього конкурсу полягала у створенні системи заохочень. Призовий фонд становив 5 тисяч доларів США. Кожна особа, яка надіслала фотографію підозрюваного, отримувала 500 доларів США. Якщо ж автором фотографії була особа, яку ви запросили взяти участь у конкурсі, ви отримували ще 100 доларів США. Крім того, рекрутерам із числа перших двох тисяч добровольців давали 1 долар США за кожного зареєстрованого ними нового учасника. Зазначимо, що такий конкурс став досить результативним.

Варто звернути увагу на те, що вчені розробили додаток для смартфонів на базі ОС Android. Це давало учасникам змогу переглядати список підозрюваних і відправляти фотографії прямо з мобільного телефону [12].

Схожий процес використання соціальних мереж притаманний і деяким землям ФРН. У 2013 р. на конференції, що проходила в Оснабрюці, міністр внутрішніх справ офіційно оголосив про введення в практичну діяльність процедури розшуку осіб, котрі вчинили кримінальне правопорушення, за допомогою соціальної мережі Facebook. Проте є низка проблем, які успішно були вирішені до цього: захист персональних даних і знищення інформації про розшукові дії після завершення досудового розслідування.

Варто зазначити, що аналогічну систему розробляли й в Україні під керівництвом доктора фізико-математичних наук, професора, член-кореспондента НАН України А. В. Анісімова. Перша версія системи моніторингу активності користувачів соціальної мережі Twitter сьогодні вже працює. Вона призначена для збирання інформації про хід соціальних процесів і явищ через їхнє відображення в соціальній мережі Twitter. Зібрані системою статистичні дані призначені для подальшого оброблення експертами. Система здатна візуалізувати зібрані дані у вигляді діаграм. Збирання інформації відбувається за допомогою ключових слів і фраз. Крім збирання даних, система здатна виробляти їхній первинний семантичний аналіз за шкалою полярностей: позитивний, нейтральний, негативний. Також система містить модуль кластеризації, застосований для формування груп із тематично схожих текстів, що дає змогу визначати найбільш актуальні події в межах проведеного дослідження на певному часовому проміжку. На жаль, через відсутність фінансування подальшу розробку призупинено. На сьогодні Україна перебуває осторонь цих суспільно-корисних позитивних процесів. Це пов'язано

з відсутністю правових норм, які б регламентували таку діяльність загалом і використання спеціальних методів «дослідження цільової аудиторії». На наше переконання, одним із достатньо ефективних засобів припинення протиправної діяльності, а отже, забезпечення прав і свобод наших громадян повинен стати так званий правоохоронний моніторинг, функцію якого законодавець має покласти із відповідністю визначенням компетенції на правоохоронні органи, наділені правом здійснення оперативно-розшукової діяльності, насамперед на МВС України та СБ України.

Процедурою, яка відрізняється від звичайної процедури міжнародного розшуку, є здійснення міжнародного розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, за відсутності договору про видавання (екстрадицію). Мова йде про випадки, коли підозрюваний, обвинувачений чи засуджений у кримінальному провадженні, відкритому на території однієї держави, переходить на територію іншої держави або коли свідки, інші учасники кримінального провадження чи певні документи, що мають значення для справи, знаходяться не на території держави, на якій розслідується або розглядається кримінальне провадження. З метою виконання завдань кримінального провадження в таких ситуаціях держави звертаються одна до однієї про розшук обвинуваченого або підозрюваного, його затримання, а також про його видавання з метою притягнення до кримінальної відповідальності й про здійснення слідчих (розшукових) чи інших процесуальних дій, без яких неможливі досудове розслідування, судовий розгляд або виконання вироку суду.

На нашу думку, це забезпечує реалізацію засади рівності всіх перед законом, адже людина, яка вчинила кримінальне правопорушення, тим самим порушила закон і за це повинна відповідати. Призначаючи покарання, суд зобов'язаний дослідити всі матеріали кримінального провадження, а також дотримуватись засади індивідуалізації кримінальної відповідальності, яка вимагає, щоб кримінальна відповідальність і призначення покарання були максимально конкретизовані, індивідуалізовані, виходячи із конкретних обставин учиненого кримінального правопорушення та з урахуванням винуватої особи. Саме тому міжнародна співпраця є важливою складовою об'єктивності кримінального провадження, тому що зі спрощенням процедури перетину кордону злочинець може переховуватись від правосуддя на території іншої країни [5, с. 56–68].

Видавання (екстрадиція) посідає важливе місце серед процесуальних дій у кримінальному процесі України. На це вказують і статистичні показники. У першому півріччі 2009 р. здійснено 201 екстрадицію осіб до України, що свідчить про суттєве підвищення ефективності роботи з міжнародного розшуку та видавання осіб. Водночас упродовж цього часу конвойні групи МВС здійснили приймання в аеропортах іноземних держав 6 засуджених. За наявною в НЦБ Інтерполу інформацією, на сьогодні компетентні органи іноземних держав прийняли рішення про передавання до України ще 12 засуджених й видавання 3 осіб. Крім того, розглядається питання щодо надання згоди на передавання до України ще 61 особи, які підлягають екстрадиції. Загалом на цей час правоохоронні органи України оголосили в міжнародний розшук понад 750 осіб, яких ще потрібно законним шляхом доправити до наших теренів [3].

У 2014 р. іноземними правоохоронними органами надіслано 61 запит про видавання осіб, а правоохоронні органи України надіслали 158 звернень про видавання осіб, які вчинили кримінальне правопорушення.

У цьому випадку насамперед необхідно з'ясувати, чи є договір (угода) про надання правової допомоги з цією країною, чи входить вона в Інтерпол, як саме треба контактувати з цією країною (звертатися до Генеральної прокуратури для встановлення контактів з метою проведення слідчих дій в іншій країні або здійснювати це через Генеральну прокуратуру й Міністерство закордонних справ України у випадку, якщо немає угоди про надання правової допомоги, на умовах взаємності при відповідних зверненнях, у межах так званої міжнародної ввічливості). На сьогодні ж практика йде шляхом установа контакту через Міністерство закордонних справ України або через Генеральну прокуратуру (відповідно до рівня відносин із країною); водночас установаються контакти через бюро Інтерполу, щоб продублювати й прискорити виконання міжнародного слідчого доручення запитуваною стороною [7, с. 176].

Однак на практиці зустрічаються випадки, коли у видаванні (екстрадиції) осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, запитувана країна відмовляє. Однією з основних причин відмови є відсутність відповідних договорів між країнами. Усе це негативно впливає на процес розслідування кримінальних правопорушень, адже на практиці майже в усіх випадках запитувана держава відмовляє у видаванні (екстрадиції) особи, яка вчинила кримінальне правопорушення.

Тут варто наголосити, що міжнародний розшук і видавання (екстрадиція) особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, є різними, але тісно взаємопов'язаними процесуальними діями. Так, міжнародний розшук особи, що вчинила кримінальне правопорушення, з метою видавання (екстрадиції) в обов'язковому порядку передбачає в подальшому її видавання державі, яка надіслала запит. Видавання (екстрадиція) здійснюється на підставі міжнародних договорів, укладених між державами. За відсутності такого договору де-юре відсутній механізм притягнення особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, що переховується за кордоном, до кримінальної відповідальності. Це питання наразі є відкритим перед усіма країнами та потребує ґрунтовного наукового осмислення.

Проаналізувати це питання можна на прикладі формування міжнародних відносин у протидії злочинності України з США. На сьогодні між цими державами підписана угода про надання взаємної правової допомоги, проте угоди про видавання (екстрадицію) ще не підписано (переговорний процес триває близько 15 років). Це дуже важливе питання, оскільки такий стан відносин є формальною підставою, щоб не видавати Україні тих осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, що становлять інтерес для українських правоохоронних органів. Така сама ситуація між Великобританією та РФ. Громадяни РФ, які порушили закон, бажають жити в країнах, із якими у РФ немає двосторонніх угод про видавання (екстрадицію). Наприклад, Великобританія саме з цієї причини не видає РФ кілька осіб, щодо яких відкрито кримінальні провадження. Тому поки на міждержавному рівні не буде змінений механізм видавання тих осіб, інформація про яких знаходиться в базах Інтерполу, говорити про стовідсоткову ефективність і завершеність пошукових операцій не варто [10].

Країни, із якими існує договір про екстрадицію, – це всі країни Європи, оскільки всі країни є підписантами Європейської конвенції про екстрадицію, у тому числі країни СНД, із якими взаємодія відбувається на підставі



Мінської конвенції від 1993 р. Ще значна кількість країн, із якими договори про екстрадицію були підписані ще за часів існування Радянського Союзу, – Індія й багато арабських країн.

Ще одним досить поширеним способом уникнути видавання особи є надання їй громадянства тієї країни, де вона переховується (це стосується не тільки США). Але є низка міжнародних угод, що передбачають передавання кримінального провадження до іншої держави в разі, коли особу, яка вчинила кримінальне правопорушення, не передадуть, однак працівники правоохоронних органів нечасто їх використовують.

У галузі видавання осіб (екстрадиції), які вчинили кримінальне правопорушення, схожа ситуація виникає із РФ. Наявні окремі ситуації, коли деякі особи, які вчинили кримінальне правопорушення, отримують громадянство РФ, у результаті чого їм надається гарантований державний захист від видавання (екстрадиції). Прикладом є справа Д., затриманого кілька місяців тому у РФ за низку кримінальних правопорушень, якого українські правоохоронні органи підозрюють у причетності до серії тяжких злочинів і досі намагаються екстрадувати до України [3].

Іншим проблемним аспектом видавання (екстрадиції) є відсутність законодавчого механізму реалізації норм відповідних конвенцій і двосторонніх міжнародних договорів України. Наприклад, порядок виконання європейських конвенцій із питань кримінального судочинства передбачений лише на рівні відомчих нормативно-правових актів, які здебільшого між собою не узгоджені й не враховують сучасної практики вирішення питань, пов'язаних із екстрадицією. Певну ясність у питання внесли роз'яснення Пленуму Верховного Суду України, проте з практичного погляду потрібно імплементувати положення міжнародних договорів України з питань кримінального судочинства в національне законодавство.

Зазначимо, що серед науковців виникають суперечки з цього питання. Одним зі способів вирішення зазначеної проблеми було запропоновано утримання від оголошення в міжнародний розшук осіб, які вчинили кримінальні правопорушення невеликої й середньої тяжкості. Однак це призведе до порушення норм кримінального та кримінального процесуального законодавства, створення умов для уникнення відповідальності.

Українське бюро Інтерполу пропонує активніше використовувати метод запобігання виїзду таких осіб за кордон, зокрема через співпрацю із Державною прикордонною службою України. Адже за наявності достатніх правових підстав правоохоронні органи мають право надавати прикордонній службі доручення, зокрема щодо заборони виїзду громадян України або іноземців та осіб без громадянства із їх тимчасовим затриманням. Такі механізми мають застосовувати слідчі у своїх діяльності [3].

Ще одним способом вирішення проблеми видавання (екстрадиції), який пропонується науковцями, є направлення міжнародно-правового доручення в межах надання міжнародної правової допомоги в порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом України. Правоохоронні органи України можуть передати матеріали кримінального провадження працівникам правоохоронних органів іноземної держави для розслідування або безпосередньо прибути в державу й проводити певні заходи в процесі досудового розслідування.

За відсутності міжнародного договору про видавання (екстрадицію) міжнародна правова допомога може бути

надана на підставі запиту іншої держави чи здійснена на засадах взаємності [6]. Це означає, що запитувана держава може виконати дії, передбачені в запиті, за умови узгодження взаємних дій, які повинна буде виконати сторона в майбутньому. Дуже часто на практиці запитувана сторона просить про виконання процесуальних дій, які є невідгідними для іншої держави та можуть завдати шкоди її інтересам, тому цей принцип на практиці майже не використовується.

Проаналізовані способи вирішення проблеми видавання (екстрадиції) за відсутності відповідного договору є теоретичними, на практиці майже не використовуються. Про це свідчать результати проведеного нами опитування: 51% слідчих і 50% прокурорів зазначили про необхідність укладення універсального договору щодо видавання. Варто зазначити, що Інтерпол завжди вказував на необхідність укладення двосторонніх (багатосторонніх) договорів про правову допомогу, прийняття законів про видавання, у яких передбачалася б процедура екстрадиції, у тому числі й країнами, із якими не укладено такий договір. Наприклад, Великобританія та США підписали в 1842, 1889 і 1900 рр. три договори, які перераховують кримінальні правопорушення, при вчиненні яких особи можуть бути видані. РФ також володіє широкою двосторонньою договірною базою, що регулює питання видавання осіб, які вчинили кримінальне правопорушення.

На нашу думку, у цьому випадку ефективним кроком Інтерполу буде укладання універсального договору між усіма країнами-членами Інтерполу, яким передбачатимуться загальні засади видавання осіб, котрі вчинили кримінальне правопорушення. У своїх зверненнях Генеральна Асамблея просила ООН прискорити прийняття такої угоди. Але країни пішли іншим шляхом, уклавши регіональні угоди (наприклад, Європейську конвенцію про видачу кримінальних злочинців 1957 р., Панамериканську конвенцію щодо екстрадиції 1981 р., Конвенцію щодо екстрадиції Економічного Співтовариства Західноафриканських держав 1994 р.; у межах СНД – Конвенції про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р.). Проте укладання регіональних конвенцій не перешкоджає укладанню універсального договору, у якому визначатимуться основоположні засади видавання осіб, котрі вчинили кримінальне правопорушення, і на який можна буде посилатись у разі відсутності двостороннього договору між державами. На нашу думку, такий варіант є найбільш оптимальним, дає змогу зберегти час і матеріальні ресурси, а головне – відповідає завданню кримінального процесу, яке проголошене в усіх універсальних конвенціях – притягнення винуватого до кримінальної відповідальності.

Аналізуючи норми міжнародних договорів, ми дійшли висновку, що організація міжнародного розшуку осіб здійснюється за допомогою запитів та інших звернень, що направляються компетентними органами запитувачої держави компетентним органам запитуваної держави.

Однак деякі міжнародні договори (наприклад, Договір держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав про міждержавний розшук осіб від 10 грудня 2010 р.) передбачають спрощений порядок міжнародного розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення [2, с. 512–516]. Сутність його полягає у здійсненні розшукових дій без відповідного запиту. Запитуюча сторона має право по своїх каналах звернутись до правоохоронних органів іноземної держави та попросити здійснити всі дії для встанов-



лення місцезнаходження особи, яка вчинила кримінальне правопорушення. Але сторона має право на звернення лише тоді, коли «є підстави вважати, що вона (справа) становить інтерес для цієї Сторони» [4]. Звертаємо увагу на той факт, що це положення міжнародного договору не конкретизовано, тому питання щодо його реалізації державами-учасниками СНД залишається відкритим. З одного боку, воно надає право використовувати всі необхідні способи та прийоми для встановлення значимості розшуку суспільно небезпечних осіб для держави, а з іншого – створює необхідні умови для розшуку осіб, які переслідуються з політичних чи інших мотивів. Окрім того, за відсутності запиту про організацію міждержавного розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, відсутні правові й процесуальні підстави його здійснення; також при цьому не обов'язково надавати матеріали, які стосуються необхідності розшуку саме цієї особи. Це надає можливість державам-учасникам договору по-своєму трактувати його норми та використовувати їх на власний розсуд, що надалі може призвести до порушення прав і основоположних свобод людини та громадянина.

Усе перераховане вище підтверджують і норми Кримінального процесуального кодексу України. Так, запит про надання міжнародної правової допомоги повинен бути складений у письмовій формі, але в невідкладних випадках може бути надісланий електронним способом з обов'язковим подальшим направленням його оригіналу [6]. На нашу думку, таке положення повністю відповідає міжнародним договорам і здатне мінімізувати кількість випадків щодо порушення прав людини.

Тому «спрощений порядок» міжнародного розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, є недовим і таким, що суперечить нормам міжнародних договорів. На практиці це може призвести до притягнення невинуватих осіб до кримінальної відповідальності, адже надає можливість слідчим шукати фактично будь-яку особу.

**Висновки.** Вивчаючи досвід зарубіжних держав у розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, за кордоном, можна виокремити його особливі порядки, які відрізняються від звичайної процедури міжнародного розшуку, зокрема установити особливі порядки міжнародного розшуку осіб, які вчинили кримінальне правопорушення: 1) здійснення міжнародного розшуку злочинців із використанням соціальних мереж; 2) здійснення міжнародного розшуку злочинців за відсутності договору про видавання (екстрадицію); 3) здійснення міжнародного розшуку злочинців без надіслання відповідного запиту (спрощений порядок міжнародного розшуку).

### Список використаної літератури:

1. Британскую полицию научат находить преступников в Twitter и Facebook // Офиц. сайт «Финам» [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://internet-search.ru>.
2. Власова Г.П. Сутність та завдання спрощеного кримінального судочинства / Г.П. Власова // Актуальні проблеми держави і права. – 2011. – Вип. 57. – С. 511–516.
3. Всі таємниці екстрадиції // Офіц. сайт Інтернет. – 2010. – 10 серп. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://tema.in.ua/article/4951.html>.
4. Договір держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав про міждержавний розшук осіб від 10 груд. 2010 р. № 997\_п30 // Офіц. сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997\\_п30](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_п30).
5. Карпенко М.І. Міжнародне співробітництво у кримінальному провадженні / М.І. Карпенко, О.О. Швець // Юрид. наука. – 2013. – № 8. – С. 56–68.
6. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квіт. 2012 р. № 4651-VI (станом на 26 берез. 2015 р.) // Офіц. сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651%D0%B017/print1329932-924471646>.
7. Лешукова І.В. Процесуальні особливості міжнародної співпраці слідчих органів внутрішніх справ України при розв'язанні питань про видачу (екстрадицію) / І.В. Лешукова // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 11. – С. 175–179.
8. Милиция осваивает сеть «ВКонтакте» // Офиц. сайт Интернет-издания «Компюлента». – 2008. – 16 янв. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://net.compulenta.ru>.
9. Поліція США затримала півсотні злочинців завдяки Facebook // Офіц. сайт журналу «Кореспондент». – 2012. – 13 верес. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ua.korrespondent.net/world/1394544-policiya-ssha-zatrimala-pivсотnizlochinciv-zavdyaki-facebook>.
10. Ромачев Р.В. Интерпол ищет преступников через российские социальные сети / Р.В. Ромачев // Офиц. сайт «Риановости». – 2010. – 26 нояб. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://romachev.ru/?p=1210>.
11. Стартап сразится с преступностью при помощи Facebook // Офиц. сайт «Вести.ru». – 2012. – 2 окт. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://internetua.com/startap-srazitsya-s-prestupnostua-pri-pomosxi-Facebook>.
12. Социальные сети взялись за розыск преступников // Офиц. сайт газеты “DonbassUA”. – 2012. – 6 апр. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://donbass.ua/news/technology/internet/2012/04/06/socialnye-seti-vzjalis-za-rozysk-prestupnikov.html>.

УДК 343.13

## ДЕЯКІ АСПЕКТИ РОЗГЛЯДУ СЛІДЧИМ СУДДЕЮ КЛОПОТАННЯ ПРО ТИМЧАСОВИЙ ДОСТУП ДО РЕЧЕЙ І ДОКУМЕНТІВ

**Марк МАКАРОВ,**  
кандидат юридичних наук,  
здобувач кафедри кримінального процесу  
Національної академії внутрішніх справ

### SUMMARY

Some aspects of the consideration of the application by the investigating judge of the parties of criminal proceedings on the temporary access to the things and documents. Offers pertaining improvement of the Criminal Procedure Code provisions within the context of the research subject have been defined and substantiated.

**Key words:** application, party to the criminal proceedings, temporary access to things and documents, consideration, investigating judge.

### АНОТАЦІЯ

Досліджено деякі аспекти розгляду слідчим суддею клопотання сторін кримінального провадження про тимчасовий доступ до речей і документів. Сформульовано й обґрунтовано пропозиції стосовно вдосконалення норм кримінального процесуального кодексу України в контексті предмета дослідження.

**Ключові слова:** клопотання, сторони кримінального провадження, тимчасовий доступ до речей і документів, розгляд, слідчий суддя.

**Постановка проблеми.** Згідно з п. 5 ч. 2 ст. 131 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) одним із заходів забезпечення кримінального провадження є тимчасовий доступ до речей і документів, застосування якого регламентовано главою 15 кодексу. Цей захід полягає в наданні сторони кримінального провадження особою, у володінні якої знаходяться такі речі й документи, можливості ознайомитися з ними, зробити їх копії та в разі прийняття відповідного рішення слідчим суддею, судом вилучити їх (здійснити їх виїмку).

**Стан дослідження.** Проблематику порядку тимчасового доступу до тих чи інших речей і документів розглядали С. Андрусенко, І. Глобюк, О. Гумін, М. Климчук, Б. Куспись, В. Люліч, О. Остапенко, В. Сліпченко, Н. Сотник, Г. Філоненко, В. Фінагесв, І. Цюприк, С. Чернявський, С. Шульгін та інші науковці.

**Метою статті** є висвітлення деяких недостатньо досліджених і дискусійних питань розгляду слідчим суддею клопотання сторін кримінального провадження про застосування цього заходу.

Згідно зі ст. 160 КПК України сторони кримінального провадження мають право звернутися до слідчого судді з клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів, за винятками, вказаними в ст. 161. Слідчий має право звернутися з таким клопотанням за погодженням із прокурором.

У цьому клопотанні зазначено: 1) короткий виклад обставин кримінального правопорушення, у зв'язку з яким подається клопотання; 2) правова кваліфікація кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність; 3) речі й документи, тимчасовий доступ до яких планується отримати; 4) підстави вважати, що речі й документи перебувають або можуть перебувати у володінні відповідної фізичної або юридичної особи; 5) значення речей і документів для встановлення обставин у кримінальному про-

вадженні; 6) можливість використання як доказів відомостей, що містяться в речах і документах, та неможливість іншими способами довести обставини, які передбачається довести за допомогою цих речей і документів, у випадку подання клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю; 7) обґрунтування необхідності вилучення речей і документів, якщо відповідне питання порушується стороною кримінального провадження.

У КПК України не визначено, яке рішення має прийняти слідчий суддя, якщо клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів подано стороною кримінального провадження без додержання вимог ст. 160 КПК України.

Відповідь на це питання надана в п. 10 інформаційного листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «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» від 5 квітня 2013 р. № 223-558/0/4-13 [1, с. 174–184]. Роз'яснено, що в разі невідповідності клопотання про застосування тимчасового доступу до речей і документів вимогам ч. 2 ст. 160 КПК України слідчий суддя вправі повернути його прокурору для усунення недоліків.

Потрібно звернути увагу на те, що в ст. 160 КПК України відсутнє положення про обов'язок сторони кримінального провадження, яка подає на розгляд слідчого судді клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів, додати до нього копії матеріалів, якими вона обґрунтовує свої доводи. Про те, що такі матеріали мають долучатися до цього клопотання, вказано в п. 7 зазначеного інформаційного листа.

Вказані прогалини в правовому регулюванні необхідно усунути. На нашу думку, ст. 163 КПК України треба доповнити нормою про постановлення слідчим суддею ухвали про повернення сторони кримінального провадження

клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів, якщо воно подано без додержання вимог ст. 160 цього кодексу. Також доцільно доповнити ст. 160 КПК України положенням, що до такого клопотання ця сторона зобов'язана додати копії матеріалів, якими вона обґрунтовує свої доводи.

У юридичній літературі наголошується на тому, що на розгляд слідчого судді не повинні «...подаватися клопотання про доступ та вилучення речей, які можуть бути речовими доказами, оскільки це фактично зумовлює підміну слідчих дій заходами забезпечення кримінального провадження, що є неприпустимим» [2, с. 115].

Це категоричне твердження викликає заперечення. Сторона обвинувачення вправі подати на розгляд слідчого судді клопотання про тимчасовий доступ і вилучення речей, які можуть бути речовими доказами, якщо немає фактичних підстав для проведення обшуку з метою їх відшукування. Якщо ж речовий доказ знаходиться в потенційного підозрюваного, то в такому випадку, як відмічає Б. Куспись, його не варто вилучати в порядку тимчасового доступу, а треба проводити обшук [3, с. 192].

У ч. 1 ст. 163 КПК України вказано, що після отримання клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів слідчий суддя здійснює судовий виклик особи, у володінні якої знаходяться такі документи, за винятком випадку, встановленого ч. 2 цієї статті.

Необхідно зазначити, що в ч. 1 ст. 163 КПК України не передбачено строк, протягом якого слідчий суддя повинен викликати особу, у володінні якої знаходяться речі й документи, а лише вказано на необхідність здійснити цей виклик після отримання клопотання. Ми поділяємо думку О. Шило стосовно того, що оцінний характер такого положення не сприяє вирішенню завдань цього заходу забезпечення кримінального провадження [4, с. 357]. У ч. 1 ст. 163 КПК України доцільно визначити, що негайно після отримання клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів слідчий суддя здійснює виклик особи, у володінні якої вони знаходяться.

Якщо сторона кримінального провадження, яка звернулася з клопотанням, доведе наявність достатніх підстав вважати, що існує реальна загроза зміни або знищення речей чи документів, клопотання може бути розглянуто слідчим суддею без виклику особи, у володінні якої вони знаходяться (ч. 2 ст. 163 КПК України).

Це положення вимагає наявності доказів того, що є реальна загроза зміни або знищення речей чи документів. Реальність цієї загрози є оцінним поняттям, що ускладнює застосування ч. 2 ст. 163 КПК України. І. Гловюк слушно відмічає, що в цій нормі закладено надто високий стандарт доказування для прийняття цього рішення, зокрема розумну підозру про можливість зміни або знищення речей чи документів, що дозволяло б приймати рішення про розгляд клопотання без виклику особи, у володінні якої знаходяться такі речі й документи, аналізуючи її статус у кримінальному провадженні або взаємовідносини із суб'єктами кримінального провадження, і не зобов'язувало б суб'єкта подання клопотання надавати достатню сукупність доказів про наявність реальної загрози» [5, с. 53–54].

У ч. 4 ст. 163 КПК України зазначено, що слідчий суддя розглядає клопотання за участю сторони кримінального провадження, яка подала клопотання, та особи, у володінні

якої знаходяться речі й документи, крім випадків, передбачених ч. 2 цієї статті. Неприбуття за судовим викликом цієї особи без поважних причин або неповідомлення нею про причини неприбуття не є перешкодою для розгляду клопотання.

Зі змісту цієї норми постає запитання про те, яке рішення має прийняти слідчий суддя, якщо ця особа повідомить слідчого суддю про поважність причин її неприбуття за судовим викликом і надішле до суду документи, які це підтверджують. Вважаємо, у такому випадку слідчий суддя має відкласти розгляд клопотання до явки цієї особи. Однак це призведе до відстрочення прийняття рішення про тимчасовий доступ до речей і документів, що є небажаним з огляду на необхідність оперативного застосування цього заходу забезпечення кримінального провадження. Враховуючи викладене, вважаємо доцільним виключити з другого речення ч. 4 ст. 164 КПК України слова «без поважних причин або неповідомлення нею про причини неприбуття».

Законодавець не визначив у ч. 4 ст. 163 КПК України строк, протягом якого слідчий суддя повинен розглянути клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів. Якими повинні бути часові межі такого розгляду, роз'яснено в п. 8 вищевказаного інформаційного листа. Слідчий суддя має розглянути клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів не пізніше трьох днів із дня його надходження до суду. У разі якщо особа, яка подала клопотання, обґрунтовує в ньому наявність реальної загрози зміни або знищення речей і документів, слідчий суддя має невідкладно розглянути зазначене клопотання.

Строк, протягом якого слідчий суддя повинен розглянути клопотання сторони кримінального провадження про тимчасовий доступ до речей і документів, необхідно закріпити в ст. 163 КПК України. Ми поділяємо пропозицію Л. Удалової, Д. Савицького, В. Рожкової, Т. Ільєвої про доповнення цієї статті нормою, яка за змістом має бути аналогічна наведеному роз'ясненню [6, с. 70].

Деякі науковці пропонують встановити інший строк, а саме доповнити ст. 163 КПК України положенням про те, «...що розгляд клопотання слідчого про тимчасовий доступ до речей і документів не повинен перевищувати 24 годин із моменту його надходження до слідчого судді. Такий термін сприятиме швидкому проведенню досудового розслідування та зведе до мінімуму можливість знищення речей чи документів, які мають значення для провадження» [7, с. 141].

На нашу думку, є недоречним встановлення єдиного строку, протягом якого слідчий суддя має розглянути це клопотання, оскільки законодавцем встановлено два порядки його розгляду залежно від того, здійснюється чи ні судовий виклик особи, у володінні якої знаходяться речі й документи. Саме тому в ст. 163 КПК України необхідно передбачити два строки такого розгляду.

Слідчий суддя постановляє ухвалу про надання тимчасового доступу до речей і документів, якщо сторона кримінального провадження у своєму клопотанні доведе наявність достатніх підстав вважати, що ці речі або документи: 1) перебувають або можуть перебувати у володінні відповідної фізичної або юридичної особи; 2) самі по собі або в сукупності з іншими речами й документами кримінального провадження, у зв'язку з якими подається клопотання, мають суттєве значення для встановлення обставин у кримінальному провадженні; 3) не становлять собою або не включають речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю (ч. 5 ст. 163 КПК України).

Згідно із ч. 6 ст. 163 КПК України слідчий суддя має постановити ухвалу про надання тимчасового доступу до речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю, якщо сторона кримінального провадження, крім обставин, передбачених ч. 5 цієї статті, доведе можливість використання як доказів відомостей, що містяться в цих речах і документах, та неможливість іншими способами довести обставини, які передбачається довести за їх допомогою.

Слідчий суддя може встановити ці обставини, ознайомившись із копіями матеріалів, долучених стороною кримінального провадження до клопотання про надання тимчасового доступу до речей і документів, якими вона обґрунтовує свої доводи. Оскільки відповідно до ч. 4 ст. 163 КПК України це клопотання розглядається за участю сторони кримінального провадження, яка його подала, та особи, у володінні якої знаходяться речі й документи, крім випадків, передбачених ч. 2 цієї статті, слідчий суддя може їх заслухати.

**Висновки.** На наше переконання, доцільно розширити повноваження слідчого судді під час дослідження обставин, необхідних для прийняття рішення про тимчасовий доступ до речей і документів. Потрібно зазначити, що під час розгляду клопотань про тимчасове обмеження в користуванні спеціальним правом, відсторонення від посади, арешт майна, застосування запобіжного заходу слідчий суддя має право за клопотанням сторін кримінального провадження або за власною ініціативою заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали.

Треба погодитися з висловленою в юридичній літературі думкою, що таке право потрібно надати слідчому судді під час вирішення питання про застосування будь-якого заходу забезпечення кримінального провадження [8, с. 102; 9, с. 183]. Вважаємо, що ст. 163 КПК України необхідно доповнити нормою про те, що під час розгляду клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів слідчий суддя має право за клопотанням сторін заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для прийняття рішення про застосування цього заходу забезпечення кримінального провадження.

#### Список використаної літератури:

1. Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забез-

печення кримінального провадження : інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільним і кримінальних справ від 5 квітня 2013 р. № 223-558/0/4-13 // Новий Кримінальний процесуальний кодекс України: коментарі, роз'яснення, документи / відп. ред. В. Ковальський. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – С. 174–184.

2. Процесуальне керівництво прокурором досудовим розслідуванням: організаційно-правові та криміналістичні основи : [наук.-практ. посіб.] / ред. кол. : І. Козьяков, В. Мальяренко, Г. Середа, С. Скулиш, О. Ярмиш. – К. : Національна академія прокуратури України, 2014. – 750 с.

3. Куспись Б. Мета тимчасового доступу до речей та документів як заходу забезпечення кримінального провадження / Б. Куспись // Право і суспільство. – 2014. – № 6-1. – С. 189–193.

4. Шило О. Застосування заходів забезпечення кримінального провадження з метою забезпечення доказів / О. Шило // Докази і доказування за новим Кримінальним процесуальним кодексом України (до 75-річчя з дня народження доктора юридичних наук, професора Михайла Макаровича Михеєнка) : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 6–7 грудня 2012 р.). – Х. : Видавець Строчков Д.В., 2013. – С. 356–368.

5. Гловюк І. Розгляд слідчим суддею клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів / І. Гловюк // Актуальні питання досудового розслідування слідчими органів внутрішніх справ: проблеми теорії та практики : матеріали всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Дніпропетровськ, 18–19 квітня 2013 р.). – К. : Хай-Тек Прес, 2013. – С. 52–56.

6. Удалова Л. Функція судового контролю у кримінальному процесі : [монографія] / Л. Удалова, Д. Савицький, В. Рожнова, Т. Ільєва. – К. : Центр учбової літератури, 2015. – 176 с.

7. Шульгін С. Тимчасовий доступ до речей і документів: проблеми законодавчого регулювання та практичного застосування / С. Шульгін // Підприємництво, господарство і право. – 2013. – № 6. – С. 140–143.

8. Гловюк І. Окремі аспекти доказування при застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження слідчим суддею / І. Гловюк // Право України. – 2014. – № 10. – С. 97–104.

9. Говорун Д. Активність слідчого судді у застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження як засіб реалізації принципу публічності / Д. Говорун // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 2. – С. 179–184.



УДК 343.98

## СПОСІБ УЧИНЕННЯ Й МЕХАНІЗМ СЛІДОУТВОРЕННЯ ЯК ЕЛЕМЕНТИ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ УХИЛЕННЯ ВІД СПЛАТИ ПОДАТКІВ, ЗБОРІВ (ОБОВ'ЯЗКОВИХ ПЛАТЕЖІВ)

**Олександр МАРУЩАК,**  
асистент кафедри теорії та історії держави і права, конституційного права  
Чернігівського національного технологічного університету

### SUMMARY

Way to commit mechanism and the formation tracks mechanism as elements of criminological characteristics attracted the attention of researchers in analyzing of the tax evasion. This article studies these elements, allows the relationship between them and to determine the original form of the trace pattern of criminal offenses. The author argues that feature proceedings of tax evasion is the result of criminal actions in a trace pattern is reflected in various documents as the composition (financial, accounting, tax), and on its form (paper and electronic).

**Key words:** tax evasion, document, criminal offenses should, criminological characteristics.

### АНОТАЦІЯ

Спосіб учинення й механізм слідоутворення як елементи криміналістичної характеристики привертають увагу дослідників під час аналізу ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів). У статті проводиться дослідження цих елементів, що дає змогу відстежити зв'язок між ними та визначити вихідні форми слідової картини цього кримінального правопорушення. Автор стверджує, що особливістю проваджень щодо ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) є те, що результат злочинних дій у вигляді слідової картини, відображається в різних документах як за складом (фінансових, бухгалтерських, податкових), так і за своєю формою (паперові й електронні).

**Ключові слова:** ухилення від сплати податків, документ, кримінальне правопорушення, слід, криміналістична характеристика.

**Постановка проблеми.** Захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування є головним завданням кримінального процесу. Криміналістична характеристика кримінального правопорушення – якісна база знань про кримінальне правопорушення, що дає змогу виконати ці завдання. Криміналістична характеристика – це система даних про кримінально значущі ознаки кримінального правопорушення, яка у вигляді взаємопов'язаних між собою структурних елементів несе в собі узагальнену інформацію про це кримінальне правопорушення, що сприяє розкриттю, розслідуванню й запобіганню кримінальним правопорушенням. Особливу увагу при дослідженні ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) потребують такі елементи криміналістичної характеристики, як спосіб учинення та механізм слідоутворення. Їхнє дослідження надає можливість прослідкувати зв'язок між ними й процес утворення слідової картини цього кримінального правопорушення.

**Метою статті** є дослідження таких криміналістичних елементів ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), як спосіб учинення та механізм слідоутворення, зокрема аналіз і характеристика основних способів ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) і такої вихідної форми слідової картини ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), як документ.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Необхідною умовою успішного розслідування податкового кримінального правопорушення, на нашу думку, є встановлення способу ухилення від сплати податків, зборів (обов'язко-

вих платежів). Спосіб учинення кримінальних правопорушень є міжгалузевим поняттям різних юридичних наук, кожна з яких вивчає його відповідно до свого функціонального призначення.

Під способом ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) розуміють сукупність дій винної особи, спрямовану на умисну несплату передбачених законодавством податків і зборів. Він може включати в себе як просте невиконання норми податкового законодавства, так і вчинення будь-яких дій, тісно пов'язаних із порушенням закону [1]. Ухилення в цьому випадку являє собою введення в оману податкових органів чи залишення їх у невіданні щодо об'єктів оподаткування та сплати з них податків і зборів [2, с. 42].

На нашу думку, досліджувати цей елемент криміналістичної характеристики потрібно керуючись Постановою Пленуму Верховного Суду України «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів» від 08 жовтня 2004 р. № 15. Ця Постанова не визначає вичерпне коло способів ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), але значно конкретизує їх і надає можливість більш ґрунтовно дослідити це питання. Так, згідно з цією Постановою, ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) може бути вчинене, наприклад, шляхом:

- неподання документів, пов'язаних із їхнім обчисленням і сплатою до бюджетів чи державних цільових фондів (податкових декларацій, розрахунків, бухгалтерських звітів і балансів тощо);
- приховування об'єктів оподаткування;
- заниження цих об'єктів;

– заниження сум податків, зборів, інших обов'язкових платежів;

– приховування факту втрати підстав для одержання пільг з оподаткування;

– подання неправдивих відомостей чи документів, що засвідчують право фізичної особи на податковий кредит або податкову соціальну пільгу.

Неподання документів, пов'язаних із обчисленням і сплатою податків, зборів (обов'язкових платежів), полягає в умисному неподанні до органів фіскальної служби або інших контрольних органів у встановлений строк відповідних документів про нарахування та (або) сплату обов'язкових платежів, що належать до системи оподаткування, за умови, що на особу чинним законодавством покладено обов'язок подання таких документів. Неподання податкової звітності, як правило, водночас є і приховуванням об'єктів оподаткування [3, с. 593].

Приховування передбачає вчинення або невчинення певних дій, спрямованих як на звузнення кола інформації, так і, навпаки, на його розширення. Приховування – це утаювання будь-чого наявного в реальній дійсності, а приховування (заниження, необчислення) об'єктів оподаткування – це утаювання вірогідних відомостей про об'єкти оподаткування, які існують у реальній дійсності, шляхом заниження або необчислення.

Наявні різні технічні способи приховування об'єктів оподаткування. Так, Я.М. Кураш вважає, що приховування може виявлятися у приховуванні прибутку документально, тобто в поданні декларації про відсутність оподаткованого прибутку; у приховуванні об'єктів оподаткування шляхом реалізації продукції за готівку й невідображення цього в бухгалтерській звітності; у приховуванні об'єктів оподаткування шляхом подання в Державну податкову інспекцію документів про звільнення від сплати податків у зв'язку з тим, що підприємство тимчасово не здійснює господарської діяльності; у приховуванні прибутку, отриманого від реалізації товару, що надходить від зарубіжних партнерів, вартість яких фактично була завищена при їх оприбуткуванні; у приховуванні від оподаткування прибутку, отриманого від реалізації товару, шляхом переведення частини суми оплати на особисті рахунки керівників або інших працівників підприємств; у приховуванні об'єктів оподаткування шляхом оформлення багаторазового перепродажу товару через комерційні підприємства й поданні звіту про підсумкову діяльність при фактичному одержанні готівки за реалізований товар від останнього продавця тощо [4].

Під заниженням сум податків, зборів (обов'язкових платежів) варто розуміти умисне неправильне обчислення (у тому числі шляхом умисного заниження податкової ставки) тих їхніх сум, що підлягають сплаті до бюджетів чи державних цільових фондів при правильному відображенні об'єктів оподаткування (без заниження чи приховування останніх).

Незаконне одержання пільг по податках, по суті, є виключенням із загальної схеми обчислення конкретного виду податку, закріпленої в нормативному акті з урахуванням особливостей, які характеризують платника, об'єкт, ставку або інші умови (при цьому пільги найчастіше виявляються в повному або частковому звільненні від сплати податку) [4].

До інших способів учинення цього кримінального правопорушення належать, зокрема, ухилення зареєстрованих суб'єктів підприємницької діяльності від взяття на

облік у контрольних органах; умисне заниження податкових ставок; умисно неправильне обчислення сум податків, зборів (обов'язкових платежів) або бази оподаткування; обманні маніпуляції з податковими пільгами; неналежне виконання або невиконання обов'язків із нарахування й утримання обов'язкових платежів фіскальними агентами держави – збирачами податків, зборів (обов'язкових платежів) [3, с. 593].

На нашу думку, наведені переліки та класифікації способів ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) не можна назвати вичерпними, також можна стверджувати, що кожне провадження має свої особливості, а тому кожен випадок і, відповідно, спосіб ухилення є індивідуальними. Крім цього, можливим є варіант, коли кілька способів будуть об'єднуватись в один, утворюючи досить складні схеми.

У результаті застосування вказаних способів і схем ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), тобто при скоєнні кримінального правопорушення, у певному середовищі відбуваються зміни, які називаються слідами злочину. Сліди – це: 1) матеріально фіксовані відбитки, 2) образи, закарбовані у свідомості людей. Сліди податкового кримінального правопорушення – це наслідки або всієї кримінальної діяльності винної особи (підвищення рівня його матеріального добробуту), або окремих дій (відсутність документів, товарно-матеріальних цінностей, які фігурували в інвентаризаційній відомості) [5, с. 37]. У свою чергу, одним із ключових елементів криміналістичної характеристики ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) є механізм слідоутворення, який тісно пов'язаний з іншим елементом – способом учинення.

Механізм слідоутворення – це система компонентів процесу утворення слідів-відображень. Такий механізм може бути різним: слідоутворення може здійснюватися в результаті фізичних, хімічних, біологічних та інших процесів [6, с. 93]. Так само, як і для кримінальних правопорушень будь-якого виду, механізм слідоутворення при вчиненні податкових кримінальних правопорушень визначається способом скоєння та приховування. О.В. Челишева й М.В. Феськов вважають, що специфіка цієї категорії проваджень полягає в тому, що результат злочинних дій у вигляді слідової картини відображається переважно в різних документах: фінансових, бухгалтерських тощо [7, с. 64].

Цю думку підтверджує Ю.В. Оніщик, який переконаний, що в податкових злочинах предметом суспільно небезпечного діяння є недоотримана державою вигода від діяльності фізичних або юридичних осіб. Ця діяльність відображається в документах, а податок, що підлягає сплаті, – у документах, які оформлюються за спеціальними правилами. Отже, матеріальні сліди вчинення від сплати податків завжди відображаються в документах [8, с. 254].

Для повноти дослідження механізму слідоутворення податкового кримінального правопорушення необхідно, на нашу думку, більш детально зупинитися на характеристиках документа.

У науці й законодавстві існують різні підходи до визначення поняття документа. Як нам видається, правильне визначення понять має принципове значення, тому що терміни, які використовуються в правових нормах, у тому числі кримінально-процесуальних, повинні трактуватися, розумітися однозначно та адекватно значенню змісту норми в точній відповідності з намірами й волею законодавця. До того ж це важливо для забезпечення режиму законності, який виявляється у прийнятті правових законів і

підзаконних нормативно-правових актів, а також у їхньому неухильному дотриманні, точному й однаковому виконанні та правильному застосуванні всіма органами держави, посадовими особами, громадянами і їхніми об'єднаннями [9, с. 388]. Необхідною умовою реалізації правових норм є їх усвідомлення й тлумачення. Установлення зв'язку між словом і поняттям ускладнюється тим, що значення слова не завжди охоплює зміст поняття: одне й те саме слово може мати зовсім різні поняття; одне й те саме поняття може бути висловлене різними словами-синонімами [10, с. 8–9].

«Толковый словарь живого великорусского языка» Володимира Даля визначає, що документ – «всякая важная деловая бумага» [11, с. 459]. На сьогодні більш актуальні сучасні тлумачення цього поняття, а саме: Великий тлумачний словник сучасної української мови визначає, що документ – діловий папір, що посвідчує певний юридичний факт, підтверджує право на що-небудь, служить доказом чого-небудь [12, с. 236]. З юридичного погляду тлумачення поняття «документ» має більш глибоке значення. Так, згідно з Юридичним словником-довідником, документ – це передбачена законом матеріальна форма одержання, зберігання, використання і поширення інформації шляхом фіксації її на папері, магнітній, кіно-, відео-, фотоплівці або іншому носії [13, с. 176]. Певною мірою це тлумачення збігається із трактуванням документа, яке пропонує законодавець з погляду кримінального процесуального права. Згідно зі ст. 99 Кримінального процесуального кодексу України, документом є спеціально створений з метою збереження інформації матеріальний об'єкт, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, що можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження. Досить специфічне тлумачення поняття документ з погляду оподаткування. Так Л.Г. Шапіро визначає його як установлений законодавством визначений письмовий акт, форма і зміст якого відображають розмір отриманого доходу (витрати) і правильність перерахування обов'язкового внеску до відповідного бюджету [14].

На нашу думку, документ як основний елемент механізму слідоутворення та як джерело доказів під час розслідування податкових кримінальних правопорушень – це спеціально створений носій інформації, що фіксує дані про діяльність підприємства, фінансово-господарські операції, розмір прибутку й обчислення податку.

Дискусійним також є питання класифікації документів, які мають місце під час розслідування податкових кримінальних правопорушень. Так, К.О. Пірцхалава стверджує, що документи як основні носії інформації про ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) можна поділити на такі категорії:

- документи, зміст яких був предметом злочинного посягання;
- документи, що послуговували засобом учинення злочину;
- документи як засіб приховування скоєного злочину;
- документи, які характеризують особистість злочинця;
- документи, які містять відомості про інші істотні обставини розслідуваної справи [5, с. 52].

Така позиція не видається нам правильною. Слушною, на нашу думку, є позиція Я.М. Яковлева, який стверджував, що в кримінальному процесі та криміналістиці поділ документів за суб'єктом їх складання, класифікація документів за характером їхнього змісту практичного значення не має [15, с. 29].

Зазвичай під час розслідування проваджень цієї категорії слідчим мають бути досліджені такі документи: реєстраційні документи (свідцтво про реєстрацію, установчий договір, статут, документи про взяття на облік у податкових органах); документи, що дозволять здійснення певних видів підприємницької діяльності (ліцензії); податкова звітність; накази, розпорядження, інструкції; цивільно-правові й господарські договори; документи бухгалтерського обліку та звітності (бухгалтерські книги, звіти, реєстри, баланси); документи складського обліку, накладні, товарні й приймально-здавальні документи; документи обліку операцій по розрахункових рахунках (банківські виписки про стан рахунків та операції з ними); касові документи (касова книга, касові ордери).

Особливо досліджуватися мають документи бухгалтерського обліку й податкові, саме вони відображають фінансово господарські операції та механізм і порядок обчислення податків. Податкова документація – документація для цілей оподаткування, яка фіксує процес обчислення податку, суму податку, а також розмір податкового зобов'язання. Ведення спеціальної податкової документації є формально-технічним прийомом методології податкового обліку.

Особливістю податкової документації є також те, що в її складі відсутні спеціалізовані «податкові» первинні документи, оскільки підставою для ведення податкового обліку є, як правило, первинні бухгалтерсько-облікові документи, що фіксують факт здійснення господарської операції [16, с. 309–313].

Те, що підставою для ведення податкового обліку є первинні бухгалтерсько-облікові документи, підтверджує нерозривний зв'язок між ними.

Основною метою ведення податкової документації є обчислення розміру податкового зобов'язання, який буде відображено в документах податкової звітності. Податкова звітність являє собою сукупність дій платника податків (або особи, що його представляє) і податкового органу щодо складання, ведення й здавання документів установленної форми, які містять відомості про результати діяльності платника податку, а також суму, що підлягає сплаті до бюджету [17, с. 237].

Головною вихідною формою ведення податкової документації, яка певною мірою відображає й результати діяльності підприємства, є податкова декларація – документ, що подається платником податків контрольному органу в строки, установлені законом, на підставі якого здійснюється нарахування та/або сплата податкового зобов'язання, чи документ, що свідчить про суми доходу, нарахованого (виплаченого) на користь платників податків-фізичних осіб, суми утриманого та/або сплаченого податку.

Нормативно-правова регламентація складання декларації закріплена на законодавчому рівні в Податковому кодексі України від 02 грудня 2010 року. Податкова декларація складається за формою, яка встановлюється центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування й реалізує державну податкову і митну політику. Також ці органи зобов'язані оприлюднити такі форми для використання їх платниками податків. У свою чергу, форма податкової декларації повинна містити необхідні обов'язкові реквізити (інформація, яку повинна містити форма податкової декларації й за відсутності якої документ втрачає визначений Податковим кодексом статус із настанням передбачених законом юридичних наслідків) і відповідати нормам та змісту відповідних податку і збору.



Існування можливості подання електронної звітності, використання електронного підпису, ведення бухгалтерського обліку, фіксування господарських операцій, створення нових документів, листування електронною поштою підтверджує важливість і велике значення електронного документообігу (сукупність процесів створення, оброблення, відправлення, передавання, одержання, зберігання, використання та знищення електронних документів, які виконуються із застосуванням перевірки цілісності й у разі необхідності із підтвердженням факту одержання таких документів) [18], пояснюється постійним розвитком інформаційних технологій. Відповідно, виникає необхідність більш ретельного і якісного дослідження такої форми документа та, відповідно, також джерела доказів, як електронний документ.

Правовий статус, організація й порядок ведення електронного документообігу визначається передусім Законом України «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22 травня 2003 року, а також низкою інших нормативно-правових актів, прийнятих на їхнє виконання.

Згідно із Законом України «Про електронні документи та електронний документообіг», електронний документ – документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа [18].

Незважаючи на нормативне визначення електронного документа, наукові дискусії щодо його визначення тривають. Так, О.О. Косовець визначає електронний документ як набір записаних даних у вигляді, що читається комп'ютером, для яких існує таке: визнана учасниками електронного документообігу або затверджена компетентними органами процедура, яка допомагає однозначно перетворити ці дані на документ традиційного режиму; визнання зазначеної процедури учасниками системи електронного документообігу шляхом традиційного (письмового) документа; така процедура, санкціонована уповноваженим державним органом [19, с. 53]. А.В. Чучковська стверджує, що електронний документ – це документ, утворений певними компетентними установами, підприємствами, організаціями, посадовими особами, а також громадянами, зміст якого становлять юридично значимі відомості про події та явища, що відбуваються в суспільстві, державі й навколишньому природному середовищі, зафіксовані на електронному носії (магнітний диск, лазерний диск тощо), який використовується для запису та зберігання інформації за допомогою електронно-обчислювальної техніки [20, с. 9].

М.В. Ларін уважає, що характеристики електронного документа не виходять за межі загального визначення документа, тому немає необхідності створювати новий термін, і визначає його виходячи із загального поняття, що документ – «... інформація, певним чином зафіксована з можливістю її ідентифікації» [21]. Близькою до цієї позиції є точка зору А.В. Ткачова, який також, виходячи із загального поняття документа, визначає «електронний документ» як будь-який матеріальний носій інформації, призначений для її передавання в часі й просторі [22, с. 8].

Ми підтримуємо думку, що визначення електронного документа не виходить за межі звичайного, але із зауваженням, що їх створення, зберігання, перегляд і редагування відбувається виключно комп'ютерною технікою та програмним забезпеченням.

Варто зазначити, що електронний документ, його форма, порівняно з традиційним документом, прямо залежать від інформаційних (автоматизованих) систем, за допомогою яких він існує та які мають тенденцію до швидкісного

розвитку, змінювання, а отже, застарівання в міру вдосконалення інформаційних технологій. Саме вони забезпечують особливу (нематеріальну) природу електронних документів. Водночас в умовах швидкої зміни технічних і програмних засобів є підстави для унеможливлення доступу до електронних документів [23, с. 135]. Незважаючи на зручність використання електронного документообігу для підприємств і громадян, дослідження документів у електронному вигляді вимагає від слідчого спеціальних знань у галузі, а в разі необхідності й проведення складних комплексних експертиз.

**Висновки.** З метою забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування й захисту особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорони прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження, а також в силу своїх професійних знань слідчий повинен володіти інформаційною базою даних про кримінальне правопорушення, у тому числі криміналістичною характеристикою. При розслідуванні ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) ключовими елементами криміналістичної характеристики є спосіб учинення й механізм слідоутворення, які утворюють систему компонентів процесу утворення слідів-відображень. Це підтверджує той факт, що між собою елементи криміналістичної характеристики податкових кримінальних правопорушень тісно взаємопов'язані та взаємозумовлені, утворюючи єдину систему даних.

Отже, головною специфікою цієї категорії провадження є те, що результат злочинних дій, тобто після застосування способів і схем ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), відображається у вигляді матеріальних слідів у документах, насамперед бухгалтерського обліку, відповідно, і в документах податкової звітності (головною формою якої є декларація). І саме якісне дослідження документів дасть змогу установити об'єктивну істину. Дослідження цих самих документів – це складний процес, який вимагає застосування різних форм спеціальних знань, а у зв'язку з постійним розвитком інформаційних технологій, знань електронного документообігу в бухгалтерському та податковому документуванні.

#### Список використаної літератури:

1. Козлов В.А. Элементы криминалистической характеристики налоговых преступлений / В.А. Козлов // Российский следователь. – 2003. – № 2. – С. 4–11.
2. Соловьев И.Н. Налоговые преступления. Специфика выявления и расследования / И.Н. Соловьев. – М.: Проспект, 2011. – 216 с.
3. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – 4-те вид., переробл. та доповн. – К.: Юридична думка, 2007. – 1184 с.
4. Кримінальний кодекс України: [науково-практичний коментар] / [Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.]; за заг. ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 1196 с.
5. Пирцхалава К.А. Выявление и первоначальный этап расследования уклонений от уплаты налогов или страховых взносов в государственные внебюджетные фонды: дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / К.А. Пирцхалава. – М., 1999. – 169 с.
6. Криміналістика: [підруч. для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти] / за ред. В.Ю. Шепітька. – 2-ге вид., переробл. і допов. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. – 728 с.



7. Чельшева О.В. Расследование налоговых преступлений / О.В. Чельшева, М.В. Феськов. – СПб. : Питер, 2001. – 288 с.
8. Оніщик Ю.В. Матеріальні сліди під час розслідування ухилень від сплати податків / Ю.В. Оніщук // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». – Вип. 26. – С. 253–256.
9. Загальна теорія держави і права : [підручник] / [М.В. Цвік, В.Д. Ткаченко, Л.Л. Рогачова та ін.] ; за ред. В.М. Цвіка, В.Д. Ткаченка, О.В. Петришина. – Х. : Право, 2002. – 584 с.
10. Черданцев А.Ф. Толкование советского права / А.Ф. Черданцев. – М. : Юрид. лит., 1979. – 168 с.
11. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка : в 4 т. / В. Даль. – М. : Рус. яз., 1999. – Т. 1 : А – З. – 1999. – 699 с.
12. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2003. – 1440 с.
13. Юридичний словник-довідник / за ред. Ю.С. Шемшученка ; худож.-оформ. В.М. Штогриня. – К. : Феміна, 1996. – 696 с.
14. Шапиро Л.Г. Использование специальных познаний при расследовании преступного уклонения от уплаты налогов : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Л.Г. Шапиро. – Саратов, 1999.
15. Яковлев Я.М. Понятие и классификация документов в советском праве / Я.М. Яковлев. – Душанбе, 1960. – 209 с.
16. Налоги и налоговое право : [учебное пособие] / под ред. А.В. Брызгалина. – М. : Аналитика-Пресс, 1998. – 608 с.
17. Кучерявенко М.П. Податкове право України: Академічний курс : [підручник] / М.П. Кучерявенко. – К. : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. – 701 с.
18. Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України від 22 травня 2003 року № 851-15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon4.rada.gov.ua/laws/show/851-15.
19. Косовец А.А. Правовое регулирование электронного документооборота / А.А. Косовец // Вестник Московского университета. Серия 11 «Право». – 1997. – № 4. – С. 46–60.
20. Правове регулювання господарських договорів, що вчиняються через мережі електрозв'язку : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 / А.В. Чучковська ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2004. – 20 с.
21. Ларин М.В. Некоторые проблемы эволюции управленческого документа / М.В. Ларин // Документация в информационном обществе : электронное делопроизводство и электронный архив : докл. и сообщ. на VI Междунар. науч.-практ. конф., 24–25 нояб. 1999 г., г. Москва / Росархив, ВНИИДАД, РОИА. – М., 2000. – С. 42–53.
22. Ткачев А.В. Правовой статус компьютерных документов : Основные характеристики / А.В. Ткачев ; Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова. – М. : Городец, 2000. – 95 с.
23. Чекотовська О.Е. Основні підходи до розуміння категорії «електронний документ» / О.Е. Чекотовська // Часопис Київського університету права. – 2012. – № 2. – 134–137.

УДК 343.1

## РОЗУМНІ СТРОКИ В КОНТЕКСТІ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Вадим СОЛДАТСЬКИЙ,  
асистент кафедри кримінального процесу  
Національного університету «Одеська юридична академія»

### SUMMARY

As a source of law in our country is recognized not only the European Court of Human Rights ruling that were made against Ukraine, but also the decisions taken against any other State that has ratified the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, that all decisions of the European Court of Human Rights recognized as a source law in Ukraine. Judicial precedent of legal nature is a solution in a particular case, which is binding on the courts of the same or a lower court in deciding similar cases serves as an exemplary model or interpretation of the law, which have no binding force.

**Key words:** reasonable time, European Court of Human Rights, legal precedent, human rights violations, criminal procedural deadlines.

### АНОТАЦІЯ

Варто звернути увагу, що як джерело права в нашій державі визнаються не лише рішення Європейського суду з прав людини, які були винесені проти України, а й рішення, ухвалені проти будь-якої іншої держави, яка ратифікувала Конвенцію про захист прав людини й основоположних свобод, тобто всі рішення Європейського суду з прав людини визнаються як джерела права в Україні. Судовий прецедент із точки зору правової природи являє собою рішення в конкретній справі, що є обов'язковим для судів тієї ж або нижчої інстанції під час вирішення аналогічних справ чи слугує зразком тлумачення закону, що не має обов'язкової сили.

**Ключові слова:** розумні строки, Європейський суд із прав людини, судовий прецедент, порушення прав людини, кримінально-процесуальні строки.

**Постановка проблеми.** Аналіз нормативних актів дозволяє зробити висновок про відсутність чіткого визначення поняття розумних строків у кримінальному процесуальному законодавстві України, що прямо підтверджується відсутністю усталеної судової практики щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів, які зобов'язані забезпечувати дотримання таких строків. У зв'язку із цим варто звернути особливу увагу на рішення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), який неодноразово висловлювався щодо сутності розумних строків і необхідності їх дотримання.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Доцільність аналізу прецедентів Європейського суду з прав людини зумовлюється також тим, що рішення ЄСПЛ мають обов'язкову силу щодо країн, які ратифікували Конвенцію про захист прав людини й основоположних свобод 1950 р. Вона за своїм змістом не розкриває зміст принципово важливих правових понять. Цю функцію покликаний виконувати ЄСПЛ, рішення якого є принципово важливими, оскільки саме в них містяться положення, що дозволяють зрозуміти, наскільки ефективно та якісно дотримуються й забезпечуються права та свободи людини, наскільки гуманізованими є джерела національного права, а отже, і правова система держави.

Так, відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання практики та застосування рішень Європейського суду з прав людини» суди застосовують під час розгляду справ Конвенцію про захист прав людини й основоположних свобод та практику суду як джерело права. Отже, рішення Європейського суду з прав людини – це джерело права в національній правовій системі України; тобто кожний громадянин, підприємство, установа або організація, державні органи й органи місцевого самоврядування мають право

звертатися за захистом своїх прав із прямим посиланням на відповідне рішення Європейського суду з прав людини [1].

**Мета статті** – звернути увагу, що як джерело права в нашій державі визнаються не лише рішення ЄСПЛ, винесені проти України, а й рішення, ухвалені проти будь-якої іншої держави, яка ратифікувала Конвенцію про захист прав людини й основоположних свобод, тобто всі рішення ЄСПЛ визнаються джерелом права в Україні.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Судовий прецедент із точки зору правової природи являє собою рішення в конкретній справі, яке є обов'язковим для судів тієї ж або нижчої інстанції під час вирішення аналогічних справ або слугує зразком тлумачення закону, що не має обов'язкової сили. Схоже визначення надає Р. Давид, який розуміє судовий прецедент як рішення в конкретній справі, яке є обов'язковим для судів тієї ж або нижчої інстанції під час вирішення аналогічних справ або слугує зразком тлумачення закону, що не має обов'язкової сили.

Отже, прецедент – це рішення в справі, що має враховуватись під час подальшого розгляду аналогічної справи, обов'язковість якого залежить, як правило, від правової системи, у межах якої він існує. Наприклад, у сім'ї загальної права судовий прецедент визнається основним джерелом права, а в сім'ї традиційного права прецедент джерелом права не визнається взагалі.

Судові прецеденти складаються з двох частин: *ratio decidendi* та *obiter dictum*. *Ratio decidendi* – це та частина рішення суду, у якій викладаються норми права, на основі яких було вирішено цю справу, та яка містить принципи права, на основі яких суд приймає рішення. Це може бути також конкретна норма права або ж інша правова основа, спираючись на які судам належить приймати рішення. Саме ця частина рішення буде обов'язковою для всіх на-

ступних рішень судів, якщо їм доведеться розглядати аналогічні справи. Ratio decidendi формує правову основу, яка має нормативний характер і повинна застосовуватись щодо всіх інших осіб, а не лише сторін у конкретній справі.

Інша частина рішення отримала назву obiter dictum. За нею розуміються зауваження суду, зроблені ним із питань, які безпосередньо не входять у предмет судового рішення. На відміну від ratio decidendi ці висловлювання не формулюють той чи інший принцип права та не обґрунтовують рішення суду, а отже, не мають характеру обов'язковості. Правова природа рішень ЄСПЛ зводиться до того, що це судовий прецедент, який приймається на основі норм Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод і з метою їх належного тлумачення. Це, зокрема, зумовлюється тим, що фізичні та юридичні особи можуть звертатись із позовами про захист лише тих їхніх прав, які передбачаються Конвенцією про захист прав людини й основоположних свобод, а не щодо порушення будь-яких їхніх прав. Тому ЄСПЛ, ухвалюючи рішення, аналізує саме ту норму, яку ніби було порушено з боку держави, надає тлумачення цієї норми з метою уникнення подальшого її порушення країною, проти якої порушено справу, та всіма іншими країнами, які визнали юрисдикцію цієї європейської судової інстанції.

Україна є країною, проти якої щорічно подається чи не найбільше заяв, а з огляду на те, що більшість цих скарг пов'язуються з порушенням прав людини під час здійснення досудового розслідування чи судового провадження, необхідно звернути увагу на рішення ЄСПЛ, зокрема й ті, які стосуються розумних строків у кримінальному процесі.

Європейський суд із прав людини у своїх рішеннях неодноразово зазначав, що значення гарантії розумного строку полягає в тому, що обвинувачений, який не скоював караного діяння, повинен мати можливість виправдати себе без зволікань, тоді як обвинувачений, вину якого доведено, не має піддаватись додатковому покаранню у формі надмірних зволікань із розглядом його справи, що може мати негативні наслідки для інших його прав, гарантованих Конвенцією про захист прав людини й основоположних свобод. Розглянемо детальніше такі аспекти.

*Критерії визначення розумності строків*, передбачені кримінальним процесуальним законодавством України, фактично не було сформульовано вітчизняною науковою думкою, а запозичено з міжнародного досвіду, зокрема, з рішень Європейського суду з прав людини. У цьому контексті варто звернути увагу на рішення ЄСПЛ «Кеніг про Федеративної Республіки Німеччина», у якому чи не вперше було сформульовано критерії визначення розумності процесуальних строків у кримінальному провадженні. Кеніг був громадянином Федеративної Республіки Німеччина, за спеціальністю – лікарем; у 1960 р. він відкрив власну клініку та спеціалізувався на пластичній хірургії. 16 жовтня 1962 р. Регіональне медичне товариство звернулось до Медичного суду при Адміністративному суді Франкфурта з позовом про порушення заявником професійної етики. 9 липня 1964 р. його було визнано негідним займатися медичною практикою. У 1967 р. було відкликано дозвіл йому тримати клініку, а в 1971 р. – і дозвіл на заняття медичною практикою. У 1972 р. проти нього було порушено кримінальне переслідування за незаконне заняття медичною діяльністю.

Відповідно до п. 99 Рішення ЄСПЛ «Кеніг проти Федеративної Республіки Німеччина» розумний строк розгляду в сенсі п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини й

основоположних свобод оцінюється з огляду на обставини справи. Вивчаючи розумність строків кримінального процесу, суд звертає увагу inter alia (поміж іншим) на складність справи, поведінку заявника та рух справи в адміністративних органах і судах. Такі ж висновки було сформовано в рішеннях у справах Неймастера та Рингейзена. Тому суд, як і заявник, вважає, що ті ж критерії мають застосовуватись у цій справі під час розгляду питання, чи перевищила тривалість процесу в адміністративних судах строк, про який ідеться в п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод.

Таким чином, ЄСПЛ на підставі згаданих судових рішень сформулював критерії, якими необхідно керуватись під час визначення меж розумності процесуальних строків і які внаслідок проведення кодифікації було імплементовано до національної правової системи України. Відсутні визначення чітких меж самих критеріїв, тобто вони виступають як певні орієнтири, проте саме визначення розумних строків має здійснюватись під час розгляду кожної конкретної справи. Це, власне, і було продемонстровано самим ЄСПЛ, який у наступних рішеннях визначав межі розумності процесуальних строків у кожній конкретній справі з огляду на згадані критерії та деталізував їхній зміст.

Вирішуючи справу по суті, ЄСПЛ дійшов висновку про складність справи як із юридичної, так і з фактичної точки зору. Складність юридичної сторони справи полягала в існуванні колізійних норм у німецькому національному законодавстві у сфері медичного законодавства та належності існуючої колізії до компетенції вирішення ЄСПЛ. Фактична сторона справи полягала в складності самих матеріалів справи та великій кількості суб'єктів кримінального процесу.

Щодо поведінки учасників кримінального провадження й способу дії органів державної влади суд зазначив, що велика кількість часу знадобилася для розшуку свідків, які за час розгляду справи змінили прізвища або ім'я та місце проживання. Наприклад, одного зі свідків із прізвищем Ксіменс, суд Федеративної Республіки Німеччина зумів заслухати лише через 33 місяці, тобто майже через три роки після його першого виклику до суду, що може свідчити про нездійснення своєчасних дій щодо забезпечення участі свідків у судовому провадженні.

Велике значення суд приділив поведінці заявника. Доктор Кеніг часто змінював адвокатів, використав різні форми оскарження, а також представляв нові докази на різних стадіях кримінального процесу. Закликання нових адвокатів зумовлювало постійне відкладання справи у зв'язку з необхідністю ознайомлення з матеріалами справи, причому перший адвокат Кеніга представляв його інтереси майже протягом усіх стадій судового провадження. Постійне оскарження до різних інстанцій призводило до необхідності постійного передання документів з одного органу до іншого з метою правильного вирішення ними поданих скарг. Тобто суд фактично через поведінку Кеніга не міг вирішити справу по суті.

Відповідно до п. 103 аналізованого судового рішення ЄСПЛ схильний розділити позицію уряду Федеративної Республіки Німеччина, що заявник, представляючи нові докази після того, як свідків було заслухано, створював труднощі в розслідуванні справи. З матеріалів справи постає, що після того, як суд визначив склад свідків і згодом заслухав їх, доктор Кеніг звернувся з проханнями про заслуховування додаткових свідків 24 вересня 1970 р., 12 лютого 1973 р. та 25 серпня 1974 р. [2].

ЄСПЛ також звернув увагу, що проти доктора Кенига було порушено декілька кримінальних справ, які хоч і були взаємопов'язаними, проте розглядались різними судами. Це значно затримувало процес розгляду справи, адже обставини однієї з них повинні були підтверджуватись в іншій справі, а затримання їх розгляду призводило до затримання іншої справи. ЄСПЛ вважав, що застосування можливості суду об'єднати матеріали справи значно прискорило б процес розгляду справи по суті, що фактично не було зроблено судом.

Таким чином, даючи загальну оцінку всіх цих факторів, суд дійшов висновку, що затримки, викликані труднощами справи й поведінкою заявника, самі по собі не виправдовують тривалість судового розгляду. У ЄСПЛ склалась думка, що головна причина полягає в процесі ведення справи, тобто саме способі реалізації уповноваженими суб'єктами своїх повноважень. З огляду на це рішення було винесено на користь доктора Кенига, зокрема, воно мало значну цінність з огляду на встановлення критеріїв визначення розумності строків.

Як уже зазначалось, одним із критеріїв визначення розумності строків є поведінка учасників кримінального провадження. Цей критерій охоплює випадки, коли ні слідчий, ні прокурор або суддя не відповідають безпосередньо за дотримання розумних строків. Вони можуть здійснювати вплив на поведінку учасників кримінального провадження шляхом застосування заходів забезпечення кримінального провадження, заходів примусового характеру або інших заходів, проте безпосередньо сама особа відповідає за свою поведінку.

Яку поведінку варто вважати такою, що впливає на розумність строків, необхідно встановлювати в кожному окремому випадку, однак загалом можна окреслити певні межі поведінки учасників кримінального провадження, що суперечить розумності строків. Щодо цього критерію визначення розумності строків ЄСПЛ прийняв декілька рішень, які варто розглянути.

ЄСПЛ неодноразово називав поряд з іншими недоліками, які призвели до затягування розслідування й розгляду матеріалів кримінального провадження в судах України, незабезпечення державними органами явки учасників кримінального провадження для вчинення процесуальних дій, що призвело до порушення розумних строків у кримінальному провадженні.

Про такі порушення було зазначено в рішеннях ЄСПЛ «Коберник проти України» та «Рудніченко проти України».

Так, відповідно до Рішення ЄСПЛ «Коберник проти України» щодо заявника було порушено кримінальну справу, а 21 травня 2001 р. його було заарештовано. Після завершення досудового слідства 5 червня 2001 р. справу була направлено до Верховного суду Автономної Республіки Крим для розгляду по суті. Лише 22 травня 2006 р. Апеляційний суд Автономної Республіки Крим визнав заявника винним у вчиненні ним злочинів і призначив покарання у вигляді позбавлення волі строком на 15 років із конфіскацією майна. Отже, тривалість досудового тримання заявника під вартою становила 7 років [3]. У своєму рішенні ЄСПЛ зазначив, що державні органи України часто не забезпечували одночасну присутність усіх обвинувачених, несвоєчасно викликали всіх свідків і потерпілих та не застосовували до них передбачених законом заходів забезпечення кримінального провадження; органи держави не забезпечили технічну фіксацію процесу протягом вересня 2001 р. – серпня 2002 р., що зумовило необхідність постій-

ного перенесення слухання справи. Тобто органи держави без поважних причин не застосовували повноваження, надані їм саме для забезпечення повного, швидкого й неупередженого розслідування та розгляду справи.

У справі «Рудніченко проти України» ЄСПЛ зазначив, що справа необґрунтовано довго розглядалась саме у зв'язку з діями органів держави, а не учасників кримінального провадження, чим було порушено ст. 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод. Суд узяв до уваги той факт, що після розгляду судом протягом року справи заявника її розгляд було розпочато знову у зв'язку зі звільненням головуючого в справі судді. При цьому нового суддю було призначено лише через чотири місяці, у зв'язку із чим розгляд справи було розпочато з початку. Окрім того, після розгляду справи одним суддею, який за віком пішов у відставку, було назначено іншого суддю, яка вже розглядала справу за участю обвинуваченого. Скориставшись своїм правом на самовідвід, передбаченим законодавством, голова суду відхилив самовідвід і зобов'язав розглядати справу суддю, яка фактично була не уповноважена на такий розгляд з огляду на наявні підстави для самовідводу.

Засудженого було заарештовано після скоєння злочину та на підставі ухвали слідчого судді взято під варту. Підставою такого рішення стали судимості засудженого, які були в нього за скоєння інших злочинів. Для правильного вирішення питання про взяття особи під варту та вирішення питання щодо винності особи в скоєнні злочину захисником засудженого було неодноразово подано клопотання про виклик свідка, показання якого мали стати вирішальними в справі. Однак суддя відмовив у цьому та навіть після вирішення справи по суті не надав стороні захисту доступ для ознайомлення з матеріалами справи.

Розглянувши справу, ЄСПЛ констатував порушення п. 1 ст. 5, ст. 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод, дійшовши висновку, що тримання заявника під вартою в період з 6 по 12 січня було незаконним, оскільки 6 січня заявника було затримано за підозрою у вчиненні злочину, проте тримання під вартою протягом 3 днів було задокументовано як покарання за незначне адміністративне правопорушення. Незаконність арешту заявника в період з 6 по 9 січня вплинула також на висновок ЄСПЛ про незаконність арешту заявника в період з 9 по 12 січня. Водночас ЄСПЛ звернув увагу, що практика накладення на особу адміністративного стягнення у вигляді адміністративного арешту за формальних підстав із метою допиту цієї особи щодо розслідуваної кримінальної справи є повторюваною проблемою в Україні, яка розглядалась ЄСПЛ у численних рішеннях щодо України [4].

Таким чином, ЄСПЛ дійшов висновку, що порушення вимог щодо розумності строків сталось не внаслідок дій сторони захисту (неодноразові звернення клопотань, подання скарг до вищих інстанцій, подання заяв про відвід судді), а саме внаслідок дій самого суду, який суттєво порушив права засудженої особи на захист та на розгляд обвинувачення проти неї в найкоротші строки.

Розглянемо питання щодо *початку перебігу строку кримінального провадження*. Згідно із ч. 5 ст. 28 та ч. 1 ст. 283 Кримінального процесуального кодексу України особа має право на розгляд обвинувачення проти неї в суді в найкоротший строк або на його припинення шляхом закриття провадження. Колегія авторів науково-практичного коментаря Кримінального процесуального кодексу України за загальною редакцією В. Тація вважають, що в сенсі тлумачення цієї частини доцільно проаналізувати, який



саме період варто брати до уваги для розуміння того, чи порушили державні органи, які ведуть процес, розумні строки. Здається, що положення цієї частини необхідно тлумачити в їх єдності із ч. 1 цієї статті. Розумними мають бути строки як на стадії досудового розслідування, так і в судовому провадженні, а також строки кримінального провадження загалом.

Важливим є початковий момент перебігу розумного строку та його закінчення. ЄСПЛ у своїх рішеннях підкреслював, що під час визначення тривалості провадження в кримінальній справі варто враховувати строк із моменту пред'явлення особі «обвинувачення» в самостійному та істотному значенні цього терміна.

У зв'язку з тим, що ст. 28 Кримінального процесуального кодексу України не містить вказівку про початок (момент), коли необхідно відраховувати перебіг строку кримінального провадження, для визначення такого моменту варто звернутись до практики ЄСПЛ. Європейський суд із прав людини вказує, що відлік перебігу строку кримінального провадження починається з моменту пред'явлення обвинувачення в широкому сенсі. Сюди включається арешт, початок слідства, коли особі повідомляють про підозру, повідомлення про кримінальне переслідування та інші дії, що припускають схожі затвердження та здійснюють істотний вплив на становище підозрюваного.

Така правова позиція знайшла відображення в рішеннях ЄСПЛ «Екле проти Федеративної Республіки Німеччина» 1982 р., відповідно до якого Г. Екле та його дружина займались постачанням у кредит матеріалів для будівництва майданчиків. Діяльність їх фірми протягом 1959–1867 рр. стала предметом трьох самостійних кримінальних справ.

У цьому рішенні ЄСПЛ зазначив, що в кримінальних справах «розумний строк», про який ідеться в п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод, починається з моменту, коли особі «пред'явлено звинувачення». Це може відбутись раніше, ніж справа потрапить до суду, зокрема, з дня арешту, з дати, коли зацікавлену особу було офіційно повідомлено, що проти неї порушено кримінальну справу, або з дати, коли було розпочато попереднє слідство. «Звинувачення» для цілей п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод можна визначити як офіційне повідомлення особи компетентною владою, що є підстава стверджувати, що нею скоєно кримінальний злочин [5].

Таким чином, тривалість процесу, який розглядався на предмет відповідності вимогам п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод, становила 17 років і 3 тижні (з 1 січня 1961 р. по 23 січня 1978 р.).

У світлі всіх факторів (таких як економічний злочин, масштабність справи, яка охоплювала декілька країн, те, що це був один із перших таких великих злочинів на той час у Німеччині, завантаженість судових палат і нестача суддів) ЄСПЛ дійшов висновку, що труднощі розслідування та поведінка заявників самі по собі не виправдовують тривалість судової процедури; одна з головних причин полягає в тому, як вели справу судові органи.

Отже, розумні строки мають починатись значно раніше, ніж складення обвинувального акта, тобто з моменту, коли особу було повідомлено про потенційну можливість притягнення її до кримінальної відповідальності або розпочато активні слідчі дії для досягнення такої мети. Суд дійшов висновку, що компетентні органи не діяли з необхідною старанністю та раціональністю, тому Федеративну Республіку Німеччина було визнано винною в порушенні

ст. 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод.

У п. 1 Постанови «Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення» від 17 жовтня 2014 р. Пленум Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ зазначив: «Відповідно до практики Європейського суду з прав людини, визначаючи межі перебігу таких строків, слід виходити з такого: у кримінальному провадженні враховується як період досудового розслідування, так і період судового розгляду й апеляційного провадження. При цьому перебіг строків у кримінальному провадженні починається із часу, коли особі повідомлено про підозру, або з моменту затримання особи за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, а закінчується в момент, коли вирок набрав законної сили або кримінальне провадження закрито в цілому чи щодо конкретної особи» [6].

**Висновки.** Таким чином, кримінально-процесуальні строки (процесуальні строки в кримінальному провадженні) – це визначені законодавством України або встановлені слідчим, прокурором, слідчим суддею, судом певні проміжки чи моменти часу, з перебігом або настанням яких виникають, змінюються чи припиняються певні правові наслідки, які гарантують дотримання прав і свобод учасників кримінального провадження та забезпечуються за допомогою державно-правового примусу. Процесуальні строки в кримінальному провадженні пронизують усю кримінально-процесуальну діяльність. Вони регламентують часові межі здійснення досудового розслідування й судового провадження, проведення слідчих дій, строки оскарження рішень, дій чи бездіяльності слідчих і прокурорів, строки апеляційного, касаційного оскарження, перегляд справ Верховним Судом України та за нововиявленими обставинами, розгляд клопотань уповноваженими суб'єктами, ознайомлення з матеріалами справи тощо.

Процесуальні строки є ознаками стадій кримінального провадження. Строковість стадій є вимогою повного, швидкого й неупередженого розслідування обставин справи та є необхідним для недопущення свавільного затягування справи й обмеження прав учасників кримінального провадження.

Особливим видом процесуальних строків є розумні строки в кримінальному провадженні. У доктрині кримінально-процесуального права під розумними строками розуміють найкоротший строк розгляду й вирішення кримінальної справи, проведення процесуальної дії або винесення процесуального рішення, який є достатнім для надання своєчасного (без невинуватих зволікань) судового захисту порушених прав, свобод та інтересів, досягнення мети процесуальної дії, загалом завдань кримінального провадження.

Вимога розумності строків є досягненням не національної, а саме загальноправової наукової думки, тому її закріплення в національній правовій системі є доцільним і необхідним. Варто зазначити, що виокремлення розумних строків як окремого виду процесуальних строків є неправильним з огляду на те, що всі строки в кримінальному провадженні мають бути розумними. Відповідно, виокремлення поряд із такими строками «нерозумних» строків є неправильним.

Відсутність чіткого визначення поняття розумних строків у кримінально-процесуальному законодавстві України та критеріїв їх встановлення зумовлює необхідність у зер-

ненні особливої уваги на практику Європейського суду з прав людини, який у своїх рішеннях неодноразово висловлювався щодо сутності розумних строків і необхідності їх дотримання.

Однією з особливостей процесуального строку та водночас його відмінністю від часу є інструментальний характер строку, тобто його можливість здійснювати регулятивний вплив на суспільні відносини, які виникають під час досудового розслідування кримінальних правопорушень і судового провадження. Здійснення кримінального провадження інколи передбачає необхідність зупинення процесуальних строків та їх поновлення. Саме можливість здійснення таких дій із процесуальними строками виражає їхній штучний характер.

Порівняння національного кримінально-процесуального законодавства України з правовими системами інших держав у частині розвитку процесуальних строків у кримінальному провадженні дозволяє зробити висновок про достатньо високий рівень національного законодавства. Однак водночас вважаємо дещо неправильним залишатись на досягнутому рівні. Тому необхідно продовжувати наукові пошуки щодо розвитку інституту процесуальних строків у кримінальному провадженні з метою забезпечення належного правового регулювання кримінально-процесуальних відносин.

#### Список використаної літератури:

1. Кирилюк Д. Вопросы национальных особенностей отвода судей на Украине / Д. Кирилюк // Юридическая практика. – 2005. – № 40. – С. 14–15.
2. Кениг проти Федеративної Республіки Німеччина : Рішення Європейського суду з прав людини від 28 червня 1978 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://european-court.eu/uploads/ECHR\\_Konig\\_v\\_Germany\\_28\\_06\\_1978.doc](http://european-court.eu/uploads/ECHR_Konig_v_Germany_28_06_1978.doc).
3. Коберник проти України : Рішення Європейського суду з прав людини від 25 липня 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua/file/30435>.
4. Рудніченко проти України : Рішення Європейського суду з прав людини від 11 липня 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.minjust.gov.ua/file/30690>.
5. Екле проти Федеративної Республіки Німеччина : Рішення Європейського суду з прав людини від 15 липня 1982 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://european-court.eu/uploads/ECHR\\_Eckle\\_v\\_Germany\\_15\\_07\\_1982.doc](http://european-court.eu/uploads/ECHR_Eckle_v_Germany_15_07_1982.doc).
6. Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення : Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 жовтня 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0011740-14>.

## МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

УДК 341.217

## КЛАСИФІКАЦІЯ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ УГОД, ЩО УКЛАДАЮТЬСЯ МІЖ УКРАЇНОЮ І ЄВРОПЕЙСЬКИМ БАНКОМ РЕКОНСТРУКЦІЇ ТА РОЗВИТКУ

Анастасія КАДАЦЬКА,  
здобувач кафедри міжнародного права  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

## SUMMARY

This Paper examines the criteria of classification of international law treaties entered into between Ukraine and the European Bank for Reconstruction and Development (hereinafter referred to as EBRD or Bank). In the result of colligation of all existing international law treaties between Ukraine and EBRD, the key criteria of these treaties classification have been formed. In particular, the treaties between Ukraine and EBRD may be classified by name (subject) into three types: credit, guarantee and project treaties. Treaties are classified by the subjects (form of ownership of the borrower) into the treaties aimed at support of private or public sectors. The treaties may be classified by areas of activities of the Bank (areas of credit financing) into the treaties in the energy, agriculture, industry, infrastructure, financial sector, etc. Direct financing and financing through intermediary may be identified by the disbursement method. Study is based on specific examples of bilateral international law treaties entered into between Ukraine and EBRD.

**Key words:** international financial institutions, the European Bank for Reconstruction and Development, EBRD, credit, project, guarantees.

## АНОТАЦІЯ

У статті досліджуються критерії класифікації міжнародно-правових угод, що укладаються між Україною і Європейським банком реконструкції та розвитку. У результаті узагальнення фактично всіх наявних міжнародно-правових угод між Україною і Європейським банком реконструкції та розвитку сформульовано основні критерії для класифікації зазначених угод. Зокрема, за назвою (предметом угоди) угоди між Україною і Європейським банком реконструкції та розвитку можна класифікувати на три види: кредитні, гарантійні й проектні. За суб'єктами (формою власності позичальника) угоди діляться на підтримку приватного або державного секторів. За напрямками діяльності Європейського банку реконструкції та розвитку (сферами кредитування) угоди можна поділити на угоди у сфері енергетики, сільського господарства, промисловості, інфраструктури, фінансового сектора тощо. За способом надання кредитів Європейським банком реконструкції та розвитку можна виділити як пряме фінансування, так і через фінансового посередника. Дослідження ґрунтується на конкретних прикладах двосторонніх міжнародно-правових угод, укладених між Україною і Європейським банком реконструкції та розвитку.

**Ключові слова:** міжнародні фінансові організації, Європейський банк реконструкції та розвитку, кредит, проект, гарантії.

**Постановка проблеми.** Європейський банк реконструкції та розвитку (далі – ЄБРР або Банк) є міжнародною фінансовою організацією, що реалізує проекти у тридцяти шести країнах таких географічних регіонів (за класифікацією ЄБРР): Південно-Східної Європи<sup>1</sup>, Центральної Європи і країн Балтії<sup>2</sup>, Східної Європи й Кавказу<sup>3</sup>, Центральної Азії<sup>4</sup>, Південного та Східного Середземномор'я<sup>5</sup>, а також в Росії й Туреччині [1]. Банк вкладає кошти в підприємства як державного, так і приватного сектора, тим самим стимулюючи розвиток демократії та ринкової економіки, що є пріоритетними напрямками діяльно-

сті ЄБРР. Оскільки Україна також є країною-реципієнтом щодо кредитів ЄБРР, існує необхідність ґрунтовного дослідження міжнародно-правових відносин між Україною та Банком.

**Актуальність теми.** Особливості функціонування міжнародних організацій, зокрема Європейського банку реконструкції та розвитку, розглядаються такими вітчизняними й іноземними науковцями, як О.І. Дунас, П.К. Лебедева, Л.А. Левіна, І.Г. Снігурська, М.О. Стреніна, Є.О. Шибарева, М.О. Ушаков, Адам Бронстоун (Adam Bronstone), Едвард Х'юїт (Edward A. Hewett), Ібрагім Шихата (Ibrahim F. I. Shihata), Поль Менквельд (Paul A. Menkveld) та ін. У своїх працях зазначені автори досліджують основні аспекти становлення, розвитку, функціонування й подальших перспектив діяльності таких міжнародних організацій, як Міжнародний банк реконструкції та розвитку (МБРР), Міжнародний валютний фонд (МВФ), Європейський банк реконструкції та розвитку (ЄБРР), інші міжнародні фінансові організації. Учені доходять узагальненого висновку, що міжнародні організації є необхідними саме в

<sup>1</sup> Албанія, Боснія й Герцеговина, Болгарія, Кіпр, Колишня Югославська Республіка Македонія, Греція, Республіка Косово, Чорногорія, Румунія, Сербія.

<sup>2</sup> Естонія, Латвія, Литва, Польща, Словаччина, Словенія, Угорщина, Хорватія.

<sup>3</sup> Азербайджан, Білорусь, Вірменія, Грузія, Молдова, Україна.

<sup>4</sup> Казахстан, Киргизька Республіка, Монголія, Таджикистан, Туркменістан, Узбекистан.

<sup>5</sup> Єгипет, Йорданія, Марокко, Туніс.

тих сферах суспільного життя, у яких сумісні дії є більш ефективним методом у досягненні результату, аніж дії окремих країн.

Однак у сучасній українській доктрині міжнародного публічного права наразі практично відсутні ґрунтовні дослідження міжнародно-правових відносин між Україною і Європейським банком реконструкції та розвитку, у тому числі особливостей міжнародно-правових угод, що укладаються між Україною і ЄБРР.

Виходячи з цього, **мета статті** полягає в дослідженні класифікації міжнародно-правових угод, що укладаються між Україною і Європейським банком реконструкції та розвитку.

Керуючись викладеним, можна сформулювати такі основні завдання статті:

– установити коло міжнародно-правових угод, що укладаються між Україною і Європейським банком реконструкції та розвитку;

– визначити особливості міжнародно-правових угод, що укладаються між Україною і Європейським банком реконструкції та розвитку;

– з'ясувати критерії для класифікації міжнародно-правових угод, що укладаються між Україною і Європейським банком реконструкції та розвитку.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Загальний огляд міжнародно-правових угод, що укладаються між Україною і Європейським банком реконструкції та розвитку, дає змогу сформулювати кілька критеріїв для їх класифікації:

1) за назвою (предметом угоди);

2) за суб'єктами (формою власності позичальника);

3) за напрямками діяльності Банку (сферами кредитування);

4) за способом надання кредитів ЄБРР.

Розглянемо запропоновані критерії детальніше.

1. *За назвою (предметом)* міжнародно-правові угоди, що укладаються між Україною і ЄБРР, можна поділити на три види (типи): кредитні, гарантійні й проектні.

Визначення понять зазначених видів угод подаються у ст. II (розділ 2.02) Стандартних положень та умов ЄБРР від 01 травня 2006 р. [2, ст. II]. До речі, тотожні визначення містилися й у Стандартних положеннях та умовах Банку в редакції від 01 лютого 1999 р. [3, ст. II].

Зокрема, «кредитна угода» означає кредитну угоду, до якої застосовані ці Стандартні положення й умови разом зі змінами, що час від часу можуть вноситися до такої угоди; і цей термін включає ці Стандартні положення й умови, як вони застосовані до неї, усі додатки до кредитної угоди та всі угоди, що доповнюють кредитну угоду [2, ст. II]. Як приклад такої угоди можна навести Кредитну угоду між «Укрзалізницею» і ЄБРР від 06 грудня 1999 р. [4].

<sup>6</sup> Позичальником за цією угодою є Національний Банк України – прим. автора.

<sup>7</sup> Стандарт GMP (Good manufacturing practices – належна виробнича практика) – система нормативів, яким слідують виробники для забезпечення відповідності своєї продукції належному рівню якості, безпеки, чистоти, автентичності й ефективності. Правила GMP достатньо жорсткі. Вони передбачають, що компанія, яка виробляє ті чи інші лікарські засоби, повинна мати докази, що продукція, яку вони випускають, не містить неприпустимого рівня потенційно небезпечних мікроорганізмів, токсинів, важких металів, будь-яких сторонніх домішок та інших речовин, що можуть бути небезпечними для людини. Упровадження Стандарту GMP в Україні дає гарантії всім українцям, що під час купівлі продукції із позначенням «якість гарантовано GMP» вони можуть бути впевненими в її високому рівні якості й абсолютній безпеці для здоров'я – прим. автора.

<sup>8</sup> Остання офіційно оприлюднена Стратегія Банку щодо України – прим. автора.

«Гарантійна угода» означає угоду між Банком і членом Банку з метою гарантування кредиту з урахуванням поправок, що можуть час від часу вноситися до такої угоди; і цей термін включає ці Стандартні положення й умови тією мірою, якою вони застосовні до неї, усі додаткові угоди до гарантійної угоди й усі угоди, включені в сферу її дії [2, ст. II]. Такою є, наприклад, Гарантійна угода (Проект розвитку залізничних шляхів України) між Україною і ЄБРР від 06 грудня 1999 р. [5].

«Проектна угода» означає угоду про кожний проект, якщо є, описаний у кредитній угоді або гарантійній угоді, разом зі змінами, що час від часу можуть вноситися до такої угоди або угод; і цей термін включає ці Стандартні положення та умови, як вони застосовані до такої угоди, усі додатки до такої проектної угоди й усі угоди, що доповнюють таку угоду про проект [2, ст. II]. Прикладом цього виду угод є Проектна угода (Фінансування Української ЕСКО (друга фаза) між ЗАТ «Українська Енергозберігаюча Сервісна Компанія» і ЄБРР від 21 жовтня 2005 р. [6].

Беручи до уваги зазначені вище поняття, а також практику укладення міжнародно-правових угод з боку ЄБРР, можна зазначити, що власне кредитна угода – це угода, у якій ЄБРР і Позичальник викладають загальні умови надання кредиту. За деякими кредитними угодами Банку щодо України (особливо щодо кредитів для державного сектора) ЄБРР надає позики лише за умови, що Україна погодиться надати гарантію за зобов'язаннями Позичальника стосовно кредиту. У цьому випадку між ЄБРР і Україною в день підписання кредитної угоди [4] додатково підписується також і гарантійна угода [5].

У свою чергу, проектна угода – це, так би мовити, «додаткова» угода [6] до кредитної угоди [7]. У проектній угоді сторони викладають результати аналізу проектної документації щодо техніко-економічного обґрунтування проекту, метою якого є визначення фінансової та економічної ефективності проекту, уточнення витрат (кошторису), визначення джерел кредитування, оцінювання ризиків тощо.

Отже, укладення гарантійних і проектних угод є прямим наслідком укладення кредитних угод.

2. *За суб'єктами (формою власності позичальника)* міжнародно-правові угоди, що укладаються між Україною і Банком, можна класифікувати як угоди про надання кредитів на підтримку приватного або державного секторів. Згідно з п. 3 ст. 11 Угоди про заснування Європейського банку реконструкції та розвитку від 29 травня 1990 р., на підтримку приватного сектора припадає 60% проектів, а на державний сектор – 40% [8, ст. 11].

Прикладом кредитної угоди в державному секторі є Кредитна угода між ЄБРР і Україною про відкриття кредитної лінії для малих та середніх підприємств від 16 грудня 1994 р.<sup>6</sup> (зі змінами й доповненнями від 05 жовтня 1998 р.) [9].

За підписанням кредитних угод у державному секторі обов'язковим етапом зазвичай є підписання відповідних гарантійних угод, за якими Україна (як гарант) безумовно гарантує – «як першочерговий відповідач, а не просто як поручитель – здійснення відповідних та вчасних виплат будь-якої та усіх сум, передбачених кредитною угодою, або у зазначений термін, або до цього терміну, а також пунктуальне виконання усіх інших обов'язків боржника, встановлених у кредитній угоді» [10, ст. II].

Як приклад кредитної угоди у приватному секторі можна навести Кредитну угоду з фармацевтичною компанією ВАТ «Фармак», яка отримала кредит на суму 32 млн євро



[11]. Цей проект сприяв подальшому зростанню й розширенню діяльності одного із провідних виробників фармацевтичної продукції в Україні. Проект передбачав модернізацію наявних і створення нових виробничих потужностей згідно зі стандартами GMP<sup>9</sup>.

За фінансування проектів у приватному секторі ЄБРР, як правило, не вимагає державних гарантій, але ціна кредиту за такий проект може бути істотно збільшена, урахувавши комерційні ризики проекту.

3. *Класифікація кредитних угод між Україною і ЄБРР за напрямками діяльності (сферами кредитування).*

Згідно зі Стратегією діяльності ЄБРР в Україні на період 2011–2014<sup>8</sup>р., стратегічними напрямками діяльності Банку в Україні є такі: енергетика, сільське господарство, промисловість, інфраструктура, фінансовий сектор і ринок капіталу [12, с. 8, 9].

Розглянемо особливості фінансування Банком різних секторів вітчизняної економіки.

*Енергетика.* Україна є однією з найбільш енергоємних країн у світі. Енергоефективність України становить лише третину від середньої енергоефективності країн – членів Євросоюзу. Унаслідок цього Україна має величезний потенціал для здійснення заходів щодо підвищення енергоефективності в кожній галузі економіки, особливо у промисловому виробництві, виробництві електроенергії, у житловому секторі, на транспорті й у сільському господарстві [12, с. 74].

Намірами ЄБРР у сфері *енергоефективності* в Україні є участь у проектах із реконструкції виробничих потужностей теплоенергетики, а також підвищення ефективності й екологічної безпеки на теплоелектростанціях. При цьому більшість великих інфраструктурних і енергетичних проектів, що впроваджувались Банком в Україні, включали спільне фінансування з іншими міжнародно-фінансовими організаціями – Європейським інвестиційним банком, Світовим банком і Міжнародною фінансовою корпорацією (що є структурним елементом Світового Банку) тощо. Така комбінація була визнана як *дуже успішна* у сприянні розвитку ефективних механізмів для впровадження в Україні проектів енергозбереження, що мали позитивні результати як для малих і середніх [приватних] підприємств, так і для організацій державного сектора [12, с. 72].

Наприклад, Українська енергосервісна компанія «УкрЕСКО» в 1998 р. отримала кредит ЄБРР у розмірі 30 млн дол. США [13, ст. II], який був доповнений грантом ТАСІС від Європейського Союзу в розмірі 6 млн ЕКЮ<sup>9</sup> [13, ст. I]. 21 жовтня 2005 р. була підписана Кредитна угода по проекту енергозбереження «УкрЕСКО» (друга фаза) [7]. Завдяки цій новій Угоді, яка, по суті, є продовженням Угоди 1998 р. [13], в Україні стало можливим утілення проектів із енергозбереження додатково на суму 20 млн дол. США [7, ст. II].

Інший приклад кредитування у сфері енергетики – Проект модернізації після завершення будівництва Енергоблоку № 2 Хмельницької атомної електростанції та Енергоблоку № 4 Рівненської атомної електростанції в розмірі 150 млн дол. США [14].

У 2012 р., з метою розроблення, будівництва та експлуатації сонячної електростанції, потужністю 4,5 МВт, ЄБРР надав 5,7 млн євро кредитних коштів для ТОВ «ГрінА-

гроСервіс». Наразі зазначений проект розвитку сонячної енергетики успішно введено в експлуатацію. Постановою Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики України (НКРЕ), від 27 грудня 2012 р. № 1827 для виробників електричної енергії з енергії сонячного випромінювання було затверджено «зелений тариф» [15]. Угода щодо закупівлі електроенергії із ДП «Енергоринок» була підписана 29 січня 2013 р. та ухвалена НКРЕ 31 січня 2013 р. Постачання отриманої від зазначеного проекту електроенергії в мережу (споживачам) було розпочато в лютому 2013 р. [16].

Щодо інвестування *агробізнесу* в Україні Андре Куусвек (André Kūusvek), директор ЄБРР в Україні, зазначив цікаві факти: «Частка сектора агробізнесу в загальному обсязі нових інвестицій ЄБРР знаходиться на рівні 8–10 %, а в Україні цей показник становить 14–19%» [17]. Як приклад інвестування з боку ЄБРР сільського господарства України можна назвати кредит, наданий компанії «Агроінвест» у 2007 р. на суму 10 млн євро [18]. Ці кошти були використані для будівництва в м. Яготин (Київська область) сучасного елеватора для зберігання зерна обсягом більше ніж 100 тис. т. За результатами реалізації цього проекту було досягнуто зниження вартості зберігання зерна й суттєве підвищення конкурентоспроможності цього підприємства.

Прикладом фінансування харчової галузі в Україні є наданий у 1997 р. кредит кондитерської фабрики «Світоч» у розмірі 8 млн дол. США на модернізацію виробництва, збільшення виробничих потужностей і встановлення фінансової та бухгалтерської системи для забезпечення звітності згідно з міжнародними стандартами [19].

ЄБРР також приділяє багато уваги інвестуванню у *промисловість* України. Наприклад, за Кредитною угодою з Українською сталеливарною компанією «Міттал Стіл Кривий Ріг» останній було надано кредит у розмірі 200 млн дол. США. Цей кредит був наданий з метою сприяння модернізації технологій, підвищенню рівня виробництва й ефективності використання енергоресурсів [20].

Ще одним важливим напрямком інвестування ЄБРР в Україні є фінансування *інфраструктурних проектів*, що збільшують якість і загальну інтенсивність використання інфраструктури, зокрема це стосується автомобільних і залізничних шляхів. Наприклад, Кредитна угода (Третій проект «Ремонт автомобільної дороги Київ – Чоп») між Україною і ЄБРР від 19 грудня 2006 р. передбачив надання Державній службі автомобільних доріг України (Укравтодору) 200 млн євро для здійснення реконструкції останньої частини автошляху М06 (протяжністю 427 км), що є частиною III-го Пан-європейського транспортного коридору й забезпечує сполучення між м. Києвом і західними кордонами України з державами-членами Європейського Союзу – Польщею, Словаччиною та Угорщиною [21, ст. II].

Цікавим є також «Проект модернізації системи аеронавігаційного обслуговування» [22], що передбачає підвищення рівня безпеки польотів у повітряному просторі України й забезпечення обладнанням, необхідним для обслуговування нових міжнародних маршрутів.

Крім цього, ЄБРР багато уваги приділяє кредитуванню *муніципальної (комунальної) й екологічної інфраструктури*. Так, Державне комунальне підприємство «Водоканал» м. Запоріжжя отримало кредит на суму 28 млн дол. США для втілення в життя проекту «Програма інвестицій та розвитку системи водопостачання та очищення води в м. Запоріжжі» [23]. Подібним до попереднього є проект «Програма комунального водопостачання та очищення стічних вод

<sup>9</sup> ЕКЮ (ECU) – Європейська валютна одиниця (European Currency Unit), що використовувалася в європейській валютній системі із 1979 по 1998 рр. ЕКЮ була замінена на євро 01 січня 1999 р. за курсом 1:1 – *прим. автора*.

у м. Дніпропетровськ» [24]. Основними цілями проекту є покращення стану систем водопостачання й водовідведення в м. Дніпропетровськ, зменшення експлуатаційних витрат на технічне обслуговування, зменшення рівня скидання неочищених вод у річку Дніпро та басейн Чорного моря тощо.

Ще одним не менш важливим напрямом діяльності ЄБРР в Україні є сприяння розвитку *фінансового сектору*, а саме: покращення стандартів банківської діяльності, підтримка кредитоспроможних українських комерційних банків, банківських ініціатив з організації фінансування приватних підприємств з метою забезпечення приватних компаній джерелами довготермінового кредитного фінансування, а також розвиток експортного комерційного кредиту й інших фінансових інструментів для підтримки експорту. Зокрема, у 2007 р. ЄБРР надав ВАТ «Мегабанк» (м. Харків) кредит у розмірі 20 млн дол. США. За цим проектом надається довготермінове фінансування мікро-, малого та середнього бізнесу в регіонах Східної України [25].

У 2008 р. в Україні була затверджена нова програма фінансування *середнього, малого й мікробізнесу* на суму 200 млн дол. США [26]. Ця нова програма підтримки середнього й малого бізнесу в Україні реалізовувалася безпосередньо через українські комерційні банки без залучення державних гарантій і участі Національного Банку України.

Від самого початку відносин між Україною і ЄБРР значна увага приділялась фінансуванню заходів *ядерної безпеки*. Зокрема, ЄБРР є розпорядником Рахунку ядерної безпеки та Чорнобильського фонду «Укриття», заснованого у грудні 1997 р. країнами Великої Сімки й іншими країнами-вкладниками для допомоги Україні у зв'язку з ліквідацією наслідків аварії на ЧАЕС.

20 листопада 1997 р. між Україною і ЄБРР була підписана Рамкова угода стосовно діяльності Чорнобильського фонду «Укриття» в Україні [27]. Відповідно до цієї Угоди, Банк надає Чорнобильській атомній електростанції або Адміністрації ядерного регулювання безвідплатне фінансування технічної допомоги, а також на придбання, установлення й введення в експлуатацію обладнання з метою надання допомоги Україні для перетворення наявного Чорнобильського саркофага на безпечну і стабільну систему стосовно навколишнього середовища. Зі свого боку Україна для реалізації цього проекту надала ресурси в розмірі 50 млн дол. США [27, розділ 1].

У жовтні 2009 р. Україна ініціювала збільшення власних майнових і грошових внесків до ресурсів Фонду в розмірі 104,163 млн дол. США, про що були внесені відповідні зміни до Рамкової угоди 1997 р. [27] шляхом підписання Угоди у формі обміну листами [28]. А у 2013 р., з метою продовження плідної співпраці у цьому напрямі, Українська сторона здійснила додатковий внесок до Чорнобильського фонду «Укриття» в сумі 63,40 млн дол. США [29], про що також були внесені зміни до Рамкової угоди 1997 р. [27].

4. *Класифікація кредитних угод ЄБРР щодо України за способом надання кредитів* ЄБРР здійснює як пряме фінансування, так і через фінансового посередника.

Безпосередньо Банком здійснюється *пряме фінансування* великих за обсягом інвестицій або інфраструктури як у приватному секторі, так і за участі місцевої чи центральної влади. Пряме фінансування здійснюється шляхом надання кредиту на конкретні потреби з урахуванням платоспроможності позичальника, пайової участі в акціонер-

ному капіталі, гарантій ЄБРР тощо. Прикладом надання прямого фінансування є кредит, наданий великому українському виробникові свинини ТОВ «Даноша» у 2014 р. [30]. Цей проект передбачає розширення діяльності компанії, покращення утилізації відходів, будівництво двох біогазових установок і реструктуризацію балансу. Крім цього, за допомогою ЄБРР компанія також підвищить показники біологічної безпеки й стандарти поводження із тваринами згідно із нормами Євросоюзу.

Фінансування *через посередника* здійснюється через місцеві банки або інвестиційні фонди. Фінансування через посередників застосовується для надання порівняно невеликих за обсягом кредитів. До таких кредитів належать кредитні лінії ЄБРР фінансовим посередникам, якими є місцеві банки, інвестиції до приватних акціонерних капіталів, програми розвитку банків, співфінансування спільно з місцевими й інвестиційними партнерами тощо. Зокрема у 2003 р. Банк взяв участь у збільшенні капіталу «ПроКредит Банку» (“ProCredit Bank Ukraine”) на загальну суму 5,1 млн дол. США з метою зміцнення бази капіталу банку та включення його для подальшого розширення операцій мікро- й малих підприємств в Україні [31].

На підставі узагальнення викладеного матеріалу можна зробити такі основні **висновки**:

1. Міжнародно-правові угоди ЄБРР щодо України можна класифікувати за такими критеріями: за назвою (предметом угоди), за суб'єктами (формою власності позичальника), за напрямками діяльності Банку (сферами кредитування) і за способом надання кредитів ЄБРР.

2. За назвою (предметом) угоди, що укладаються між Україною і Банком, їх можна поділити на три види: кредитні, гарантійні й проектні.

3. За суб'єктами (формою власності позичальника) можна виділити угоди на підтримку приватного або державного секторів.

4. За напрямками діяльності Банку (сферами кредитування) угоди можна поділити на угоди у сфері енергетики, сільського господарства, промисловості, інфраструктури, фінансового сектора тощо.

5. За способом надання кредитів ЄБРР можна виділити пряме фінансування й фінансування через посередника.

Перспективи подальших досліджень у цьому напрямі, на нашу думку, полягають у необхідності дослідження компетенції Європейського банку реконструкції та розвитку.

#### Список використаної літератури:

1. Where we are : The list of countries in which the EBRD works [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ebrd.com/where-we-are.html>.

2. Стандартні положення та умови Європейського банку реконструкції та розвитку, прийняті в м. Лондоні 01 травня 2006 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/985\\_017](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/985_017).

3. Стандартні положення та умови Європейського банку реконструкції та розвитку, прийняті в м. Лондоні 01 лютого 1999 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/985\\_001](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/985_001).

4. Кредитна угода (Проект розвитку залізничних шляхів України) між «Укрзалізницею» та Європейським банком реконструкції та розвитку, підписана в м. Лондоні 06 грудня 1999 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/996\\_024](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/996_024).

5. Гарантійна угода (Проект розвитку залізничних шляхів України) між Україною та Європейським банком реконструкції

та розвитку, підписана в м. Лондоні 06 грудня 1999 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/996\\_023](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/996_023).

6. Проектна угода (Фінансування Української ЕСКО (друга фаза) між ЗАТ «Українська Енергозберігаюча Сервісна Компанія» та Європейським банком реконструкції та розвитку, підписана в м. Києві 21 жовтня 2005 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/985\\_010](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/985_010).

7. Кредитна угода (Фінансування Української ЕСКО (друга фаза) між Україною та Європейським банком реконструкції та розвитку), підписана в м. Києві 21 жовтня 2005 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/985\\_007](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/985_007).

8. Agreement Establishing the European Bank for Reconstruction and Development : Done at Paris on 29 May 1990 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ebrd.com/downloads/research/guides/basics.pdf>.

9. Кредитна угода (Кредитна лінія для розвитку малих і середніх підприємств) між Європейським банком реконструкції та розвитку та Національним банком України, підписана в м. Лондоні 16 грудня 1994 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/996\\_034](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/996_034).

10. Гарантійна угода (Кредитна лінія малих та середніх підприємств) між Україною та Європейським банком реконструкції та розвитку, підписана в м. Лондоні 16 грудня 1994 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/996\\_033](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/996_033).

11. Farmak : Project number 36873 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ebrd.com/work-with-us/projects/psd/farmak.html>.

12. Стратегія діяльності в Україні 2011–2014 рр., затверджена Радою Директорів ЄБРР на засіданні 12/13 квітня 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.ebrd.com/downloads/country/strategy/ukraine\\_uk.pdf](http://www.ebrd.com/downloads/country/strategy/ukraine_uk.pdf).

13. Кредитна угода (Фінансування Української ЕСКО) між Україною та Європейським банком реконструкції та розвитку, укладена в м. Києві 09 травня 1998 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/996\\_019](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/996_019).

14. Гарантійна угода (Проект модернізації після завершення будівництва Енергоблока № 2 Хмельницької атомної електростанції та Енергоблока № 4 Рівненської атомної електростанції) між Україною та Європейським банком реконструкції та розвитку, укладена в м. Києві 29 липня 2004 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/985\\_006](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/985_006).

15. Про встановлення величин «зелених» тарифів на електричну енергію на січень 2013 року : Постанова Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики, від 27 грудня 2012 р. № 1827 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www3.nerc.gov.ua/?id=5526>.

16. Програма фінансування альтернативної енергетики в Україні : Повідомлення USELF від 01 лютого 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.uself.com.ua>.

17. Директор ЕБРР в Україні: Объем финансирования агробизнеса с каждым годом растет : Интервью Андре Куусвека, директора ЕБРР в Украине [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ukragroleasing.com.ua/index.php?direktor-ebrri-v-ukraine-obnneem-finansirovaniya-agrobiznesa-s-kazhdyim-godom-rastet.html>.

18. Agroinvest : Project number 37996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ebrd.com/work-with-us/projects/psd/agroinvest.html>.

19. Svitoch Confectionery : Project number 3301 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ebrd.com/work-with-us/projects/psd/svitoch-confectionery.html>.

20. ArcelorMittal Kriviy : Project number 36813 Rih [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ebrd.com/work-with-us/projects/psd/arcelormittal-kriviy-rih.html>.

21. Кредитна угода (Третій проект «Ремонт автомобільної дороги Київ – Чоп») між Україною та Європейським банком реконструкції та розвитку, підписана в м. Києві 19 грудня 2006 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/985\\_011](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/985_011).

22. Гарантійна угода (Проект модернізації системи аеронавігаційного обслуговування) між Україною та Європейським банком реконструкції та розвитку, підписана в м. Києві 14 лютого 1998 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/996\\_020](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/996_020).

23. Кредитна угода (Програма інвестицій та розвитку системи водопостачання та очищення води в м. Запоріжжі) між Європейським банком реконструкції та розвитку та Державним комунальним підприємством «Водоканал» м. Запоріжжя, підписана в м. Києві 21 травня 1999 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/985\\_003](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/985_003).

24. Dnipropetrovsk municipal water and waste-water Project : Project number 32011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ebrd.com/work-with-us/projects/psd/dnipropetrovsk-municipal-water-and-wastewater-project.html>.

25. MegaBank – MSME Senior Loan : Project number 37843 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ebrd.com/work-with-us/projects/psd/megabank-msme-senior-loan.html>.

26. Ukraine MSME Lending Framework : Project number 35499 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ebrd.com/cs/Satellite?c=Content&cid=1395243450900&pagename=EBRD%2FContent%2FContentLayout>.

27. Рамкова угода між Україною та Європейським банком реконструкції та розвитку стосовно діяльності Чорнобильського Фонду «Укриття» в Україні, підписана в м. Лондоні 20 листопада 1997 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/996\\_004](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/996_004).

28. Угода (у формі обміну листами) між Україною та Європейським банком реконструкції та розвитку про внесення змін до Рамкової угоди між Україною та Європейським банком реконструкції та розвитку стосовно діяльності Чорнобильського фонду «Укриття» в Україні, учинена в м. Києві 02 жовтня 2009 р. і в м. Лондоні 02 жовтня 2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/985\\_021](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/985_021).

29. Угода (у формі обміну листами) між Україною та Європейським банком реконструкції та розвитку стосовно діяльності Чорнобильського фонду «Укриття», учинена в м. Києві 18 листопада 2013 р. й у м. Лондоні 04 грудня 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/985\\_033](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/985_033).

30. Danosha : Project number 44982 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ebrd.com/work-with-us/projects/psd/danosha.html>.

31. US/EBRD SME – ProCredit Bank Ukraine : Project number 6582 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ebrd.com/cs/Satellite?c=Content&cid=1395244536216&pagename=EBRD%2FContent%2FContentLayout>.



УДК 341.018

## FREEDOM OF EXPRESSION IN THE TIME OF INFORMATION WARFARE

Andriy MELNYK,

post-graduate student, the Department of International Law of Ivan Franko  
National University in Lviv

### SUMMARY

Tackled in the paper is the problem of freedom of expression of the humankind as a carrier of the collective rights in the international community in the time of information warfare. Plausible formats of human communities as possible carriers of the legal personality and their priority before individual rights are analyzed.

Based on the analysis of international legal documents and practice of foreign organizations activities in the respective area (UN, Council of Europe, European Union), the work justifies the necessity to create new complex international and legal instruments that would become a standard for the search of legal regulators of ethical norms and values. New international and intrastate approaches and mechanisms for minimization of negative implications of diverse modern information wars are suggested.

**Key words:** individual rights, rights of the humankind, collective rights, international community, international legal personality, information warfare.

### АННОТАЦИЯ

В статье рассматривается проблема свободы слова человечества как носителя коллективных прав в международном сообществе во время информационной войны. Проанализированы вероятные форматы человеческих сообществ как носителей юридической правосубъектности и их приоритет перед правами личности. На основе анализа международно-правовых документов и практики деятельности международных организаций в соответствующей сфере (ООН, Совета Европы, Европейского Союза), обосновывается необходимость создания новых комплексных международно-правовых инструментов, которые будут стандартом для поиска правовых регуляторов этических норм и ценностей. Предлагаются новые международные и внутригосударственные подходы и механизмы для минимизации негативных последствий современных, различных форм и видов, информационных войн.

**Ключевые слова:** права личности, права человечества, коллективные права, международное сообщество, международная правосубъектность, информационная война.

**Introduction.** The issues of freedom of expression in the age of the acceleration of civilization development and globalization take on a peculiar significance, it becomes an integral manifestation of the whole totality of rights and freedoms of man as well as a means to their enforcement and protection, thus constituting the man's sense-seeking, and sense-generating basis. The dramatic developments of the recent years have been related to civilizational rifts, information warfare, migration processes as well as threats of international terrorism. They induce the world community to look for legal regulators of the transition to a harmonious non-violent world. Freedom of expression under these circumstances becomes a prime instrument of cross-civilizational and cross-cultural dialogue that in the end will lead to the construction of a new non-violent world order.

Unfortunately, no comprehensive general theoretical study of the phenomenon of the right to freedom of expression as an integral expression of the entire system of human rights contributing to the elaboration of the said system's practical-communicative model and its application within and beyond the national-regional context has been offered so far in the legal science of this country. The said factor adds to the topicality of the current study. A number of scholars both in this country and elsewhere, among them P. Rabinovych [12; 13], Yu. Tyshchenko [14], N. Kovalko [5], T. Kovalyova [6], O. Hoeffe [16] and T. Modood [17], have contributed to the study of the individual and collective rights to freedom of expression previously.

When analyzing human rights scholars tend to treat them primarily not in a universal-integral, international-legal setting, but rather in a narrow domestic, political-legal context. How-

ever, proceeding from the previously set anthropic principle of cultural universals of the existence, according to Krymskyi, of the "prevailing in history invariant cultural structures, the pro-forms (archetypes) of the world order" [7, p. 28] we seem to be capable of extracting a kind of universal mankind-relevant sense from the narrow national moral-legal view or specific mental-ethical codes.

The suggested approach makes it possible to reaffirm in the context of the international law the Gandhian principle of non-violence or the Freedom-Equality-Brotherhood motto of the French Revolution. Hence we are justified in assigning to the opinion of N. Khamitov that the Ukrainian outlook tolerance can become the morals of the postindustrial society [15, p. 409]. It is the archetype-encoded moral and legal orientation that, albeit all the difficulties of the national headway, gives a hope of self-realization as the peculiarly distinctive democratic-legal state to the Ukrainian society.

On another note, the philosophy of survival as a method of overcoming the catastrophic reality of modern existence of civilization requires that a personality be molded as a cosmopolite-citizen, the whole Earth guardian, that is, in its constructive, positive sense. It is a personality that without losing his own national identity simultaneously aims at a real and virtual belonging to the many cultures that can care for the planet's fate on the whole and spread the principles of reverence and awe for life and existence as such.

As was aptly remarked by the founder of transpersonal psychology S. Groff "there is no contradiction between being a Ukrainian and a citizen of the planet at the same time. On the contrary, only that who is deeply rooted in his own culture



can reach through it a source that all cultures of the world tap from. Therefore, Ukrainians ought to cherish their own national peculiarity, arousing the feeling of belonging to the common spring" [9].

Transculturalism is a prototype at the root of the modern Ukrainian nation, of a Ukrainian aspiring at the country's territorial conciliarism or simply unity and integrity of all Ukrainian lands, a man that thinks globally, but acts locally. He is a man capable of transcending the native culture, subjecting it to an in-depth reflection: what are its strongholds, what is archaically obsolete, what needs saving, what makes it a model or vector of the future, what should be rejected because it no longer meets the requirements of the present day. Thus, in the legal field a Ukrainian sharing the ideas of the country's integrity is an individual who rose to the integral understanding of human rights as an organic combination of the rights of an individual, the rights of a community and the rights of humanity as a cosmic and planetary integrity.

The making of human rights is intimately connected with the evolution of the understanding and existential realization of the phenomenon of freedom that many thinkers took for a determining property of man, his essential strength and the basis for his creativity. The search for ways of creating conditions for the realization of a creative world relation by releasing man from all possible forms of compulsion, censorship, mind or word control, restrictions that go beyond the scope of a natural necessity for the society to preserve itself is a great achievement of the free thought.

However today, in the age of all-pervasive information warfare and medial-cultural imperialism, serious doubts appear as to the possibility of warranting freedom of speech and thought as a result of the inefficiency of efforts exerted to introduce into the civilization niche the mass-media that manipulate the collective consciousness and behavior of the people on the basis of the artificially constructed myths or especially carved mythologemes.

In this context it is necessary to stress that ensuring the protection of a right to freedom of speech, and self-expression of communities on post-soviet space that has seen the creation of new independent states has a special significance for defending the latter's sovereignty and identity. The point is that the processes of ethno-national globalization and cases of national renaissance are nonlinear, which means that they take place at diverse rates and penetrate into different depths in specific regions facing stiff resistance from the former metropolises that resort to information onslaught on freedom of expression as a basic fighting method against new national identities. Currently a very special effort to destroy the Ukrainian identity by means of information warfare and thus to contribute to the new Eurasian identity is being undertaken by Russia. Ukraine, in its turn, is doing its utmost to shy away from a distressing identity that bears encoded historical losses and failures.

The factors described above foreground with renewed strength the expedience to include into the Declaration on Human Rights a provision for the protection of national identities along the plane of information. It should stipulate legal sanctions in relation to the facts of waging information warfare against ethno-national communities with the aim of their assimilation by means of a forced change of identity.

Analyzing the correlation between the collective and individual rights and acknowledging that collective rights are equal and symmetric with individual ones it must, nevertheless, be emphasized that collective rights as well as collective rights of cultural groups are genetically secondary to individual rights,

which follows from the fractal nature of man. The creative nature of man calls for a right to diversity, a right to take retreat from one's native cultural group, lest a specific culture, even one's native culture, and especially the anti-liberal one, should throttle one's individual culture.

Some researchers have raised the question of the legal personality of the humankind, the presence of the individual interests that do not concur with the interests of other subjects of international relations. Thus, P. Rabinovych contends that the basic rights of humanity are its certain possibilities indispensable for its existence and development as a unitary integral subject of world history, a carrier of earthly civilization. They are objectively pre-defined by the condition of social and natural environment and envisaged in international normative documents. To such basic rights he attributes the right of humanity to permanent existence (the right to immortality), the right to revival and maintenance of harmony with nature (the right to ecological safety), the right to conservation, use and development of the material and spiritual values that are common to all mankind (cultural, spiritual scientific and other legacies) [12, p. 571–572].

The paradigm of humanity which is dominant in the present-day world puts on the agenda the main tasks – to realize the protection of the crucial interests that reflect both negative and positive globalization processes, which is actually evinced in the cosmopolitan right of the world community. Today, the significance of the realization of the right of humanity as legal personality to freedom of self-expression and thought can hardly be overestimated.

The prerogative of the legal personality of the humankind is control over knowledge the spreading of which may lead to catastrophic consequences: prevention of the spread of forbidden knowledge and technologies that pose a threat to the very existence of humankind (nuclear technologies, biotechnologies, development of psychotropic weaponry, etc.). In the apt opinion of Pocheptsov, "there is no need to forbid knowledge, one should just not disseminate it" [11, p. 112]. And conversely, the knowledge the concealment of which may threaten not only national security, but also the security of the whole regions or even the planet as a whole is to be declassified. A vivid example to the effect is the information black-out concerning the localization and dynamics of radioactive contamination in the wake of the Chernobyl disaster of 1986. Thus, the violation of the right of the people to being briefed on certain vital issues can be qualified as a crime against peace and humanity.

Not less unpredictable collisions in the realization of the right to freedom of expression may arise in the case of an artificial clash between the rights of man with the rights of humanity as an integral whole. Modood was right in emphasizing that we give preference to individual rights, the rights of nations will be dissolved in them: the right to self-determination, the right to statehood ... But if we decide that the rights of nations are more important, we will surely come to discrimination [16, p. 85]. The emergence of humanity (in the form of an international community) as a new legal personality in international relations is predetermined by the main interest to guarantee the survival of human civilization as such as well by the desire to overcome or mitigate the pending anthropogenic-ecological disaster.

In the modern civilizational dimension, freedom as internal creativity, and spontaneity is constituted as an integral principal of the organization of a civic society, the construal of a complete system of human rights. We live under the conditions of extreme uncertainty, bifurcation of the historical development

when the moral-legal foundations of classical humanism based on the priority of human rights over any other rights tend to lose their immediate significance. A new vision of humanism in the cosmologically politicized legislation is to be built upon the probability logic, rather than algorithmic logic, of the moral-legal choice. That is why in the conditions of the impending disaster the civilizational choice is not a moral maneuver, but the logic of the rescue risk. Then, it is not always possible to consider a human being as a goal, because humans are ambivalent by nature. In this context, a likely order to destroy the Boeing jet with passengers on board, if there is a terrorist among them ready to drop a bomb on a city, is a compromise for the sake of the lesser evil.

The problem of the correlation between the notions “humanity as a value” and “individuality of man” as a separate subject of morals and law is quite a debatable question. Today we cannot but admit that more and more scholars in Ukraine and in other countries come to the conclusion about the growing dominance of the general, the common, the collective in a globalization-civilization process. For instance, a German researcher Beck in his work *Cosmopolitan Vision* analyzes the logic of the globalization process in the context of a tendency towards the formation of the “globe identity”, a “unified civilization order”, which is connected not so much with the deepening of human civilization as with growing consolidation of the “cosmopolitan vision” [2, p. 241].

Indeed, the notions of “a citizen of the world” and “common value” are now shifting from the category of hypothetical ideas and lofty metaphors to everyday life. Nevertheless, the non-linear character of globalization processes, which combines two seemingly opposite tendencies – simultaneous integration with differentiation of the subject, calls for the adjustment of the traditional views on cosmopolitanism that were focused on its alleged “rootlessness” and “homelessness”.

As a result of the intercultural dialogue of societal identities there will be formed, and of necessity, a new common-human civic society, which is inconceivable without a cosmopolitan orientation as a constituent of social consciousness. That is why the emergence of such categories as “supranational citizenship”, “supranational society”, “cosmopolitan democracy”, “cosmopolitan law” is quite natural.

A cosmopolitan in a constructive sense is not the one without motherland, but the one who adjusts his duty to the motherland to the interests of the world community. Of course, it is an ideal, but without the transformation of social consciousness, including the legal one, humanity simply faces no future along these lines. Globalization processes, on the one hand, blur classical national sovereignties, but on the other hand they promote the national consciousness of small peoples, and national minorities, thus stimulating the formation of non-ethnic communities and augmenting the number of subjects of international law.

So, there is a tendency at pluralistic globalization that begins to develop and calls for an appropriate international legal support. It gives an opportunity to mold a systemic whole built not on the basis the horizontal, equal in rights, networking cooperation, with the provision of the legal protection of the preservation of personal, individual, ancestral, religious, national, or civilizational differences refuting the principles of force-induced unification and vertical subservience of subjects of the national and international legal order.

The inevitable emergence of a new subject in international relations – the humankind (“supranational society”, “world community”, “cosmopolitan democracy”) that has particular strategic global-civilizational interests, detriment to the inter-

ests of individual countries or regional integrated unions, will entail abandoning the binding model of cooperation between states underlying the present world order as well as accepting the concept of global government and securing the survival of humanity as a cosmo-planetary phenomenon.

At the same time it is justified to agree with Merezhko that there are some crucial questions arising at this point: “Who can speak on behalf of humanity, who can be its voice?” [10, p. 113]. At the present stage of international relations the United Nations is legitimately considered to be such a spokesman as the most authoritative international organization with a potential and true built-in function and premise to represent the interests of the entire mankind.

As is minutely shown in Hoeffe’s *Democracy in an Age of Globalization* the problem of the international legal personality and evolution of the subjective structure of the international law in the direction of its cosmopolitization can be resolved only on the basis of humanism as a legal principle. The researcher points out: “Four virtues in particular are important at the global level, and they follow those that apply to the individual state. They correspond to four kinds of world citizens: the morally modest world citizen, the constituent member of a positive world legal order, is content with a sense of the global rule of law, with faithfulness and submission to a global legal order... Consistent with the two parts of the world republic, all four of the global civic virtues come in two guises: that related to international law and that related to world citizenship. In the case of natural subjects, we speak of a sense of the cosmopolitan rule of law and a sense of cosmopolitan justice, a sense of cosmopolitan community, and a cosmopolitan civic sense. In the case of the constituent states we refer to the virtues as a sense of the world-federal rule of law and a sense of world-federal justice, a sense of world-federal community and a world-federal civic sense. In so far as both, the cosmopolitan and the world-federal are referred to simultaneously, we speak of a sense of the global rule of law, a sense of global justice, and so on” [4, p. 310].

That very criterion must underlie the selection of a subjective structure of the international community. In particular, it concerns the involvement of non-governmental organizations in the work of the UN bodies. These, first of all, are the international organizations which in their international legal rule-making and implementation activities reflect the interests and defend the rights of those social groups and communities that reveal some interest to the entire humanity. Among the international organizations as unofficial representatives of the UN, a special place belongs to Amnesty International, Human Rights Watch as well as Greenpeace. These represent “world public opinion” or the international civic society.

The multistage character of the legal personality is also referred to in P. Rabinovych: “The natural global social human rights are certain possibilities of the members of social life, called forth by the level of civilization, and must be unified for all its subjects”. Depending on the type of carriers of these possibilities, the author distinguishes between the rights of a human as an individual, person, personality, rights of social communities and rights of humanity [13, p. 9].

The rights of humanity manifest themselves, for example, in the supranational nature of the European Union and in the legal procedures of constitutionality of European integration. Thus, for instance, the European Council decreed in one of its documents that the community establishes a new international legal order for the sake of which the states restrict, though only in certain spheres, their sovereign rights, and the subjects of

this are not only the member states, but the emigrants of these countries as well. However, to be a working cosmopolitan model of legal order, this model should be focused not on unipolar, but rather on pluralistic model of globalization, based on recognition of the fact that human rights are not the product of one culture but the corresponding common standards of human rights produced by the efforts of the international community. Therefore, the cosmopolitan model of human rights and freedoms must be built on the principle of complementarity, interaction of different systems of human rights. Only then can we avoid double standards of imposing legal norms and principles on other cultures that are not common to them.

As for the humanitarian intervention in the event of violation of the right to freedom of expression, speculative use or concealment of information in different parts of the world, it should, in our view, provide legal assessment of the means and spheres of information and communication mind control, freedom of thought, freedom to receive and disseminate information that threatens the physical and spiritual foundations of civilization.

A significant threat to international security, human rights and freedoms as well as dignity is the phenomenon as information wars that are increasingly spreading in the modern world. They are a manifestation of the conflicting interests (especially economic and political ones) that are implemented not by physical but rather informational means.

Whereas in the time of the Cold War confrontation was an expression of information struggle between two opposite social and economic systems, in the era of globalization, information warfare has become an instrument of desovereignization of certain countries and communities through instigating versatile forms of the “color revolutions” that are not always in the national interests. This can be exemplified in various degrees in some of the events taking place in Libya, Syria, Egypt and, unfortunately, in Ukraine.

In legal terms, states that wage information wars should remember that in adherence to the principles formulated in the Report of the Committee of Ministers of the European Union “any restrictions imposed on the freedom of thought is incompatible with the nature of a democratic society. States should not seek to subject their citizens to ideological transformation and divide people on the basis of the ideas they hold. Moreover, assistance from the state of one-sided information dissemination can be a serious unacceptable obstacle to the free expression of thought” [17, p 413].

Today, information warfare’s becoming the norm. Protection of victims of information aggression is possible only on the basis of supranational international legal organizations. The fact that the spread of information and communication aggression, firstly, requires the international community to create separate legal norms and appropriate penalties to protect the interests of victims of aggression.

Secondly, humanitarian technologies for managing the thoughts and sentiments of the population require the international legal evaluation. We are talking about such things as the newest methods of neurolinguistic programming and subconscious suggestion, the formation of mass consciousness to ensure the necessary level of loyalty to a particular ideology or community as well as the creation of the virtual worlds that are desirable for the ruling elites in the minds of the population.

Thirdly, efforts of certain countries, corporate communities with a purposeful change of identities of the peoples or entire regions require an international legal evaluation and appropriate sanctions. An example would be a negative evaluation by

the top leadership of the EU of the undisguised Russian information war against Ukraine in order to change the mental attitudes of the population in favor of the Customs Union and the Eurasian Economic Space.

Fourthly, it is necessary to establish an international supranational control over information flows that circulate on the Internet. This very system is currently the most powerful tool for forging a unified noosphere consciousness, but concrete results of its impact on globalization processes are far-mixed. It should be noted that, according to recent research, the noosphere, “information field of the Earth” is an existing physical object that has its own information structure and is able to affect human activity [1, p. 11].

The Internet as a communicative technical means is absolutely neutral regarding consciousness and spiritual values that it distributes. Computer network technologies, on the one hand, can stimulate the emergence of mass democratic movements as well as the development of freedom of expression of the individual, on the other hand, it can be a tool for the establishment of network-terrorist structures and pseudo-revolutions in the countries where the elite use the Internet for accomplishing their selfish ends. The Internet is a truly global tool, so the consciousness of its subjects must also be cosmopolitan and global. Unfortunately, the Internet is filled not only with the constructive information and values but also with frankly illegal ideological rubbish as well as hedonistically and sometimes aggressively oriented members of the Internet communication.

Today, all the attempts of some countries within the national legal framework to suspend unlawful use of the Internet network and cyber communication remain futile. The Internet fundamentally divorced from the possibilities of the state control over it. Moreover, network communications are creating new threats, since the state is no longer able to control them in full. Under these circumstances, only the regulatory mechanisms of international law are capable of providing not only the freedom of internet-communication but also protection for its use with the adverse and inhuman purposes.

Therefore, there is a need for an international legal framework to detect and neutralize network communications, and structures that became the model of functioning of terrorist groups and totalitarian religious sects. Morally corrupt network communications create not only regional but also global threats through the totalitarian nature of these communities, which tightly control the minds of their adherents, including the use of suggestive pre-programmable technologies. Therefore, both on national and international scales a legislative framework is necessary not only for the neutralization of these communities but also for the deprogramming of members of charismatic totalitarian sects.

In addition, the international community must be prepared, in legal terms, to carry out a project of transformation and design of human corporeality (physicality) which is entering the stage of completion. The main idea of this project is to create and edit the human genetic map of the person. The probability of its uncontrolled use will pose a threat of the information confidentiality about a person, which can be used with adverse speculative purposes. The development of a legal regulation and limits to the use of such research projects is all the more necessary, since until now the experts cannot legally agree on what research can and which cannot be carried out in the sciences of man, his life and consciousness. Although in the legal and regulatory practice such an example of this global consensus already exists – in the prohibition of weapons of mass destruction.

So, summing up, it should be noted that more than fifty years ago, when the Declaration of Human Rights was adopted, many global problems, in particular the possibility of systemic anthropo-ecological information and communication crisis were barely visible. It is therefore logical that to some specific legal and moral regulators to ensure the survival of the mankind, the preservation of its spiritual status as a subject of international law the Declaration does not apply.

The real threat of anthropo-ecological disaster that is looming over the mankind in our time, urgently requires a new comprehensive international legal instrument that would become a benchmark for seeking such legal regulators as well as ethical norms and values, where life itself, being as such, its preservation are seen as the main value and standard-setting principle.

At the same time, it should be noted that the tragic events (the murder of cartoonists committed by terrorists in France or the Rushdie affair) show that the interpretation of the freedom of speech only on the basis of the European system of the protection of man without ethno-national legal mentality of immigrants will inevitably lead to bad, or even fatal, consequences. Therefore, our age, according to many researchers, should be the century of the common basic paradigms of human existence on Earth, the century of scientifically oriented association of people, in which freedom of expression should help, not hinder. Even before the adoption of the Declaration on Human Rights a group of scientists from the American Anthropological Association headed by Melville Herskovitz warned against this.

In particular, they noted that the legal standards and values are specific to different cultures, and therefore biased attempt to formulate the tenets of human rights, which are based on the concepts and moral codes of only one culture, will resist the spread of such morality and pertinent legal norms for the humanity in general. Therefore, as in 1978 Levi-Strauss rightly wrote, the world civilization cannot be anything but a coalition of cultures, each of which retains its identity [8, p. 30].

#### References:

1. Багров Н. Ноосферогенез: информационное общество, киберпространство и образовательные стратегии в современном мире / Н. Багров, И. Черванев // Ноосферология: наука, образование, практика / под общ. ред. О. Габриеляна. – Симферополь : Феникс, 2008. – С. 11–53.
2. Бек У. Космополитическое мировоззрение / У. Бек. – М. : Свободная мысль, 2008. – 336 с.
3. Гришук О. До проблеми обмеження права на свободу вираження поглядів / О. Гришук // Теорія та історія держа-

ви і права. Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2003. – № 2 (6). – С. 7–13.

4. Гьоффе О. Демократія в епоху глобалізації / О. Гьоффе ; пер. з нім. Л.А. Ситніченко, О.Ж. Лозінська. – К. : ППС-2002, 2007. – 436 с.

5. Ковалко Н. Деякі аспекти співвідношення індивідуальних та колективних прав / Н. Ковалко // Вісник Вищої ради юстиції. – 2013. – № 2 (14). – С. 209–214.

6. Ковальова Т. Індивідуальні і колективні мовні права: проблеми диференціації та реалізації / Т. Ковальова // Теорія та практика державного управління. – 2012. – Вип. 4 (39). – С. 83–91.

7. Кримський С. Запити філософських смислів / С. Кримський. – К. : ПАРАПАН, 2003. – 240 с.

8. Леви-Стросс К. Структурная антропология / К. Леви-Стросс ; пер. с фр. В.В. Иванова. – М. : ЭКСМО-Пресс, 2001. – 512 с.

9. Людство єдине у суті й розмаїте у формах, тому плекайте власну національну ідентичність : інтерв'ю з доктором філософії, проф. Каліфорнійського інституту інтегральних досліджень С. Грофом / записала Я. Винницька // Український тиждень. – 2013. – № 25 (293). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.tyzhden.ua/Society/83066>.

10. Мережко А. Психологическая теория международного права (публичного и частного) : [монография] / А. Мережко. – Одесса : Феникс, 2012. – 244 с.

11. Почепцов Г. Контроль над разумом / Г. Почепцов. – К. : КМА, 2012. – 350 с.

12. Рабінович П. Основні права людства / П. Рабінович // Мала енциклопедія етнодержавознавства / НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького ; редкол.: Ю.І. Римаренко (відп. ред.), В.П. Андрущенко, В.Д. Бабкін та ін. – К. : Довіра, Генеза, 1996. – С. 571–572.

13. Рабінович П. Основи загальної теорії права та держави : [навчальний посібник] / П. Рабінович. – 5-те вид., зі змінами. – К. : Атіка, 2001. – 176 с.

14. Тищенко Ю. Шляхи гармонізації колективних та індивідуальних прав у процесі реалізації етнонаціональної політики / Ю. Тищенко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://old.niss.gov.ua/monitor/june2009/10.htm>.

15. Хамітов Н. Людина і народ: етноантропология / Н. Хамітов // Філософія: Світ людини. – К. : Либідь, 2003. – 432 с.

16. Modood T. The Politic Multiculturalism in the New Europe / T. Modood. – London : Zed Books, 1997. – 281 p.

17. Van Hoof G.J.H. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights / G.J.H. van Hoof, P. van Dijk. – 2-nd ed. – Deventer : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. – 657 p.



УДК 341.6

## *TRAVAUX PRÉPARATOIRES*

### В ПРАКТИКЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ СУДЕБНЫХ ИНСТИТУЦИЙ

**Юлия МОВЧАН,**

кандидат юридических наук, старший научный сотрудник,  
научный консультант по правовым вопросам  
Украинской аграрной ассоциации

#### SUMMARY

The paper deals the travaux préparatoires as tools of interpretation. The author studies the approaches of key international law schools towards the travaux préparatoires role in treaties interpretation, as well as doctrinal approaches to the classification of the materials used in international treaty drafting. The provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 Vienna Convention in terms of doctrinal interpretation is analysed. The practice of appeal to the travaux préparatoires by the International Court of Justice, the Court of Justice of the European Union, the European Court of Human Rights was analyzed as well as key methodological approaches of the international judicial institutions to the interpretation of treaties were identified.

**Key words:** travaux préparatoires, case law, international judicial institutions, International Court of Justice, Court of Justice of the European Union, European Court of Human Rights.

#### АННОТАЦИЯ

В статье затрагивается проблема неоднозначности travaux préparatoires в качестве вспомогательных средств толкования. Исследуются подходы основных школ международного права к роли travaux préparatoires при толковании договоров, также доктринальные подходы к классификации материалов, использованных при подготовке международного договора. Анализируются положения Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года с точки зрения доктрин толкования. На основе практики обращения к travaux préparatoires Международного Суда ООН, Суда Европейского Союза и Европейского суда по правам человека рассмотрены основные методологические подходы международных судебных учреждений к толкованию международных договоров.

**Ключевые слова:** travaux préparatoires, судебная практика, международные судебные институты, Международный Суд ООН, Суд Европейского Союза, Европейский суд по правам человека.

*Моему личному профессору  
международного права посвящается*

**Постановка проблемы.** Толкование целей («духа и буквы») положений международного договора требует определенной референтной основы. Такой основой могут выступать «travaux préparatoires» (в переводе с французского – «подготовительные работы»). *Travaux préparatoires* представляют собой материалы, использованные при подготовке международного договора, которые, по сути, являются его нормотворческой историей. Подготовительные материалы включают различные документы, являющиеся результатом деятельности по разработке международных актов. При этом понимание их роли в процессе толкования международных договоров остается неопределенным. В доктринах представлено совершенно различные позиции по данному вопросу.

**Цель статьи** – определить роль *travaux préparatoires* в международной судебной практике при толковании положений международных договоров.

**Изложение основного материала исследования.** Венская конвенция о праве международных договоров 1969 года содержит определенный набор «содержательной составляющей» *travaux préparatoires*, включающий подготовительные материалы и обстоятельства заключения договора. Но возникает закономерный вопрос, какие именно документы относить к *travaux préparatoires* и где они содержатся.

С целью определения соответствующих источников, Дж. Прэттером (Pratter) была разработана определенная

классификация *travaux préparatoires* [1]. Он сгруппировал *travaux préparatoires* в пять моделей, отвечающих, прежде всего, критериям доступности и полноты представленной информации: модель I – недоступные (несуществующие или без возможности доступа); модель II – коммерческие или квазикommerческие сборники и издания; модель III – сборники под одним названием; модель IV – записи конференции по конкретному договору; модель V – интегрированные в стандартные документы международной организации.

С точки зрения функционального подхода примечательна классификация *travaux préparatoires* Мартина Риса (Ris) по соответствующим школам международного права, которая исходит из роли *travaux préparatoires* при толковании договоров. Исследователь выделяет четыре основные школы, преследующие различные герменевтические цели: «школа намерений» (выясняет намерения сторон), «школа текстуалистов» (устанавливает обычный смысл слов договора), «телеологическая школа» (учитывает объект и цели договора) и «Нью-Хэвенская школа» (определяет общие истинные ожидания сторон) [15].

К представителям «школы намерений» относят Сэра Лаутерпахта (Lauterpacht) [14], рассматривавшего намерения сторон как основной источник толкования. «Школа текстуалистов», представленная Сэрмом Фицморисом (Fitzmaurice) [16, с. 64], является основным оппонентом «школы намерений». Ее последователи считают, что текст договора сам по себе воплощает намерения сторон, а к *travaux préparatoires* следует обращаться лишь

в случае неясности текста. «Телеологическая школа» не проводит различия между первичными и вторичными источниками толкования, а устанавливает общее правило – согласно объекту и цели договора. «Нью-Хэвенская школа» также не проводит различий по источникам, но, в отличие «телеологической школы», исходит из общих ожиданий сторон [15].

В позициях школ прослеживается определенная общность взглядов на намерения сторон как на самый важный элемент толкования. Основные расхождения между школами связаны, прежде всего, с формой закрепления или происхождением данных намерений, а также подходами к их трактовке. Кроме того, вне приведенной классификации остается система подходов, осуждающая «заядлую готовность юристов искать подтверждения во внешних источниках как патологию толкования договоров» [17] и, соответственно, нивелирующая значение *travaux préparatoires*.

Исходя из приведенной классификации школ, можно небезосновательно утверждать, что ст. ст. 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года (далее – Венская конвенция) тяготеют к подходу «школы текстуалистов». Ст. 32 отводит *travaux préparatoires* второстепенное место в толковании, определяя их как дополнительные средства толкования, применимые в случаях, когда толкование, в соответствии со ст. 31, оставляет значение двусмысленным или неясным либо приводит к результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными. Логично предположить, что именно намерения сторон должны приносить ясность и придавать однозначности формулировкам международно-правовых норм. В то же время элементы *travaux préparatoires* встречаются и в ст. 31, определяющей общее правило толкования. В частности, пункт b) ч. 2 устанавливает, что для целей толкования договора контекст охватывает, кроме текста, включая преамбулу и приложения, также любой документ, составленный одним или несколькими участниками в связи с заключением договора и принятый другими участниками в качестве документа, относящегося к договору. В данном смысле можно констатировать, что отношения между *travaux préparatoires* и другими элементами договора при толковании характеризуются различной иерархией, где подготовительным работам отводится нижняя ступень.

Таким образом, данная статья закладывает определенный элемент иерархичности в нормотворческую историю при толковании договора: последующие действия, такие как дополнительные соглашения и практика применения норм, весят больше, нежели предшествующая история разработки.

При рассмотрении вопроса об иерархии в данном контексте следует также учитывать временную взаимосвязь актов. Бывший президент Апелляционного органа ВТО Джордж Аби-Сааб (Abi-Saab) указал на специфику применения ст. ст. 31 и 32 Венской конвенции, определив их положения как жесткую последовательность автономных или дискретных шагов, каждый из которых должен быть подробно рассмотрен и «исчерпан», прежде чем перейти к следующему [17].

В Решении по делу, касающемуся суверенитета над островами Пулау-Лиги-Тан и Пулау-Сипадан (Индонезия против Малайзии), от 17 декабря 2002 года Суд обратился к *travaux préparatoires* как к дополнительным

средствам для поиска возможного подтверждения своего толкования текста Конвенции 1891 года между Великобританией и Нидерландами. Кроме того, Суд подчеркнул обычно-правовую природу ст. ст. 31 и 32 Венской конвенции: «Суд отмечает, что Индонезия не является участницей Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 года; Суд, тем не менее, напоминает, что в соответствии с обычным международным правом, отраженным в статьях 31 и 32 этой Конвенции: «договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора. Толкование должно основываться, прежде всего, на тексте договора. Возможно обращение к дополнительным средствам толкования, в том числе к подготовительным материалам и к обстоятельствам заключения договора». Суд далее напоминает, что положение п. 3 ст. 31 также отражают обычное право, предусматривая, что наряду с контекстом нужно также учитывать последующее поведение участников договора, то есть «любое последующее соглашение» (подпункт а) и «любую последующую практику» (подпункт б) [19].

Несмотря на предусмотренную ст. 31 обязанность толковать договор добросовестно, в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора, суд может «исправить» обычное значение, если из *travaux préparatoires* очевидно, что обычное значение не отражает намерений сторон [3]. В своем решении по делу, касающемуся острова Касикили/Седуду, от 13 декабря 1999 года (Ботсвана против Намибии) [13], Суд рассмотрел *travaux préparatoires* для установления истинных намерений сторон по англо-германскому Договору от 01 июля 1890 года (соглашение между Великобританией и Германией относительно сфер влияния данных двух стран в Африке). В соответствии с английским текстом данного Договора, граница между Ботсваной и Намибией вокруг острова Касикили/Седуду пролегает по «центру главного русла» реки Чобе (centre of ... the main channel); в немецком тексте употребляется слово «талъвег» (Thalweg). Исходя из *travaux préparatoires*, Суд отметил, что стороны Договора 1890 года намеревались считать данные термины синонимами, а Ботсвана и Намибия не выразили каких-либо реальных различий во мнениях по данному вопросу. Суд также отметил, что «из подготовительных материалов данного Договора следует, что обе договаривающиеся стороны предполагали возможность судоходства по реке Чобе и имели намерение сообща использовать данную возможность. Хотя стороны Договора 1890 года употребляли термины «талъвег» и «центр русла» как взаимозаменяемые, первый из них более точно, чем второй, отражает общее намерение осуществлять судоходство».

Практика Международного Суда ООН подтверждает возможность обращения к *travaux préparatoires* даже в случае, когда норма не является двусмысленной или неясной. В решении по делу, касающемуся применения Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Грузия против Российской Федерации), от 01 апреля 2011 года [12] Суд обратился к *travaux préparatoires* в связи с тем, что стороны использовали целый ряд аргументов в поддержку своих интерпретаций ст. 22 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (далее – КЛРД).

Данные аргументы были связаны как с обычным значением условий договора в свете объекта и цели КЛРД, так и с *travaux préparatoires*. Основные расхождения позиций заключались в трактовке части нормы ст. 22: «спор, ... который не разрешен путем переговоров или процедур» (“dispute ... which is not settled by negotiation or by the procedures”).

Согласно утверждениям Грузии, в данной фразе речь не идет об условиях, которые должны быть исчерпаны, прежде чем спор может быть передан на разрешение Суда, и, по мнению Грузии, между сторонами имели место двусторонние обсуждения и переговоры, касающиеся проблем, составляющих содержание КЛРД. Российская Федерация утверждала, что, в соответствии со ст. 22 КЛРД, предварительные переговоры или обращения к процедурам, предусмотренным КЛРД, являются обязательным предварительным условием для обращения в Суд и что между сторонами не было никаких переговоров по вопросам, относящимся к КЛРД, а также что Грузия не доводила какие-либо вопросы такого рода до сведения Комитета по ликвидации расовой дискриминации, как это требуется в соответствии с предусмотренной в КЛРД процедурой [20].

В связи с таким расхождением аргументации сторон Суд отступил от постулата *jura novit curia* и посчитал оправданным пожелание сторон обратиться к *travaux préparatoires*. Суд отметил, что в то время, когда разрабатывалась КЛРД, идея обязательного разрешения споров в суде не всегда была приемлема для ряда государств. Поскольку государства могли делать оговорки к положениям КЛРД в отношении обязательного урегулирования споров, разумно предположить, что дополнительные ограничения в отношении обращения к судебному урегулированию в виде предварительных переговоров и других процедур урегулирования без установленных сроков были установлены с целью содействия более широкому принятию КЛРД.

Суд также отметил, что из истории разработки КЛРД и соответствующих *travaux préparatoires* не следует, что переговоры или процедуры, специально предусмотренные в КЛРД, являются предпосылкой для обращения в суд, и, соответственно, положения ст. 22 должны интерпретироваться в обычном смысле. Таким образом, Суд установил, что обладает юрисдикцией, в соответствии со ст. 22 КЛРД, рассматривать данное дело в той мере, в какой предмет спора касается «толкования или применения» КЛРД.

Решения Международного Суда ООН дают возможность убедиться в том, что на практике суд рассматривает *travaux préparatoires* наряду со всеми другими представленными материалами. При этом использование подготовительных материалов может преследовать различные цели. Исходя из положений Венской конвенции, Дж. Мортенсоном [17] была разработана система базовых подходов к толкованию, которая сводится к четырем основным параметрам выбора пути толкования: путь неоднозначности (если положения договора являются двусмысленными или неясными); путь абсурдности (толкование приводит к результатам, которые являются явно абсурдными); путь специального значения (требует от толкователя применять подразумеваемый смысл условий договора); путь подтверждения (использование *travaux préparatoires* призвано подтвердить или опровергнуть предварительную гипотезу).

Если говорить о практике региональных международных институций, то следует отметить обособленное применение *travaux préparatoires* Судом Европейского Союза (Сообществ) и Европейским Судом по правам человека (далее – Суд ЕС и Европейский Суд, соответственно). При толковании *acquis communautaire* Суд ЕС применяет преимущественно телеологический подход, исходя из объекта, цели и контекста конкретного положения. Такой подход оправдан, с одной стороны, аутентичностью текстов актов ЕС на всех официальных языках, и отчасти плохой подготовкой переводов текстов – с другой. Подготовительные материалы редко рассматриваются самим Судом ЕС в отношении первичного законодательства (что обусловлено отсутствием публикаций *travaux préparatoires* к учредительным договорам), но очень часто становятся предметом отдельных мнений судей и также используются при принятии решений. При этом судебная практика Суда ЕС не содержит стандартной дефиниции *travaux préparatoires*. Тем не менее, существует три категории документов, которые подпадают под данное понятие [11]:

1) «Ключевые законодательные материалы» (*core legislative material*) – материалы, разработанные институциями Сообщества, после того как соответствующее законодательное предложение было напечатано в Официальном журнале серии «С». Данные материалы предусмотрены договорами и включают следующее: само законодательное предложение Комиссии; любые пояснительные меморандумы, подготовленные Комиссией; резолюции, принятые Европейским Парламентом; записи парламентских дебатов, а также мнения Экономического и Социального Комитета и Комитета регионов, опубликованные в Официальном журнале серии «С»;

2) «Неключевые законодательные материалы» (*non-core legislative material*) – материалы, разработанные институциями Сообщества в процессе принятия законодательных предложений, не предусмотренные договорами. Они включают заявления, сделанные представителями государств-членов и занесенные в протоколы Совета; заявления, сделанные Советом или Комиссией, мнения институций, органов или учреждений ЕС;

3) «Контекстные материалы» (*contextual material*) – материалы, являющиеся частью контекста, в котором появилось соответствующее законодательство. Они включают документы, фиксирующие стратегии, цели и приоритеты, установленные Европейским Советом; резолюции Европейского Парламента или Совета, подчеркивающие необходимость действий Сообщества; отчеты Комиссии о применении законодательства Сообщества (как правило, доступны в центрах ЕС документации и выпущены в виде документов «СОМ»); директивные документы Комиссии, такие как Зеленые и Белые книги (тоже, как правило, составляются в форме документов «СОМ») и другие.

В решении по одному из последних дел «Европейская Комиссия против Королевства Нидерланды» [7] Суд ЕС, рассматривая отказ государства-члена исполнять обязательства по Директиве 2005/56/ЕС (Директива о трансграничных слияниях), обратился к *travaux préparatoires* для толкования положений пунктов (а) и (б) ч. 2 ст. 16 Директивы. В частности, Суд ЕС рассмотрел мнение Комитета по занятости и социальным вопросам от 16 марта 2005 года, в котором содержались предложения по изменениям в ходе разработки Дирек-



тивы. Комитет был обеспокоен обстоятельством, что национальное право, регулирующее деятельность компании, образованной в результате слияния, может предлагать работникам новой компании другой уровень участия в управлении, противоречащий тому, которым пользуются сотрудники хотя бы одной из объединяемых компаний. Комитет также отметил, что было бы целесообразно проявлять заботу о защите прав участия в управлении для персонала компаний, слияние которых происходит в рамках одного государства-члена и которые в результате слияния становятся сотрудниками новой компании, зарегистрированной в другом государстве-члене, законодательство которого не предусматривает участия сотрудников за пределами территории осуществления компетенции. Таким образом, поправки, предложенные Комитетом, были предназначены для решения данных двух проблем не альтернативно, а совокупно. Поэтому Суд ЕС установил, что данные поправки специально были включены в окончательный вариант пунктов (а) и (б) ч. 2 ст. 16 Директивы о трансграничных слияниях.

Неоднократно перед Судом ЕС возникал вопрос трактовки терминов на различных языках Европейского Союза. В частности, в деле «Инуит Тапириит Канатами и другие против Европейского Парламента и Совета Европейского Союза» [8] возник вопрос о толковании и взаимосвязи терминов “*regulatory act*” и “*regulation*”. Генеральный адвокат Кокотт в мнении по делу от 17 января 2013 года [10] отметил, что все нормативно-правовые акты (*regulations*) являются регуляторными актами (*regulatory act*), безотносительно того, являются ли они законодательными актами. Кроме того, он отметил, что выражение «регуляторный акт» является термином *sui generis* права ЕС, интерпретация которого должна принимать во внимание цель соответствующего положения Договора, контекст, в котором он используется, а также его законодательную историю.

В деле «Ирене Богиатци (Вентурас) против Дойчер Люфтпул и др.» [9] Суд ЭС использовал подготовительные работы для подтверждения своей позиции по толкованию Регламента Совета (ЕС) от 09 октября 1997 года № 2027/97 (далее – Регламент № 2027/97) об ответственности авиаперевозчика в случае аварий в контексте Варшавской конвенции об унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, 1929 года (далее – Варшавская конвенция). Суд отметил, что как подготовительные материалы к Регламенту № 2027/97, так и преамбула самого документа отражают желание законодателей улучшить уровень защиты пассажиров, пострадавших в результате воздушной аварии, которое выражается, в частности, во введении положений, призванных заменить некоторые положения Варшавской конвенции в отношении воздушного транспорта между странами-членами Сообщества, до момента полного ее пересмотра.

Таким образом, из практики Суда ЕС можно выделить следующие случаи обращения к *travaux préparatoires*: для установления значения отдельных терминов; для установления истинных намерений законодателя по внедрению тех или иных положений; для подтверждения своей позиции в случае, если положение акта является достаточно однозначным.

Практика Европейского Суда свидетельствует об обращении к *travaux préparatoires* преимущественно в слу-

чаях неоднозначности норм Европейской конвенции по правам человека (что обусловлено его спецификой как основного механизма контроля соблюдения прав, провозглашенных данной Конвенцией, и выделяет его среди других органов международного правосудия) и необходимости толкования терминов. Примером практики толкования терминов является решение по делу «Сейдич и Финци против Боснии и Герцеговины» [6], в котором Европейский Суд обратился к *travaux préparatoires* для принятия решения о том, распространяется ли действие ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции на выборы в Палату народов Боснии и Герцеговины. Ключевым вопросом стало значение термина «орган законодательной власти» применительно к выборам в случае двухпалатных парламентов. Европейский Суд обозначил, что словосочетание «орган законодательной власти» следует толковать с учётом конституционной структуры каждого государства и, в частности, его конституционных традиций и объёма законотворческих полномочий соответствующей палаты. Кроме того, он отметил, что *travaux préparatoires* к Конвенции показывают, что Договаривающиеся Стороны приняли во внимание особое положение некоторых парламентов, включающих в себя палаты, члены которых не избираются. Таким образом, при составлении ст. 3 Протокола № 1 термины, которые можно было бы истолковать как абсолютное обязательство проводить выборы в обе палаты во всех без исключения государствах с двухпалатной организацией парламента, тщательно избегались. Однако в то же время ясно, что ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции применяется к любой из палат парламента, члены которой избираются прямым голосованием.

Судьи Европейского Суда также неоднократно обращались к *travaux préparatoires* Конвенции в своих особых мнениях. Например, в совпадающем мнении по одному из недавних дел Европейского Суда «Александр Волков против Украины» 2013 года судья Юдковская [4] обратилась к *travaux préparatoires* для подтверждения обоснованности практики Европейского Суда, касающейся требования применить конкретное средство правовой защиты в случае нарушения положений Конвенции. В решении по данному делу Европейский Суд впервые дал распоряжение о восстановлении в должности лица, чье увольнение противоречило гарантиям Конвенции. В связи с таким предписанием индивидуальных мер, возник вопрос о том, имеет ли Суд полномочия по применению такого подхода. В данном отношении Судья отмечает, что «из *travaux préparatoires* старой статьи 50 Конвенции видно, что первоначальная идея влиятельного суда, который был бы вправе предписывать широкий спектр «уголовных, административных или гражданско-правовых санкций», не была принята. Окончательно одобренная формулировка старой статьи 50 предполагает, что основное обязательство обеспечить возмещение возлагается на государство, а Суд играет вспомогательную роль и предоставляет его, если пострадавшая сторона не может получить возмещение в соответствии с внутренним законодательством». Таким образом, интерпретация Судьи сводилась к тому, что *travaux préparatoires* Конвенции отражают намерения сторон по предоставлению Европейскому Суду вспомогательной роли в защите прав человека, которая прямо не ограничивает его в предписании конкретных мер по исправлению положения в пользу жертвы.



*Travaux préparatoires* сыграли также важную роль при толковании ст. 18 Конвенции («Пределы использования ограничений в отношении прав») в решении по делу «Ходорковский и Лебедев против России» от 25 июля 2013 года [5]. Европейский Суд, сославшись на подготовительные материалы к ст. 18, обозначил, что составители данной нормы стремились обеспечить защиту человека от введения ограничений, возникающих вследствие желания государства защитить себя в соответствии «с политической тенденцией, которую оно представляет», и действовать «против оппозиции, которую оно считает опасной». Вместе с тем на практике достаточно сложно представить доказательства, опровергающие презумпцию добросовестности государства, и применительно к данному делу Суд установил отсутствие нарушения ст. 18.

Ценность *travaux préparatoires* зависит от ряда факторов, наиболее важными из которых являются достоверность, полнота и доступность законодательной истории акта. Вместе с тем, как отмечает Ч. Амерсинге, ценность *travaux préparatoires* по разным причинам постепенно уменьшается. Во-первых, они содержат мнения всех видов, соответственно, государства порой выдвигали некоторые идеи и позже отказывались от них в пользу иных. Во-вторых, при принятии решения о подписании договора на него не влияют *travaux préparatoires*, с которыми во многих случаях государства не ознакомлены. В-третьих, повышение динамичности международной жизни создает необходимость «гармонии текстов» с новыми условиями общественной жизни. Поэтому, по его мнению, при толковании договоров, в частности Устава Организации Объединенных Наций, необходимо смотреть в будущее, то есть учитывать новые условия, а не оглядываться назад или прибегать к *travaux préparatoires*. Следовательно, в интерпретации договора должны учитываться особенности современной жизни, а не намерения его разработчиков [2, с. 58].

Как отмечает Е. Киевец, *travaux préparatoires* не выполняют функции основного инструмента толкования, поскольку, как правило, не несут смысловой нагрузки, ведь, по сути, мы имеем дело с международно-правовым приемом, который достаточно часто применяется при необходимости урегулировать сложные и неоднозначные общественные отношения – «конструктивная нечеткость» [18]. Кроме того, ряд исследователей вменяют *travaux préparatoires* отсутствие формального закрепления и, следовательно, нормативной целостности и содержательной нагрузки, что становится препятствием в их однозначном толковании.

**Выводы.** Основная роль и функциональное назначение *travaux préparatoires* – отражение объективной реальности субъективного характера. Это, прежде всего, отражение принципиальных позиций участников право творческого процесса в определенных исторических условиях. Таким образом, *travaux préparatoires* в практике международных судебных институций являются вспомогательным инструментом толкования, применение которого всегда будет иметь субъективный характер. Однако, несмотря на свою вспомогательную роль, *travaux préparatoires* в международной судебной практике выполняют функцию первоисточника источника права, что при определенных обстоятельствах делает их незаменимым элементом толкования договоров.

#### Список использованной литературы:

1. À la Recherche des Travaux Préparatoires: An Approach to Researching the Drafting History of International Agreements By Jonathan Pratter [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: [http://www.nyulawglobal.org/globalex/Travaux\\_Preparatoires.htm](http://www.nyulawglobal.org/globalex/Travaux_Preparatoires.htm).
2. Amerasinghe C.F. Principles of the institutional law of international organizations / C.F. Amerasinghe. – Cambridge University Press, 2005. – P. 58.
3. Aust Anthony. Handbook of International Law Cambridge / University Press, 2005. – P. 94.; Schwebel S. May Preparatory Work Be Used to Correct Rather than Confirm the “Clear” Meaning of a Treaty Provision? // J. Makarczyk (ed.). Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, The Hague, 1996. – P. 541–547.
4. European Court of Human Rights. Concurring Opinion of Judge Yudkivska (Oleksandr Volkov v. Ukraine) Application no. 21722/11. Judgment of 9 January 2013 (Final 27/05/2013) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115871#{"item id":\["001-115871"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115871#{).
5. European Court of Human Rights. Khodorovskiy and Lebedev v. Russia (Applications nos. 11082/06 and 13772/05) Judgment of 25 July 2013 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-122697>.
6. European Court of Human Rights. Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina. Applications nos. 27996/06 and 34836/06. Judgment of 22 December 2009 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96491#{"itemid":\["001-96491"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96491#{).
7. European Court of Justice. European Commission v Kingdom of the Netherlands. Case C-635/11. OJ C 225, 3.8.2013. – P. 17–18.
8. European Court of Justice. Inuit Tapiriit Kanatami and Others v Commission. Case T-526/10. OJ C 164, 08.06.2013 P. 0014 – 0015.
9. European Court of Justice. Irène Bogiatzi, married name Ventouras v Deutscher Luftpool and Others. Case C-301/08. ECR 2009. Page I-10185.
10. European Court of Justice. Opinion of Advocate General Kokott delivered on 17 January 2013 (Inuit Tapiriit Kanatami and Others v Commission). Case C-583/11 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: [http://curia.europa.eu/juris/document/document\\_print.jsf?doclang=EN&docid=132541](http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=EN&docid=132541).
11. Hall Melanie. Making the most of Community Law/ Melanie Hall. April 2005. 3rd Annual VAT and EU Law Conference [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: <http://www.monckton.com/docs/library/ECJRef05MH.pdf>.
12. International Court of Justice. Case concerning application of the International convention on the elimination of all forms of racial discrimination (Georgia v. Russian Federation). Preliminary objections judgment of 1 April 2011 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/140/16398.pdf>.
13. International Court of Justice. Case concerning Kasikili/ Sedudu Island (Botswana v. Namibia). Memorial of the Republic of Namibia. Vol. I Memorial 28 February 1997 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/98/8574.pdf>.
14. Lauterpacht H. Some Observations on Preparatory Work in the Interpretation of Treaties / H. Lauterpacht // Harvard Law Review. – 1935. – Vol. 48. No. 4. – P. 549–591.
15. Martin Ris. Treaty Interpretation and ICJ Recourse to Travaux Préparatoires: Towards a Proposed Amendment

of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol14/iss1/6>.

16. Merrills John Graham, Sir Gerald Fitzmaurice. Judge Sir Gerald Fitzmaurice and the Discipline of International Law: Opinions on the International Court of Justice, 1961–1973 / Martinus Nijhoff Publishers, 1998. – P. 64.

17. Mortenson Julian Davis. Is the Vienna Convention Hostile to Drafting History? [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: <http://ssrn.com/abstract=2286247>.

18. Київець О.В. Свобода совісті як об'єкт міжнародно-правового регулювання / О.В. Київець // Державно-конфесійні

відносини в Україні: сучасний стан та тенденції розвитку / за ред. В.Д. Бондаренка та І.М. Мищака. – К. : Видавництво НПУ ім. М.П. Драгоманова, 2012. – С. 230–241.

19. Краткое изложение решений консультативных заключений и постановлений Международного Суда. 1997–2002 годы. – Нью-Йорк : ООН, 2006. – С. 289–290.

20. Международный Суд ООН. Дело, касающееся применения Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Грузия против Российской Федерации) (просьба об указании временных мер). Постановление от 15 октября 2008 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа : URL: [http://legal.un.org/ICJsummaries/documents/russian/171\\_r.pdf](http://legal.un.org/ICJsummaries/documents/russian/171_r.pdf).

