**„JURNALUL JURIDIC NAȚIONAL: TEORIE ȘI PRACTICĂ” S.R.L.**
**Publicație științifico-practică de drept**
**„НАЦИОНАЛЬНЫЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ: ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА” О.О.О.**
**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. 158 din 26.11.2017 a Consiliului Suprem pentru Știință și Dezvoltare Tehnologică și a Consiliului Suprem pentru Acreditare și Atestare al AȘM

**Categoria C**

Журнал включен в Национальный реестр профильных научных журналов совместным решением № 158 от 26.11.2017 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. 158 of 26.11.2017 of the Supreme Council for science and technological development and the Supreme Council for accreditation and attestation of Academy of Sciences of Moldova

Журнал включен в международную наукометрическую базу Index Copernicus International (Республика Польша)

**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. 1-2 (29) 2018**

**Redactor-șef L. Arsene**

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

**Colegiul de redacție:**

*G. Alecu,* doctor în drept, prof. univ., (Constanța, România); *P. Biriukov,* 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); *I. Guceac,* doctor habilitat în drept, prof. univ., membru corespondent al AȘM; *V. Guțuleac,* doctor în drept, prof. univ.; *I. Iațenko,* doctor în științe juridice, profesor, academician (Moscova, Federația Rusă); *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. Puşkin 22, mun. Chişinău, 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

Ірина ЖАРОВСЬКА, Наталія ОРТИНСЬКА. Соціальна влада і особистість: питання взаємодії в сучасній правовій реальності……5

Nataliia ZAIATS. Dialectic of legitimation of public authority: social and legal aspects……8

Олена ІВАНЕНКО. Теоретико-правовий аналіз поняття та сутності законотворчої помилки: окремі питання……12

Олександр ПУЧКОВ. Концепція національної безпеки: теоретико-правовий аспект……16

Ivan TERLIUK. Strengthening of the rights of Ukrainian language in the Russian empire as national and social political value (the second half of the XIX early XX centuries)……21

Мар’яна ЩИРБА. Донорство і трансплантація в аспекті прав пацієнтів……25

КОНСТИТУЦИОННОЕ И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

Oleh ANISIMOV. Judicial law-making as a necessary element of the competitiveness of the judicial authority in Ukraine……29

Tetiana BREZINA. The principle of direct effect of the norms of the constitution and the specifics of its application by the court……35

Ігор ПИРОГА. Конституційні гарантії соціальних стандартів в Україні……40

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Оксана КОСТЕНКО. Порівняльно-правовий аналіз процедур публічних закупівель в Україні та Європейському Союзі……46

Елена КОШКОШ. Поворот исполнения судебного решения административным судом……50

Олена ЛЕВЧИШИНА. Публічно-владні управлінські функції, які здійснюють організації саморегулівних професій……56

Алена МИКОЛЕНКО. Правовосстановительная функция административно-деликтного права……59

Віктор ПРОКОПЕНКО. Виконання митних формальностей, пов’язаних із допуском до системи міжнародних дорожніх перевезень (системи МДП)……63

Сергій САВРАНЧУК. Засади діяльності органів прокуратури……68

Ганна САРИБАЄВА. Адміністративно-правове регулювання у сфері охорони здоров’я: телеологічний підхід та систематизація……72

Culegere și paginare computerizată. Bun de tipar 28.02.2018. Formatul 60x84-1/8. Tipar ofset.
Coli tipar conv. 20,93. Tiraj-1020 ex. Imprimat la „Tipocart Print” SRL, mun. Chişnău

ФИНАНСОВОЕ И НАЛОГОВОЕ ПРАВО

Віктор ФЕЩУК. Поняття й види валютних цінностей……76

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Ірина БЕРЕСТОВА. Окремі підходи до визначення категорії «процесуальна процедура»…… 80

Наталія ВОЛКОВА. Міжнародно-правовий захист сімейних прав та інтересів дитини європейським судом із прав людини…… 84

Оксана ГУЙВАН. Підстави та порядок застосування юридичної відповідальності за інформаційні правопорушення…… 88

Лідія МАМЧУР. Становлення й розвиток інституту судових доручень на українських землях……92

Ірина ПАНЧЕНКО. Особливості відчуження нерухомого майна за спадковими договорами……97

Роман ПІЧКО. Забезпечувальна функція страхування під час судового захисту прав інтелектуальної власності…… 102

Віталій СИГИДИН. Державна реєстрація нотаріусами речових прав шляхом передачі права власності на предмет іпотеки…… 107

Дмитро ШКОРУПЕЄВ. Юрисдикція та підсудність справ про стягнення аліментів на утримання дитини……112

ТРУДОВОЕ ПРАВО,
ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Анастасія БОЙКО. Правове регулювання діяльності органів, що надають послуги із працевлаштування, у сфері забезпечення трудової зайнятості молоді……116

Оксана МЕЛЬНИК. Міжнародно-правові акти міжнародної організації праці як джерела права соціального забезпечення……121

Аліна НЕСЕЛЕВСЬКА. Поняття й ознаки трудової дисципліни державних службовців: науково-теоретичний аспект……126

Роман ШАБАНОВ, Денис НОВИКОВ. Регулирование отношений по применению нестандартной занятости международным коллективным договором……131

ЗЕМЕЛЬНОЕ, АГРАРНОЕ,
ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО

Оксана УЩАПОВСЬКА. Законодавче забезпечення територіального планування земель для розвитку поселенської мережі в Україні……136

УГОЛОВНОЕ ПРАВО,
УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

Катерина КАТЕРИНЧУК. Особливості кваліфікації деяких злочинів проти здоров'я особи за Кримінальним кодексом України…… 141

Юлія КЕРНЯКЕВИЧ-ТАНАСІЙЧУК. Суб'єкти реалізації кримінально-виконавчої політики України……144

Елена СОЛДАТЕНКО, Валерия ОЛЕФИР. Вопросы обоснованности содержания под стражей в свете презумпции невиновности…… 149

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС,
КРИМИНАЛИСТИКА

Галуст ГАЛСТЯН. Специальная техника в правоохранительной деятельности Украины: исторический аспект……153

Андрій ДОВГАНЬ. Особливості тактики допиту під час розслідування втягнення неповнолітнього в заняття жебрацтвом……158

Олександр ЛЮБЧИНСЬКИЙ. Особливості предмета доказування у справах про вбивства на сексуальному ґрунті……162

Юліана НАГОРНЯК. Використання біометричних технологій під час установлення місця знаходження особи в транспортному засобі в момент дорожньо-транспортної пригоди……166

Oleksandr SHEVCHUK. Separate methods of implementation of state control of the legitimate trafficking of drugs …… 170

Вікторія ВАСИЛЬКІВСЬКА. Теоретико-правова характеристика прав державного службовця ……175

Роман НИКОЛЕНКО. Новые тенденции зарубежного опыта регуляции сферы публичных услуг и уголовное право ……179

# ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА, ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

УДК 341.48

## СОЦІАЛЬНА ВЛАДА І ОСОБИСТІСТЬ: ПИТАННЯ ВЗАЄМОДІЇ В СУЧАСНІЙ ПРАВОВІЙ РЕАЛЬНОСТІ

**Ірина ЖАРОВСЬКА,**
доктор юридичних наук, професор кафедри теорії та філософії права
Інституту права та психології
Національного університету «Львівська політехніка»

**Наталія ОРТИНСЬКА,**
доктор юридичних наук, доцент кафедри адміністративного та інформаційного права
Інституту права та психології
Національного університету «Львівська політехніка»

**АНОТАЦІЯ**

У статті розглядаються особливості функціонування влади. Зосереджено увагу на соціальній владі. Подано понятійне розуміння цього явища. Зазначено аспекти взаємодії особи та соціальної влади. До них віднесено такі: 1) соціальна влада створює соціальне тло існування людини, народу, нації, суспільства; 2) соціальна влада впливає на поведінку, думки, ментальні особливості членів суспільства; 3) через соціальні норми така влада визначає відносини, прийнятні для конкретного історичного етапу розвитку суспільства; 4) соціальна влада контролює всі сфери існування індивіда.

**Ключові слова:** влада, соціальна влада, публічна влада, особистість.

## SOCIAL POWER AND PERSONALITY: QUESTION OF INTERACTION IN MODERN LEGAL REALITY

**Iryna ZHAROVSKA,**
Doctor of Law, Professor of the Department of Theory and Philosophy of Law
Institute of Law and Psychology of "National Lviv Polytechnic University"

**Nataliia ORTYNSKA,**
Doctor of Law, docent of department administrative and information law
Institute of Law and Psychology of "National Lviv Polytechnic University"

**SUMMARY**

The article deals with the features of power functioning. Particular attention paid to social power. A conceptual meaning of this phenomena is proposed. The aspects of interaction between a person and social power are highlighted. They include: 1) social power creates a social "background" of the existence of a human, nation, society; 2) social power has influence on the behavior, opinions, the mental characteristics of members of society; 3) this power determines the relations that are acceptable for a particular historical stage of a society's development by using social norms; 4) social power controls all aspects of an individual's environment.

**Key words:** power, social power, public authority, personality.

**REZUMAT**

Articolul se referă la particularitățile funcționării puterii. Atenția concentrată se concentrează pe puterea socială. Este prezentată înțelegerea conceptuală a acestui fenomen. Sunt indicate aspectele interacțiunii dintre o persoană și o putere socială. Acestea includ: 1) puterea socială creează fundalul social al existenței omului, poporului, națiunii, societății; 2) puterea socială influențează comportamentul, gândurile, caracteristicile mentale ale membrilor societății; 3) din cauza normelor sociale, o astfel de putere determină relațiile acceptabile pentru o anumită etapă istorică a dezvoltării societății; 4) puterea socială controlează toate ariile existenței individului.

**Cuvinte cheie:** putere, putere socială, autoritate publică, personalitate.

**Постановка проблеми.** Інтеграція України у світове співтовариство робить актуальною проблему інноваційного розвитку соціуму й особистості, адекватно відображає стрімко здійснювані соціальні зміни. Вагому роль у зміні суспільства відіграє соціальна влада. На наш погляд, соціальні інновації треба розуміти як діяльність із трансформації сигналів інноваційної соціальної реальності в соціально-культурні норми і зразки, що забезпечують їх інституційне оформлення, системну інтеграцію в культуру суспільства. Зазначимо, що на сучасній стадії розвитку суспільства влада – це не тільки системна сукупність впливу, а й соціально вироблений спосіб ведення діяльності.

У такому широкому розумінні соціальна влада пронизує всі сфери макросередовища, охоплюючи економічний, політичний, соціальний, технологічний, екологічний та інституційний сегменти.

**Актуальність теми дослідження.** Ми вважаємо, що вивчення способу влади, зокрема, влади держави, державних органів та інститутів, судової та правоохоронної, політичної а також влади громадської передбачає теоретичне соціально-філософське осмислення самого поняття влади в різноманітті її проявів, соціальних практик і технологій. З огляду на зазначене, результатом такого осмислення є концепт, що відображає структурування соціуму під кутом зору системи ціннісних індивідуально особистісних, групових і соціальних переваг у ставленні влади.

Вплив таких процесів, як формування та реконструкція міжнародного простору, інформатизація, регіоналізація, а також геополітичні процеси, що відбуваються сьогодні на тлі глобалізації міжнародного простору, надають особливої гостроти проблемі суспільного значення явища влади. Поняття влади є одним із центральних. Воно дає ключ до розуміння суті та призначення політичних інститутів, організації публічної влади, взаємовідносин різних рівнів її організації. З'ясувати ці питання важливо для науково-теоретичного усвідомлення і практичного застосування вирішення соціальних конфліктів сьогодення.

**Стан дослідження.** У спеціальній літературі проблеми функціонування влади розглядаються в межах багатьох суспільних наук, серед яких і юриспруденція. Деякі аспекти здійснення влади досліджувалися в працях представників загальної теорії держави і права та конституційного права України, серед них: М. Баймуратов, І. Жаровська, М. Козюбра, С. Сливка, О. Ярмиш та ін. Варто констатувати, що вагомою прогалиною є відсутність єдиного комплексного розуміння сутності соціальної влади та її сегментного впливу на особу, групу осіб, народ, націю, соціум.

Тому аналіз питань взаємодії соціальної влади та суспільства є вагомою науковою проблемою, яка поставлена як мета та завдання статті для часткового вирішення в межах цього аналізу.

**Виклад основного матеріалу.** Будучи невіддільною частиною соціального життя, влада розвивається в процесі еволюції людського співтовариства, набуваючи тієї або іншої форми залежно від різних етапів історичної еволюції та суспільних змін. Як неодмінний супутник розвитку суспільства влада виникла задовго до появи держави та її політичної сфери. Приблизно 40 тис. років вона існувала в додержавних і дополітичних формах як спосіб підтримки балансу внутрішньокланових відносин у вигляді панування вождів, шаманів та інших лідерів первісних суспільств. З моменту утворення держави, тобто протягом останніх 5 тис. років, влада існує і у своїй політичній, публічній формі [1, с. 9].

Суспільне буття сучасного світу не можна уявити без влади, водночас вказана залежність є взаємовекторною. Влада впливає не тільки на перебіг суспільних відносин у всіх сферах, але й на перебіг історії. Такі, здається, особистісні сфери, як релігія, мораль, традиції, не повною мірою, але все ж таки зазнають впливу владного механізму. Класично пересічна правосвідомість пов'язує владу з її організаційною структурою, з органами державної влади. Водночас антропологічні інтенції особистості інтерпретують владу через успіх, життєві блага, вищий рівень ієрархії, фінансове забезпечення. Влада – це той феномен, до якого свідомо чи підсвідомо тягнеться кожна особистість. Водночас реалії ірраціональних проявів владних відносин обумовлюють асоціативність цього феномена із примусом, насиллям, боротьбою (не завжди в правовому полі), фатальною несправедливістю. Полісемантичність ознак і поглядів на владу, біполярність її виявів залежні від державної організації, правової системи, історичних умов, особи лідера, ментальності, поглядів еліти, на яку спирається влада тощо.

Влада завжди має соціальне забарвлення, оскільки регулює відносини між соціальними елементами. *Соціальна влада* – вольові відносини між людьми щодо організації їхньої спільної діяльності, вироблення та здійснення спільної для цього соціального колективу волі (інтересу).

Влада як наукова категорія вміщує обширну сферу наукового дослідження, що, своєю чергою, зумовлює великий обсяг дефініцій, теорій і тлумачень. Якщо розглядати владу як систему наукових знань і сукупність об'єктів пізнання, то очевидною є необхідність поділу їх на певні класи і підкласи як неодмінної умови наукового аналізу кожного з них. Класифікація (фр., англ. *classification*, походить від латин. *classis* – клас і *facio* – роблю) – система розподілення об'єктів (процесів, явищ) за класами (групами тощо) відповідно до визначених ознак. Хоча класифікація тією чи іншою мірою є умовною і суб'єктивною відповідно до суб'єкта, який її здійснює, і його здатності розрізняти ознаки об'єктів класифікації, все ж вона вносить узгодженість у тлумачення наукової категорії чи явища, дозволяючи оперувати більш вузькими і конкретними поняттями. Трансдисциплінарна констатація влади передбачає процедури синтезу багатьох думок, отримання пріоритетності критеріїв і знаходження альтернативних дефініцій.

Перманентно поняття влади властиве будь-якій організованій і стабільній та цілеспрямованій сукупності людей. Серед різновидів влади, як відомо, заведено виділяти: політичну, економічну, духовну, інформаційну, військову, батьківську, господарську (відносини роботодавця й робітника), владу технічних спеціалістів (технократію), владу інтелектуальної еліти (меритократію) тощо. Це можна пояснити тим, що влада не є монолітним явищем і залежно від різних критеріїв поділяється на види й допускає різновекторні погляди [див. докладніше 2].

Чому вагомим для суспільства є такий феномен, як соціальна влада? Відповідь очевидна – вона координує, стабілізує та контролює суспільство. Сьогодні суспільством вироблені чисельні способи впливу на поведінку і свідомість власних членів, за допомогою яких може досягатися головна мета влади – упорядкування соціальних зв'язків. Тут і переконання, і надання матеріальних благ, і реалізація соціальної підтримки тощо [3, с. 9].

Для можливості функціонування влада наділена, на думку О. Ярмиша та В. Серьогіна такими ознаками, як: спрямованість на виконання суспільних завдань і функцій; інституційний характер, тобто функціонування через відповідні публічні інститути (органи публічної влади); легітимність; відособленість апарату, що здійснює цю владу, від населення; об'єднання підвладних за територіальною ознакою; загальність, тобто охоплення владою всіх осіб на відповідній території; безперервність функціонування (за наявності окремих тимчасових органів); універсальність, тобто спрямованість на вирішення всіх справ суспільного значення; обов'язковість владних рішень для всіх суб'єктів на відповідній території; функціонування в правових формах (нормотворчій, установчій, правозастосовчій, контрольній та інтерпретаційній), тобто діяльність за законодавчо встановленою процедурою й оформлення владних рішень правовими актами; можливість використання передбачених законодавством засобів примусу для реалізації своїх рішень; право встановлювати і стягувати загальнообов'язкові податки і збори з населення; самостійне формування бюджету [4].

У сучасній правовій науці соціальну владу заведено означати терміном «публічна влада», що об'єднує всі види

влади в державі та суспільстві. Публічною владою розуміють як вольові відносини, у межах яких реалізуються загальнозначущі, системотворчі, публічні інтереси. Є. Старостін виділяє такі критерії віднесення того або іншого інтересу до категорії публічного. Перший критерій – публічний інтерес є завжди артикульованим, усвідомленим інтересом. Для сучасних суспільств публічним є інтерес, визнаний державою і врегульований (забезпечений) правом [5, с. 92]. Другий критерій – мета. Публічний інтерес слугує забезпеченню цілісності та стійкого функціонування суспільства, відповідно до панівних цінностей, наявного розуміння пріоритетів і шляхів розвитку суспільства. Можна виділити ще й таку ознаку, як особливий порядок реалізації. Публічний інтерес завжди імперативний, його захищають різні владні інститути, насамперед держава [6]. Відповідно до цього, можна виділити публічну і приватну владу, яка реалізує публічні та приватні інтереси відповідно [7]. І публічна, і приватна влада є різновидоами соціальної влади.

Влада ж виявляється, з одного боку, чинником пов'язаності держави та її органів, а з іншого – чинником пов'язаності органів держави і суспільства. У першому разі влада безпосередньо проявляється в розподілі повноважень і ресурсів, які держава передає в руки кожного свого органу і кожної посадової особи. А в другому – влада постає як безпосередня наявність цих повноважень і ресурсів у конкретного органу або посадової особи. Зовні така влада виявляється в діяльності органів і посадових осіб, спрямованої на управління суспільством. Зазначений характер і особливості зв'язків між принципами організації та функціонування держави, державної влади та системи її органів забезпечують оптимальну і збалансовану взаємодію цих явищ між собою [8, с. 144].

**Висновки.** Отже, суспільство переплетене із владою, оскільки влада взаємообумовлює людське існування. Тому важливо визначити, які саме чинники у владній діяльність створюють її вагомість, можна вказати навіть феноменальність для соціуму й окремої людини.

По-перше, соціальна влада створює соціальне тло існування людини, народу, нації, суспільства. Тобто встановлює ті реальні правила, за якими буде функціонувати соціум загалом.

По-друге, соціальна влада впливає на поведінку, думки, ментальні особливості членів суспільства. У широкому розумінні вона наділена потенціалом формувати необхідну їй особу. Такий вид соціальної влади, як публічна тільки методом переконань чи заборон впливає на суб'єкта влади, своєю чергою, соціальна влада як загальне родове явище може впливати на всі чинники ідентичності особистості чи групи осіб. Соціальна влада має ширший потенціал і арсенал засобів для вказаної діяльності.

По-третє, за допомогою соціальних норм така влада визначає відносини, які прийнятні для конкретного історичного етапу розвитку суспільства.

По-четверте, соціальна влада контролює всі сфери існування індивіда. У сучасному глобалізованому соціумі існування поза ним є неможливим. Духовний світ особи, її фінансові аспекти діяльності, управлінсько-владна сфера – це все піддається контролю з боку соціальної влади.

Суспільство вимагає створення нових поглядів на низку правових інститутів, серед яких і принцип функціонування влади. У нинішніх умовах проблема забезпечення прав особи як об'єкта влади набуває особливого значення. Суспільство нарешті усвідомило безумовну цінність і важливість природних і невіддільних прав людини, даних їй від народження. Водночас воно не може забезпечити їх повне і реальне здійснення через державний механізм, тому на допомогу приходять інші соціальні інституції.

Варто констатувати, що у відносинах між владою та суспільством настає необхідність переходу від технологій впливу до технологій взаємодії, а також зважання на суспільну позицію та створення умов для залучення громадян до ухвалення управлінських рішень, особливо на публічному рівні.

**Список використаної літератури:**

1. Цокур Є. Легітимність політичної влади: джерела, особливості, перспектми: моногр. К.: Вид-во НПУ ім. М.П. Драгоманова, 2009. С. 9.
2. Жаровська І. Проблеми теорії держави і права: державно-владний вимір: навч. посібник. Львів: Ліга-прес, 2015. 240 с. С. 73.
3. Вільгушинський М. Категорія «публічна влада» у сучасній інтерпретації: нотатки до наукової дискусії. Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. 2013. № 3. С. 8–13.
4. Ярмиш О., Серьогін В. Державне будівництво та місцеве самоврядування в Україні: підручник. Харків: Вид-во Національного ун-ту внутр. справ, 2002. 503 с.
5. Кряжков А. Публичный интерес: понятие, виды и защита. Государство и право. 1999. № 10. С. 92.
6. Аболонин Т. Групповые иски. М.: Норма, 2001. 256 с.
7. Старостин Е. Правовые формы осуществления государственной власти: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Самара: РГБ, 2006. 237 с.
8. Зарічний О. Публічна влада та участь громадян: юридичне трактування. Митна справа. 2015. № 4 (2). С. 141–146.

ДОВІДКА ПРО АВТОРІВ

**Жаровська Ірина Мирославівна** – доктор юридичних наук, професор кафедри теорії та філософії права Інституту права та психології Національного університету «Львівська політехніка»

**Ортинська Наталія Володимирівна** – доктор юридичних наук, доцент кафедри адміністративного та інформаційного права Інституту права та психології Національного університету «Львівська політехніка»

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

**Zharovska Iryna Myroslavivna** – Doctor of Law, Professor of the Department of Theory and Philosophy of Law Institute of Law and Psychology of "National Lviv Polytechnic University"

**Ortynska Nataliia Volodymyrivna** – Doctor of Law, Docent of Department Administrative and Information of Law Institute of Law and Psychology of "National Lviv Polytechnic University"

*irazhar@ukr.net*

UDC 340.131

# DIALECTIC OF LEGITIMATION OF PUBLIC AUTHORITY: SOCIAL AND LEGAL ASPECTS

**Nataliia ZAIATS,**
Doctor of Juridical Science, Associate Professor,
Professor at the Department of Theory of State and Law
of National Academy of Internal Affairs

**SUMMARY**

Main attention in the article is addressed to the analysis of one of the main conditions of ability of the public power – social recognition of power structures by population, whose interests these structures are destined to provide and protect. Peculiarities of procedures and processes of power legitimation in democratic society through involvement of the respective mechanisms are investigated. Regulation of the main ways and lines of legitimation of public power in a contemporary context has been proven.

**Key words:** legitimacy, lawfulness, legitimation, public power, mechanism of legitimation of public power.

## ДІАЛЕКТИКА СОЦІАЛЬНОГО ТА ПРАВОВОГО В ПРОЦЕСІ ЛЕГІТИМАЦІЇ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ

**Наталія ЗАЯЦЬ,**
доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри теорії держави і права
Національної академії внутрішніх справ

**АНОТАЦІЯ**

Основну увагу в статті приділено аналізу однієї з головних умов дієздатності державної влади – соціальному визнанню владних структур населенням, інтереси якого ці структури покликані забезпечувати та захищати. Досліджуються особливості процедур і процесів легітимації влади в демократичному суспільстві через задіяння відповідних механізмів. Обґрунтовано положення про основні шляхи і напрями легітимації державної влади в умовах сьогодення.

**Ключові слова:** легітимність, легальність, легітимація, державна влада, механізм легітимації державної влади.

**REZUMAT**

Principala atenție în articol este dedicată analizei uneia dintre principalele condiții ale capacității puterii de stat - recunoașterea socială a structurilor de putere de către populația a cărei interese aceste structuri sunt chemate să le ofere și să le protejeze. Sunt explorate caracteristicile procedurilor și proceselor de legitimare a puterii într-o societate democratică prin utilizarea unor mecanisme adecvate. Autorul susține prevederea privind principalele căi și direcții de legitimare a puterii de stat în condițiile actuale.

**Cuvinte cheie:** legitimitate, legalitate, legitimare, putere de stat, mecanism de legitimare a puterii de stat.

**Formulation of the problem.** Conduction of complex transformations is necessary in a contemporary context of the development of the Ukrainian state; goal of such transformations is a democratic development of Ukraine, effective organization of state and development of civil society. In due course a prominent German sociologist M. Weber, beginning to investigate the problem of power lawfulness, raised a question: "What are the internal grounds for justification of rule and what external facilities serve as its support?".

In a contemporary context one can say that the answer has been given to this question long ago at the theoretical level, however new political circumstances entail to put it over and over again. Moreover there were too essential grounds to speak of the crisis of power lawfulness almost during the whole history of the independent Ukraine. Lawfulness is at the same time both the goal and condition of functioning and efficiency of power relations in the state.

**Relevance of the topic.** Problem of relations between people and power has been present in research studies from the earliest times, namely in the work "Guidance to the Polish King Sigismund II August" of the Ukrainian scientist S. Orzechowski-Roxolan. He writes that starting from the beginning of its ruling the king "had to be more cautious in order to attract devotion of the people among which you are ruling. It is the only protector of kings. King's power will be weak and incomplete without devotion of the nationals" [1]. Now therefore the emphasis is put on the essential importance of support on the part of the people for existence of power and performance of its functions.

**The purpose of the article.** Social recognition and support of power structures by population is a condition of quality functioning of the public power on which largely depends the success of reforms being implemented in Ukraine; these structures are destined to provide and protect interests of population. Exactly this way social purpose of any power reveals its recognition and provides its lawfulness. In the most general form the issue of lawfulness lies in the plane of theoretical and methodological range of problems.

**The main research material.** As it is known lawfulness (Latine legitimus – lawful, legal) – it is an obligatory feature of the public power that determines the degree of its recognition and sovereignty both in the country and in the international field. In the most general form lawfulness is the process within which the political power confirms its rights to its implementation. On the other hand lawfulness is the process of approval of power by people, expression of trust to it on the part of those by whom it rules. And thirdly lawfulness is a specific technology that helps to establish relations of citizens and civil society and

power, applying violence if necessary. In any case search of the authority as source of power and available general goal in the state is a basis of lawfulness.

In the most general form the matter of legitimacy can be related to the theoretical and methodological problems. It concerns first of all the definition of the political and legal construction of "legitimacy", in fact one should pay attention to the correlation of legitimacy and legality, legitimacy and lawfulness, legitimacy and justice.

The term "legitimacy" is translated sometimes as "lawfulness" and it is not quite correct. Lawfulness being perceived by us as action reflected according to the law through the category of "legality". The notion "legitimacy" has another explanation, it is more complex and has evaluation, ethical and political character, "legality" is an officially legal and ethically neutral character and it is narrower than "legitimacy" due to these facts.

The state power, even unpopular, is as a rule legal as consciousness by the power holder of its right to the power and ability to perform this power is one of the sides of legitimacy. At the same time it can be illegal, that is, it cannot be perceived by people and herewith issue laws at its own discretion and use them for violence and outrage.

Degree of legitimacy of the state power is a dynamic category and legalization is more static as it depends on the existing in the country legislation. Nor therefore legality and legitimacy express integration of the instrumental and value aspects of power but herewith the notion of legitimation is wider in relation to legalization and includes (can include) it. Legitimacy can even contravene the actual legality if legal laws do not meet the laws of justice, universal human values and policies of the most of the population.

It is obvious that legitimacy of the public power is first of all a social recognition of its right to the leading role in the society. The state power cannot be held for a long time and act efficiently basing only on the violence as even objectively the legal power can be illegal in the imagination of people. Voluntary consent confirmed by respect to lawfulness is necessary. Confidence of people in the fact that the representatives of power protects legal state interests, do not trench upon the thing being fairly private and personal is the major premise of voluntary consent. Disregard of the law and safety of revolutionary transformations prevails there where legitimacy of power is not absolute.

Often the notion of "legitimacy" and "legality" are considered as two interrelated characteristics of the public power. Thus M. Weber put emphasis on the fact that legitimacy is not only lawfulness of power on the actually legal side bit a social and psychological phenomenon that consists in the recognition of the political power by society at least in its passive recognition.

Essence of the category "legitimacy of power" in the context of methodology is considered in three aspects: 1) legal aspect includes "legality" being based on the rationally created legal norms; 2) political – support of the political powers having the power by society and 3) axiological aspect – perception of the current state institutes as value. Nor therefore the regimes that became legal as the result of the revolution or military coup can become legal having provided for themselves the support of the significant part of society.

The situation also seems possible when activity of the state power does not find support of the population of the country in the traditional societies but in the mass consciousness the state being a powerful institute (for example, hereditary monarchy) is a value that makes people to recognize power irrespective of the nature of the activity. The value recognition can be based not only on the observance of the legal norms but also on the personal dedication to the ruling dynasty, moreover religious values are important, they can be adequately reflected only if the form of state is available.

Accordingly one can claim that the nature of legitimacy, its sources and ways of the provision differ in the variety depending on the cultural level, traditions and psychology of population [2, p. 639]. Legitimacy has a double nature as it is a complex social phenomenon; on the one hand, it is the authority of power, confidence and recognition and, on the other hand, it is dedication to power, ability and wish of the dependent entities to fulfill its requirements.

Legitimacy of the state power is a complex social process the result of which is the recognition of power as legal. Legitimacy is an evaluation phenomenon being in charge of the procedure of the formation of the powerful institutes, their form and activity. Legitimacy is in itself the ability of power to provide stable functioning of the political and social institutes and ability to assure the population of the fact that these institutes facilitate to a greater extent the reflection and implementation of their interests [3].

Tasks of legitimacy are principally as follows: firstly, discovery of the origin and social nature of power; secondly, structural organization of power; thirdly, mechanism of formation in society; fourthly, methods and forms of exercise of power.

The structure of the process of legitimacy stipulates availability of such main elements as entity, circulation, means, methods, conditions, principles and procedures. These elements are in constant relationship and interrelation between themselves and each element performs its function providing functioning of the whole system.

On the basis of the conception of legitimacy as social relations one can state that it is implemented at least between two entities of legitimacy. Moreover a dependent entity must have a real ability and possibility of the respective perception and evaluation of power, perceiving power as the way of expression of its interests and establishing the respective criteria of its efficiency or on the contrary do not perceive it and evaluate the implementation of the power authorization by the respective bodies as such that does not reflect its interests. Such a perception of power takes place at the level of the moral consciousness that is based on the justice and confidence.

Under modern conditions, when we speak about democratic state, the power in state receives recognition from people being its only legal entity. Now therefore legitimacy of the state power is a delegation, transfer of power by society to its special organization, that is, to the state and its structures. The situation is reflected in the principle of the people's sovereignty that is fixed in the Constitution of Ukraine. A power entity must realize indeed its right to power both within the legal and moral and ethical meaning. And implementation of the right, except the necessary social, political and legal guarantees, stipulates also an active public position of the citizen [4].

People, through delegation of its powers, entrust the respective political powers with the society management for a certain period of time within the political system. Now therefore the political system can be conventionally determined through a collective wielder of power being formed by the public authorities and management, political party and movements of separate political leaders. Institute of the representation of people is a central institute within the system of the public authorities that provides interest and needs of society, facilitates involvement of people in the participation in the implementation of the legislative power.

Without fixing separately on the detailed analysis of the ways of power legitimacy it is necessary to put emphasis on the analysis being most popular today in the countries of the Western Europe and Northern America; it consists in the introduction of the institute of the direct elections into authorities. It is impossible to reevaluate the ides of the direct elections and

its implementation, indeed it became the most efficient mean of legitimacy of power in the European countries and gave opportunity to avoid revolutionary overthrow of power. Loyalty of the population of the state that was in crisis during breakup of the dynastic monarchies and essential reduction of the role of the religion was preserved to a greater extent due to gradual introduction of the institute of elections. Awareness by the population of the fact that it forms power and is its source became the basis of the sufficient level of legitimacy of power in the most countries of the world. Hence it is worth reminding the words of B. Kistiakivskyi who says that prestige and greatness of the legal state lie not in the inaccessibility of power but in the support to people and right [5, p.330].

Legitimacy of the state power can be considered as category formed not only by domestic political centers (society, political system, state) but also by external – foreign states, international organizations that allows us speaking about two levels of legitimacy – within domestic (state) and external. Peculiarity of the international legitimacy consists in the fact that recognition of power is performed by not dependent entities represented by other states. Such recognition is a unilateral act of state where it states recognition of state as entity of the international law.

Process of recognition of the state power by society provides several stages: *firstly, it a social and political substantiation of the state power* that stipulates direction of efforts towards search of the ideal, namely absolute values such as justice, truth and other or towards establishment of the will of the people. In due course the necessity of the social substantiation of power gave the ground to M. Weber for substantiation of three kinds of legitimacy: traditional (that is, based on the common laws of traditions, customs, ceremonies, culture, pre-state political relations); charismatic (emotionally-willful); rational (based on the orders and laws adopted in the state). Crisis of the previous power takes place at the modern stage of state formation and necessity of the establishment of new rules, new order of relations of the civil society and power is recognized.

*Secondly, vesting of the entity of the potentially legal power with the state-power authorities* takes place at the stage of formation of the state power. Formation of public authorities can be both in the revolutionary and evolutionary way. A revolutionary way provides taking the upper hand by political powers through overthrow of the previous machine of power whereas an evolutionary way provides transition of power in a lawful way according to the legality principle on the basis of the current legislation of the state that stipulates order of transition of the state power. Instead an evolutionary way of transition of power is determined by legal change of the senior leadership of the state. Thus in monarchy the power is transferred through senior leadership of the state according to law or custom whereas in republic the power is formed according to the principle of electivity that provides a procedural fixation of legitimacy through holding of elections.

*Thirdly, legal substantiation,* legalization of the state power is a procedure of the legal fixation through a statutory instrument (declaration, law etc.) where legality of power is legally substantiated (for example, ratification by the Verkhovna Rada of Ukraine of Belavezha and Alma-Ata Accords, holding of referendum on independence of Ukraine were the grounds of legitimacy of the state power in Ukraine).

*Fourthly, neutralization of the possible counteraction* of the reactionary powers and antigovernment elements by the state power requires from the new power holder provision of its maintenance applying herewith the whole potential of the state machinery for implementation of the power goal. This problem is especially major in connection with the spread of terrorism in the world, Islamic radicalism and separatist movements.

*Fifthly, information and ideological influence of the state power* to the dependent entities includes necessity of production of the state ideology directed towards the power maintenance the goal of which is to provide perception of the available state power by a dependent entity as a single legal, competent, efficient power, such that expresses interests of the whole population in the state policy. Informational impact on society at present is one of the most effective methods of implementation of functions of state. Such an impact is a regulatory facility both of the formation of consciousness, behavior and acts of people and creation of the information field around certain political processes and institutes. One can both accelerate the development of the social and legal conflicts and locate them through information impact [6, p. 87].

*Sixthly, support of authority of the state power* provides actual basis, that is, positive result of activity of the state power. Now therefore the process of legitimacy is finished and the power is recognized as legitimate, if it becomes clear that its substantiation was feasible at the first stage.

The power must be real and strong so that it could be legitimate. State power holder must meet range of requirements being determined by the phenomenon "state power". It is worth reminding the conditions of the reasonable legitimacy that were substantiated by M. Weber. Reasonable legitimacy provides range of requirements to the state power that are determined by a specific nature of the mechanism of exercise of the political power, the main requirements are as follows: dominance, leadership, management, organization and control.

Dominance is substantiated by available division of society to those who exercises political power and to those with regard to whom it is exercised. Dominance receives its legislative implementation as a rule through statutory instruments. Essence of management consists in the development and making the essential decisions for society, in determination of its goal, plans and strategic prospects.

Management is performed through direct practical activity with regard to implementation of the decisions made by wielder of power. Administrative machinery is engaged in the managerial activity. Organization provides consistency, adjustment and provision of the relationship of separate persons, groups and classes. Control provides observance of the social norms, rules of activity of people and social groups on society. Control plays also the role of the feedback that allows tracing the consequences of the managerial impact of power. Only in case of the fulfillment of these requirements one can speak of the force of power, its ability to handle the situation being one of its features of legitimacy.

Legitimacy process is performed by means of various methods through which a potential state power holder substantiates its legitimacy and a dependent entity recognizes the state power. These methods are determined by conformity of the legitimacy subject, that is, by the state power and the interests and needs towards implementation of which efforts of the state power holder are directed.

Legitimacy methods used by power entity are too various but the main of them are imperative and dispositive methods. The imperative method provides a direct impact based on the authority of the potential state power holder. The dispositive method is determined by a "softer" impact on the dependent entity. This is a legitimacy through motives and needs (facilitation of the desired behavior and activity of the legitimacy entity), through value system (information, bringing up, education).

Legitimacy methods used by the dependent entity are the aggregate of techniques and facilities by means of which recognition of the state power "form below" is performed. They can be divided into two large groups – methods of approval and methods of distrust. And if the first methods provide a positive attitude towards current power that is reflected in the respective voting during elections and referendum, holding of

mass events (demonstrations, protests) in support of the current power and criticism of its opponents, other methods provide a negative attitude towards certain institutes of power respectively that can be the feature of recognition of another, alternative power as legitimate; voting in a respective manner, holding of mass protest movements can be manifestation of this, and the extreme form – overthrow of power that people stopped to recognized as legitimate.

Legitimacy of a certain power is not lasting; it can change the degree of efficiency. The power is changed depending on the conditions or certain peculiarities of behavior of the power structures and can be both grown and reduced. It should be admitted that whatever successful the legitimacy of any kind of power is, social groups opposing actions of the power will be always present in society.

Increase of the quantitative indices of the opposition-minded citizens can result at first in the weakening of the efficiency of the measures being held by power and in due course – in crisis of legitimacy and delegitimacy processes of power. Any pre-revolutionary or revolutionary situation is the consequence of crisis of legitimacy of power. It appears when the power is nit sensitive to the long-standing needs of society in structural changes. The more socially ineffective the political power will be, the more repressive it becomes, the stronger it requires approval on part of the people.

Legitimacy and legality of the public political power are connected with dialectics of correlation of right and law and serves as a triangle, firstly through judicial legitimacy of the power structures; secondly through legal and regulatory strengthening of their competence according to the principle of power division in the area of the state management and social needs of society; thirdly through legitimacy of forms, methods and means of implementation by every authority of its social purpose and established competence.

**Conclusions.** It should be admitted that modern mechanisms of the development and functioning of the legitimacy processes of the political power in Ukraine and its development trend require new theoretical models able to include all various social changes and must include a complex, including hermeneutical approach, directed towards research of the political will as an important part of the legitimacy and delegitimacy processes of power. Indeed after the Ukrainian revolution 2014 (known as Euromaidan) the Ukraine began a new period of the development of its statehood that takes place under complex circumstances, when external problems were added to the domestic economic, political and public problems that were always pressing during 1991–2013. Ukraine has met for the last years after the World War II with real armed aggression on part of the neighboring state. Under such conditions the problem of legitimacy of power is transferred to the practical plane: from the indifferent confidence to the active combined participation.

The course of modern political and legal processes in Ukraine showed once more the importance and inevitability of the consequences of disregard of the problem of legitimacy or its change by pseudo legitimation processes and technologies for power institutes, having proved again that society and individual are the main source of legitimacy of the state power [7, p. 15].

**References:**

1. Оріховський-Роксолан Ст. Напучення королеві польському Сигізмунду-Августу. Українська література 14–16 ст. К., 1988. Ізборник. С. 113–152. 600 с.

2. Вебер М. Избранные произведения / сост., общ. ред. и послесл. Ю. Давыдова; пер.с нем. М.: Прогресс, 1990. 808 с.

3. Політологія. Кн. 1: Політика і суспільство. Кн. 2: Держава і політика / упорядн.: А. Колодій, Л. Климанська, Я. Космина, В. Харченко. 2-е вид., перероб. та доп. К.: Ельга; Ніка-Центр, 2003. 664 с.

4. Аврутин Ю. Государство и право. Теория и практика: учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» (030501). М.: Юнити-Дана; Закон и право, 2007. 479 с.

5. Кистяковский Б. Философия и социология права; сост., примеч., указ. В. Сапова. СПб.: РХТИ, 1999. 800 с.

6. Морозова Л. Теория государства и права: учебник. М.: Юристъ, 2002. 414 с.

7. Цокур Є. Проблеми легітимності політичної влади сучасної України. URL: www.ipiend.gov.ua tsokur_problemy.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Zaiats Nataliia Volodymyrivna** – Doctor of Juridical Science, Associate Professor, Professor at the Department of Theory of State and Law of National Academy of Internal Affairs

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

**Заяць Наталія Володимирівна** – доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри теорії держави і права Національної академії внутрішніх справ

*natalie.zaiats@gmail.com*

УДК 340.1

# ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ПОНЯТТЯ ТА СУТНОСТІ ЗАКОНОТВОРЧОЇ ПОМИЛКИ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ

**Олена ІВАНЕНКО,**
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри конституційного права, історії та теорії держави і права,
заступник директора з навчальної та методичної роботи
Навчально-наукового інституту права імені князя Володимира Великого Міжрегіональної академії управління персоналом

**АНОТАЦІЯ**

У статті здійснено теоретико-правовий аналіз проблематики визначення поняття та сутності законотворчої помилки. Автор наголошує на тому, що помилки в законотворчості негативно впливають на здійснення всієї юридичної діяльності, заважають досягненню генеральних цілей правового регулювання, а також є потенційним чинником ризику настання шкідливих, а іноді небезпечних для суспільства, особистості й держави наслідків. На ефективність законотворчої діяльності впливає безліч чинників, серед яких виявлення законотворчих помилок та їх подальше усунення. У цьому сенсі актуалізується необхідність формування чіткого теоретичного базису щодо природи та сутності законотворчих помилок. Адже наразі невизначеність теоретичної конструкції законотворчості й окремих її елементів ускладнює процес формулювання природи помилки, що має місце в законотворчій діяльності, а також її ідентифікації. Автор пропонує виходити з розуміння законотворчості як різновиду, а не складового елемента правотворчості, тобто правотворчої діяльності органів законодавчої влади або народу, яка спрямована на об'єктивацію, зміну, припинення та систематизацію нормативно-правових приписів. Отже, пропонуємо надалі виходити з розуміння законотворчої помилки як порушення вимог правотворчої техніки та технології органів законодавчої влади або народу під час здійснення ними правотворчої діяльності, яка спрямована на об'єктивацію, зміну, припинення та систематизацію нормативно-правових приписів.

**Ключові слова:** законотворча помилка, прийоми юридичної техніки, законотворча діяльність, правотворчість, класифікація законотворчих помилок.

## THEORETICAL AND LEGAL ANALYSIS OF THE CONCEPT AND THE CONSTITUTIONALITY OF THE LEGALLY ERROR: SPECIAL ISSUES

**Olena IVANENKO,**
Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor, Associate Professor at the Department of Constitutional Law, History and Theory of State and Law, Deputy Director of the Educational and Scientific Institute
of Volodymyr the Great Educational and Scientific Institute of Law of Academy of Personnel Management

**SUMMARY**

The article deals with theoretical and legal analysis of the problem of definition of the concept and essence of the law-making error. The author stresses that mistakes in lawmaking negatively influence the implementation of all legal activities, prevent the achievement of the general objectives of legal regulation, and also constitute a potential risk factor for the occurrence of harmful and, in some cases, dangerous consequences for society, personality and state. The effectiveness of lawmaking activity is influenced by many factors, one of which is the detection of law-making errors and their further elimination. In this sense, the need to form a clear theoretical basis regarding the nature and essence of legislative mistakes is urgent. At present, the uncertainty of the theoretical construction of lawmaking and its individual elements is complicated by the process of formulating the nature of the mistake that occurs in law-making activity, as well as its identification. The author suggests proceeding from the understanding of lawmaking as a kind, not an integral part of law-making, that is, the law-making activity of legislative bodies or people, which aims to objectify, change, terminate and systematize legal regulations. In this regard, we propose in the future to proceed from the understanding of the legislative mistake as a violation of the requirements of law-making machinery and technology of legislative bodies or people in the course of their law-making activity, which is aimed at objectification, change, termination and systematization of legal norms.

**Key words:** lawmaking error, techniques of legal technique, lawmaking activity, lawmaking, classification of legislative mistakes.

**REZUMAT**

Articolul realizează analiza teoretică și juridică a problemei definirii conceptului și esența erorii legale. Autorul constată că erorile de drept afectează negativ punerea în aplicare a tuturor activităților juridice, împiedică atingerea obiectivelor generale ale reglementării legale, precum și un factor de risc potențial pentru debutul dăunătoare, iar în unele cazuri periculoase pentru societate, individul și consecințele statului. Eficacitatea activității legislative este afectată de mulți factori, dintre care una este identificarea erorilor de legiferare și eliminarea ulterioară a acestora. În acest sens, este actualizată necesitatea de a forma o bază teoretică clară în ceea ce privește natura și esența erorilor de legiferare. Într-adevăr, până când legislația privind incertitudinile teoretice de construcție și a elementelor sale individuale complică erorile de natură formulare care se desfășoară în activitatea legislativă, precum și datele de identificare. Autorul propune să pornească de la înțelegerea legiferare ca un fel și nu un element constitutiv al procesului de legiferare, adică activitățile legislativ al legiuitorului sau a oamenilor, care are ca scop obiectivizare, modificarea, rezilierea și ordonarea unor cerințe de reglementare. În acest sens, ne propunem în viitor bazat pe o înțelegere a greșelilor legislative ca o încălcare a tehnicilor de luare de drept și tehnologii ale legiuitorului sau oamenii din exercitarea activității legislative, care vizează obiectivizare, modificarea, rezilierea și ordonarea unor cerințe de reglementare.

**Cuvinte cheie:** eroare legislativă, metode de tehnică juridică, activitate legislativă, legiferare, clasificarea erorilor legislative.

**Постановка проблеми.** Правотворча діяльність, у процесі здійснення якої досить часто виникають помилки, провокує неналежну якість законодавства. Зазвичай недосконалість ухваленого закону пов'язують із наявністю законотворчих помилок. Сьогодні практичні наслідки законотворчих помилок набули надзвичайно великих масштабів, оскільки стосуються інтересів широких верств населення через те, що руйнують систему гарантій прав та інтересів людини й громадянина.

**Актуальність теми дослідження.** Актуальність дослідження проблем ефективності законотворчої діяльності сьогодні не викликає жодних сумнівів як у фаховому середовищі, так і серед свідомої спільноти. Формування правової держави та розвиток демократичного суспільства супроводжуються зростанням законотворчості, що приводить до автоматичного збільшення кількості законів та зростання їхньої ролі. Проте однією з надзвичайно серйозних проблем, з якою ми стикаємося у зв'язку зі зростанням кількості нормативно-правових актів, є надзвичайно низький рівень їхньої якості.

Прикро констатувати той факт, що зараз юридична наука не спромоглася сформулювати загальноприйнятого визначення законотворчої помилки та її сутнісних ознак, що суттєво погіршує процес вирішення даної проблеми. У цьому сенсі, на наш погляд, необхідно також звернути увагу на розмежовування поняття законотворчої помилки від суміжних категорій [1, с. 8]

**Стан дослідження.** Проблематика визначення природи та сутності законотворчої помилки як загально правової категорії досить широко дискутується в спеціальній юридичній літературі. Наприклад, дане правове явище в різних аспектах досліджувалося такими науковцями, як: Т. Кашаніна, О. Лісюткін, А. Лукашова, Р. Наді, С. Поленіна, В. Сирих, Б. Чігідін, Ж. Дзейко, В. Косович, Б. Малишев, І. Янішина тощо.

**Метою та завданням статті** є теоретико-правовий аналіз проблематики визначення поняття та сутності законотворчої помилки.

**Виклад основного матеріалу.** Більшість науковців схиляються до думки про те, що законотворчою помилкою є офіційно оприлюднений результат неправомірних дій законотворчого органу, який є наслідком добросовісної помилки або винного протиправного діяння, що порушують загальні принципи або конкретні норми законотворення, не відповідають потребам, рівню та закономірностям розвитку, діяльності, що підлягає регулюванню, спричиняють негативні соціальні та юридичні наслідки в конкретній сфері суспільного життя [2, с. 58]. Проте, на наш погляд, винне протиправне діяння у сфері законотворчості, що призводить до негативних наслідків, логічніше було б називати правопорушенням, а не помилкою. А отже, і ставити питання руба про притягнення до юридичної відповідальності за таку діяльність уповноважених на її здійснення осіб, оскільки наслідки можуть бути, крім того, що надзвичайно жахливими, але й пролонгованими в часі, тобто наставати не одразу після ухвалення нормативно-правового акта, а тривалий час по тому.

Здебільшого науковці, досліджуючи проблеми помилок у законотворчій діяльності, зупиняються на розгляді критеріїв їхньої класифікації та власне самих класифікаціях. Зараз більш-менш універсальною є класифікація законотворчих помилок на такі групи:

– концептуальні – людство має необхідний обсяг наукових знань щодо сутності, природи та механізму функціонування явища правової дійсності, яке підлягає законодавчому регулюванню, але через низький рівень володіння законотворчим суб'єктом прийомами та способами юридичної техніки, останній не зміг їх у повному обсязі та фахово відобразити в концепції законопроекту;

– юридичні – результат недотримання вимог законотворчої техніки;

– логічні – результат недотримання законів формальної логіки під час підготовки законів;

– граматичні – результат низького рівня володіння суб'єкта законотворчої діяльності мовою та стилем викладу правових норм [3, с. 25].

Слушно, на наш погляд, буде звернути увагу на такий нюанс: в основу концепції проекту нормативно-правового акта завжди лягає власна позиція суб'єкта законотворчості щодо питання, яке підлягає регулюванню; а зміст, який є сутнісним наповненням законопроекту і закладається автором, може об'єктивуватися в хибний за змістом закон, якщо законотворець має викривлене уявлення про соціальні потреби, які необхідно урегулювати. А отже, найбільшим ворогом ефективного законотворення є неправильне сприйняття суб'єктом такої діяльності потреб реального часу, які потребують урегулювання; хибне розуміння алгоритму чи механізму їх упорядкування; грубе порушення правил досягнення соціальної адекватності або правил законодавчої техніки.

Слушною, на наш погляд, є думка, що причини законотворчих помилок умовно можна звести до двох основних груп:

– об'єктивні – зумовлюються динамізмом і розмаїттям суспільних відносин, а також складністю природи законотворчої діяльності тощо;

– суб'єктивні – виникають через недотримання правил законотворчої техніки під час ухвалення нормативно-правових актів; недосконалість системи інвентаризації нормативно-правових актів; нечіткість розмежування нормотворчої компетенції; поспішність у розгляді й ухваленні нормативно-правових актів і недотримання встановлених процедур їх ухвалення; недостатній рівень правотворчої техніки та відсутність чіткого нормативного закріплення її вимог; невисокий рівень правової культури та правосвідомості суспільства загалом і суб'єктів правотворчості зокрема тощо [4].

Враховуючи те, що головною метою нашого дослідження є з'ясування сутності законотворчої помилки, звернемося до етимологічного значення поняття «помилка», яке зазвичай тлумачиться як неправильність, неточність у будь-чому або некоректність результату певних дій [5]. Отже, можемо припустити, що законотворчою помилкою можуть позначатися як неправильні дії в галузі права, так і хибні результати даних дій (недоліки правових актів). Помилка – це дія або результат, протилежні правильному. Варто звернути увагу на те, що деякі науковці оперують поняттям юридичної помилки, але, на наше переконання, дана дефініція є за своїм змістовним навантаження ширшою, ніж законотворча помилка, адже перша охоплює помилки, допущені в процесі здійснення законотворчої діяльності (законотворчі помилки), та помилки правозастосування (правозастосовні помилки).

У законотворчій діяльності поєднуються такі складники, як пізнання об'єктивних соціальних закономірностей реальної дійсності та проектування, тобто переклад зазначених закономірностей мовою права. Дійсно, передумовою створення закону є пізнання умов, чинників і обставин функціонування суспільних відносин, які потребують упорядкування за допомогою права, виходячи з потреб соціального розвитку. Лише після того, як усі деталі, механізми й алгоритми здійснення певного виду суспільних відносин, що підлягає правовому регулюванню, чітко сформульовано у свідомості законотворця, останній вирішує перейти від пізнання до діяльності. Тобто настає стадія творення власне самого закону. Звертаємо увагу на те, що помилки можуть бути зроблені як на стадії пізнання, так і на стадії

проектування, тобто на стадії переведення об'єктивних закономірностей функціонування реальної дійсності в систему нормативно-правових приписів.

Зазначимо, що класифікація законотворчих помилок має здійснюватися з огляду на специфіку природи самого нормативно-правового акта, якість якого зазвичай характеризується двома аспектами – соціальним і спеціально-юридичним. Тому логічним є виділення таких видів законотворчих помилок, як соціальні й юридичні [6].

Було б апріорі неправдивим стверджувати, що законотворча діяльність може бути безпомилковою, адже вічним супутником законотворчості та правозастосування є змістовні та техніко-юридичні помилки, перші з яких виникають внаслідок об'єктивних і суб'єктивних труднощів і протиріч, що виникають у законотворчості та правозастосуванні як у пізнавальних процесах; другі – пов'язані з неправильними способами створення текстів нормативно-правових актів [7, с. 20–22], тобто є результатом порушення вимог правотворчої техніки.

Заслуговує на увагу класифікація законотворчих помилок на змістовні, або сутнісні, тобто такі, що допущені під час формулювання сутності, вихідних положень, що покладено в основу формування змісту нормативно-правового акта; та формально-логічні, тобто такі, що є результатом порушення правил законотворчої техніки [8, с. 14–17].

Сутнісні законотворчі помилки також іноді називають гносеологічними (коли закон не відповідає об'єктивним закономірностям через те, що його недоліки обумовлені обставинами, що лежать поза межами стадії його проектування, наприклад, недостатньо глибокий теоретичний і практичний рівень вивчення певної проблеми, прогалини в науковому пізнанні тощо) [9]. Такого роду помилки також у науковому середовищі визначають як концептуальні, коли правознавство або інші юридичні науки мають необхідний рівень знань, а законотворець не зміг їх опанувати і правильно об'єктивувати в концепції законопроекту [10, с. 3–9]. Тому змістовні законотворчі помилки можна розглядати як недоліки розроблення нормативно-правового акта, що є результатом хибної оцінки об'єктивних соціальних закономірностей реальної дійсності.

Варто зауважити, що змістовні помилки не є очевидними й не можуть бути виявлені за допомогою аналізу тексту нормативно-правового акта, тому створюють простір для дискусій, полеміки, зіткнення різних підходів, теорій, розумінь. Це пояснюється тим, що процес розвитку реальної дійсності є складним і суперечливим, а тому очевидні в режимі реального часу теоретичні знання не завжди можуть бути визнані абсолютно й остаточно істинними, оскільки та сама об'єктивна закономірність у різних історичних умовах проявляє себе по-різному [11, с. 29–36].

Змістовні законотворчі помилки практично неможливо нейтралізувати на стадії розроблення законопроекту, адже їхня природа формується на базі припущень законотворця й не підкріплюється належною емпіричною базою, а тому їх виявлення можливе лише в процесі реалізації нормативно-правового акта. З метою профілактики таких помилок необхідно проводити наукову експертизу законопроекту, проводити парламентські слухання щодо його змісту, здійснювати, за можливістю, локальний експеримент, використовувати соціологічні методи для прогнозування його необхідності та життєздатності тощо [12, с. 25–28]. Крім того, на наш погляд, дієвим способом виявлення змістовних помилок міг би стати правовий моніторинг як сучасний інструмент забезпечення якості нормативно-правових актів; його сутність полягає в спеціальній діяльності державних органів, що здійснюється за такими основними напрямами, як: спостереження за змістом чинного нормативно-правового регулювання відповідної сфери суспільного життя; аналіз даних спостереження, оцінка стану нормативної основи діяльності, її ефективності; узагальнення практики застосування нормативно-правових актів і формулювання на цій базі пропозицій щодо способів і напрямів удосконалення правового регулювання відповідних суспільних відносин [13]. Класичним оптимальним способом виправлення змістовних помилок є внесення відповідних змін до чинного законодавства.

Повертаючись до з'ясування сутності поняття законотворчої помилки, варто констатувати, що більшість авторів одностайні в тому, що вона є негативним результатом недотримання суб'єктом законотворчої діяльності вимог юридичної техніки, тобто є порушенням вимог законотворчої техніки, логіки й граматики, що псує якість нормативно-правового акта, викликає труднощі в його тлумаченні та перешкоджає реалізації норм права в конкретних суспільних відносинах [9, с. 197].

Також є в наукових колах підходи, за яких законотворча помилка розглядається як неправильні дії нормотворчого органу, вчинені через оману, що спричинили несприятливі соціальні й юридичні наслідки; обумовлений навмисними або ненавмисними діями суб'єкта законотворення негативний результат, що перешкоджає його ефективній роботі й ухваленню високоякісного нормативно-правового акта [14, с. 159]; недоліки в змісті та формі нормативно-правових актів, обумовлені неналежним використанням засобів правотворчої техніки, в основі яких лежить комплекс політичних, економічних, гносеологічних, соціальних, юридичних та інших чинників [8, с. 17]; змістовні або техніко-юридичні недоліки нормативно-правових актів, обумовлені об'єктивними і суб'єктивними причинами, що знижують якість нормативно-правових актів тощо [4].

Аналіз наявних поглядів на проблематику визначення поняття та сутності законотворчої помилки дає підстави зробити висновок про те, що сьогодні в науковому середовищі немає одностайності щодо зазначеного питання. Під час формулювання визначення поняття законотворчої помилки головними посилами науковців є визначення її як результату ненавмисних або навмисних дій суб'єктів законотворчості, але водночас форма вини зазначених суб'єктів у разі підготовки ними неякісного проекту нормативно-правового акта вирішального значення не має [2].

Є також думка про те, що законотворчі помилки, які виникають на стадії проектування нормативно-правового акта, тобто на стадії перекладу об'єктивних закономірностей у систему нормативно-правових приписів, логічно називати техніко-юридичними помилками (недоліками нормативно-правового акта, які є результатом порушення логічних, мовних і процедурних вимог законотворчої техніки під час його розроблення й ухвалення). Основним і дієвим способом виявлення зазначених помилок є ревізія відповідного нормативно-правового матеріалу – діяльність компетентних суб'єктів щодо перегляду нормативно-правових актів, що групуються за певною ознакою (сферою правового регулювання, державним органом, який ухвалив дані акти, певним періодом часу, за який було їх ухвалено тощо) для виявлення недоліків та їх виправлення. Способом виправлення техніко-юридичних помилок є підготовка відповідних проектів нормативно-правових актів про внесення змін до чинного законодавства і їх ухвалення. Для попередження помилок у фокус юридичної науки має потрапити необхідність розроблення теорії законотворчої техніки, підготовки науково-методичних рекомендацій щодо використання законотворчої техніки, нормативного закріплення основних вимог законотворчої техніки [4].

**Висновки.** Резюмуючи зазначене вище, хотілося б насамперед зафіксувати позицію про те, що ми виходимо з розуміння законотворчості як різновиду, а не складового

елемента правотворчості, тобто правотворчої діяльності органів законодавчої влади або народу, яка спрямована на об'єктивацію, зміну, припинення та систематизацію нормативно-правових приписів. Тому пропонуємо надалі виходити з розуміння законотворчої помилки як порушення вимог правотворчої техніки та технології органів законодавчої влади або народу в процесі здійсненні ними правотворчої діяльності, яка спрямована на об'єктивацію, зміну, припинення та систематизацію нормативно-правових приписів.

**Список використаної літератури:**

1. Лисюткин А. Природа правотворческих ошибок. URL: http://www.enu.kz/repository/repository2014/priroda-pravotvorcheskih-oshibok.pdf.

2. Лукашева А. Законотворческие ошибки. Гражданин и право. 2000. № 3. URL: http://www.jursites.ru/lukasheva__zakonotvorcheskie_o.html.

3. Баранов В., Сырых В. Законотворческие ошибки: понятие и типология. Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: сборник статей: в 2 т. Нижний Новгород, 2001. С. 25.

4. Рындюк В. Правотворческие ошибки и способы их предупреждения, выявления, исправления. URL: http://jurnal.org/articles/2013/uri105.html.

5. Керимов Д. Законодательная техника: научно-методическое и учебное пособие. М.: Издательская группа «Норма – Инфра-М, 2000. 127 с.

6. Москалькова Т., Черников В. Нормотворчество: научно-практическое пособие. М.: Проспект, 2011. 384 сс.

7. Надеев Р. Законотворческие ошибки. Российская юстиция. 2001. № 5. С. 20–22.

8. Косович В. Правотворчі помилки – як наслідок помилок у правотворчій техніці. Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: матеріали XV регіональної науково-практичної конференції. 4–5 лютого 2009 р. Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2009. С. 14–17.

9. Сырых В. Теория государства и права: учебник для вузов. 3-е изд., перераб. и доп. М.: ЗАО «Юстицинформ», 2007. 704 с.

10. Тихомиров Ю. Юридическое проектирование: критерии и ошибки. Журнал российского права. 2008. № 2. С. 3–9.

11. Чернобель Г. Формализация норм права. Советское государство и право. 1979. № 4. С. 29–36.

12. Чигидин Б. Классификация технико-юридических ошибок, допускаемых в современном российском законодательстве: часть 1. Представительная власть – XXI век: законодательство, комментарии, проблемы. 2003. № 2–3 (50–51). С. 25–28.

13. Элементарные начала общей теории права: учебное пособие для вузов / под общей ред. В. Червонюка. URL: http://www.edu.ru/modules.php?page_id=6&name=Web_Links&l_op=viewlinkinfo&lid=107798.

14. Кашанина Т. Юридическая техника: учебник. 2-е изд., пересмотр. М.: Норма; Инфра-М, 2011. С. 159.

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

**Іваненко Олена Володимирівна** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри конституційного права, історії та теорії держави і права, заступник директора Навчально-наукового інститут права імені князя Володимира Великого Міжрегіональної академії управління персоналом

NFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Ivanenko Olena Volodymyrivna** – Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor, Associate Professor at the Department of Constitutional Law, History and Theory of State and Law, Deputy Director of the Educational and Scientific Institute of Volodymyr the Great Educational and Scientific Institute of Law of Academy of Personnel Management

*olena.ivanenko81@gmail.com*

УДК 340.13

# КОНЦЕПЦІЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

**Олександр ПУЧКОВ,**
аспірант кафедри теорії та історії держави і права
Міжнародного гуманітарного університету

**АНОТАЦІЯ**

Стаття присвячена дослідженню доктринальних підходів до розуміння концепції національної безпеки. Проведено аналіз наявних понять і визначень категорії «національна безпека». Досліджено інші категорії, які входять до категоріального апарату. Запропоновано схему їхньої підпорядкованості.

**Ключові слова:** правовий порядок, безпека, національна безпека, стратегія національної безпеки, концепція національної безпеки, програми національної безпеки, класифікація, категоріальний апарат.

## NATIONAL SECURITY CONCEPT: THEORETICAL AND LEGAL ASPECTS

**Oleksandr PUCHKOV,**
Postgraduate Student at the Department of Theory and History of State and Law
of International Humanitarian University

**SUMMARY**

The article is devoted to the doctrinal approaches to the understanding the concept of "national security". The existing concepts and definitions of category national security are analyzed. Other categories that are the part of categorical apparatus are examined. The scheme of them subordination is proposed.

**Key words:** legal order, security, national security, strategy of national security, concept of national security, programs of national security, classification, categorical apparatus.

**REZUMAT**

Articolul este dedicat studiului abordărilor doctrinare în înțelegerea conceptului de securitate națională. Sa efectuat analiza conceptelor existente și a definițiilor categoriei securității naționale. Alte categorii care sunt incluse în aparatul categoric sunt investigate. Se propune o schemă de subordonare a acestora.

**Cuvinte cheie:** ordinea juridică, securitatea, securitatea națională, strategia de securitate națională, conceptul de securitate națională, programele de securitate națională, clasificarea, aparatele categorice.

**Постановка проблеми.** Національна безпека є однією з найважливіших умов функціонування держави та суспільства загалом. Тому її забезпечення є базовою потребою і важливим завданням для правоохоронних органів кожної країни як на національному рівні, так і в межах міжнародної спільноти загалом. Вироблення дієвих засобів гарантування національної безпеки неможливе без створення єдиної концепції, яка за своїм змістом є системоутворюючою. Концепція національної безпеки акумулює теоретичні та практичні надбання щодо механізмів визначення загроз національній безпеці, суспільству і людині, способів їх усунення і, як наслідок, утвердження стану безпеки в суспільстві. Водночас у законодавстві є інші документи, що схожі за цілями, але відрізняються за змістом. Отже, вивчення доктринальних підходів до розуміння категорії «концепція національної безпеки» та її співвідношення із суміжними поняттями необхідне.

**Стан дослідження.** Питанням, пов'язаним із дослідженням концепції національної безпеки загалом були присвячені роботи таких вітчизняних і закордонниих учених, як: Л. Артюшин, О. Власюк, О. Дзьобань, А. Калько, Б. Кормич, Г. Костенко, А. Крижанівський, В. Ліпкан, Г. Новицький та інші. Названі автори зробили чималий внесок у теорію і практику гарантування національної безпеки, однак, враховуючи нові виклики та загрози, ці питання потребують подальшого вивчення.

**Метою та завданням статті** є дослідження доктринальних підходів до категорії «концепція національної безпеки», її співвідношення із суміжними поняттями та вироблення ієрархічної моделі нормативно-правових актів у сфері національної безпеки.

**Виклад основного матеріалу.** Теоретичне дослідження та визначення поняття національної безпеки, її складників, а також механізмів її забезпечення є не лише необхідним для доктрини, а й слугує надійною основою для формування оптимальної та дієвої державної політики у сфері національної безпеки і створення, впровадження та вдосконалення найбільш вдалої для кожної окремої держави концепції національної безпеки. Враховуючи гостру соціально-політичну кризу, збройну агресію Російської Федерації, збільшення рівня злочинності, перед Україною постають питання щодо вироблення нових концепцій національної безпеки у сферах, які є пріоритетними, наприклад, у протидії тероризму й організованій злочинності, гарантуванні економічної безпеки тощо.

У науці прийнято вважати, що концепція національної безпеки – це категорія, яку можна розглядати у двох аспектах: у широкому – як сукупність теоретичних (наукових) поглядів щодо того, якою має бути стратегія розвитку державної політики у сфері національної безпеки, та у вузькому розумінні – як фундаментальний документ у сфері гарантування національної безпеки. Розкриємо більш ґрунтовно кожний із цих аспектів.

У широкому сенсі концепція (від лат. *conceptio* – розуміння, система) – це певний спосіб розуміння, трактування певних явищ, основний погляд, керівна ідея для її висвітлення; керівний задум, конструктивний принцип різних видів діяльності [16]. В академічному словнику української мови визначено, що концепція – система доказів певного положення, система поглядів на те чи інше явище [17]. У політичному словнику дається таке визначення поняття «концепція» (лат. conceptio – сукупність) – 1) система поглядів на те чи інше питання, явище, його розуміння і тлумачення; 2) ідейно-творче трактування теми, основна думка наукового або художнього твору [10]. Конкретизуючи широке поняття «концепція», В. Ліпкан зазначає, що «концепцію національної безпеки» варто розуміти як: 1) сукупність ідей і уявлень про природу та шляхи зміни (збереження або забезпечення) національної безпеки; 2) комплекс основних теоретичних положень, спрямованих на розкриття сутності національної безпеки в конкретних історичних умовах через науково обґрунтоване визначення її цілей, завдань, принципів, методів, форм, структури та елементів, що її забезпечують; 3) систему поглядів на вирішення проблем у сфері національної безпеки, сукупність понять і зв'язків між ними, яка визначає основні напрями розвитку і характеристики будь-якого явища в даній сфері; 4) систему поглядів на убезпечення особи, суспільства і держави від зовнішніх та внутрішніх загроз в усіх сферах життєдіяльності [12].

У сучасній доктрині головні ідеї розкриваються в межах двох основних концептуальних підходів до проблеми концепції національної безпеки. Один із них умовно можна іменувати як «західницький». Його підтримують як вітчизняні дослідники, так і закордонні, особливо російські філософи і політологи. Даний підхід ґрунтується на проблемах цінності свободи і безпеки особистості. На думку прихильників цього підходу, безпека держави і суспільства є не самоціллю, а лише функцією забезпечення свободи і безпеки конкретного індивіда [7].

Зміст другого концептуального підходу полягає у висуненні на перший план безпеки держави і суспільства. У цьому разі нормативна концепція полягає в прийнятті тієї відправної тези, що сильна держава гарантує безпеку особистості й суспільства. Національна безпека розглядалася переважно в руслі так званої "hard security", тобто захисту суспільства і держави від зовнішнього збройного нападу чи внутрішніх заворушень, актів тероризму в межах державних кордонів [14]. Такий підхід і нині застосовується, наприклад, у дослідженнях американського аналітичного центру Rand Corporation [2].

Тобто у межах першого підходу пріоритетом є саме захист конкретної особистості та гарантування її безпеки, у межах другого – на передній план висувається ідея пріоритету захисту держави і всього суспільства. Не применшуючи значення конституційної норми, передбаченої в ст. 3, ставимо закономірне запитання, чи є загроза життю, здоров'ю або власності конкретного індивіда загрозою всій національній безпеці? Певно, що ні, адже об'єктивна реальність свідчить – щороку тисячі осіб стають жертвами злочинів, однак національна безпека у своєму стані залишається сталою. Хоча питання гарантування безпеки особи закріплене в законодавстві України, однак реалізація цих положень має здебільшого утопічний характер, що пов'язано як із багатогранністю відносин між людьми, так і зі значною кількістю різних за природою чинників, що можуть порушувати стан захищення особистості. З огляду на неможливість гарантування безпеки кожної окремо взятої людини, це і відображається в правопорядку у сфері національної безпеки, який склався на теренах нашої держави. Водночас більшість демократичних країн (наприклад, Сполучені Штати Америки й ін.) та науковців дотримуються іншої позиції – пріоритету безпеки держави та суспільства (національних інтересі), обґрунтовуючи її тим, що в системі гарантування національної безпеки провідну, системоутворюючу роль відіграє держава. Саме державні органи і посадові особи формують нормативно-правову базу в досліджуваній сфері, ухвалюють рішення щодо запобігання та нейтралізації загроз, виконання яких має обов'язковий характер. Важливою також є монополія держави на застосування державної військової організації та здійснення інших, передбачених законами заходів примусового характеру щодо гарантування національної безпеки [6].

Звичайно, такий підхід є відходом від усталеного, однак він не означає виключення зі сфери безпеки людини і громадянина загалом. Дійсно, людина як початкова ланка суспільства і держави та найвища соціальна цінність потребує пріоритетного захисту, однак правопорядок у сфері національної безпеки свідчить про те, що сучасний механізм гарантування національної безпеки неефективний. Захист життєво важливих інтересів людини має велике значення в контексті сталого розвитку держави і повинен гарантуватися та забезпечуватися державою. Неувага до інтересів індивіда створює передумови для формування стійкої соціальної напруженості, навіть більше – до розколу суспільства на ворогуючі частини. У цих умовах підривається громадська безпека держави. У результаті держава втрачає підтримку тієї частини суспільства, яка незадоволена її політикою. Держава, яка забезпечує захист інтересів всіх соціальних верств або переважної більшості населення, має більш високий рівень безпеки, ніж держава, що спирається на вузьку соціальну базу, на незначну за чисельністю політичну еліту. Така держава змушена широко використовувати для гарантування своєї безпеки репресивні або інші примусові заходи, серед яких: тотальна цензура, переслідування будь-якої критики, проявів невдоволення політичним режимом і умовами життя громадян.

Тому пропонується поділ на безпеку людини (human security) і національну безпеку суспільства та держави. Концепт human security наявний у науці порівняно недавно. Він передбачає шість складників особистісної безпеки: 1) економічну безпеку (тобто забезпечення матеріальних умов розвитку особистості); 2) продовольчу безпеку; 3) медичну безпеку (доступ до системи охорони здоров'я і захист від хвороб); 4) екологічну безпеку; 5) безпеку особистості (убезпечення від таких загроз, як тортури, війни, злочинні напади, використання наркотиків, суїциди і навіть ДТП); 6) безпеку спільнот (збереження традиційних культур етнічних груп), політичну безпеку (політичні права і відсутність політичного гноблення) [5].

Примітно, що в Законі України «Про основи національної безпеки України» і Стратегії національної безпеки України визначаються тотожні за змістом пріоритетні сфери національної безпеки, які, по-перше, є найбільш уразливими перед загрозами, і, по-друге, є визначальними в діяльності державних інституцій. Однак вивчення вказаних ключових документів свідчить, що увага сконцентрована на гарантуванні безпеки саме суспільства і держави, людина і громадянин є формально пріоритетним об'єктом національної безпеки. Така ситуація призводить до усіченої діяльності державних органів щодо гарантування безпеки людини (human security), про що свідчить і правопорядок у вказаній сфері. Тому надалі робочою моделлю концепції національної безпеки буде пріоритет цінностей та інтересів суспільства і держави, з урахуванням прав і свобод людини та громадянина.

У науці є досить консервативний підхід, що держава забезпечує національну безпеку своєю сукупною могутністю, що здебільшого прямо або побічно опирається на

військову міць, яка є головним чинником і основою, що впливає на роль держави в сучасній геополітиці. Однак реальність є дещо іншою. У сучасних умовах застосування військової сили досить обмежене і зазвичай спостерігається в країнах третього світу. Пріоритетом є застосування економічних важелів впливу (санкцій), проведення інформаційної пропаганди для дестабілізації ситуації в регіоні, гібридна війна, яка включає фінансову, військову допомогу незаконним збройним формуванням тощо. Тому існування значної і сильної армії не є запорукою гарантування національної безпеки, адже класичні способи війни є абсолютно неефективними в протидії сучасним загрозам.

В останнє десятиріччя, з огляду на домінуючий характер зовнішньої (військової) загрози, більшість науковців зосереджували свою увагу на розгляді проблеми обороноздатності держави (у контексті гарантування національної безпеки) та розроблення найбільш вдалої військової доктрини. Військова доктрина будь-якої держави в найбільш загальному вигляді являє собою сукупність офіційних поглядів (настанов) на гарантування військової безпеки країни, захист її населення, територіальної цілісності, суверенітету й інших життєво важливих інтересів від військової загрози ззовні. Отже, військова доктрина конкретизує головні напрями військової політики держави. Дану позицію висвітлювали Є. Азер, Р. Джексон, В. Кауфман, Ч. Мур, П. Хат та інші [3]. Як зазначає І. Мельничук, визначально впливають на її формування такі об'єктивні політичні, соціально-економічні, ідеологічні й військово-технічні чинники, як розташування та співвідношення сил усередині держави та за її межами, внутрішня й зовнішня політика, яка ними проводиться, особливості геополітичного й геостратегічного становища, рівень розвитку економіки, стан і можливості збройних сил, спрямованість військових доктрин союзних держав і країн, які ведуть суперечки між собою [13].

Головною метою розроблення і запровадження в життя концепції національної безпеки є забезпечення послідовного наближення нації до такого гарантованого рівня безпеки, за якого можна забезпечити значне зниження впливу дестабілізуючих чинників, багатовекторний якісний розвиток системи й усіх її елементів. Практична доцільність розроблення і реалізації такої концепції визначається цілою низкою чинників, один з яких обумовлений необхідністю формування належної системи гарантування національної безпеки [11].

Отже, концепція національної безпеки є основою для визначення політики у сфері національної безпеки, основна функція якої полягає у встановленні головних пріоритетів нації, розробленні стратегій подолання сьогоднішніх і прогнозуванні майбутніх загроз. Вирішальне значення в розробленні ефективної й індивідуальної для кожної держави концепції національної безпеки (як документа) мають теоретичні дослідження та напрацювання в цій сфері. Такою фундаментальною основою є саме доктринальні підходи, розроблені в межах наукових досліджень з урахуванням історичного досвіду, сучасного стану та потенціалу держави, а також наявних і потенційних загроз. Звичайно, сучасне трактування безпеки є значно ширшим, до того ж воно еволюціонує в часі і залежить від конкретних умов держави. Стан безпеки в глобальному вимірі не обов'язково мусить збігатися з відчуттям безпеки конкретної держави, так само, як концепція безпеки окремої держави часто суперечить іншим чи навіть може порушувати безпеку регіону або світу. «Те, що здається доречним для оборони однієї держави, буде здаватися, і часто так є, агресивним щодо її сусідів», – стверджує Б. Посен [1].

Події в Україні показали недоліки сфери гарантування національної безпеки. Застарілість підходів до визначення змісту, об'єктів національної безпеки, відсутність об'єктивної оцінки загроз спричинили послаблення системи гарантування національної безпеки. Вбачається, що реформування сучасної концепції національної безпеки має виходити із забезпечення стану захищеності двох об'єктів національної безпеки: суспільства та держави. Водночас безпека людини (human security) залишається пріоритетом діяльності держави, з огляду на нормативне та ненормативне регулювання, і є універсальною метою. Вказане відображається як у міжнародних документах, так і в самому правопорядку, що склався. Досягнення безпеки людини не обмежується і не повинно обмежуватися діяльністю лише національних правоохоронних органів.

Національна безпека держави (інтереси, цінності) – це прерогатива діяльності національних органів та нації загалом. Про це свідчить реальна обстановка, що склалася зараз в Україні. Наприклад, 1994 р. Україна підписала Меморандум про гарантії безпеки у зв'язку із приєднанням України до Договору про нерозповсюдження ядерної зброї від 5 грудня 1994 р., в якому підписанти (Російська Федерація (далі – РФ), Сполучене Королівство Великої Британії та Північної Ірландії і Сполучені Штати Америки) підтверджують свої зобов'язання домагатися негайних дій із боку Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй із метою надання допомоги Україні як державі-учасниці Договору про нерозповсюдження ядерної зброї, що не володіє ядерною зброєю, у разі, якщо Україна стане жертвою акту агресії або об'єктом погрози агресією з використанням ядерної зброї. Водночас саме РФ 2014 р. анексувала Автономну Республіку Крим і здійснює на території України так звану гібридну війну. Звичайно, саме такі дії створюють певний дисонанс між правом і правопорядком, що ставить під сумнів можливість договірного регулювання загалом. Також трактування національної безпеки в категоріях захисту національних інтересів від загроз призводить до того, що політика безпеки орієнтована передусім на захист, реагування. У результаті, ми відстаємо від реальних і потенційних противників, фактично реагуємо на вже наявні негативні дії та процеси, намагаємося «захиститися» [20]. Такий напрям реформування фундаментальних основ у сфері національної безпеки здається перспективним, а тому в подальших наших дослідженнях він буде взятий за основу.

Концепція національної безпеки не є єдиним поняттям в категоріальному апараті науковців і законодавців. Так, реалізація політики національної безпеки здійснюється шляхом розроблення конкретних програм національної безпеки. Саме такі програми іноді називаються як концепціями, так і стратегіями, теоріями тощо. У літературі ці термінологічні питання залишаються неузгодженими, водночас залежно від цільових аспектів розрізняють доктрини (стосуються насамперед сфери політичних програм) і стратегії (визначають способи досягнення програмних цілей не тільки за допомогою військових засобів, а й інших: економічних, політичних, психологічних) [4].

Завданням доктрини (політики) є визначення цілей, завданням стратегії – вибір засобів і способів їх досягнення в межах конкретної концепції дій. Доктрина не обмежується лише формулюванням менше або більше точної програми дій. Вона часто безпосередньо або опосередковано оцінює передбачуваний розвиток подій, крім того, виконує важливу пропагандистську й інтеграційну функцію. Стратегія гарантування безпеки здебільшого полягає в досягненні бажаної мети за допомогою обмежених засобів (так званий «план гри»). Однак метою стратегії є не тільки вибір оптимального плану, а й ухвалення рішення про доцільність взагалі «вступати в гру». На найвищому, державному рівні стратегія має вигляд концепції національної безпеки, на підставі якої розробляється політика і механізми гарантування

безпеки в різних сферах життєдіяльності суспільства. Вона віддзеркалює структуру міжнародних відносин, не обмежуючись лише уявленнями про те, хто є союзником, а хто супротивником. Концепція національної безпеки поряд із визначенням національних цілей, цінностей та інтересів, здатна надати чітке уявлення про те, як економічні, зовнішньополітичні, військові й інші інструменти державної влади, а також сфери суспільного життя будуть використовуватися для досягнення поставлених цілей і здійснення політики національної безпеки [8]. Програма – це наперед продуманий план якої-небудь діяльності, роботи тощо [18].

В Україні концепція національної безпеки вперше була ухвалена Верховною Радою України 16 січня 1997 р. (Концепція (основи державної політики) національної безпеки України) [15]. 2002 р. до Верховної Ради України було подано проект закону «Про внесення змін до Концепції (основ державної політики) національної безпеки України», який ухвалено лише через рік [9]. Його ухвалення є безумовним виконанням п. 17 ч. 1 ст. 92 Конституції України, де зазначено, що виключно законами України визначаються основи національної безпеки. По своїй суті закон не змінився – було конкретизовано загрози національній безпеці, механізми її забезпечення. Особливу увагу варто звернути на те, що в цьому нормативно-правовому акті вперше до суб'єктів гаранутвання національної безпеки було віднесено окремих громадян України. Так, у ст. 9 Закону України «Про основи національної безпеки України» визначено, що, відповідно до Конституції і законів України, суб'єктами національної безпеки є: громадяни України через участь у виборах, референдумах та через інші форми безпосередньої демократії, а також через органи державної влади й органи місцевого самоврядування, які вони обирають, реалізують національні інтереси, добровільно і в порядку виконання конституційних обов'язків здійснюють заходи, визначені законодавством України щодо гарантування її національної безпеки; як безпосередньо, так і через об'єднання громадян привертають увагу суспільних і державних інститутів до небезпечних явищ і процесів у різних сферах життєдіяльності країни; у законний спосіб і законними засобами захищають власні права та інтереси, а також власну безпеку. У Конституції України не передбачено положення про обов'язок конкретного громадянина захищати національні інтереси. Наприклад, у ст. 17 Основного закону України передбачено, що захист суверенітету і територіальної цілісності держави, гарантування її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу (курсив – авт. – О. П.). Звичайно, відносна масовість осіб і являє собою суспільство, однак через багато чинників (ідеологічних, політичних тощо) окремо взятий індивід не може і не повинен виступати суб'єктом гарантування національної безпеки, особливо в умовах гібридної, інформаційної війни, коли можливе маніпулювання свідомістю окремих людей і навіть груп.

У ст. 2 Закону України «Про основи національної безпеки України» визначено правову основу національної безпеки. Так, Президентом України розробляються і затверджуються Стратегія національної безпеки України і Воєнна доктрина України, доктрини, концепції, стратегії та програми, якими визначаються цільові настанови та керівні принципи воєнного будівництва, а також напрями діяльності органів державної влади в конкретній обстановці з метою своєчасного виявлення, відвернення і нейтралізації реальних і потенційних загроз національним інтересам України. Стратегія національної безпеки України і Воєнна доктрина України є документами, обов'язковими для виконання, і основою для розроблення конкретних програм за складниками державної політики у сфері національної безпеки. Законодавець використовує чотири основні категорії – доктрини, концепція, стратегія і програма, однак у тексті самого Закону тлумачень не надається. Навіть більше, розкриваючи сферу застосування, взагалі можна дійти висновку, що вказані категорії є синонімічними, що є, на наш погляд, неприйнятним і потребує уточнення.

Так, у Стратегії національної безпеки України, затвердженої Указом Президента України від 26 травня 2015 р. № 287/2015[19], також немає тлумачення згаданих категорій. Лише у Воєнній доктрині України, яка затверджена Указом Президента України від 24 вересня 2015 р. № 555/2015, даються окремі дефініції. Так, Воєнна доктрина України є системою поглядів на причини виникнення, сутність і характер сучасних воєнних конфліктів, принципи і шляхи запобігання їх виникненню, підготовку держави до можливого воєнного конфлікту, а також на застосування воєнної сили для захисту державного суверенітету, територіальної цілісності, інших життєво важливих національних інтересів. За змістовного аналізу тексту цього документа можна дійти висновку, що основні положення Воєнної доктрини є похідними від Стратегії національної безпеки України, які розвивають її положення за напрямами гарантування воєнної безпеки.

**Висновки.** Отже, незважаючи на відсутність у законодавстві чітких визначень понять «концепція», «доктрина», «стратегія» і «програма» у сфері національної безпеки, все ж можна побудувати логічний зв'язок між вказаними категоріями. Так, фундаментальною є концепція національної безпеки, яку розуміють у двох значеннях – вузькому і широкому. У вузькому значенні концепція національної безпеки – це фундаментальний нормативно-правовий акт, який визначає головні цілі, завдання та механізми у сфері гарантування національної безпеки. На її основі ухвалюєся стратегія, яка віддзеркалює основні положення концепції з урахуванням викликів і загроз сьогодення, так би мовити, актуалізує і визначає пріоритетні сфери для гарантування безпеки. Доктрина, як було вже зазначено, є рівноцінною стратегії, однак різниця між ними полягає в тому, що її завдання – це визначення цілей, а завдання стратегії – вибір засобів і способів їх досягнення в межах конкретної концепції дій. Програма – це наперед продуманий план діяльності конкретних інституцій держави, вона містить конкретний аналіз ситуації, що склалася в певній сфері, визначає засоби, способи впливу, моделює розвиток подій і зазвичай оцінку проведеної діяльності з метою надання висновків і рекомендацій.

Звичайно, дослідження вказаних доктринальних питань є необхідним та потребує подальшого вивчення.

**Список використаної літератури:**

1. Posen B.R. The Security Dilemma and Ethnic Conflict. Survival. Spring 1993. Vol 35. № 1. S. 28.

2. Rand Corporation. Congressional Recourses: National Security Newsletter. September 2010 Highlights. URL: http://www.rand.org/congress/newsletters/national_security/2010/09/.

3. Алешенков М., Родионов Б. Секьюритология: монография. М.: МГУЛ, 2008. 104 с.

4. Артюшин Л., Костенко Г. Теоретичні аспекти стратегій воєнної безпеки суспільства і держави: монографія. Харків: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2003. С. 159, 163.

5. Балуев Д. Политические проблемы международных отношений и глобального развития: дисс. … д. полит. наук: 23.00.04. Нижний Новгород, 2004. 487 с.

6. Глазов О. Національна безпека: сутність, ознаки, концепція та геополітичні чинники. Наукові праці [Чорноморського державного університету імені Петра Могили]. Сер. «Політологія». 2011. Т. 155. Вип. 143. С. 42–46. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Npchdupol_2011_155_143_10.

7. Дзьобань О. Національна безпека в суспільствах транзитивного типу: монографія. Харків, 2004. 291 с.

8. Дзьобань О. Національна безпека в умовах соціальних трансформацій: методологія дослідження та забезпечення: монографія. Харків: Константа, 2006. 440 с.

9. Про основи національної безпеки України: Закон України від 19 червня 2003 р. № 964-IV. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/964-15/ed20150807.

10. Краткий политический словарь / сост. и общ. ред. Л. Оникова, Н. Шишлина. 2-е изд., доп. М.: Политиздат, 1980. 447 с.

11. Ліпкан В. Національна безпека України: навчальний посібник. К.: Кондор, 2008. 552 с.

12. Ліпкан В. Концепція національної безпеки України. Підходи до формування. Вісник прокуратури. 2003. № 10 (28). С. 85–92.

13. Мельничук І. Держави пострадянського простору в сучасних геостратегічних документах Російської Федерації. Наукові записки ІПіЕНД ім. І.Ф. Кураса НАН України. Вип. 3 (71). URL: http://www.ipiend.gov.ua/uploads/nz/nz_71/melnychuk_derjavy.pdf.

14. Паламарчук М. Національна безпека: діалектика застосування широкого і вузького підходів. Політичний менеджмент. 2011. № 2. С. 128–135. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/PoMe_2011_2_16.

15. Про Концепцію (основи державної політики) національної безпеки України: Постанова Верховної Ради України від 16 січня 1997 р. № 3/97-ВР. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3/97-%D0%B2%D1%80.

16. Радянський енциклопедичний словник / гол. ред. А. Прохоров. 3-тє вид. М.: Рад. енциклопедія, 1984. С. 624.

17. Словник української мови: в 11 томах. Том 4. 1973. Стор. 275.

18. Словник української мови: в 11 томах. Том 8. 1977. Стор. 157.

19. Стратегія національної безпеки України затверджена Указом Президента України від 26 травня 2015 р. № 287/2015. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/287/2015/paran14#n14.

20. Садовський В., Дацюк А., Марутян Р., Ніцович Р. Як визначати пріоритети державної безпекової політики? Європейський інформаційно-дослідницький центр. 2016. URL: http://euinfocenter.rada.gov.ua/uploads/documents/28991.pdf.

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

**Пучков Олександр Олександрович** – аспірант кафедри теорії та історії держави і права Міжнародного гуманітарного університету

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Puchkov Oleksandr Oleksandrovych** – Postgraduate Student at the Department of Theory and History of State and Law of International Humanitarian University

УДК 34: [316.75 (4)]:32 (477) «18/19»

# STRENGTHENING OF THE RIGHTS OF UKRAINIAN LANGUAGE IN THE RUSSIAN EMPIRE AS NATIONAL AND SOCIAL POLITICAL VALUE (THE SECOND HALF OF THE XIX EARLY XX CENTURIES)

**Ivan TERLIUK,**
Candidate of Historical Sciences, Associate Professor,
Associate Professor at the Department of History of State and Law
of Lviv Polytechnic National University

**SUMMARY**

The article examines the problem of defending the rights of the Ukrainian language in the Russian Empire as a national and socio-political value of the Ukrainian people. Traces the peculiarities of the socio-political and legal position of the Ukrainian language of the second half of the nineteenth and early twentieth centuries and the main stages of the Ukrainian „linguistic" self-awareness.

**Key words:** rights of the Ukrainian language, the Russian Empire.

## ВІДСТОЮВАННЯ ПРАВ УКРАЇНСЬКОЇ МОВИ В РОСІЙСЬКІЙ ІМПЕРІЇ ЯК НАЦІОНАЛЬНОЇ ТА СУСПІЛЬНО-ПОЛІТИЧНОЇ ЦІННОСТІ (ДРУГА ПОЛОВИНА XIX ПОЧАТОК XX СТ.)

**Іван ТЕРЛЮК,**
кандидат історичних наук, доцент,
доцент кафедри історії держави і права
Національного університету «Львівська політехніка»

**АНОТАЦІЯ**

У статті досліджується проблема відстоювання прав української мови в Російській імперії як національної й суспільно-політичної цінності українського народу. Простежено особливості суспільно-політичного та правового становища української мови другої половини XIX – початку XX століть та основні етапи українського «мовного» самоусвідомлення.

**Ключові слова:** права української мови, Російська імперія.

**REZUMAT**

Articolul explorează problema respectării drepturilor limbii ucrainene în Imperiul Rus ca valoare națională și social-politică a poporului ucrainean. Caracteristicile statutului socio-politic și juridic al limbii ucrainene din a doua jumătate a secolului XIX - începutul secolului XX și principalele etape ale conștiinței de sine ucrainene "lingvistice" sunt urmărite.

**Cuvinte cheie:** drepturile limbii ucrainene, Imperiul Rus.

**Problem statement.** Since the beginning of 2014, the Russian Federation has led the so-called "hybrid" war. The field of confrontation is not only the territory of the occupied Crimea and destroyed by the Russian "brotherly help" of the Donetsk and Lugansk regions, but also not in a lesser, if not more, brains and souls of Ukrainians. They are trying to convince them that Ukraine does not have its own history that Ukraine can't exist separately without Russia, that Ukrainians are part of "one (of course, Russian *I. T.*) people". And one of the lines of this attack is the Ukrainian language as the national and socio-political value of the Ukrainian people. We believe that with the start of the Russian-Ukrainian War, a new stage of defending the rights of the Ukrainian language has actually been initiated, while the origins of this phenomenon are the period of Ukrainian lands within the Russian Empire. Therefore, knowledge of the features and directions of this process should then help its in-depth understanding, and therefore, a thorough organization, now.

**Analysis of the latest researches and publications.** The scientific problem mentioned in the title has a generally respected historiography. We have a multi-dimensional research, often of different generations, philosophers (for example: M. Clever or P. Seligei), historians (for example: V. Verig, F. Savchenko or V. Sklyar), historians of law (for example: V. Markovsky or B. Kozmuk), philologists (for example: L. Masenko, V. Lizanchuk, I. Farion, S. Bychko or L. Gontaruk), political scientists (for example: O. Rafalsky), etc. However, the closest, from our point of view, I. Girich approached the coverage of the problem of defending the rights of the Ukrainian language. Ukrainian language is considered to be the main cultural component of the Ukrainian movement in the Russian Empire at the angle of the spiritual separation of Ukrainians from Russian and Polish cultural influences [1]. Separately in the context of our problem one should mention the unique publication of the book "Ukrainian Identity and Language Issue in the Russian Empire: An Attempt of State Regulation. The collection of documents and materials. 1847 1914" [2]. This is the first in Ukraine research of a level where systematically, with the involvement of a huge body of documents (296!), using modern scientific tools, the key issue for our history is considered: who, when, in what way and for what purpose, destroyed the Ukrainian language in Russian Empire. Let's add that the collection is opened by two conceptually important prefaces: Valentina Shandra "Language as a means of forming a national identity" [3] and Pavlo Gritsenko "Ukrainian language in Russia XIX early XX centuries: the path of affirmation" [4]. In them, scholars express considerations that are important for the comprehension and analysis of almost three hundred documents collected in the book.

**The highlight of the previously unsolved parts of a common problem.** But despite the great historiography, it seems to us that the problem in the title is formally and superficially more familiar than deep-seated and learned. In particular, we do not know any holistic study of the Ukrainian language problem of the past century in the context of the evolution of the socio-political values of the Ukrainian people. Therefore, I am convinced that this problem still has a considerable intellectual resource.

**The aim of the article** to draw attention to the problem of defending the rights of the Ukrainian language in the Russian Empire as a national and socio-political value of the Ukrainian people and, in general, to the problem of language as a political problem of the Ukrainian national movement. To trace the peculiarities of the socio-political and legal position of the Ukrainian language in the Russian Empire and the main stages of Ukrainian "linguistic" self-awareness during the second half of the nineteenth and early twentieth centuries.

**Presentation of the main material.** From the second half of the nineteenth century Ukrainians, within their own ethnic territory, settled in the two largest at that time European empires of Russia and Austria, had different conditions for their socio-political and cultural development. Taking advantage of the constitutional-parliamentary system, the Western Ukrainians had legislative guarantees of the rights of the Ukrainian language (although many legal norms, which were written in declarations and not backed up by the mechanism for putting into effect). During the same period, the Dnieper Ukrainians lived in the conditions of the Russian absolute monarchy, which, adhering to the doctrine of the triune Russian ("Russian") nation, did not recognize a separate Ukrainian nationality [5, p. 480], and hence the Ukrainian language.

It was the instructions that were implemented through assimilation measures of the government of the second half of the nineteenth century and the discriminatory normative acts circular Minister of Internal Affairs P. Valuev (Valuev Circular, 1863), so-called The Eminence Decree of Alexander II (1876). In the end, such a language policy was logical. As P. Gritsenko emphasizes, from "the position of Russia as a centralized state any ideas, intentions or actions that could threaten its territorial integrity or the imperial ambitions of" Third Rome, or questioned the dominance of the Russian language as the only and powerful means of integrating multilingual the peoples of the empire and the languages of the Russian Orthodox Church, were recognized as harmful, anti-state, and therefore subject to prohibition. A detailed system of laws was drafted for that, which legitimized various forms of persecution and punitive measures in the current legal field [4, XL]. Therefore, we consider that V. Shandra's rightfulness, when he argues that the most important among the factors that formed the policy of prohibiting Ukrainian language was "a reflection of the fear of imperial power that the creators of the Ukrainian language constantly censure, but they refute the myth of a common Russian nationality, thereby destroying the core of the state" [3, XXXVII].

Assimilation measures of the autocracy, in particular, had to prevent the formation of the Ukrainian political nation. According to V. Shandra, the empire tried to regulate the situation in every possible way so that the language did not involve the unification of the elite and the common people of Ukrainians of ethnic origin [3, X]. And the task of discriminatory anti-Ukrainian laws consisted in the absolute levelling of Ukrainian national consciousness and the inadmissibility of the idea of political self-determination. The previous royal dignitaries (for example, the Kyiv governor-general M. Annenkov) directly said that Ukrainophiles, "Relying on the isolation of the language, they will make claims to the autonomy of Little Russia" [2, p. 61]. Therefore, in a few months later, the Valuev Circulars stated directly that "... there was no special Little Russian language, there can't be, and that their dialect, used by the common people, is the same Russian language, only spoiled by Poland's influence on it; that the all-Russian language is as comprehensible to the Little Russians as it is to the Great Russians, and even more understandable than the so-called Ukrainian language, now written for them by some Little Russians, and especially by the Poles. The faces of the circle that is intensifying to prove the opposite, most of the Little Russians reproach themselves for separatist plans hostile to Russia and pernicious for Little Russia"; it was advised to take care of seeing the Ukrainian language and the literature [2, p. 74 76]. And when Ukrainian artistic, educational and journalistic literature began to be regarded as a potential threat to the integrity of the Russian Empire, the Ems Decree (May 18, 1876) issued a prohibition on the import of Ukrainian-language publications, printed books and texts into Ukrainian music, the production of Ukrainian plays, as well as the closure of the newspaper "Kiev Telegraph" [2, p. 139 140], which operated until 1906. We will express the opinion that the very appearance of assimilation measures and discriminatory normative acts of autocracy in the aggregate, to a large extent, gave rise to the emergence of a "Ukrainian question" in the Russian Empire.

We agree with the opinion of V. Shandra that in the second half of the nineteenth century the position of the language was an indicator of the social picture of Ukrainian society. It was only constantly used by exclusively representatives of the "lower groups" the Cossacks, townsmen, peasants, and sometimes it could be used by government officials and writers. And if we take into account the role of the army, the church and the railway facilities, then the segment of its use should continue to decrease. The Russian language was dominated by public administration, literature, and education, covering more and more spheres of human communication. An example of this can be the figure of a well-known Ukrainian historian O. Lazarevsky, who was in love with the old days, whose office was decorated with Ukrainian rugs, plaques on the sofa and the hotels, paintings by Taras Shevchenko. At the same time, he did not use the Ukrainian language, and did not even know it well. For most peasants in the late nineteenth and early twentieth centuries the language was an indicator of their social status, which they regarded as less attractive in comparison with their own subordination, and saw a direct relationship between social status and language of communication. And so many of them, while changing their social status, neglected their language, considering it "peasant" [3, XV].

At the same time, Ukrainian intellectuals, representatives of the national movement of the second half of the nineteenth century, paid particular attention to the problem of the development of the Ukrainian language. The first in the 1840's this problem was prompted by the Cyril-Methodius, whose main merit was the formulation of ideas of freedom and equality of peoples in the Ukrainian language, which made the center, starting in 1847, resorted to their prohibition at the beginning of the 20th century pointed out by Peter Stebnitsky [3, XXXII].

In the 1860's, in the 90's, the Ukrainian-speaking Ukrainianophilia took over the baton to defend the Ukrainian language. Their main merit was the complete understanding that "the social situation and language directly depend on the understanding of the people of their own forces and their own significance. One of the means of achieving social well-being and sovereignty became the language as a factor by which it was possible to restore people's confidence in their own forces, respect for themselves and their own identity ... In the construction of the Ukrainian nation, its founders considered the commonality of culture and language as the cornerstone, essential a sign of a full-fledged characteristic of the people" [3, XVIII].

In particular, the "young-communal" movement and, in particular, the political emigrant M. Drahomanov, were especially attached to the awareness and, above all, popularization of the aforementioned theses. The latter during the last quarter of the nineteenth century the official sphere considered to be too "odious", from whom "everyone smelled the soul of Malorossian separatism" [2, p. 209]. In particular, M. Drahomanov, in 1874, together with V. Antonovich, published a program for Ukrainian science and public opinion entitled "Historical Songs of the Lesser People", which, according to I. Girich, belongs to the first ten key publications of the nineteenth century [1, p. 156]. And V. Antonovich's merits in defending the rights of the Ukrainian language were, among other things, also in the appearance of "Notes on the Restrictions of the Ukrainian Language" (1905), one of his recent works, in which the author prepared the ground for the appearance of an official document for the abolition of the prohibitions of 1863 and 1876 to Ukrainian language.

The activity of the magazine "Kievan olden times" (1882–1906) became the stage of defending the rights of the Ukrainian language in the Russian Empire. It is rightly called the first national scientific and historical monthly, although the magazine was published in Russian, and only in 1907 was converted into Ukrainian-language "Ukraine" [6, p. 6 7]. The initiators and employees of the "Kievan old days" V. Antonovich, M. Kostomarov, M. Storozhenko, P. Zhitetsky, I. Zhitetskyi, D. Bagalyi, M. Petrov and others. had to prove the right of the Ukrainian people to free national and cultural development in the very difficult conditions of the Russification pressure of the tsarist government. The censorship saw the manifestation of Ukrainian separatism in everything: it was forbidden to use such words as "Ukraine", "Sich", "Cossack", "Moskal" (in the sense of soldiers). Also under the prohibition was the use of the letter "I" in the Ukrainian texts. Thus, the college of Kievan antiquity throughout the time of existence of the magazine sought the abolition of this "unnecessary" censorship, but each time faced the opposition of the controlling agency.

Despite the overwhelming pressure from the authorities, "Kievan olden times" tried in every way to uphold the prestige of the Ukrainian language. For this purpose, in 1895, under the editorship of V. Naumenko and E. Timchenko, the "Malorussian dictionary" was published. The Interior Ministry's manager allowed the dictionary to be sent as a free supplement to the magazine for 1886. The result of the active actions of V. Naumenko was the receipt in 1897 of the permission to publish in the month of artistic works in his native language and the establishment of the Ukrainian printing press; and another two years later another national center of the bookstore "Kievan antiquity" was opened [7, p. 177 179]. The merit of the magazine is that, remaining for only a quarter of a century, the only publishing body of national thought in Russian Ukraine, "acted on behalf of the Ukrainian intelligentsia, and at the same time, its circle was a kind of scientific Ukrainian corporation, a scientific institution, the only one of its kind" [6, p. 153].

The period of the first Russian revolution of 1905 1907 pp. brought the Ukrainian (for self-identification) intellectuals the long-awaited achievements of freedom of the press and the freedom of public associations, the organizational design and activation of Ukrainian political parties, and thus the hope for the implementation of the so-called "Ukrainian project". Under these conditions, the Ukrainian intelligentsia considered cultural work as a struggle to free the Ukrainian word from administrative-police distress and create favorable conditions for further development. Therefore, it is logical that the issue of defending the rights of the Ukrainian language in the context of ethno-cultural preservation of the Ukrainian community during 1905 1907 pp. becomes the leading theme of the bright publicistic performances of prominent figures of the Ukrainian Democratic-Radical Party (UDFR) Boris Grinchenko, O. Yefremov, P. Stebnitsky, O. Lototsky, M. Slavinsky, D. Doroshenko, E. Chikalenko, G. Kovalenko [8, p. 28].

The Ukrainian language was a marker of Ukrainian national identity, because it was the national language that distinguished Ukrainians from the neighbouring peoples, especially Russians, and thus a marker who could help identify the ethnic boundaries of Ukrainians living. By the way, the magazine Osnova declared it the first. Ukrainian researcher A. Kotenko convincingly argues that although this graphic image of Ukrainian national territory was not included in this St. Petersburg magazine for a short period of time, but with the help of language, history, customs, and clothing, it acquired a clear spatial definition [9, p. 56]. In addition, we note that the authors of "Fundamentals" began to actively use the name "Ukrainians" for the designation of the people, along with the usual name of Ukrainians "Little Russians" at that time. In the end, already in the early twentieth century in the conditions of the revolution, Ukrainian national identity became the basis for the second requirement (after the requirement of national-territorial autonomy) of the Ukrainian project on the introduction of Ukrainian-language education.

Ukrainian politicians did not deny learning Russian as a state language. According to M. Hrushevsky, the issue of Ukrainian education was the minimum program that could be implemented through cooperation with the Cadets. Issues of education and language were devoted to special collections of articles by M. Hrushevsky "On the Ukrainian Language and Ukrainian Affairs: Articles and Notes" and "On the Ukrainian Language and the Ukrainian School", published respectively in 1907 and 1912 pp. [10, p. 211 230, 379 412]. It should be emphasized that it is precisely because of the work of M. Hrushevsky in the environment of the Scientific Society. T. Shevchenko in Lviv there was an overturn in relation to the Ukrainian language as evidence of Ukrainian isolation. According to I. Girich, the Ukrainian elite, that enlisted culture and began the stage of political activity in the national movement, rejected bilingualism and tried to pursue its literary activity in Ukrainian. The literary scientific and journalistic language began to be formed. If at the end of the nineteenth and early twentieth centuries the liberal-centrist forces - the All-Ukrainian organization, the Ukrainian Progressive Society, and the Radical-Democratic Party-were persecuted by it, then after 1905 and the emergence of "Independent Ukraine", the Ukrainian language received support from the Ukrainian Marxists, in particular the Social Democrats [1, p. 162 187].

In 1906 1907 pp. the linguistic issue in Ukraine was transformed into the problem of the development of the nation as a social organism based on the infrastructure created by the Ukrainian national movement created during the revolution. The successes in the cultural-educational sphere over two years of relative freedom have convinced radical-democrats that, under normal constitutional conditions, the Ukrainian movement has every chance to become a powerful mass force. And it is no accident that in 1913 G. Kovalenko in the reflection on the relationship between society and personality was quite optimistic: "We do not know what will happen to us, with our country. However, we can be sure that after all the possible storms the healthy, strong, created by the social work of whole generations: education, organization, law, ability to obey social discipline and the high culture of the spirit that creates brotherhood, consent, gives strength and hope and wins everything in the world" [quote for: 6, p. 29].

We agree with S. Ivanitskaya that in the period of the First World War in the concentrated form the views of the Ukrainian liberal-democratic intelligentsia on the outcomes and prospects of the process of "constructing a nation", on the perspectives of cultural protection of the Ukrainian community expressed

in the collection "Ukrainian Question" (St. Petersburg, 1914 1916, three editions), sponsored by O. Lototsky and P. Stebnitsky [8, p. 28]. In particular, the authors considered language as the main element of the Ukrainian national idea and the most significant and "bright feature of national identity". With the development of the Ukrainian language, they linked the Ukrainian national movement and national achievements of Ukrainians in artistic and scientific literature, press, theater and art. Finally, they identified prospects for defending the rights and developing the Ukrainian language. This is primarily education, the basis of which should be the native language [See. report: 11, p. 287 414].

**Conclusions from the conducted research.** Summing up the above-stated thoughts with several points. First, the problem of the Ukrainian language in the Russian Empire is a political problem. One of the most characteristic features of the linguistic policy of Russian autocracy on Ukrainian lands, the rigorous interference with any regulated social relations becomes the fact when the appearance of Ukrainian national identity becomes political in colour. *Secondly,* the Ukrainian language in the Russian Empire did not have a definite separate status. At the highest state level, normative acts aimed at its prohibition and eradication were issued. Because of the prohibition of the Ukrainian language, the tsarist tried to prevent the emergence of a national idea outside the narrow circle of intellectuals. *Thirdly,* Ukrainian activists of Russian Ukraine, in difficult conditions of autocratic pressure, first of all considered the Ukrainian language as a key to preserving traditional ethnic culture as a resource for the "designing" of the modern nation, and, finally, as a means of political communication of "nationally conscious Ukrainians" and the people. *Fourthly,* it was through the language that Ukrainian activists were able to put a cultural border with Russia. They reasonably believed that the Ukrainian (in their understanding of the national) state would emerge where people as their own will perceive the Ukrainian language and culture. The awareness of this in the theory began from the Cyril-Methodius and lasted until the beginning of the twentieth century, when the first steps began to be realized in order to realize this idea. *And the last.* Unlike the Russian imperialists who, within the imperial Russian powers of Russia and the USSR, frankly unprincipled, slanderously, overtly or implicitly dragged out their vision of the language absorption of the Ukrainian language, part of which was Ukraine at that time, spread their vision of the language absorption of the Ukrainian language frankly without principle,, overt or covert, Ukrainians in their own state under the conditions of today's so-called hybrid, and hence the language war, must act fundamentally differently. Namely, nobly, on an equal and open. Only the moral advantage of the Ukrainian language carriers is able to secure victory in the language war.

**References:**

1. Гирич І. Українські інтелектуали і політична окремішність (середина XIX початок XX ст.): монографія. Київ: Укр. письменник, 2014. 496 с.

2. Українська ідентичність і мовне питання в Російській імперії: спроба державного регулювання / упорядник Геннадій Боряк. Київ: ТОВ «Видавництво «Кліо», 2015. LXII; 810 с.

3. Шандра В. Мова як засіб формування національної ідентичності. Українська ідентичність і мовне питання в Російській імперії: спроба державного регулювання / упорядник Геннадій Боряк. Київ: ТОВ «Видавництво «Кліо», 2015. С. VII XXXVII.

4. Гриценко П. Українська мова в Росії XIX початку XX ст.: шлях утвердження. Українська ідентичність і мовне питання в Російській імперії: спроба державного регулювання / упорядник Геннадій Боряк. Київ: ТОВ «Видавництво «Кліо», 2015. С. XXXIX LII.

5. Лисяк-Рудницький І. Український національний рух напередодні першої світової війни. І. Лисяк-Рудницький. Історичні есе. Київ: Основи, 1994. Т. 1. С. 471 483.

6. Палієнко М.Г. «Киевская старина» у громадському та науковому житті України (кінець XIX – початок XX ст.). Київ: Темпора, 2005. 2005. 384 с.

7. Волобуєва А. Журнал «Киевская старина» у відстоюванні української мови. Стиль і текст. 2001. Вип. 2. С. 176–180.

8. Іваницька С. Мовна проблема в концепціях української ліберально-демократичної партійної еліти (1905 1908 роки). Українознавчий альманах Київського національного університету ім. Т.Шевченка. 2011. Вип. 5. С. 27 30.

9. Котенко А.Л. До питання про творення українського національного простору в журналі «Основа». Український історичний журнал. 2012. № 2. С. 42 57.

10. Грушевський М.С. Твори: у 50 т. / редкол.: П. Сохань, Я. Дашкевич, І. Гирич та ін.; голов. ред. П. Сохань. Львів: Світ, 2002 2005. Т. 2: Серія «Суспільно-політичні твори (1907 1914)». 2005. 704 с.

11. Стебницький П. Украинский вопрос. Стебницький П. Вибрані твори / упорядкування та вступна стаття Інни Старовойтенко. Київ: Темпора, 2009. С. 287 414.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Terliuk Ivan Yaroslavovych** – Candidate of Historical Sciences, Associate Professor, Associate Professor at the Department of History of State and Law of Lviv Polytechnic National University

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

**Терлюк Іван Ярославович** – кандидат історичних наук, доцент, доцент кафедри історії держави і права Національного університету «Львівська політехніка»

*i.terlyuk2406@gmail.com*

УДК 340.12:327.39

# ДОНОРСТВО І ТРАНСПЛАНТАЦІЯ В АСПЕКТІ ПРАВ ПАЦІЄНТІВ

**Мар'яна ЩИРБА,**
кандидат юридичних наук,
старший викладач кафедри теорії та історії держави і права
Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки

**АНОТАЦІЯ**

Стаття присвячена правовим проблемам донорства і трансплантації. Пропонується виокремити такі види донорства: 1) крові, її компонентів; 2) органів людини, їх частин чи інших анатомічних матеріалів; 3) репродуктивних тканин. У межах статті проаналізовано перші два види. Визначено основні складові права на донорство крові та її компонентів в Україні, виокремлено наступні критерії для реалізації права на донорство: медичний, юридичний, соціальний. Досліджено моделі правового регулювання донорства після смерті. Аргументовано, що Україні необхідно відійти від моделі згоди на користь моделі припущення загальної згоди.

**Ключові слова:** пацієнт, права пацієнта, трансплантація, донорство, реципієнт, донор.

## DONATION AND TRANSPLANTATION IN ASPECT OF PATIENTS' RIGHT

**Marianna SHCHIRBA,**
Candidate of Law Sciences, Senior Professor at the Department
of Theory and History of State and Law
of Lesia Ukrainka Easten European National University

**SUMMARY**

The article is devoted to legal problems of donation and transplantation. The following types of donation are singled out: 1) blood, its components; 2) human organs, their parts or other anatomical materials; 3) reproductive tissues. Within this article, we will analyze the first two defined types. We will determine the main aspects of the right to blood donation and its components in Ukraine. The following criteria for realization of the right to the donation are distinguished: medical, legal, social. Models of legal regulation of donation after death are investigated. It is proved that Ukraine needs to move away from the model of consent in favor of a model of the assumption of general consent.

**Key words:** patient, patient's rights, transplantation, donation, recipient, donor.

**REZUMAT**

Articolul este dedicat problemelor legale ale donării și transplantului. pentru a distinge astfel de tipuri de donație: 1) sânge, componentele sale; 2) organe umane, părți sau alte materiale anatomice; 3) țesuturile reproductive. În cadrul acestui articol, vom analiza primele două specii specifice. Definiți principalele componente ale dreptului de a dona sânge și componentele sale în Ucraina. să aloce următoarele criterii pentru realizarea dreptului de a dona: medical, legal, social. Modelele de reglementare juridică a donării după moarte sunt investigate. Se susține că Ucraina trebuie să se abată de la modelul de consimțământ în favoarea modelului, presupunând un acord general.

**Cuvinte cheie:** pacient, drepturile pacientului, transplant, donatie, beneficiar, donator.

**Постановка проблеми.** Стан здоров'я населення потребує використання новітніх медико-біологічних розробок. Трансплантологія є тією галуззю наукових знань і практики, що активно застосовується у світі для тих пацієнтів, які використали всі інші можливі варіанти лікування. Сфера трансплантації донорських органів та інших анатомічних матеріалів розвивається швидкими темпами, тому потребує чіткого правового регулювання.

**Актуальність теми дослідження.** Проте проблема полягає в тому, що сфера регулювання є новою, нечітко визначеною та ускладнюється тим, що відсутні єдині міжнародні стандарти щодо донорства та трансплантології. Більшість норм міжнародного характеру мають рекомендаційний, загальний характер та визначають цю сферу внутрішньодержавним вибором кожної країни. Тому аналіз поняття донорства і трансплантації, їх види та особливості законодавчого регулювання кожного з них є нагальною проблемою сучасної юриспруденції.

**Стан дослідження.** Питання прав пацієнтів на сьогодні активно досліджуються в наукових джерелах. Більшість проблем розглядаються з погляду галузевого правознавства, зокрема, новизною відзначаються наукові доробки І. Венедіктова, Д. Гергеля, С. Стеценко, І. Сенюти, В. Третьякової та ін. Однак розгляд проблеми донорства та трансплантації має ще багато невирішених практичних та правотворчих проблем, тому актуальною є наукова дискусія вказаної проблематики.

Ціль та завдання статті полягають в аналізі правового регулювання сфери донорства і трансплантології, визначенні основних аспектів реалізації прав пацієнтів у вказаних сферах.

**Виклад основного матеріалу.** Відповідно до міжнародних правових стандартів «донорство» означає вилучення і передачу органів для їх трансплантації. Останнє розуміють як процес, спрямований на відновлення певних функцій організму за допомогою пересадки органу від донора реципієнту [1].

Більш прийнятним для розуміння та розширеним є визначення, яке містить національне законодавство, де

трансплантація – це спеціальний метод лікування, що полягає в пересадці реципієнту органу або іншого анатомічного матеріалу, взятих у людини чи у тварини.

Ми можемо виокремити донорство в залежності від органу чи анатомічного матеріалу, який береться для трансплантації. Вказане має не тільки медичне, але й юридичне значення, оскільки від предмету донорства залежить правове регулювання вказаного поняття.

Аналіз міжнародного, національного і зарубіжного законодавства дає можливість виокремити такі види донорства: 1) крові, її компонентів; 2) органів людини, їх частин чи інших анатомічних матеріалів; 3) репродуктивних тканин. У межах цієї статті проаналізуємо перші два види.

Історично першим видом донорства було донорство крові. У нашій країні вперше таку процедуру зроблено ще в 1927 році. Донорство крові та її компонентів є надзвичайно важливим фактором розвитку медицини, сприяє продовженню життя безлічі пацієнтів. Проте стан донорства можна вважати критичним. За даними Міністерства Охорони здоров'я України середній показник дорівнює 13 донацій на 1 тис. жителів у рік. Середній показник для розвинених країн – 33 донацій на рік [2]. Нормативно визначено, що на 2018 рік необхідно 7 644 літрів крові загалом по Україні [3] із врахуванням потреб Збройних сил.

Вказане зумовлено, з одного боку, низьким соціально-економічним рівнем громадян, з іншої – відсутністю пропаганди донорства на державному рівні. Звернемо увагу, що з активізацією бойових дій на Сході нашої держави цей показник значно зростає.

Грошова компенсація за донацію крові забороняється в багатьох країнах, як-то: Італія, Великобританія, Іспанія, Франція, Нідерланди. У 62 країнах світу донорство крові безоплатне [4, с. 42]. Проте високий показник донацій не напряму залежний від досконалості чи недосконалості законодавства. Основоположним принципом в ЄС є безоплатність здачі крові. Такий підхід є невипадковим, адже одним з основних завдань у сфері донорства є безпека і якість донорської крові. Відповідно до програм переливання крові діє три основних принципи: 1) безкоштовність, добровільність; 2) досягнення самостійності; 3) захист як донорів, так і реципієнтів [5, с. 51].

Все ж у багатьох країнах така діяльність передбачає поєднання комерційного та безоплатного характеру. Донором крові може стати зазвичай особа, що досягла повноліття. Рідко в якому законодавстві встановлено верхню межу донорства (65 років – Франція, 60 років – Білорусія). Національні медичні інструкції вказують на об'єм здачі крові, періодичність, яка різниться в залежності від статі. Вказане обмеження встановлено для безпечності донора та функціонування його організму в нормальному стані, можливості відновлення стану, що був до процедури донації.

В Україні існує спеціальне законодавство, що регулює питання донорства крові та її компонентів, яке визначає таку діяльність, як добровільний акт волевиявлення людини, що полягає в даванні крові або її компонентів для подальшого безпосереднього використання їх для лікування, виготовлення відповідних лікарських препаратів або використання в наукових дослідженнях [6].

Визначимо основні складники права на донорство крові та її компонентів в Україні:

а) це особистий добровільний акт людини, який здійснюється за її індивідуальною волею, без примусу;

б) донором може бути тільки повнолітня особа;

в) дозволяється лише за умови, що здоров'ю донора не буде заподіяно шкоди, обов'язковим є попереднє медичне обстеження донора;

г) форма донорства може бути як платна, так і безоплатна;

д) держава гарантує захист прав донора та охорону його здоров'я.

Під час трансплантації активно використовується також інший вид донорства – донорство органів, їх частин. Право на донорство цих об'єктів, на нашу думку, слід поділити на донорство прижиттєве (трансплантацію органів від живих донорів) і після смерті людини.

Сутність прижиттєвого донорства полягає в тому, що є два пацієнти, один з яких хворий, інший – здоровий. Щодо останнього, то тут лікарі здійснюють оперативне втручання відносно здорової особистості. Здійснюють таке втручання заради здоров'я іншого пацієнта. Конвенцією про права людини та біомедицину у ст. 19 передбачає загальне правило – вилучення у живого донора органів і тканин для їх подальшої трансплантації може здійснюватися: 1) лише з метою лікування реципієнта; 2) за умови відсутності відповідного органу чи тканини померлої особи; 3) за відсутності альтернативних методів лікування, що дають подібний результат.

К. Степанова специфікою використання трансплантації органів живих донорів називає наступні обставини: 1) залучення у процес пересадки органу 2-х пацієнтів: донора і реципієнта; 2) відсутність для донора будь-якого лікувального ефекту [7, с. 77]. Вважаємо, що науковець неповною мірою висвітлила всі критерії права на прижиттєве донорство. Ми визначимо додатково, що для теоретичного аналізу права на донорство слід виокремити наступні критерії для реалізації права на донорство: медичний, юридичний, соціальний.

Медичний критерій полягає в сумісності трансплантованого матеріалу. Таким чином, можемо розділити право на прижиттєве донорство на донорство від членів сім'ї та близьких родичів та донорство від сторонніх осіб (донора-альтруїста).

Зрозуміло, що крім медичних показників повинен бути юридичний критерій, який першочергово полягає в добровільній згоді та відсутності фінансової вигоди. Міжнародне право категорично встановлює – «людське тіло та його частини не повинні самі по собі бути джерелом отримання фінансової вигоди». Доволі часто окрім класичної форми письмової згоди проводиться інтерв'ю з донором кваліфікованим фахівцем, яке в подальшому оцінюється представниками органу державної влади, який дає кінцевий дозвіл на трансплантацію.

Принцип особистої згоди для пацієнта, який не має можливості її надати, застосовується як виняток у дуже рідкісних випадках. Вже згадувана Конвенція про права людини і біомедицину визначає, що донорство може бути дозволене в разі виконання таких умов: відсутній сумісний донор, який у змозі дати відповідну згоду; реципієнт є братом або сестрою донора; трансплантація здійснюється для збереження життя реципієнта; у відповідності до закону та за погодженням із уповноваженим органом був наданий окремий дозвіл у письмовому вигляді; потенційний донор не заперечує проти цього (ст. 20).

Проте до юридичних критеріїв можна віднести і медичні покази: вимоги до стану здоров'я донора, його способу життя, віку (наприклад, в США це 18–60 років), стан, в якому він перебуває (наприклад вагітність, грудне годування), генна спорідненість реципієнта і донора. З приводу останнього науковці доводять, що «саме завдяки розвитку медицини правовий принцип необхідної генної спорідненості живих донорів та реципієнтів можна поставити під сумнів» [8, с. 131, 132].

Окрім медичних, можливо на законодавчому рівні й визначення соціальних критеріїв. Для прикладу, законодавство Франції вказує на необхідність для донора-альтруїста довести тісний емоційний та стабільний зв'язок із реципієнтом протягом не менше двох років [9].

Розвиток інтернет-ресурсу позитивно впливає на можливості пошуку донора. На сьогодні стало більш поширеним використання такого права, як право на «парне донорство». Застосовується в разі, якщо особа гіпотетично може бути донором, однак несумісна з конкретним пацієнтом, при цьому інша пара має ту ж проблему всередині, тоді відбувається «обмін донорами». Однак таке допустимо тільки за відсутності прямої заборони в законодавстві.

Розвиток медицини спричинив можливість використання матеріалу не тільки живих, а й померлих донорів. Існують Керівні принципи ВООЗ щодо трансплантації людських клітин, тканин і органів в аспекті того, що «органи для пересадки краще брати у померлих. Дорослі живі люди можуть здійснити безоплатну передачу органів, проте, в цілому, подібні донори повинні мати генетичний зв'язок із реципієнтами. Винятки можуть мати місце в разі пересадки кісткового мозку та інших допустимих регенеративних тканин» [10]. Отже, перевага повинна надаватися посмертному донорству. У багатьох національних законодавствах методологічним підходом до регулювання донорства є встановлення обмеження на нього між особами, які генетично не споріднені. Так у Великій Британії трансплантація між генетично неспорідненими особами заборонена прямою вказівкою закону.

На відміну від живого донора, який може пожертвувати тільки визначені медичними критеріями органи чи їхню частину, і тільки так, щоб у подальшому організм донора зміг би функціонувати нормально (наприклад, лише одну нирку), після смерті така вимога для права на трансплантацію усувається. Необхідно зазначити, що за підрахунками медиків, вилучені органи і тканини в одного донора-трупа можуть врятувати життя восьми та покращити його 50 особам [11].

Донорство після смерті дає можливість вирішити таку проблему, як дефіцит органів для трансплантації. Однак більшість науковців із погляду медичної ефективності все ж вважають донорські органи живої особи кращими, ніж після смерті, враховуючи меншу кількість ускладнень і ефективність приживляння органу [12; 13].

Правове регулювання донорства після смерті загалом виділяє дві моделі правового регулювання. Їх сутність у правовій демократичній державі зводиться до того, щоб максимально врахувати прижиттєву волю людини.

Першою моделлю розглянимо таку, що ґрунтується на припущенні загальної згоди. Сутність зводиться до того, що кожен член суспільства згоден стати після смерті донором. Урахування індивідуальної позиції кожного пацієнта відбувається в тому, що прижиттєво особа може заборонити будь-які дії щодо свого тіла чи його частин, в тому числі відмовитися юридично стати донором. Така модель для суспільства є особливо вигідною. Кількість донорського матеріалу є достатньою для збереження життя більшості пацієнтів. М. Малеїна вказує все ж таки, що така модель має недоліки – «вона грубо порушує основні конституційні права громадян, а саме – право на свободу та недоторканність особи, де тілесна (фізична) недоторканність особи є складовою частиною особистої недоторканності» [14, с. 88]. Ми ж не поділяємо її позиції. Про грубе порушення права на недоторканість можна було б говорити за відсутності можливості окремої особи здійснити заборону на посмертне донорство. В разі можливості особи прижиттєво обирати – надавати таку згоду чи відмовитись від неї, порушення конституційного права не відбувається.

Друга (найбільш поширеніша) модель – модель запиту згоди у донора за життя, або в його близьких родичів – після смерті. Вважаємо, що така модель також не позбавлена недоліків. Право розпоряджатися своїм тілом передано іншим третім особам. Крім того, вказане не є гуманним стосовно особи, якій сповістили про смерть близької людини і в цей же час вимагають зробити вибір щодо дій з тілом особи. Це є додатковим психологічним шоком для людини. Також звернемо увагу, що прийняте рішення в такому стані не завжди буде відповідати волі померлого і позиції близьких родичів у майбутньому.

Існують інші моделі, які поєднують у собі дві попередні, можуть відтермінувати питання отримання згоди родичів (скандинавська модель) або надають право відмовитися від прийняття рішення взагалі. В Україні Законом про трансплантацію закріплено модель запиту згоди (ст. 16 ЗУ «Про трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів людині») .

**Висновок.** Ми переконані, що в Україні необхідно відійти від моделі згоди на користь першої (моделі припущення загальної згоди). Мотивуємо свою позицію наступними аргументами:

1) Суттєве значення трансплантології в сучасній медицині. У Директиві Європейського парламенту і Ради ЄС про стандарти якості й безпеки людських органів, призначених для трансплантації, вказано, що за останні п'ятдесят років трансплантація органів стала звичайною практикою всесвітнього характеру, яка приносить величезну користь сотням тисяч пацієнтів. Використання людських органів (далі – органів) для їх подальшої трансплантації послідовно збільшувалося за останні два десятиліття. Трансплантація органів являє собою найбільш рентабельний метод лікування ниркової недостатності на її завершальній стадії. Водночас вона є єдиним існуючим у даний час способом лікування ниркової, легеневої і серцевої недостатності на їх завершальній стадії [1].

2) Низький рівень соціального забезпечення, медичного обслуговування й екологічні проблеми призвели до критичного стану здоров'я української нації, що, у свою чергу, викликає особливу потребу в донорських матеріалах;

3) Тотальний дефіцит донорських органів провокує на використання заборонених діянь як з боку медичних працівників, так і з боку близьких родичів реципієнтів;

4) Фактично мінімальний рівень реалізації права на трансплантацію від живого донора – зазвичай це близькі родичі, які не завжди можуть бути донорами;

5) Низький рівень пропаганди донорства, інформаційна закритість цієї сфери, відсутність громадської дискусії та підняття вказаної проблеми на державному рівні породжує недовіру громадян до трансплантології. Згідно з опитуванням, проведеним Українським інститутом соціальних досліджень, 66% опитаних не готові надати згоду на використання своїх органів після смерті, в першу чергу, через страх зазнати посягання на власне життя заради анатомічних матеріалів [15, с. 5].

6) Ментально національні та моральні чинники, що формують культуру українського суспільства, не сприяють формуванню потреби громадян у попередніх діях щодо майбутнього розпорядження своїм тілом.

**Список використаної літератури:**

1. Директива № 2010/45/ЕС Європейського парламенту і Ради ЄС про стандарти якості і безпеки людських органів, призначених для трансплантації: Міжнародний документ ЄС від 07.07.2010 р. № 2010/45/ЄС. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/card/994_b38

2. Статистика донорства крові в Україні. URL: https://donor.ua/statistics/official

3. Про затвердження обсягів обов'язкового забезпечення потреб охорони здоров'я населення донорською кров'ю, її компонентами і препаратами на 2018 рік: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 22 листопада 2017 р. № 833-р. Урядовий кур'єр від 29.11.2017 р. № 225.

4. Ільющенкова К.О. Тенденції і юридичні моделі донорства крові в Україні та зарубіжних країнах: порівняльно-правова характеристика. Право і суспільство. 2016. № 1 (2). С. 42–48.

5. Любчак В.В. Огляд сучасних підходів до організації служби крові в світі. Вісник соціальної гігієни та організації охорони здоров'я України. 2012. № 2. С. 49–56.

6. Про донорство крові та її компонентів: Закон України від 23.06.1995 р. № 239/95-ВР. Відомості Верховної Ради України від 06.06.1995 р. № 23. Стаття 183.

7. Степанова Е.Н. Трансплантация органов человека: мировой опыт и Россия: Гражданско-правовой аспект: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. М.: РГБ, 2005. 228 с.

8. Танасійчук І.М. Правове регулювання прижиттєвого донорства у зарубіжних країнах. Вісник Одеського національного університету. Серія: Правознавство. 2016. Т. 21. Вип. 2. С. 128–137.

9. Code de la Sante Publique, 2004. URL: https://www. legifrance.gouv.fr

10. Руководящие принципы ВООЗ по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов. URL: http://distap.gp.gov.ua.

11. Десятникова И.В Украине все работы, связанные с пересадкой клеток и эмбрионов, на 100 процентов незаконны, утверждают специалисты. Факты и комментарии. 30.04.2005 р.

12. Котенко О.Г., Попов О.О., Коршак О.О., Гриненко О.В. Гусєв А.В., Федоров Д.А. Трансплантація печінки від живого родинного донора в Україні. Науковий вісник Ужгородського університету. Серія «Медицина». 2006. Вип. 29. С. 57–61.

13. Саенко В.Ф. Трансплантация печени от живого родственного донора. Матеріали XXI з'їзду хірургів України. Запоріжжя, 2005. Т. 2. С. 530–533.

14. Малеина М.Н. Человек и медицина в современном праве: учебн. и практич. пособие. М.: Изд-во БЕК, 1995. 272 с.

15. Саєнко В.Ф., Костенко А.А. Трансплантація органів від донорів-трупів – спосіб врятувати невиліковних хворих. Етичні питання. Трансплантологія. 2004. Т. 6. № 2. С. 4–11.

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

**Щирба Мар'яна Юріївна** – кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри теорії та історії держави і права Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Shchyrba Mariana Yuriivna** – Candidate of Law Sciences, Senior Professor of Department of of Theory and History of State and Law of Lesia Ukrainka Easten European National University

*mariannashchirba@gmail.com*

# КОНСТИТУЦИОННОЕ И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

УДК 342.56(477):347.962

## JUDICIAL LAW-MAKING AS A NECESSARY ELEMENT OF THE COMPETITIVENESS OF THE JUDICIAL AUTHORITY IN UKRAINE

**Oleh ANISIMOV,**
Postgraduate Student at the Department
of Constitutional Law and Comparative Law of the Faculty of Law
of State University «Uzhhorod National University»

**SUMMARY**

This article deals with judicial law-making as a necessary element of the independence of the judiciary in Ukraine through the prism of discretionary powers of the court, which are implemented by the latter on the principles of the rule of law. On the basis of the analysis of the phenomenon of judicial law-making, it is proposed to divide it into types, and the mechanism for preventing the arbitrariness of the court in its implementation. The study found out that judicial law-making is the element of the judiciary independence in Ukraine, which affects the balance of government branches in the context of the mechanism of checks and balances.

**Key words:** judicial law-making, discretionary powers, judicial discretion, supremacy of law, independence of the judiciary, mechanism of checks and balances.

## СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ ЯК НЕОБХІДНИЙ ЕЛЕМЕНТ САМОСТІЙНОСТІ СУДОВОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ

**Олег АНІСІМОВ,**
аспірант кафедри конституційного права та порівняльного
правознавства юридичного факультету
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

**АНОТАЦІЯ**

У цій статі розглянуто судову правотворчість як необхідний елемент самостійності судової влади в Україні через призму дискреційних повноважень суду, які реалізовані останнім на засадах верховенства права. На основі аналізу явища судової правотворчості запропоновано її поділ на види та механізм запобігання свавілля суду при її здійсненні. У ході дослідження встановлено, що судова правотворчість є тим елементом самостійності судової влади в Україні, який впливає на баланс гілок державної влади в контексті механізму стримувань та противаг.

**Ключові слова:** судова правотворчість, дискреційні повноваження, судова дискреція, верховенство права, самостійність судової влади, механізм стримувань і противаг.

**REZUMAT**

Acest articol discută despre legiferare judiciară ca un element necesar al independenței sistemului judiciar în Ucraina, având în vedere puterea discreționară a instanței puse în aplicare mai târziu pe principiile statului de drept. Pe baza analizei fenomenului de elaborare a legii judiciare, sa propus divizarea acesteia în specie și un mecanism de prevenire a arbitrarității instanței în aplicarea acesteia. Studiul a constatat că legiferarea judiciară este elementul independenței sistemului judiciar din Ucraina, care afectează echilibrul ramurilor puterii de stat în contextul mecanismului verificărilor și balanțelor.

**Cuvinte cheie:** legiferare judiciară, puteri discreționare, discreție judiciară, statul de drept, independența sistemului judiciar, mecanismul controalelor și balanțelor.

**Introduction.** Modern democratic society is permanently evolving, and the same time the law is also evolving. The goal of the society development is to achieve the general welfare and harmony of mankind, while the purpose of law is the regulation of relations, based on the principles of goodness and justice. The evolution of law erases the boundaries between schools of law, so today we can observe the features inherent in the Roman-Germanic law school in the countries, which traditionally professed Anglo-Saxon traditions of law, and vice versa, in the Romano-Germanic tradition of the right to observe the features inherent in the Anglo-Saxon school of law. In this case, we can state the synergy of law schools for the sake of the future of democratic countries.

Not an exception to this is Ukraine, whose legal system relates to the Roman-Germanic legal family, because today a judicial precedent starts to play a more significant role in the regulation of social relations. Judicial precedent is the result of the law-making of the court, which arises when a court exercises discretionary powers on the basis of the rule of law. The fundamental basis of constitutional guarantees of the

law-making of the court is the rule of law, which gives the court the opportunity to coexist on a parity basis with other branches of government and have a real influence in the system of "checks and balances". The possibility to create a rule of law is one of the main functional elements of the power independence of the court. The analysis of legal literature on this issue has shown that not all scholars share the idea of the possibility of a court to create a rule of law, because such a function is enshrined in other branches of government, and the court performs only a function of enforcement in the administration of justice. However, according to the author, such an approach is based on a conservative understanding of the provisions of the Romano-Germanic school of law, and is refuted by the realities of the present, which will be proved in this work.

**The purpose of the article.** During the research, the author aims to investigate the constitutional principles of judicial law-making in Ukraine as a necessary element of the judiciary independence, its legal nature and the influence of regulating social relations in Ukraine, through the prism of discretionary powers of the court, which are implemented on the basis of the supremacy of law.

**Statement of the main provisions.** Absolute positivism, as an inheritance of the Soviet school of law, for a long time played a dominant role in Ukraine, which led to the formation of not a «legal» system of law in Ukraine, but «lawful». The principle of the rule of law was considered exclusively in the theoretical aspect and identified with the lawfulness of the existence of judicial law-making was denied, because it did not correspond to the existing legal doctrine.

The situation began to change after the adoption of the Constitution of Ukraine by Verkhovna Rada of Ukraine on June 28, 1996 [1], which consolidates the division of state power in Ukraine into legislative, executive and judicial (Article 6), as well as declares the principle of the rule of law in Ukraine (Article 8).

Taking into account the legal nature of the Constitution of Ukraine, as a limiter of state power arbitrariness, it did not favor any of the branches of power, but exclusively allocated powers among them in order to create a balanced society and to make it impossible to usurp power. The mentioned balancing is ensured through the rule of law, which in its nature is an abstract category, and also provides the court with the possibility of its own discretion in the administration of justice.

The practical implementation of these provisions of the Constitution of Ukraine gave the court the opportunity to manifest itself as a power that has a legitimate influence in the system of coordinates built in the concept of «checks and balances.»

The theoretical basis for dominating the rule of law in Ukraine was the work of Western European and American scholars who gave priority to the regulation of social relations as a natural rather than a positive right. In particular, W. Blackstone noted that human laws are ineffective if they contradict «natural law» [23, p. 44], and he also believed that a judge or other official of a State with powers of law enforcement does nothing wrong with the exercise of a natural right that can not be found in written sources. When a judge comes to conclusions that are not necessarily based on positive law, he applies the right that forever exists in society, rather than creates a new law. Thus, a judge who is not limited in his activity by «laws in books», goes farther the written text, acts not in opposition, but in accordance with the law [23, p. 44-49].

A special role in the court, as a power, is played by the law-making, which arises when the court exercises discretionary powers on the basis of the rule of law.

The driving force for the development of legislation in Ukraine was the inability of the legislative branch to respond to the challenges of society on time, and therefore, the judiciary, being the most mobile among the authorities in the system of «containment and counterbalance», was the first to respond to the change of approaches to law as solely positive law and began to complete the rules of law where there were conflicts and to change the norms that contradicted the fundamental rights of the person guaranteed by the Constitution of Ukraine and the Convention on Human Rights and Fundamental Rights and Freedoms.

Contemporary Ukrainian science the term «law-making» comprehends in the same way. In particular, M. I. Koziubra understands the law-making activity as a special type of activity inherent in the specially authorized bodies, in formulating, changing or abolishing legal norms, which are based on the needs and interests of people [12, p. 192], O. R. Dashkovska calls law-making the organizationally regulated, special form of activity of the state or directly to the people, as a result of which the needs of social development and the requirements of justice acquire the legal form, which find its expression in a certain source of law (normative act, precedent, customs, etc.) [13, p. 321], N. M. Parkhomenko under the lawmaking understands one of the stages of law-making, the legal form of the state and the authorized organizations for the adoption, modification, suspension and abolition of legal norms [20, p. 355].

Consequently, under the lawmaking it is necessary to understand the activities of the officially authorized entity in relation to the creation, modification, abolition of legal norms on the basis of the rule of law.

Judicial law-making is a form of law-making, which features all the features of law-making, including such as: the implementation of a specially-authorized entity; the focus on the creation, modification or abolition of regulatory requirements; recognition of its procedural-procedural activity; consolidating its results in certain legal acts-documents [17, p. 50]. In this case, lawmaking is characterized by specific features that distinguish it from other types of law-making, as well as from other types of legal activities: the implementation of specially-authorized judicial authorities; connection with the implementation of the functions of the judiciary; implementation in a special procedural form; the direction of law-making activity on the establishment of legal regulations; their fixation in judicial law-making acts [19, p. 1].

According to the provisions of the Constitution of Ukraine, the legislator did not directly grant the lawmaking court. However, such a court activity is inextricably linked with its functions of administration of justice, judicial control and judicial constitutional control, during which the court eliminates gaps in the law, as well as identifies and eliminates conflicts of laws with the Basic Law of Ukraine.

As M.I. Koziubar noted, overcoming the gaps in legislation, resolving conflicts, and non-compliance of existing normative regulations with fundamental human rights are those exceptional cases in which the court may, acting on the basis of an appropriate argument, act as a subject of law-making [12, p. 202].

Judicial law-making is not only a leverage of the court's influence in the system of checks and balances, it is above all a guarantee of the protection of fundamental human rights, which, due to unfair encroachments on them, require immediate restoration.

S.V. Shevchuk notes the importance of judicial law-making in his work. Thus, according to him, the legislative process was aimed to protect the constitutional human rights as much as possible, when judges, not only from constitutional norms, but also from the principles of justice, reasonableness, natural law, compliance with moral criteria, social necessity and the goals of constitutionally-legal regulation in society. Therefore, the constitutional terms «rule of law», «proper legal procedure», «freedom», «equality», «justice», etc., do not have the oblig-

atory legal force and independent legal significance without proper judicial interpretation in the process of constitutional and general judicial proceedings [22, p.12].

Judicial law-making is an intellectual process of creating a new, just, qualitative, which will have a positive effect on non-regulated laws, or not regulated in a just way relations in a civilized society.

Judicial law-making, as well as judicial discretion, most effectively manifest themselves within the functional element of the independence of the judiciary and they are the levers of the influence of the court in the system of checks and balances that make it impossible to absolutise power in one's hands.

In this case, lawmaking is a derivative legal phenomenon of judicial discretion, which is implemented on the basis of the rule of law.

Since judicial discretion has different grounds for its existence, the law-making process has different origins.

Thus, judicial dissent in Ukraine is of three types:

1) discretion is directly specified in the law, which gives the court the opportunity to choose one of the variants of behavior, which are provided by the law (procedural discretion);

2) discretion given to the court in order to eliminate gaps in law or overcome conflicts (analogy of law and law);

3) discretion based on the priority of fundamental human rights over the law.

Judicial lawmaking exists within discretion that is given to the court in order to eliminate gaps in law or overcome conflicts (analogy of law and law) and discretion based on the priority of fundamental human rights over the law.

The constitutional prerequisite for judicial law-making is the provisions of Articles 3, 8, 129 of the Constitution of Ukraine [1], in particular: human rights and freedoms and their guarantees determine the content and direction of the state's activities; the principle of the rule of law is recognized and in force in Ukraine; the judge, while administering justice, is independent and governs the rule of law.

Thus, judicial litigation existing within the limits of discretion given to a court with the purpose of eliminating gaps in law or overcoming conflicts (analogy of law and law) is subsidiary to law, since its purpose is to eliminate gaps in legislation on the basis of a certain algorithm of actions that is an analogy of law and law. The aforementioned type of judicial law-making does not contradict and does not refute the law, manifests itself exclusively in the system of coordinates established by the legislature, is to a large extent an element of the functions of justice, and not judicial control, as a result of which its influence on the balance of state power in Ukraine is not essential.

The legal basis for this type of judicial law is the provisions of Article 7, paragraph 6, of the Code of Administrative Justice of Ukraine [5], Article 10, Part 9 of the Civil Procedural Code of Ukraine [7] and Article 10, Section 10 of the Commercial Procedural Code of Ukraine [4], according to which, in the absence of The law regulating the relevant legal relationship, the court applies the law governing such relationships (analogy to the law), and in the absence of such a law, the court proceeds from the constitutional principles and general principles of law (analogy rights).

As an example of this type of judicial law-making, the Chernivtsi Regional Administrative Court judgment of 22.12.2017 in the case No. 824/1034 / 17 can be brought against the person's 1 claim to the State Architectural and Construction Inspection in Chernivtsi Oblast to declare illegal and cancel the ruling. By this ruling, the court, in connection with non-regulated Code of Administrative Procedure of Ukraine, the actions of the court in case of receipt of an administrative case that falls within the subject-matter of another court, applied the analogy of the law and on the basis of the provisions of paragraph 2 of Article 29, paragraph 1 of the Code of Administrative Justice of Ukraine (actions of the court in case of receipt of an administrative case belonging to the territorial jurisdiction of another court), transferred the case to another court to which subject jurisdiction it belongs [10].

As to judicial law-making, which exists within the limits of discretion based on the priority of fundamental human rights above the law, it should be noted that it has the character of restorative legal, as the court, through judicial control and judicial constitutional control, guided by the norms of the Constitution of Ukraine and international treaties, the consent to be bound by the Verkhovna Rada of Ukraine creates new norms which are based on the principles of the rule of law, replacing existing non-legal norms of the current legislation of the Uk raini That is, the court actually restores the legal regulation of social relations, which were previously regulated not by law.

The legislative precondition for the implementation of this type of judicial law-making is including provisions of Article 7, paragraphs 4, 5 of the Code of Administrative Justice of Ukraine [5], parts 4, 6, 8 of Article 10 of the Civil Procedural Code of Ukraine [7] and paragraphs 4, 6, 8 of Article 11 Economic Procedural Code of Ukraine [4] according to which, if the court concludes that a law or other legal act is contrary to the Constitution of Ukraine, the court does not apply such a law or other legal act, and applies the norms of the Constitution of Ukraine as rules of direct action; the court applies, in the cases before it, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 and its protocols, the consent to be bound by the Verkhovna Rada of Ukraine, and the practice of the European Court of Human Rights as a source of law; if an international treaty, the consent to which the Verkhovna Rada of Ukraine has made binding, establishes rules other than those established by law, then the rules of the international treaty of Ukraine will apply.

It is precisely in the realization of this type of litigation that the principle of rule of law bestows itself, which refutes the unjust postulates of positivism and restores the violated right of a person on the principles of goodness and justice.

For this reason, it is worth giving just and accurate words SV. Shevchuk, according to which Ukrainian judges are only beginning to realize that the true independence of the judiciary begins with the application of the rule of law in the process of the administration of justice, which can not be identified with the principle of the rule of law as blind, mechanical obedience to all the normative regulations of the state power [22, p. 49].

The criteria for distinguishing between legal and non-legal laws must be established by the judiciary, which is most capable of doing so. This is especially true of constitutional courts, because in contemporary science of constitutional law it is considered that all these basic principles and ideals as criteria of distinction are contained in the constitutions or are organically linked with its text and are «disclosed» by the courts in the process of interpreting their provisions. And all this is nothing more than judicial law-making [22, p. 53].

As an example of the implementation of this type of judicial lawmaking, one can instruct a judge of the Popasnyansky district court of Luhansk region dated April 5, 2017, in the case No. 423/369 / 17 on bringing to the administrative responsibility of individuals 1 part 1 of Article 164 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses (violation of the procedure of proceeding economic activity) in which the court came to the conclusion that the administrative penalty may be imposed below the lower limit, if the statutory enforcement is clearly unfair. In particular, in accordance with the content of the ruling offense provided for in Article 164 of Part 1 of the Code of Administrative Offenses [6], a pensioner of 1944, who receives a pension of less than UAH 1,500, committed a pension, in connection with which the court considered this provision to be punishable as a fine in the amount of 17,000 to 34,000 UAH.

obviously unfair. Justifying its position, the court applied Articles 1, 8, 129 of the Constitution of Ukraine, the Constitutional Court of Ukraine decision No. 15-rp / 2004 dated November 2, 2004 in a case under the constitutional petition of the Supreme Court of Ukraine regarding the compliance of the Constitution of Ukraine (constitutionality) with the provisions of Article 69 of the Criminal Code of Ukraine the case of imposing a more lenient sentence by the court) [8], and mentioned the words of Aristotle and the position of the judges of the United States Supreme Court, expressed in a separate opinion in the case of Petrella v. Metrogoldwyn-Mayer, Inc., et al. [9].

The chosen by the judge approach to the case in this situation is based on the principles of an anti-formalist revolution in Europe, which resulted in the recognition of a new «creative» and active role of a judge in law enforcement and an absolute denial of the role of a judge as «the mouth of the law.» This process was accelerated by laying the principle of the rule of law in the basis of modern justice. The result of the revolution was the «discovery» of the fact that the activity of a judge is much more complex and more complex than it is customary to assume in accordance with traditional scientific doctrines. At least, the activity of a judge can not be reduced to the simple application of deductive logic (method of deduction) in making decisions without taking into account factors of an economic, political, and moral nature, that is, it can not be absolutely «neutral» [22, p. 51].

However, the implementation of a law-creating court that exists within the discretion of a priority-based fundamental human right over the law may give rise to arbitrariness of the court, since it is based on abstract categories such as the rule of law, justice, goodness, natural law, morality, and tradition – understanding which depends on the individual characteristics of the judge. Consequently, there is a risk of judicial arbitrariness, which will lead to an imbalance of state power in Ukraine and discredit the court as a power.

In addition, it should be mentioned that the law on the implementation of judicial law-making, which exists within the limits of discretion based on the priority of fundamental human rights above the law, the legislator of the Law of Ukraine «On Amendments to the Commercial Procedural Code of Ukraine, the Civil Procedural Code of Ukraine, the Code of Administrative Justice of Ukraine and other legislative acts «dated October 3, 2017, No. 2147-VIII [3], the courts of all instances in Ukraine that carry out administrative, civil and economic proceedings, which may also display ITIS stability on regulation of social relations.

However, the existing procedural codes contain safeguards to eliminate judicial arbitrariness in the courts of general jurisdiction in the course of judicial law-making, which exists within the limits of discretion based on the priority of fundamental human rights over the law. In particular, paragraph 2 of part 4 of Article 7 of the Code of Administrative Justice of Ukraine [5], paragraph 2 of part 6 of Article 10 of the Civil Procedural Code of Ukraine [7] and paragraph 2 of Article 6 of Article 11 of the Economic Procedural Code of Ukraine [4] contain a rule according to which if the court concludes that a law or other legal act is contrary to the Constitution of Ukraine and has not applied such a law or another legal act, and applies the norms of the Constitution of Ukraine as rules of direct action, it shall, after making a decision in a case, appeal to the Verkhovna Rada On the Court to address the issue of bringing Ukraine to the Constitutional Court about the constitutionality of a law or other legal act, a decision on the constitutionality of which is under the jurisdiction of the Constitutional Court of Ukraine.

So, having analyzed the provisions of the procedural codes of Ukraine, it should be concluded that the courts of general jurisdiction of all instances in the course of judicial law-making which exists within the limits of discretion based on the priority of fundamental human rights over the law carry out primary judicial law-making, the legitimization of which takes place only after the adoption of the Constitutional The court of Ukraine is the decision, which recognizes the unconstitutional law, which in its decision referred to the court of general jurisdiction.

In the event that such a decision is not made by the Constitutional Court of Ukraine or the refusal by the Supreme Court to submit a submission to the Constitutional Court of Ukraine regarding the constitutionality of the law or other legal act, the activity of courts, using the provisions of Article 7, paragraph 4, of the Code of Administrative Justice of Ukraine [5], Article 10, Section 6 of the Civil the Procedural Code of Ukraine [7] and Section 6 of Article 11 of the Economic Procedural Code of Ukraine [4] can not be recognized as judicial law-making, and such court decisions themselves are subject to cancellation. Consequently, the legislator provides in the procedural laws the filters that will eliminate judicial arbitrariness in the implementation of judicial law-making, which exists within the limits of discretion based on the priority of fundamental human rights. It should be noted that the fact of the annulment of the court decision, which created a new norm, does not refute the law-making nature of the court's activity in resolving the litigation, since the laws, adopted by the legislative body, are also subject to cancellation, losing the validity.

At the same time, the author believes that such filters are not enough to prevent judicial arbitrariness, as procedural control by higher courts does not suffice, while reviewing a case in which a new norm is set out.

Therefore, in order to make this impossible, it is necessary to develop a unified algorithm for the implementation of judicial law-making, which exists within the limits of discretion based on the priority of fundamental human rights above the law. Alternatively, it is possible to borrow a three-component test developed by the European Court of Human Rights to assess the justification for interference with the rights of individuals guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 04.11.1950 [2]. In particular, when assessing the interference with the rights of a person, the European Court of Human Rights, checks whether interference with the rights guaranteed by the Convention occurred «in accordance with the law», whether the «legitimate aim» of the interference was pursued and whether the interference was «necessary in a democratic society» an urgent public need, was proportional to the legitimate aim, and the reasons given for its substantiation were sufficient and relevant) [24].

The facts presented in this paper may lead to the idea that the judiciary, as a result of its opposition to the absolutisation of the legislature, itself usurps the power, thus unbalancing the system of checks and balances. However, this view is false, because in the concept of «checks and balances», the judiciary is not an active participant in social relations, which can independently initiate state changes. By its functional purpose, it acts as an arbiter between the legislative and executive authorities, as well as in case of violation of the last fundamental rights, freedoms and interests of a person or rights and interests of a legal entity, and is an integral institution of the mechanism of social regulation of social relations.

Such «imaginary passivity» of the judiciary is due to its legal nature, the guardian of the rule of law and the restorer of justice. For the functional activation of the court for the implementation of justice, judicial control in the field of public-legal relations, judicial constitutional control, the official application of the relevant subject of legal relations is necessary, and only in this case the court manifests itself as the authority that regulates the existing legal conflict, including by creating a new norm.

Judicial law-making is simultaneously a «sword» of the court, in protecting the constitutional rights and freedoms of individuals from unlawful encroachments, and a shield in the

system of «checks and balances» from the absolute power of the legislative or executive power.

Judicial law-making should not be identified with a judicial precedent, which is its possible result. Law-making is carried out by all courts in Ukraine, but as the precedent it can be considered only the decision of the Constitutional Court of Ukraine and legal positions, which are set out in the decisions of the Supreme Court on the basis of their general validity and calculation for long-term and repeated application. It should be noted that the regulation of legal relations with the judicial precedent in Ukraine is not a panacea for the stable functioning of the legal system of Ukraine, since in the countries of the traditional application of the judicial precedent there are a number of shortcomings in its application.

As an example of this, I will quote the words of English judge Lord Buckley: «I am not able to substantiate the correctness of the decision that I intend to announce. But I am bound by a precedent, which I must observe «[16, p. 54].

Judicial law-making should also be distinguished from the court's interpretation of the rules of law, since law-making is the creation of a new, and the interpretation of this explanation of the existing one. Although on this occasion in the legal science there are ongoing discussions as to whether the court interprets the law as a law-making activity. In particular, such scholars as O. N. Vereshchahin [11, p. 41], S. P. Cherednichenko [21, p. 174] include the interpretation of the right to law-making activity, while VM Kartashov in his work, in a sharp form refutes this position, and notes that «only by virtue of professional illiteracy one can include in the content of law-making an official interpretation and other types of legal activity by nature» [15, p. 359].

**Conclusion.** When reforming the legal system in Ukraine it is not necessary to blindly borrow dogmas that are not inherent in the Romano-Germanic law school, it is necessary to act sensibly, taking into account the intellectual potential of the subjects of law-making and our mentality.

Legislation and law-making can and must exist in Ukraine as parts of a single whole, complementing each other. For this reason, it is advisable to quote the words of the famous Russian civilist N. A. Pokrovskyi, who at the beginning of the 20th century said: «The law and the court are not two opposing forces, but two equally necessary factors of jurisdiction. Both of them have the same goal – the achievement of a materially fair; the law for this achievement requires a living complement and cooperation of a judge. One should not be afraid of this creative activity of a judge: the judge is not less than the legislator, the carrier of the same social justice» [18, p. 94-95].

Competition among the branches of power is destructive, and overcoming it is possible only with the clear regulation of the powers of the legislative, executive and judicial branches of power.

Judicial law-making is a necessary attribute of the judiciary, which, within the limits of judicial discretion, enhances the role of the court in the system of checks and balances and prevents absolutisation and power. However, it can not be arbitrary, and therefore there should be filters that will make such arbitrariness impossible. Existing procedural codes within the limits of procedural or constitutional control are precluded by fences of arbitrariness of a court in the course of judicial law-making, as it takes time to implement them. Therefore, it is necessary to develop a unified algorithm for the implementation of judicial law-making, which exists within the limits of discretion based on the priority of fundamental human rights over the law.

Finally, I will quote the words of S. Z. Zimanov, which poetically but practically accurately characterize the need of society in an independent judiciary: «... rise in court power, preserve the judiciary, save the judiciary - the salvation of democracy, the Fatherland» [14, p. 27].

**References:**

1. Конституція України від 28.06.1996//Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1996. № 30. 141 с. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show.

2. Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11.1950. Юридичний вісник України. 2004. 12. № 49. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/ru/995_004.

3. Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 03.10.2017, № 2147-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2017. № 48 (01. 12.2017). 436 с. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2147-19.

4. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991, № 1798-XII (у редакції Закону № 2147-VIII від 03.10.2017). Відомості Верховної Ради України. 1992. № 6 (11.02.92), 56 с. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1798-12.

5. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005, №2747-IV (у редакції Закону №2147-VIII від 03.10.2017). Офіційний вісник України. 2005 № 32 (26.08.2005). 1918 с. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2747-15.

6. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984. № 8073-X. Відомості Верховної Ради УРСР. 1984. Додаток до № 51 1122 с. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/80731-10.

7. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004, 1618-IV (у редакції Закону № 2147-VIII від 03.10.2017). Офіційний вісник України. 2004. № 16 (07.05.2004). 1088 с. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1618-15.

8. Рішення Конституційного Суду України від 02.11.2014, справа №1-33/2004 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання). Вісник Конституційного Суду України. 2004. № 5. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04.

9. Постанову Попаснянського районного суду Луганської області від 05.04.2017, у справі № 423/369/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/65910303.

10. Ухвала Чернівецького окружного адміністративного суду від 22.12.2017 у справі № 824/1034/17-а. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/71209078.

11. Верещагин А.Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. М.: Междунар. отношения, 2004. 344 с.

12. Загальна теорія права. Підручник / За загальною редакцією доктора юридичних наук, професора М.І. Козюбри. К.: Ваіте. 2015. 391 с.

13. Загальна теорія держави і права / за ред. проф. М.В. Цвіка. Х.: Право. 2002. 427 с.

14. Зиманов С.З. Спасение судебной власти – спасение демократии / Материалы научно-практической конференции, посвященной 30-летию Алматинского горсуда. Алматы, 2000. С. 27.

15. Карташов В.Н., Баринина Ю.С. Правотворческая деятельность, правотворческая практика и правотворческая технология: некоторые проблемы соотношения / Правотворчество в Российской Федерации: проблемы теории и практики: Сборник научных статей: Материалы научно-практической конференции, состоявшейся 13-16 апреля 2009 г. в Российской академии правосудия / Отв. ред. В.М. Сырых, М.А. Занина. М.: Российская академия правосудия. 2010. С. 358.

16. Кросс Р. Прецедент в английском праве. М., 1985. 238 с.

17. Ленгер Я.І. Реформування правової системи, як засіб підвищення її ефективності: дис. канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. К., 2007. 205 с.

18. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1916. 394 с.

19. Стецик Н.В. Судова правотворчість: загальнотеоретична характеристика. Часопис Академії адвокатури України. 2010. № 8. С. 1–6.

20. Теорія держави і права. Академічний курс. Підручник. 2-е видання, перероблене і доповнене. Відповідальний редактор доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент АпрН України Зайчук О.В. К.: Юрінком Інтер. 2008. 685 с.

21. Чередниченко С.П. Судебное правотворчество: сравнительно-правовое исследование: дис. канд. юрид. наук: 12.00.01. М. 2005. 203 с.

22. Шевчук С.В. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. К.: Реферат. 2007. 627 с.

23. Blackstone W., Commentaries on the Laws of England, vol. 1. 255 p.

24. Johansen v. Norway, 07.08.1996, Reports 1996-III. p.1001-1002, 52. URL: http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-58059; Sidiropoulos and Other v. Greece 10.07.1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-IV, 38. URL: http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-58205.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Anisimov Oleh Valeriiovych** – Postgraduate Student at the Department of Constitutional Law and Comparative Law of the Faculty of Law «Uzhgorod National University»

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

**Анісімов Олег Валерійович** – аспірант кафедри конституційного права та порівняльного правознавства юридичного факультету ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

*anisimovoleh@ukr.net*

УДК 342.72(477):341.645

# THE PRINCIPLE OF DIRECT EFFECT OF THE NORMS OF THE CONSTITUTION AND THE SPECIFICS OF ITS APPLICATION BY THE COURT

**Tetiana BREZINA,**
Postgraduate Student at the Department of Constitutional Law and Comparative Law Faculty of Law
of Uzhhorod National University,
Judge of Chernivtsi Regional Administrative Court

**SUMMARY**

The paper is devoted to the study of the principle of direct effect of the norms of the Constitution of Ukraine and the specifics of their application. The author mentions, that this principle applies mainly to the provisions on the rights and freedoms of a man and a citizen. There have been noted positive changes in the procedural legislation concerning the right of the court to apply the norms of the Constitution as rules of direct action in case the court concludes that the law is contrary to the Constitution of Ukraine. The author has analyzed the existence of a limited interpretation of the application of this principle in the criminal process. The conclusions give a description of the constitutional and legal mechanism of direct effect of the norms of the Constitution of Ukraine and indicates the positive expectancy of their use.

**Key words:** direct effect of norms of Constitution of Ukraine, Supremacy of Law, Constitutional Court of Ukraine, courts of general jurisdiction, procedural legislation, constitutional and legal mechanism.

## ПРИНЦИП ПРЯМОЇ ДІЇ НОРМ КОНСТИТУЦІЇ ТА СПЕЦИФІКА ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ СУДОМ

**Тетяна БРЕЗІНА,**
аспірант кафедри конституційного права
та порівняльного правознавства юридичного факультету
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»,
суддя Чернівецького окружного адміністративного суду

**АНОТАЦІЯ**

Робота присвячена дослідженню питання принципу прямої дії норм Конституції України та специфіки їх застосування. Автор зазначає, що вказаний принцип стосується головним чином положень щодо прав і свобод людини і громадянина. Відзначено позитивні зміни в процесуальному законодавстві щодо права суду застосовувати норми Конституції як норми прямої дії, якщо суд дійде висновку, що закон суперечить Конституції України. Автором проаналізована наявність обмеженого тлумачення застосування вказаного принципу в кримінальному процесі. У висновках наведено характеристику конституційно-правового механізму прямої дії норм Конституції України та зазначено позитивні очікування від їх використання.

**Ключові слова:** пряма дія норм Конституції України, верховенство права, Конституційний Суд України, суди загальної юрисдикції, процесуальне законодавство, конституційно-правовий механізм.

**REZUMAT**

Lucrarea este dedicată studiului principiului efectului direct al normelor Constituției Ucrainei și specificul aplicării lor. Autorul remarcă faptul că acest principiu se referă în principal la prevederile referitoare la drepturile și libertățile omului și cetățenilor. Sunt remarcate schimbări pozitive în legislația procesuală privind dreptul instanței de a aplica normele constituției ca normă de acțiune directă, dacă instanța ajunge la concluzia că legea contravine Constituției Ucrainei. Autorul analizează existența unei interpretări și aplicări limitate a acestui principiu în procedurile penale. În concluzii, este dată caracteristica mecanismului juridic constituțional al acțiunii directe a normelor Constituției Ucrainei și sunt indicate așteptările pozitive ale utilizării lor.

**Cuvinte cheie:** efect direct al normelor Constituției Ucrainei, statul de drept, Curtea Constituțională a Ucrainei, instanțele de jurisdicție generală, legislația procesuală, mecanismul constituțional.

**Introduction.** The state does not have enough developed legislation, but it is also necessary for its provisions to be practically implemented in real life, so that every person will be able to exercise his constitutional rights and freedoms while being protected by the state. Even a well-known lawyer, Charles-Louis de Montesquieu, wrote: "When I go to a certain country, I do not check if there are good laws, but how they are implemented, because good laws are found everywhere" [1, p. 291].

The Professor of Oxford University, Albert Wan Daicy stated that "history sufficiently proves this": "Foreign constitutionalists, in defining rights, did not pay enough attention to the unconditional need to foresee the necessary means of legal protection, through which their proclaimed rights could be realized" [2, p. 511].

The problem of the implementation of the Constitution, the transfer of its requirements to the legitimate conduct of all members of public relations is now of particular urgency. Basically, it becomes central not only for constitutional law, but for all jurisprudence.

The subject of the latter is first of all the legal aspects of the implementation of the constitutional provisions – an analysis of their methods (forms), stages, procedures [3, p. 58].

Researchers of the issue of direct effect of the norms of the Constitution of Ukraine paid attention in their works to such scholars as Yu. Todyka, V. Shapoval, V. Selevanov, S. Shevchuk, V. Korniienko, M. Kudriavtsev, and a number of other lawyers. At the same time, the issue raised remains insufficiently investigated, in particular, the mentioned refers to the mechanism of the application of the concept of direct effect of the norms of the Fundamental Law of Ukraine.

We should agree with the opinion of V. Shapoval, who writes that the provisions on the direct effect of the norms of the Constitution of Ukraine above all means that all without exception, public authorities and their officials in their law enforcement activities should not only be guided by constitutional norms, but make appropriate decisions directly on the basis and in the content of these norms [5, p. 4].

The principle of direct effect of the rules of the Constitution was directly defined in Article 1 of the Constitution of Germany in 1949, provided in Article 5 of the Constitution of the Republic of Bulgaria 1991; Chapter 3 of Section II of the Constitution of the Republic of Macedonia, 1991; Article 15 of the Constitution of the Republic of Slovenia, 1991; Article 8 of the Constitution of the Republic of Poland, 1997, Article 15 of the Constitution of the Republic of Estonia 1992; Article 6 of the Constitution of the Republic of Lithuania 1992; Article 15 of the Constitution of the Russian Federation in 1993; Article 7 of the Constitution of the Republic of Moldova, 1994; Article 112 of the Constitution of the Republic of Belarus, 1994; Article 8 of the Constitution of Ukraine, 1996.

The purpose of the article is to reveal the ways to implement the norms of the Constitution as rules of direct action, taking into account that some restrictions were imposed on the interpretation of this norm. In the legal doctrine as well as in the practice of courts, the opinion is widely used, according to which the legal acts (first of all laws), which do not conform to the Constitution of Ukraine but are not formally recognized by the Constitutional Court of Ukraine as unconstitutional, are subjects to the use of courts. It often happens that the courts do not even question the "special" provisions of the law, which contradict the general provisions of the Constitution of Ukraine. However, with the adoption of the procedural codes, one more opportunity to re-examine the established positions regarding the application of the norms of the Constitution of Ukraine in their direct action appeared.

Basic rights, human and civil rights, enshrined in Section II of the Constitution of Ukraine, are partly taken from the Universal Declaration of Human Rights adopted on December 10, 1948, by the United Nations. The document was based on the best works of human thought that were at that moment in this issue. Its principles are in the basis of many human rights pacts, conventions and agreements concluded since 1948. "The International Bill of Human Rights" was adopted by the General Assembly in 1966 to approve two International Covenants: "The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights" and "The International Covenant on Civil and Political Rights". Our country ratified these acts in 1973, the same was done by more than one hundred other countries in the world, and thus they undertook to bring their national legislation in line with the requirements stated in the Covenants. International legal acts have gained the rule over internal law. The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms was adopted in accordance with the Universal Declaration of Human Rights in order to comply with the signatories (members of the Council of Europe) and to ensure the enjoyment of human rights and fundamental freedoms on its territory. Ukraine ratified the Convention on July 17, 1997, and for our state it came into force on September 11, 1997.

Full compliance with Section II of the Constitution with current international standards gives grounds to believe that the Constitution of Ukraine is legal in content, but the content itself is not enough if such provisions are not implemented in the daily life of a person and a citizen of the country.

Based on the provisions of Art. 9 of the Constitution of Ukraine that existing international treaties, the consent of which is binding on the Verkhovna Rada of Ukraine, is part of the national legislation of Ukraine, the court can not apply the law regulating the legal relationship, which is considered, other than an international treaty. At the same time, international treaties are applied if they do not contradict the Constitution of Ukraine. According to Part 2 of Art. 6 of the Constitution, the legislative, executive and judicial authorities exercise their powers within the limits established by the Constitution and in accordance with the laws of Ukraine [4, p. 52].

The Supremacy of the Constitution is one of the defining elements of the rule of law and the rule of law. The Constitution of Ukraine guarantees each person the right to apply to the court for the protection of their constitutional rights and freedoms. The Constitution has the highest legal force, and its norms are rules of direct action. The orientation to the inalienable human rights as a legal source is one of the most characteristic features of our Constitution. The principle of the Supremacy of Law implies not only the recognition of human rights and freedoms, but also the obligation to observe and ensure the state. This requirement of the principle of supremacy is enshrined in Article 3 of the Constitution of Ukraine, according to part two of which the rights and freedoms of man and their guarantees recognize the content and direction of the state, and their approval and provision is the main responsibility of the state. It follows that both the activities of the state as a whole, and its bodies, including the legislative, should have a legal character. The mentioned above provision in a positive form formulates another essential requirement of the rule of law principle – the requirement of a legal law. After all, the legal nature of the activity of the plow of legislative power means that the content and direction of lawmaking should determine the rights and freedoms of man [4, p. 53–54].

The question of the volume (limits) of direct norms of the Constitution remains controversial. In legal literature, it has been conventionally called two approaches – wide and narrow. Thus, the authors of the scientific and practical commentary on the civil law of Ukraine advocate a broad interpretation, emphasizing that it can not be argued that once Article 8 § 3 of the Constitution guarantees access to a court directly on the basis of the Constitution for the protection of human and civil rights and freedoms, then and the previous provision of this part that the norms of the Constitution are rules of direct action, refers only to the provisions of the Constitution, which establish the rights and freedoms of man and citizen. Consequently, part third of Art. 8 of the Constitution gives importance to the norms of direct action to all norms, which are formulated in the Constitution of Ukraine [6].

Ideologist and architect of the constitutionality of the Supremacy of Law principle S. Holovatyi in the commentary to Article 8 of the Constitution of Ukraine was a passionate supporter of the narrow approach. He insists on, that: 1) the norms of direct action in the Constitution are exclusively those rules relating to the rights and freedoms of man and citizen; 2) appeal to a court directly on the basis of constitutional norms of direct action is guaranteed only for the protection of human and civil rights and freedoms, and not for their restriction; 3) to apply to the court on the basis of constitutional rules of direct action can only private individuals, but not public authorities or their officials [7].

In all the constitutions mentioned above, the idea of the direct effect of constitutional norms in one way or another concerned rights and freedoms of man and citizen. With the requirement of inviolability of rights and freedoms of man and

citizen, the provisions of part three of Article 22 of the Constitution of Ukraine, which established a direct prohibition of the anti-legal act, were prescribed. Thus, when new laws are adopted or amendments made to existing laws are not allowed to narrow the content and scope of existing rights and freedoms. This position is also expressed in the first part of Article 64 of the Constitution of Ukraine, according to which constitutional rights and freedoms can not be limited except in cases stipulated by the Constitution. This means that such restrictions can not be established by law, unless provided for by the Constitution. In this regard, the provisions of some laws and other normative legal acts that impose restrictions on human rights and freedoms without proper constitutional grounds should be considered unconstitutional and ineffective. The constitution contains a special prohibition of an offending law in a state of war or a state of emergency (Article 64.2 of the Constitution of Ukraine) [4, p. 53].

The Constitution involves certain mechanisms that make it impossible to reduce its legal level. In particular, Article 157 of the Constitution of Ukraine establishes that the Constitution of Ukraine can not be changed if the changes envisage the abolition or restriction of the rights and freedoms of man and citizen, and Article 159 of the Constitution – that the bill on amendments to the Constitution is considered by the Verkhovna Rada of Ukraine only if there is a conclusion of the Constitutional Court of Ukraine regarding the compliance of the draft law with the requirements of Article 157 of the Constitution of Ukraine. In the issues of the implementation of the Constitution of Ukraine M. Koziubra argues, that in the mechanism of constitutional regulation two main elements are distinguished – the normative basis, that is, the constitutional provisions (norms) and their implementation. The latter is in the mechanism of constitutional regulation no less important than the constitutional provisions themselves. Any assessment of the Constitution of Ukraine should also be based on how its provisions are implemented in public relations. It is the level of their realization, that is, in the practice of everyday activities of state bodies, public associations, officials and citizens. This is the main indicator of reality, the authenticity of the Constitution. In this sense, we can say that the implementation of the Constitution of Ukraine is a way (form) of its actual existence, a real being [8].

In addition to the requirements of ensuring the legal direction of laws and other regulatory legal acts, the Constitution also contains a number of requirements for the regulatory system, the observance of which is ensured by the rule of law. The supreme legal force of the Constitution and the direct effect of its norms determine the rule of law in the so-called formal sense. It is not necessary to identify the direct effect of constitutional norms solely with law enforcement practice, in particular judicial. Such an action is characteristic of all forms of government activity: legislative, executive, judicial. Direct effect of the provisions of the Constitution takes place when citizens exercise constitutional rights and freedoms. Regarding the legislator, the direct action of the Constitution means that when adopting laws, it only needs to specify and detail the constitutional provisions, as well as to establish constitutional procedural forms of their implementation. To deviate from the letter of the Basic Law, from the values laid down in it, does not have the right [4, p. 54].

The same applies as well to the use by the executive authorities of the norms of the Constitution in their direct actions, for example, to ensure the social justice of the implementation of the basic provisions of the Constitution – not just to guarantee certain rights: the right to education, the right to work, the right to social protection, and the duty of state bodies create conditions for the possibility of obtaining qualitative education, provide decent pensions, wages, medical package of services, those things without which it is impossible to qualitative life of a person in a legal state.

It is clear from the direct effect of the provisions of the Constitution that their concretization is also possible by law enforcement agencies, primarily by courts, by direct application of the provisions of the Constitution of Ukraine, in cases where the decision on the basis of the law proves to be impossible.

Part 3 of Article 8 of the Constitution of Ukraine stipulates that the norms of the Fundamental Law are rules of direct action, which implies the necessity of impossibility of the application of the law that the Constitution contradicts – because then the norms of the Constitution of Ukraine will not be applied directly. However, in order to substantiate the necessity of applying the current law, which may contradict the Constitution but not recognized as unconstitutional, reference is often made to Article 150 of the Constitution, which refers to the competence of the Constitutional Court of Ukraine the question of the constitutionality of laws and a number of other acts: "To the powers The Constitutional Court of Ukraine includes: 1) resolving issues regarding compliance with the Constitution of Ukraine (constitutionality): laws and other legal acts of the Verkhovna Rada of Ukraine; Acts of the President of Ukraine; acts of the Cabinet of Ministers of Ukraine; legal acts of the Verkhovna Rada of the Autonomous Republic of Crimea" [9].

This provision was interpreted by the Supreme Court of Ukraine in the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine № 9 of November 1, 1996 "On the Application of the Constitution of Ukraine in the Administration of Justice", in the way that (item 3) "<…> the court can not, by applying the Constitution as an act of direct action, to recognize unconstitutional laws or legal acts listed in Article 150 of the Constitution, as it is assigned to the exclusive competence of the Constitutional Court of Ukraine" [10]. In turn, the position of the Supreme Court of Ukraine is often interpreted in such a way that the court can not only formally recognize the law (another act on the list) unconstitutional, as the Constitutional Court of Ukraine does – with the legal consequences provided for in Part 2 of Article 152 of the Constitution of Ukraine (loss of the act of validity), but also in the broader sense, by making a simple conclusion that the act does not conform to the Constitution, therefore, should not apply.

In fact, this position allows the court to choose the easiest way – to apply a law, which is usually quite specific, and not to apply the general, abstract provisions of the Constitution, recognizing the law as non-conforming to the Constitution. In order to conclude that the law of the Constitution of Ukraine is not in conformity, it is necessary to have some courage and to spend extra efforts to substantiate its position – since such a conclusion will often be completely unclear, precisely because of the abstract nature of the provisions of the Constitution.

It is unlikely to be a fuse for a situation where courts simply shy away from resolving the issue of compliance with an act of the Constitution, is the provision of paragraph 2 of the above-mentioned Resolution, which provides that "courts in the consideration of specific cases should assess the content of any law or other legal act in terms of its compliance with the Constitution and in all necessary cases to apply the Constitution as an act of direct action" [10].

Constitutional rights and freedoms of a person and a citizen are directly effective. They define the goals and content of laws and other normative legal acts, the content and direction of the activities of the legislative and executive authorities, local authorities and ensure the protection of justice. Proceeding from this principle and guaranteeing the Constitution of judicial protection of constitutional rights and freedoms, judicial activity is aimed at protecting these rights and freedoms from any encroachments by ensuring timely and qualitative consideration of specific cases. It should be borne in mind that according to

Article 22 the Constitution enshrined in it rights and freedoms of man and citizen are not exhaustive. Since the Constitution of Ukraine, as stated in its Article. 8, has the highest legal force, and its norms are the rules of direct action, the courts when considering specific cases evaluate the content of any law or other legal act in terms of its compliance with the Constitution and in all cases necessary to apply the Constitution as an act of direct action.

The court may on the basis of Article 144 of the Constitution recognize them as not being in conformity with the Constitution or laws of Ukraine, decisions of local self-government bodies, and on the basis of Article 124 of the Constitution – acts of state executive bodies: ministries, departments, local state administrations, etc. The appeal to the Constitutional Court of Ukraine in this case is not required.

Judicial decisions must be based on the Constitution, as well as on the current legislation, which does not contradict it. According to the author, in the previous versions of the procedural codes a complex mechanism was issued that did not provide the court with the opportunity to effectively and quickly use the norms of the Constitution as rules of direct action, namely: "In caset of a doubt in court in the course of consideration of the case on the compliance of the law or another legal act of the Constitution of Ukraine, the decision on the question of constitutionality of which falls within the jurisdiction of the Constitutional Court of Ukraine, the court appeals to the Supreme Court of Ukraine to resolve the issue of the introduction of on the Constitutional Court of Ukraine a submission regarding the constitutionality of a law or other legal act" [11]. Accordingly, the court was deprived of the opportunity to make a decision on the basis of the norms of the Constitution, the procedure for submitting an application to the Constitutional Court of Ukraine was mandatory and, in case of acceptance of such a submission, there was a long procedure for consideration of the question of the constitutionality of the law or other legal act. In fact, all this time, the person who appealed to the court for protection could not hope to solve her case before the Constitutional Court of Ukraine resolved the question of the compliance of a certain legislative act with the Constitution.

As it was already mentioned above, the norms of the Constitution of Ukraine are the rules of direct action (Part 3 of Article 8), and in case of a conflict between them and some other act, including the law, the application, of course, is subject to the rule of the Constitution. On 03.10.2017, the Verkhovna Rada of Ukraine adopted the Law of Ukraine Number 2147–VIII "On Amendments to the Commercial Procedural Code of Ukraine, the Civil Procedural Code of Ukraine, the Code of Administrative Legal Proceedings of Ukraine and Other Legislative Acts", which came into force on December 15, 2017. Thus, in particular, Part 4 of Article 7 of the Criminal Code of Ukraine specifies the conditions under which a court applies the Constitution of Ukraine as a norm of direct action: "If a court concludes that a law or other legal act is contrary to the Constitution of Ukraine, the court does not apply such law or other legal act, norms of the Constitution of Ukraine as rules of direct action. In this case, the court, after a decision is made in the case, appeals to the Supreme Court to resolve the issue regarding the submission to the Constitutional Court of Ukraine of a submission regarding the constitutionality of a law or other legal act assigned to the jurisdiction of the Constitutional Court of Ukraine" [11].

With the adoption of these changes, the courts actually provided an effective mechanism for the application of the norms of the Constitution as rules of direct action, provided the person's right to legal certainty and consideration of the issue raised within a reasonable time.

At the same time, there is a branch of law in which the application of the norms of the Constitution as rules of direct action is justified limited. So, according to Article 3 of the Criminal Code of Ukraine, the legislation of Ukraine on criminal liability is the Criminal Code of Ukraine, which is based on the Constitution of Ukraine and generally recognized principles and norms of international law. That is why the specialists of criminal law occupy a dualistic position – without contesting the universality of the principle of direct effect of constitutional norms, at the same time, they emphasize the necessity of the principle formulated in Part 3 of Article 3 of the Criminal Code of Ukraine. So M. Havroniuk and T. Yakimets point out that no law on criminal liability introducing criminal liability can act autonomously, separately from the Criminal Code of Ukraine [12].

However, it should be taken into account that the crime and punishment of the offense, and especially its "other criminal consequences" are regulated by the norms of not only the Special Part, but also the General Part of the Criminal Code of Ukraine. In this sense, "the law on criminal liability" can be considered a lot of constitutional norms. Now they are implemented in the Criminal Code of Ukraine, which stipulates the absence of direct application by the investigating authorities and the courts of the articles of the Constitution of Ukraine. For example, the content of Art. 59 of the Constitution of Ukraine on the retroactive effect of the law in time is reflected in Articles 4 and 5 of the Criminal Code of Ukraine. If in Art. 27 of the Constitution establishes that everyone has the right to protect their lives and health, life and health of other people from illegal encroachments, then in accordance with this in Art. 36 of the Criminal Code of Ukraine regulates the rights of the person to the necessary defense [13].

There is an opinion that in relation to Part 3 of Article 8 of the Constitution of Ukraine it is necessary to apply a restrictive interpretation, namely to recognize that the effect of this norm does not apply to those norms of the Constitution of Ukraine which establish the criminality or punishment of an act.

Conclusions. The research conducted allows us to formulate the constitutional and legal mechanism of direct effect of the norms of the Constitution of Ukraine, which includes: 1) the norms of direct action in the Constitution are mainly provisions relating to the constitutional rights and freedoms of man and citizen; 2) any appeal to the court for the protection of human rights and freedoms directly on the basis of constitutional norms of direct action should be not only guaranteed, but also implemented; 3) if an international agreement, the consent to which the Verkhovna Rada of Ukraine has made binding, establishes rules other than those established by law, then the rules of the international treaty of Ukraine shall be applied; 4) the direct application of the Constitution of Ukraine if the court concludes that the law or other legal act is contrary to the Constitution of Ukraine and in the further appeal to the Supreme Court for a further resolution. The court has a question about the constitutionality of the relevant act; restrictive interpretation of the norms of the Constitution as norms of direct action against those who establish the crime or punishment of the act.

According to the author, the introduction of legislative amendments proposed by the President of Ukraine to the procedural legislation, in particular, regarding the introduction of norms according to which, in the event that the court concludes that a law or other legal act is contrary to the Constitution of Ukraine, the court does not apply such law or other legal act, but applies the norms of the Constitution of Ukraine as rules of direct action (Article 10 of the Civil Code of Ukraine, Article 7 of the CAS Ukraine) will provide an opportunity to revive the norms of Art. 8 of the Constitution of Ukraine, which until then had been used by courts fairly quorum, in most cases as banquet rules.

**References:**

1. Монтескье Ш. О духе законов. Избранные произведения. М.: Госполитиздат, 1995. 463 с.
2. Антологія лібералізму: політико-правничі вчення та верховенство права / упор.: С. Головатий, М. Козюбра, О. Сироїд; відп. ред. С. Головатий; наук. ред.: С. Головатий, О. Сироїд, О. Волкова, А. Черевко; вст. сл. С. Головатого. К.: Книги для бізнесу, 2008. 992 с.
3. Конституційне право України / за ред. В. Тація, В. Погорілка, Ю. Тодики. К.: Укр. центр правничих студій, 1999. 376 с.
4. Принцип верховенства права у діяльності держави та в адміністративному праві / відп. ред. В. Авер'янов. К.: Конус-Ю, 2008. 311 с.
5. Шаповал В. Теоретичні проблеми реалізації норм Конституції України. Право України. 1997. № 6. С. 4 –9.
6. Ротань В. та ін. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: в 4-х т. Т. 4: Методологія тлумачення нормативно-правових актів України. Київ: Юридична книга; Севастополь: Ін-т юрид. дослід, 2008.
7. Тацій В., Петришин О., Барабаш Ю. Конституція України. Науково-практичний коментар. Харків: Право. 2011. 236 с.
8. Конституційне право України / за ред. В. Тація, В. Погорілка, Ю. Тодики. К.: Укр. центр правничих студій, 1999. 376 с.
9. Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя: постанова Пленуму Верховного Суду України № 9 від 1 листопада 1996 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96.
10. Застосування судами актів, що суперечать Конституції України, за відсутності їх визнання неконституційними Конституційним Судом України, А. Мірошниченко, д. ю. н., проф., зав. кафедри земельного та аграрного права юридичного факультету КНУ імені Тараса Шевченка. URL: https:// www.amm.org.ua/.../Miroshnychenko_Zastosuvanja_activ_shcho_superechat_Konstit.
11. Кодекс адміністративного судочинства, у редакції від 7 січня 2018 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2747-15.
12. Антипов В. Щодо проблеми прямої дії конституційних норм у кримінальному праві. URL: http://referat-ok.com.ua/pravo/antipov-vv-shchodo-problemi-pryamoji-diji-konstituciinih-norm-u-kriminalnomu-pravi.
13. Кримінальний кодекс України, у редакції від 12 січня 2018 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Brezina Tetiana Mykolaivna** – Postgraduate Student at the Department of Constitutional Law and Comparative Law Faculty of Law of Uzhhorod National University, Judge of Chernivtsi Regional Administrative Court

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

**Брезіна Тетяна Миколаївна** – аспірант кафедри конституційного права та порівняльного правознавства юридичного факультету ДВНЗ «Ужгородський національний університет», суддя Чернівецького окружного адміністративного суду

*brezina@ukr.net*

УДК 342.7

# КОНСТИТУЦІЙНІ ГАРАНТІЇ СОЦІАЛЬНИХ СТАНДАРТІВ В УКРАЇНІ

**Ігор ПИРОГА,**
кандидат юридичних наук,
докторант кафедри конституційного права та порівняльного правознавства
Ужгородського національного університету

**АНОТАЦІЯ**

У статті проаналізовано зміст понять «прожитковий мінімум» і «мінімальна заробітна плата» в контексті забезпечення прав і свобод, гарантованих громадянам Конституцією України. Запропоновано нове визначення цих понять через призму забезпечення мінімальних соціальних гарантій держави та їх імплементація в законодавстві. Сформульовано зміни до законів, які визначають зміст понять «прожитковий мінімум», «заробітна плата», «мінімальна заробітна плата» та гарантії забезпечення цих виплат. Обґрунтовано оптимальне співвідношення між прожитковим мінімумом і мінімальною заробітною платою на підставі індексу людського розвитку, Законів України та Конвенції МОП № 102.

**Ключові слова:** право на житло, соціальний захист, достатній життєвий рівень, свободи, конституційні гарантії, мінімальна заробітна плата, прожитковий мінімум

## CONSTITUTIONAL GUARANTEES OF SOCIAL STANDARDS IN UKRAINE

**Ihor PYROHA,**
Candidate of Law Sciences,
Doctoral Candidate of the Chair of Constitutional Law and Comparative Law
of Uzhhorod National University

**SUMMARY**

The article analyzes the meaning of the concepts of subsistence minimum and minimum wages in the context of ensuring the rights and freedoms guaranteed to citizens by the Constitution of Ukraine. A new definition of these concepts is proposed due to the prism of ensuring the minimum social guarantees of the state and their implementation in the legislation. The amendments to laws that define the meaning of the concepts of living wage, wages, minimum wages and guarantees of its provision are formulated. The optimal correlation between the subsistence minimum and the minimum wage based on the Human Development Index, the Law of Ukraine and the ILO Convention No. 102 were substantiated.

**Key words:** right to housing, social protection, adequate standard of living, freedom, constitutional guarantees, minimum wage, subsistence minimum.

**REZUMAT**

Articolul analizează conținutul conceptelor de „salarizare în viață” și „salariu minim” în contextul asigurării drepturilor și libertăților garantate cetățenilor de către Constituția Ucrainei. O nouă definiție a acestor concepte este propusă prin prisma asigurării garanțiilor sociale minime de stat și a implementării acestora în legislație. Modificările se fac în legile care definesc conținutul noțiunilor de „minim de existență”, „salarii”, „salarii minime” și garanții pentru asigurarea acestuia. Se justifică echilibrul optim dintre minimul de subzistență și salariul minim pe baza Indicele Dezvoltării Umane, Legii Ucrainei și Convenției OIM nr.102.

**Cuvinte cheie:** dreptul la locuință, protecția socială, un standard de viață adecvat, libertatea, garanțiile constituționale, salariul minim, minimul de existență.

**Постановка проблеми.** Основний Закон України, проголосивши Україну соціальною, правовою державою, визначив зміст і спрямованість діяльності держави, зокрема її обов’язок щодо утвердження, забезпечення і гарантування прав і свобод людини (статті 1, 3) [10]. Згідно з Конституцією України держава забезпечує соціальну спрямованість економіки (частина четверта статті 13), що є основою для реалізації соціальних прав громадян, на соціальний захист та достатній життєвий рівень. Відповідно до Основного Закону України: «кожен має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім’ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло» (стаття 48), «пенсії, інші види соціальних виплат та допомоги, що є основним джерелом існування, мають забезпечувати рівень життя, не нижчий від прожиткового мінімуму, встановленого законом» (частина третя статті 46). Положення цих статей Основного Закону України конкретизують конституційне визначення України як соціальної держави, що передбачає участь суспільства в утриманні тих осіб, які через непрацездатність або з інших незалежних від них причин не мають достатніх засобів для існування [11].

**Актуальність теми дослідження.** Відповідно до Європейської Соціальної Хартії (переглянутої) [1] Україна визнає метою своєї політики, яку вона запроваджуватиме всіма відповідними засобами як національного, так і міжнародного характеру, досягнення умов, за яких можуть ефективно здійснюватися такі права та принципи: «<…> 4. Усі працівники мають право на справедливу винагороду, яка забезпечить достатній життєвий рівень для них самих та їхніх сімей; <…> 31. Кожна людина має право на житло».

Формально положення Конституції України відповідають положенням Європейської Соціальної хартії. Однак тлумачення понять «справедлива винагорода» і «достатній життєвий рівень для працівників і членів їх сімей» є надто специфічним. Ось як це виглядає на практиці в порівнянні з іншими країнами Європи:

За рівнем мінімальної заробітної плати Україна впритул наблизилася до бідніших країн Африки. Хоча з 1 січня 2017 р. номінальна мінімальна заробітна плата зросла у 2 рази (до 100 €), через подорожчання комунальних послуг, газу, електроенергії і товарів мінімального споживчого кошика рівень життя, який забезпечує подвоєна мінімальна заробітна плата, практично не змінився. Про це свідчить кількість отримувачів субсидій на оплату житлово-комунальних послуг. У січні 2017 року таких сімей було 7,5 млн – понад 50% сімей країни. Ще 1,5 млн сімей, за розрахунками міністерства, мали право на оформлення «невеликої субсидії», але не скористалися ним [12]. На початку року понад 60% сімей в Україні потребували субсидій на оплату житлово-комунальних послуг.

Щодо забезпечення права на житло, ні положення Конституції, ні ратифікація Європейської соціальної хартії урядом України не приймається до уваги як напрямок діяльності. Під «мінімальною зарплатою» можна розуміти будь-яку суму, яка виплачується працівнику. Однак ця цифра (навіть проголосована Верховною Радою України) не має ніякого значення, якщо не дано визначення понять «прожитковий мінімум» і «мінімальна зарплата».

**Метою і завданням статті** є аналіз змісту понять «прожитковий мінімум» і «мінімальна заробітна плата» в контексті забезпечення прав і свобод, гарантованих громадянам Конституцією України, та пошук нового визначення цих понять через призму забезпечення мінімальних соціальних гарантій держави та їх імплементація в законодавстві.

**Виклад основного матеріалу.** Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 06.12.2016 р. № 1774-VIII в Кодексі законів про працю України (далі – КЗпП) та Законі України «Про оплату праці» від 24.03.1995 р. № 108/95-ВР викладено в новій редакції визначення поняття «мінімальна заробітна плата». Мінімальна заробітна плата – це встановлений законом мінімальний розмір оплати праці за виконану працівником місячну (годинну) норму праці. Мінімальна заробітна плата встановлюється одночасно в місячному та погодинному розмірах. Досі мінімальна зарплата визначалася як розмір зарплати за просту некваліфіковану працю, нижче якого не могла провадитися оплата. З нового року визначення «мінімалки» не містить прив'язки до некваліфікованої праці.

Мінімальна заробітна плата повинна визначатися на основі мінімальних соціальних стандартів, а не цифрою, визначеною голосуванням у залі Верховної Ради. Як нам видається, визначення мінімальної заробітної плати повинно забезпечити розгорнуте тлумачення змісту ст. 48 Конституції України, тобто визначення поняття «мінімальна заробітна плата» повинно відповісти на питання: що розуміється під конституційними нормами забезпечити «достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло».

Офіційне тлумачення поняття «достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло» дано в Постанові КМУ від 11 жовтня 2016 р. № 780 [13] (раніше діяла Постанова Кабінету міністрів України № 656 від 14 квітня 2000 р.) «Про затвердження наборів продуктів харчування, наборів непродовольчих товарів та наборів послуг для основних соціальних і демографічних груп населення» (далі – споживчий кошик). Вартість цього набору визначила розмір мінімальної зарплати. Розмір мінімальної місячної зарплати 3200 грн установлено Законом про Держбюджет 2017 р. (від 21.12.2016 р. № 1801-VIII). Закон України «Про оплату праці» доповнено статтею 31, якою визначено гарантії забезпечення мінімальної заробітної плати – розмір заробітної плати працівника за повністю виконану місячну (годинну) норму праці не може бути нижчим за розмір мінімальної заробітної плати. Під час обчислення розміру заробітної плати працівника для забезпечення її мінімального розміру не враховуватимуться доплати за роботу в несприятливих умовах праці та підвищеного ризику для здоров'я, за роботу в нічний та надурочний час, роз'їзний характер робіт, премії до святкових і ювілейних дат. Водночас надбавка за інтенсивність праці, використання в роботі іноземних мов можуть ураховуватися.

Згодом з'ясувалося, що вартість товарів споживчого кошика насправді визначає розмір прожиткового мінімуму. В Законі України «Про прожитковий мінімум» № 966-XIV від 15.07.1999 р. він визначений так: «Прожитковий мінімум – вартісна величина достатнього для забезпечення нормального функціонування організму людини, збереження його здоров'я, набору продуктів харчування (далі – набір продуктів харчування), а також мінімального набору непродовольчих товарів (далі – набір непродовольчих товарів) та мінімального набору послуг (далі – набір послуг), необхідних для задоволення основних соціальних і культурних потреб особистості» [3]. На виконання Постанови КМУ від 11 жовтня 2016 р. № 780 Мінсоцполітики видало Наказ № 178/147/31 від 03.02.2017 р. «Про затвердження Методики визначення прожиткового мінімуму» (раніше діяв Наказ № 109/95/157 від 17.05.2000 р. «Про затвердження Методики визначення прожиткового мінімуму на одну особу та для осіб, які відносяться до основних соціальних і демографічних груп населення»).

У ст. 1 Закону України «Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії» [4] дано визначення

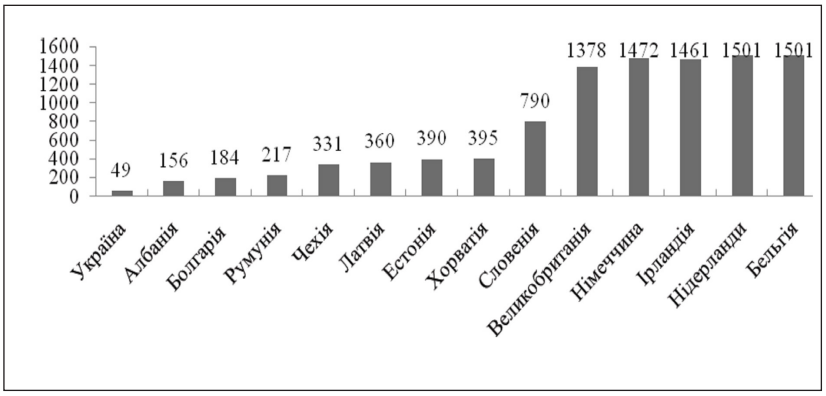


**Рис. 1. Мінімальна заробітна плата у деяких Європейських країнах і Україні в 2015 р., євро [2]**

поняття: «Прожитковий мінімум – вартісна величина достатнього для забезпечення нормального функціонування організму людини, збереження його здоров'я набору продуктів харчування, а також мінімального набору непродовольчих товарів та мінімального набору послуг, необхідних для задоволення основних соціальних і культурних потреб особистості». Визначений так прожитковий мінімум дозволяє реалізувати конституційне право особи на життя (ст. 27 КУ). Виходячи з визначення прожиткового мінімуму, очевидно, що вартість споживчого кошика якраз і визначає розмір прожиткового мінімуму.

Оскільки вартість споживчого кошика станом на 01.01.17 р. дорівнює 3200 грн, то відповідно до роз'яснення Конституційного суду України від 22.05.2008 р. № 10-рп/2008 [5] прожитковий мінімум для працюючих осіб підлягає збільшенню на розмір податку на доходи фізичних осіб. Насправді ж в Україні справляється податок на доходи фізичних осіб за ставкою 18% незалежно від розміру зарплати. Тому мінімальна зарплата 3200 грн насправді є нижчою від прожиткового мінімуму на 18%. Рішення Конституційного суду жодного разу не було виконано. Не планується його виконання і у 2018 р.

У споживчому кошику відсутні затрати на купівлю або оренду житла. Напевно, визначаючи наповнення споживчого кошика, передбачалося, що особи, які отримують доходи в розмірі прожиткового мінімуму, вже мають житло. Це означає, що прожитковий мінімум може застосовуватися для визначення мінімального розміру пенсії (за промовчанням вважається, що до виходу на пенсію проблема забезпечення житлом уже вирішена для всіх пенсіонерів, і з пенсії не справляється податок на доходи фізичних осіб), але не може визначати мінімальний розмір заробітної плати. Ототожнюючи 82% прожиткового мінімуму і мінімальну зарплату, передбачається, що працівник, який отримує мінімальну зарплату, повинен жити на вулиці або держава має забезпечити йому соціальне житло.

Зобов'язання держави закріплено у статті 47 КУ: «Кожен має право на житло. Держава створює умови, за яких кожний громадянин матиме змогу побудувати житло, придбати його у власність або взяти в оренду». Мінімальна зарплата позбавляє людину гарантованих конституцією прав, а державу – обов'язків створити належні умови: за мінімальну зарплату не можна ні побудувати, ні придбати, ні взяти житло в оренду.

Під час ототожнення 82% прожиткового мінімуму і мінімальної заробітної плати не береться до уваги сім'я, оскільки такий розмір оплати праці не може забезпечити «достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло». Фактично в законодавстві встановлюється заборона на створення сім'ї особами, які одержують мінімальну заробітну плату. Пунктом 2 статті 51 КУ передбачені обов'язки батьків і дітей: «Батьки зобов'язані утримувати дітей до їх повноліття. Повнолітні діти зобов'язані піклуватися про своїх непрацездатних батьків». Ні батьки, ні діти не можуть виконати ці зобов'язання, якщо вони працюватимуть за мінімальну зарплату. Такі сім'ї повинні одержувати доплату на дітей від держави, а діти – доплату (якщо йдеться про матеріальне забезпечення) для піклування про своїх батьків. Розмір доплат на кожну неповнолітню дитину має дорівнювати принаймні вартості товарів/послуг, включених до мінімального споживчого кошика для дітей відповідного віку. Причому така доплата повинна здійснюватися до досягнення дитиною повноліття. Доплата дітям із мінімальними доходами для піклування про батьків повинна дорівнювати різниці між прожитковим мінімумом для осіб, які втратили працездатність, і розміром отримуваної пенсії.

Йдеться про те, що сім'я, в якій працює двоє батьків, кожен з яких отримує мінімальну зарплату, повинна мати можливість забезпечити прожитковий мінімум для кожного члена сім'ї. А мінімальна пенсія не повинна бути меншою за розмір прожиткового мінімуму.

З 14 стандартів соціальних норм, які використовують співробітники ООН під час розрахунку індексу людського розвитку (ІЛР) країн та аналізу й прогнозування соціально-політичної ситуації у тій чи іншій державі, є норма, яка визначає сумарний коефіцієнт народжуваності: кількість дітей, народжених кожною жінкою впродовж усього репродуктивного періоду 15–49 років, оптимальна величина якого має знаходитися на рівні 2,14–2,15. Слід брати до уваги, що для простого відтворення населення сумарний коефіцієнт народжуваності повинен бути не менше 2,2–2,3 дитини. Коефіцієнт 2,14–2,15 фактично і визначає нижню межу допустимого співвідношення між розміром мінімальної зарплати і прожитковим мінімумом. Сумарний коефіцієнт народжуваності передбачає, що мінімальна зарплата повинна дорівнювати не менше ніж 2,14 прожиткових мінімумів.

З іншого боку, співвідношення між мінімальною зарплатою і прожитковим мінімумом визначається законом «Про пенсійне забезпечення». До пенсійної реформи 2017 р. середній пенсійний стаж дорівнював 30 років, а коефіцієнт оцінки одного року стажу – 1,35. Добуток цих величин визначав частку заробітної плати, яка повинна виплачуватися у вигляді пенсії, тобто 1,35x30=0,405 або 40,5%. Показник 40% має соціальне й економічне обґрунтування. Соціальне обґрунтування полягає в тому, що людина не може адаптуватися до життя на пенсії, якщо її розмір нижчий за 40% від одержуваної зарплати до виходу на пенсії. Розмір пенсій 40% по відношенню до заробітної плати відповідає Конвенції МОП № 102 «Про мінімальні норми соціального забезпечення» [6]. Застосування цієї норми в Україні мало певну специфіку. Для визначення розміру пенсії враховувалася заробітна плата, яку одержував працівник за три роки, що передували року виходу на пенсію. У разі двозначної інфляції такий метод обчислення розміру пенсії фактично означав зменшення реального розміру пенсії нижче 30% від розміру заробітної плати.

Економічне обґрунтування розміру пенсійних виплат у 40% полягає в тому, що якщо протягом 30 років людина здійснює відрахування до Пенсійного Фонду, то сплачених внесків повністю вистачає для виплат пенсії 40% від зарплати протягом 18 років (планова середня тривалість життя після виходу на пенсію). Реальна середня тривалість життя в Україні на 6,6 років менша і становить 71,4 роки (а не 78 років). Жінки в Україні живуть значно довше, ніж чоловіки. Середньостатистичний український чоловік живе 66,4 роки, а жінка – 76,3 роки (також менше 78 років). Різниця – майже десятиліття! У той час, як у розвинених європейських країнах ця різниця становить від 3 до 5 років [14].

Після реформи пенсійного забезпечення 2017 року і соціальними, і економічними стандартами знехтували. Страховий стаж підняли до 35 років (поступово), а коефіцієнт оцінки одного року стажу знизили до 1. У результаті розмір пенсії знизили до 35% від заробітної плати і одночасно збільшили мінімальний страховий стаж на 5 років у порівнянні із середнім стажем до реформи, що у 2,33 рази більше мінімального трудового стажу до реформи (15 років). Пенсійна реформа істотно звузила соціальні гарантії держави всупереч ст. 22 КУ, яка передбачає: «При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод». Ці 35% пенсії визначають розмір мінімальної заробітної плати рівним 2,86 прожитковим мінімумам.

Отже, мінімальні соціальні стандарти, передбачені міжнародними нормами, які схвалені в Україні, передбачають розмір мінімальної пенсії, що дорівнює вартості споживчого кошика (для осіб, які втратили працездатність), при

цьому розмір мінімальної зарплати повинен бути вищим у 2,11–2,86 разів від розміру прожиткового мінімуму. Вище цитована Конвенція МОП № 102 «Про мінімальні норми соціального забезпечення» передбачає це відношення рівним 2,5 разів. Щоправда, прожитковий мінімум передбачається також вищим.

Під час розрахунку ІЛР закладається мінімальний рівень погодинної заробітної плати – не менше 3 дол. США за паритетом купівельної спроможності (ПКС). Відповідно до цієї норми мінімальна заробітна плата повинна дорівнювати приблизно 500 дол. США, а мінімальна пенсія – 200 дол. США за паритетом купівельної спроможності.

Бюджетом України на 2018 рік передбачений розмір мінімальної заробітної плати – 3723 грн. При цьому прожитковий мінімум для працездатних осіб з 1 січня – 1762 грн, з 1 липня – 1841 грн, а з 1 грудня – 1921 грн. Загалом, уряд правильно оцінює співвідношення між мінімальною заробітною платою і прожитковим мінімумом, проте його оцінка спирається не на соціальні стандарти, а на прості арифметичні розрахунки, які забезпечать бездефіцитність бюджету Пенсійного Фонду України (ПФУ). Відношення мінімальної зарплати до прожиткового мінімуму в бюджеті 2018 р. планується: з 1 січня – 2,11; з 1 липня – 2,02; з 1 грудня – 1,94. Однак зміст поняття «прожитковий мінімум» не ґрунтується на мінімальних соціальних стандартах. В основу стандартів соціального забезпечення покладається розмір прожиткового мінімуму, який визначається вартістю набору лише продуктів харчування, включених до мінімального споживчого кошика. Станом на серпень 2017 року вартість продуктового набору мінімального споживчого кошика становила 1026 грн [15]. Оскільки арифметичні розрахунки не враховують потреб на виплату комунальних послуг, доводиться запроваджувати субсидії для 60% сімей в Україні. «На кінець вересня 2017 р. вибрано 59 млрд. грн субсидій із 61,173 млрд. грн, закладених у бюджеті на 2017 рік. Тобто субсидії вибрані до початку опалювального сезону за три місяці до кінця 2017 року».

Стаття 3. Закону України «Про оплату праці» [7] так трактує поняття: «Мінімальна заробітна плата – це встановлений законом мінімальний розмір оплати праці за виконану працівником місячну (годинну) норму праці». Стаття 9 цього закону визначає умови визначення розміру мінімальної заробітної плати, зокрема: «Розмір мінімальної заробітної плати визначається з урахуванням потреб працівників та їх сімей, вартісної величини достатнього для забезпечення нормального функціонування організму працездатної людини, збереження її здоров'я, набору продуктів харчування, мінімального набору непродовольчих товарів та мінімального набору послуг, необхідних для задоволення основних соціальних і культурних потреб особистості, а також загального рівня середньої заробітної плати, продуктивності праці та рівня зайнятості».

Мінімальна заробітна плата встановлюється в розмірі, не нижчому від розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб.

У статті 9 Закону України «Про оплату праці» формально враховано фактори, які впливають на розмір мінімальної заробітної плати і передбачені ст. 3 Конвенції МОП № 131 [8]. Одночасно відзначимо деяку суперечність абзаців першого і другого цієї статті: вимога закону про встановлення мінімальної заробітної плати, рівної прожитковому мінімуму, не відповідає змісту першого абзацу, який передбачає врахування потреб працівника та його сім'ї. Прожитковий мінімум на одну особу не передбачає наявність сім'ї.

Якогось співвідношення між середньою і мінімальною зарплатою закон також не передбачає, що створює передумови для формування тіньового фонду оплати праці, з якого не справляється єдиний соціальний внесок і податок на доходи фізичних осіб. З іншого боку, збільшується число осіб, які потребують соціального захисту. При такому рівні оплати праці соціального захисту державою потребують не лише особи, які мають право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом, але й особи, які змушені існувати на підвищену вдвічі мінімальну заробітну плату 3200 грн. Прожитковий мінімум у 1600 грн, затверджений у розмірі половини вартості споживчого кошика, не дотягує до рівня фізіологічного мінімуму, оскільки не включає затрати на оплату основних послуг (комунальних, транспортних тощо). При таких соціальних стандартах дотацій на оплату житлово-комунальних послуг потребує 60% сімей в Україні. Очевидно, що наявний стан справ з оплатою праці і, як наслідок, розмірів пенсій явно ненормальний.

У виробництві і торгівлі недоліки в системі оплати праці виправляються елементарно – заробітна плата працівників формується із двох складових: офіційна заробітна плата на рівні мінімальної; додаткова заробітна плата в конвертах, розмір якої практично дорівнює офіційній зарплаті або й більший. Наслідком є тіньова економіка, розмір якої за різними оцінками складає близько 50% (1,1 трлн. грн у 2016 р.) [16]. Розміри тіньової економіки підтверджують висновки про те, що легальна заробітна плата у сфері виробництва/торгівлі складає менше половини реальних виплат. Це означає, що надходження до Пенсійного Фонду України можна доволі просто подвоїти.

Тіньова економіка створює три основні проблеми в державі:

1. Корупція у сфері державного супроводу господарської діяльності (податкові й митні органи, інші контролюючі органи). Приховати половину економіки можна лише в тому випадку, якщо купити право не сплачувати податки і збори. Частка тіньового сектора економіки в Україні красномовно свідчить про те, що купити право не виконувати закон дешевше, ніж його виконати;

2. Корупція у сфері державних закупівель товарів, робіт/послуг. Законодавство допускає примітивні способи розкрадання бюджетних коштів, а часто просто крадіжки з бюджету мільярдних сум;

3. Корупція в бюджетній сфері. Оскільки в бюджетній сфері значного тіньового фонду оплати праці практично немає, доплату на забезпечення мінімальних фізіологічних потреб можна одержати в обмін на різноманітні послуги (так звана побутова корупція).

Спроби вирішення трьох вищеназваних основних проблем виключно репресивними методами породжують четверту і п'яту основні проблеми:

4. Корупція у правоохоронних органах.

5. Корупція в судах.

Головна причина цих проблем – недоліки в законодавстві: надто низька частка оплати праці в доданій вартості та підвищена частка прибутків, зокрема й за рахунок тіньового сектора. Суть недоліків законодавства сформулював англійський публіцист XIX ст. Т. Дж. Даннінг, який привів наступні спостереження: «Капітал боїться відсутності прибутку або занадто маленькою прибутку, як природа боїться порожнечі. Але раз є в наявності достатній прибуток, капітал стає сміливим. Забезпечте 10 відсотків, і капітал згоден на всяке застосування, при 20 відсотках він стає жвавим, при 50 відсотках позитивно готовий зламати собі голову, при 100 відсотках він нехтує всіма людськими законами <...>». В Україні ситуація набагато сприятливіша, оскільки особливо прибутковим бізнесом є податкова сфера, яка забезпечує надприбутки при нульових затратах капіталу і праці.

Найпершим кроком на шляху вдосконалення законодавства є зміна підходів до визначення понять «заробітна плата» і «середня заробітна плата». У процесі еволюції зміст поняття «заробітна плата» зазнав істотних змін. Д. Рікардо розумів заробітну плату лише як грошовий вираз мінімуму засобів існування [9]. Сучасні автори трактують заробітну плату як засіб задоволення матеріальних і духовних потреб, як інструмент стимулювання до праці. Сьогодні найбільш поширеним можна вважати визначення заробітної плати, подане в Законі України «Про оплату праці»: «Заробітна плата – це винагорода, обчислена, як правило, у грошовому виразі, яку за трудовим договором власник або уповноважений ним орган виплачує працівникові за виконану ним роботу». З таким визначенням погодитися важко. Заробітна плата не є винагородою. Це скоріше грошовий еквівалент, який виражає вклад особи в кінцевий результат, або дохід на фактор виробництва – праця. Кінцевим результатом є заново створена додана вартість. У статті 3 Закону України «Про оплату праці» слід визначити зміст поняття «заробітна плата» і «фонд оплати праці», виклавши їх у такій редакції:

Стаття 3. Заробітна плата

Заробітна плата – це частина фонду оплати праці, яка відображає персональний вклад працівника.

Фонд оплати праці – це дохід на фактор виробництва – праця (частина доданої вартості).

У статті 31 Закону України «Про оплату праці» необхідно визначити державні гарантії забезпечення мінімального розміру заробітної плати, виклавши її в такій редакції (замість абзацу 1 ввести нові абзаци 1 і 2):

Стаття 31. Мінімальна заробітна плата і гарантії її забезпечення

Мінімальний розмір заробітної плати працівника за повністю виконану місячну (годинну) норму праці не може бути нижчим за 2,5 прожиткових мінімуми.

Мінімальна заробітна плата є державною соціальною гарантією, обов'язковою на всій території України для підприємств усіх форм власності і господарювання та фізичних осіб, які використовують працю найманих працівників, за будь-якою системою оплати праці.

Пункт 2 стаття 5 Конвенції МОП № 117 «Про основні цілі та норми соціальної політики» визначає основні складові мінімального споживчого кошика, вартість якого дорівнює прожитковому мінімуму: «2. При встановленні прожиткового мінімуму беруться до уваги такі основні сімейні потреби працівників, як продукти харчування та їхня калорійність, забезпечення житлом, одяг, медичне обслуговування та освіта». Врахування цих вимог доцільно включити окремим пунктом ст. 9 Закону України «Про оплату праці», виклавши її в такій редакції:

Стаття 9. Прожитковий мінімум

Прожитковий мінімум визначається вартістю товарів/послуг, включених до споживчого кошика для працездатних осіб.

Споживчий кошик визначається з урахуванням потреб працівників та їх сімей і включає набір товарів/послуг, достатній для забезпечення нормального функціонування організму працездатної людини, збереження її здоров'я, набір продуктів харчування, мінімальний набір непродовольчих товарів та мінімальний набір послуг, у тому числі комунальних послуг, необхідних для задоволення основних соціальних і культурних потреб особистості (соціальний мінімум).

Гривневий еквівалент прожиткового мінімуму підлягає щоквартальній 100% індексації на рівень інфляції.

Оскільки в Україні практично відсутні механізми ціноутворення, будь-яка зміна соціальних стандартів (і не тільки) автоматично тягне за собою зростання цін. Якщо ніякі механізми ціноутворення запроваджені не будуть, під час визначення гривневого еквіваленту прожиткового мінімуму в Бюджеті України на відповідний рік слід виходити з вартості товарів/послуг, включених до споживчого кошика.

У подальшому підвищення соціальних стандартів слід здійснювати виключно у спосіб, який передбачає доповнення мінімального споживчого кошика новими товарами/послугами і/або збільшенням норм споживання товарів/послуг, включених до кошика раніше. На першому етапі до мінімального споживчого кошика слід включити затрати на оплату житлово-комунальних послуг принаймні в межах сум, що виділяються сьогодні на субсидії. Прожитковий мінімум має зростати такими темпами, щоб упродовж року-двох забезпечити перехід до повної оплати комунальних послуг за рахунок власних коштів громадян.

**Висновки.** Виконання зобов'язань щодо забезпечення соціальних гарантій населення, передбачених Конституцією України і Конвенцією МОП № 102 «Про мінімальні норми соціального забезпечення», вимагає внесення змін до статей 3, 31 і 9 Закону України «Про оплату праці», які запропоновані у статті. Розмір прожиткового мінімуму пропонується визначити через вартість товарів/послуг, включених до споживчого кошика, і передбачити щоквартальну 100% індексацію на рівень інфляції. Соціальні стандарти запропоновано підвищувати виключно у спосіб, який передбачає доповнення споживчого кошика або новими товарами/послугами, або збільшенням норм споживання, раніше включених до споживчого кошика товарів/послуг. Мінімальна заробітна плата повинна дорівнювати 2,5 прожитковим мінімумам.

**Список використаної літератури:**

1. Європейська соціальна хартія (переглянута). Страсбург, 3 травня 1996 року {Хартію ратифіковано із заявами Законом № 137-V від 14.09.2006 }. Відомості Верховної Ради України. 2006. № 43. С. 418.

2. Статівка Н.В., Надточій А.О. Причини та наслідки зниження рівня життя населення в Україні. Актуальні проблеми державного управління. 2016. № 1 (49). С. 1–9.

3. Щодо удосконалення Закону України «Про прожитковий мінімум». Аналітична записка. URL: http://www.niss.gov.ua/articles/1642/

4. Закон України «Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії». Відомості Верховної Ради України. 2000. № 48. С. 409.

5. Рішення Конституційного Суду у справі за конституційними поданнями Верховного Суду України № 10-рп/2008 від 22.05.2008 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-08

6. Конвенція про мінімальні норми соціального забезпечення № 993_011. Конвенцію ратифіковано із заявою Законом ВР № 1024-VIII від 16.03.2016 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/993_011/page2

7. Закон України «Про оплату праці» № 108/95-вр. Відомості Верховної Ради України. 1995. № 17. С. 121. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main/108/95-%D0%B2%D1%80

8. Конвенція Міжнародної організації праці № 131 про встановлення мінімальної заробітної плати з особливим урахуванням країн, що розвиваються. Конвенцію ратифіковано Законом N 2997-IV ( 2997-15 ) від 19.10.2005 р. Відомості Верховної Ради. 2006. № 2–3. С. 40.

9. Стиглер Дж. Рикардо и 93%-ная трудовая теория ценности. Вехи экономической мысли. Теория потребительского поведения и спроса / под ред. В.М. Гальперина. СПб.: Экономическая школа, 2000. Т. 3. С. 162–177.

10. Конституція України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80

11. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням правління Пенсійного фонду України щодо офіційного тлумачення положень статті 1, частин першої, другої, третьої статті 95, частини другої статті 96, пунктів 2, 3, 6 статті 116, частини другої статті 124, частини першої статті 129 Конституції України, пункту 5 частини першої статті 4 Бюджетного кодексу України, пункту 2 частини першої статті 9 Кодексу адміністративного судочинства України в системному зв'язку з окремими положеннями Конституції України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-12/paran54#n54/

12. Все про нову субсидію: кому, скільки, за що, хто заплатить. URL: https://www.epravda.com.ua/publications/2017/10/24/630397//

13. Потребительская корзина 2017 возмутила украинцев. URL: https://styler.rbc.ua/rus/zhizn/potrebitelskaya-korzina-2017-vozmutila-ukraintsev-1478595409.html

14. Фахівці запевняють, що тривалість життя в Україні зросла. URL: http://expres.ua/news/2017/02/11/227551-fahivci-zapevnyayut-tryvalist-zhyttya-ukrayini-zrosla

15. Як зростав у ціні продуктовий кошик українця. URL: https://www.slovoidilo.ua/2017/08/19/infografika/suspilstvo/yak-zrostav-czini-produktovyj-koshyk-ukrayincya

16. Теневая экономика Украины стала третьей в мире по размерам. URL: https://ru.tsn.ua/groshi/tenevaya-ekonomika-ukrainy-stala-tretey-v-mire-po-razmeram-smi-1024660.html

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

**Пирога Ігор Степанович** – кандидат юридичних наук, докторант кафедри конституційного права та порівняльного правознавства Ужгородського національного університету

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Pyroha Ihor Stepanovych** – Candidate of Law Sciences, Doctoral Candidate of the Chair of Constitutional Law and Comparative Law of Uzhhorod National University

*maksa7@meta.ua*

# АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

УДК 342.9

## ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ПРОЦЕДУР ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ В УКРАЇНІ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ

**Оксана КОСТЕНКО,**
аспірант, викладач кафедри загальноправових дисциплін та адміністрування
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

**АНОТАЦІЯ**

У статті проводиться правовий аналіз процедури публічних закупівель в Європейському Союзі з метою їх порівняння з чинним законодавством України. Приділено увагу нормативним актам, які регулюють державні закупівлі в Європейському Союзі, визначено їхній вплив на українське законодавство в даній сфері. Також у статті проведено порівняльний аналіз цілей і загальних засад здійснення публічних закупівель в Україні й Європейському Союзі. Доводиться теза про відсутність суттєвої різниці між поглядами законодавця на мету здійснення державних закупівель в Україні та в Європейському Союзі. Зазначається недостатній рівень в Україні законодавчої визначеності щодо термінології, яка вживається під час проведення тендерів, наявна певна невідповідність законодавства України та Європейського Союзу, визначено необхідність подальшої гармонізації національного законодавства.

**Ключові слова:** державні закупівлі ЄС, публічні закупівлі, директиви, прозорість процедури закупівлі, регулювання державного замовлення.

## COMPARATIVE AND LEGAL ANALYSIS OF PROCEDURES FOR PUBLIC PROCUREMENT IN UKRAINE AND THE EUROPEAN UNION

**Oksana KOSTENKO,**
Postgraduate Student, Lecturer at the Department of General law Disciplines and Administration
of Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs

**SUMMARY**

The article analyzes the public procurement procedure in the European Union in order to compare them with the current legislation of Ukraine. Attention was paid to the normative acts regulating European Union public procurement, their role in the Ukrainian legislation in this area was determined. Also, the article compares the objectives and principles of public procurement in Ukraine and the European Union have no thesis about the fundamental difference between the views of the legislator for the purpose of public procurement in the European Union and Ukraine. At the same time, the article indicates the lack of legal certainty in Ukraine regarding the terminology used during tenders, a certain inconsistency of the legislation of Ukraine and the European Union, the need for further harmonization.

**Key words:** EU public procurements, public procurement, directives, transparency of procurement procedure, regulation of government procurement.

**REZUMAT**

Articolul analizează procedura achizițiilor publice în Uniunea Europeană (denumită în continuare UE), în vederea comparării lor cu legislația actuală a Ucrainei. Se acordă atenție actelor normative care reglementează achizițiile publice ale UE, rolul lor în legislația ucraineană în acest domeniu este definit. Articolul compară, de asemenea, obiectivele și principiile generale ale achizițiilor publice în Ucraina și UE. Articolul are o teză că nu există o diferență semnificativă între opiniile legiuitorului cu privire la scopul achizițiilor publice din Ucraina și UE. În același timp, articolul consemnează nivelul insuficient de certitudine legislativă în Ucraina cu privire la terminologia utilizată în cadrul licitațiilor, există o anumită incoerență între legislația Ucrainei și UE, a fost determinată necesitatea unei armonizări ulterioare a legislației naționale.

**Cuvinte cheie:** Achiziții publice în UE, achiziții publice, directive, transparența procedurii de achiziții publice, reglementarea ordinii de stat.

**Постановка проблеми.** Сучасна зовнішня політика України спрямована на зближення з Європейським Союзом (далі – ЄС). Основою для взаємодії є економічне співробітництво, яке має втілюватися, зокрема, у доступі до публічних закупівель. Водночас неможливо без гармонізації законодавства ефективно надати взаємний доступ до державних замовлень. Отже, постає необхідність проведення правового аналізу узгодженості українського законодавства у сфері публічних закупівель із законодавством ЄС, виявлення суперечностей законодавства та пошуку шляхів їх подолання.

**Актуальність теми дослідження** зумовлена необхідністю узгодження законодавства України з міжнародними угодами, що передбачають гармонізацію процедури публічних закупівель в Україні та ЄС.

**Стан дослідження.** Особдливості законодавства ЄС у сфері закупівель неодноразово досліджували такі вчені: С. Бруун-Нільсен, А. Олефір, О. Вінник, І. Влялько, Л. Гарольд, Я. Горбатюк, Л. Катроша, О. Кулак, О. Критенко, К. Кузнєцов, В. Морозов, О. Овсянюк-Бердадіна, Н. Осадча, Л. Пісьмаченко, Я. Петруненко, А. Сошников, І. Сафонов, О. Турченко, Н. Ткаченко, О. Поліводський, Г. Харченко, В. Шинкарук, проте у 2014 р. законодавство ЄС зазнало значних змін у зв'язку з ухваленням нових Директив, а 1 вересня 2017 р. набула чинності Угода про асоціацію України з ЄС. Постійний, динамічний розвиток законодавства України та ЄС у сфері закупівель потребує також постійного наукового дослідження.

**Мета та завдання статті** полягають у встановленні загальних ознак процедури публічних закупівель в ЄС і виявленні невідповідностей законодавства України та ЄС. Для виконання цілей застосовуються порівняльно-правовий, спеціально-юридичний і статистичний методи.

**Виклад основного матеріалу.** Більшість країн світу вибудовує свою систему державних закупівель з урахуванням принципів, закладених у міжнародних правових джерелах, як-от: Типовий закон ЮНСІТРАЛ (United Nations Commission on International Trade Law – Комісія Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) по праву міжнародної торгівлі), Угода Світової організації торгівлі (далі – СОТ) про державні закупівлі, Директиви ЄС [1].

Основною міжнародною угодою, що стосується державних закупівель, є Угода про державні закупівлі (Government Procurement Agreement (GPA)) СОТ. Європейський Союз представлений на переговорах щодо Угоди про державні закупівлі Європейською комісією.

Угоду про державні закупівлі підписали 19 сторін, що охоплюють 47 членів СОТ (враховуючи ЄС і його 28 держав-членів, всі з яких представлені в Угоді як одна сторона). Ще 31 член СОТ і чотири міжнародні організації беруть участь в Угоді про державні закупівлі як спостерігачі, 10 із цих членів, які мають статус спостерігача, приєднуються до Угоди [2].

16 березня 2016 р. до Угоди про державні закупівлі приєдналася Україна [3].

Угода про державні закупівлі передбачає подальше відкриття ринків державних закупівель її сторонам. Вона має два елементи: правила та зобов'язання. В Угоді про державні закупівлі зазначається, які можливості доступу до ринку мають бути відкриті для міжнародних тендерів, це стосується контрактів вартістю більше ніж встановлена пороговими значеннями [4].

Що стосується нинішнього режиму закупівель ЄС, то його регулюють чотири директиви, що охоплюють різні види закупівель: Директива 2014/24/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС від 26 лютого 2014 р. про державні закупівлі та скасування Директиви 2004/18/ЕС; Директива 2014/25/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС від 26 лютого 2014 р. щодо здійснення закупівель організаціями, що працюють у водогосподарському, енергетичному, транспортному секторах і секторі поштових послуг, яка скасовує Директиву 2004/17/ЄС; Директива 2014/23/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС від 26 лютого 2014 р. про укладання договорів концесії та Директива 2009/81/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС від 13 липня 2009 р. про координування процедур укладення окремих видів контрактів на виконання робіт, закупівлю товарів і надання послуг у сфері оборони та безпеки, та про внесення змін до Директив 2004/17/ЄС та 2004/18/ЄС [5].

Ці директиви, зокрема, забороняють дискримінацію під час визначення переможця і вимагають використання певних прозорих процедур для підтримки цієї заборони та сприяння конкуренції. Хоча вони трохи відрізняються, ці директиви містять основні вимоги до реклами та конкуренції, мінімальні терміни для процедури, обмеження критеріїв, які можуть бути використані під час ухвалення рішень, а також зобов'язання встановлювати критерії відбору переможця .

Нові правила країни ЄС повинні були імплементувати до свого законодавства до квітня 2016 р., за винятком правил щодо електронних закупівель, які мають бути імплементовані до жовтня 2018 р.

Свою політику у сфері закупівель ЄС спрямовує на відкритість міжнародних ринків державних закупівель і зобов'язується надавати вільний доступ на ринки для визначених товарів та послуг. З іншого боку, багато компаній ЄС мають труднощі в отриманні доступу до ринків державних закупівель країн, що не є членами ЄС. Деякі торговельні партнери підтримують або вводять протекціоністські чи дискримінаційні заходи. У відповідь ЄС вживає заходів, щоб забезпечити рівні умови та підвищити ринкові можливості для компаній ЄС. Водночас політика ЄС має на меті посилення позиції під час обговорення доступу підприємців до ринків державних закупівель країн, що не є членами ЄС, та уточнення правової ситуації для іноземних покупців, товарів і послуг, що наявні на ринку ЄС.

Цілі впровадження процедури електронних закупівель і політика в цій галузі здебільшого подібні в ЄС та Україні.

Хоча автори звертають увагу на перебільшення ролі електронних закупівель у боротьбі з корупцією в Україні. Так, наприклад, Н. Ткаченко зазначає: «Електронні аукціони в країнах ЄС не є окремим способом закупівлі, не спрямовані на вирішення проблем корупції та значного зменшення ціни закупівлі, але є суттєвим фактором прозорості, зниження операційних витрат замовників і постачальників, простішого управління закупівельним процесом через автоматизацію» [6]. У своїй статті А. Олефір зауважує: «В Україні усталеною є точка зору, згідно з якою основною метою правової політики у сфері публічних закупівель є боротьба з корупцією. Насправді ж такою метою має бути розвиток конкуренції, що забезпечить акцептування найбільш економічно вигідних пропозицій» [7].

**Однак, такі погляди пов'язані передусім із різним розумінням термінології, що застосовується в законодавстві ЄС.**

Згідно із принципами закупівель, що закріплені в ст. 18 Директиви 2014/24/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС від 26 лютого 2014 р. про державні закупівлі та скасування Директиви 2004/18/ЄС, замовники повинні рівноправно і без дискримінації ставитися до суб'єктів господарювання і мають діяти відкрито і пропорційно. Структура закупівель не повинна бути спрямована на виключення її зі сфери дії цієї Директиви або штучне звуження конкуренції. Конкурс вважається штучно звуженим, коли структура закупівель побудована з метою надання переваг або ущемлення інтересів певних суб'єктів господарювання [8].

ЄС, без сумніву, має найбільш розвинену систему державних закупівель, що слугує орієнтиром для багатьох країн світу. Проте зазначимо, що корупція у сфері державних закупівель поглинає понад 2 млрд. євро щороку по всій території ЄС.

Більшість систем державних закупівель в ЄС базуються на спільних цілях і запроваджуються через законодавчі норми. Цілі такі: співвідношення ціни та якості, прозорість, підзвітність та інші. Важливо, щоб товари були придбані на найкращих умовах. Метою збереження прозорості в процесі закупівель є запобігання корупції. Корупція в закупівлях може набувати різних форм і проявлятися на різних етапах процесу. Прозорість тісно пов'язана з іншими цілями. Наприклад, хабарі можуть перешкоджати урядам укладати контракти з найкращим постачальником, а отже,

впливати на цільове призначення грошей. Крім того, підтримання прозорості також гарантує справедливе та рівне ставлення, оскільки корупція може перешкоджати участі постачальників у процесі торгів. Прозорість процесу закупівель є важливою для функціонування уряду, а також довіри, яку він отримує від громадськості [9].

Як бачимо, у законодавстві ЄС велику увагу приділяють запобіганню дискримінації, звуженню конкуренції, непрозорості під час проведення тендерів, проте по суті йдеться саме про корупцію й отримання протиправної вигоди, яка призводить до негативних явищ, описаних вище. Очевидно, поки існують державні органи, будуть існувати корупційні ризики, пов'язані з матеріальною заінтересованістю посадових осіб в отриманні неправомірної вигоди. Конкуренція за отримання публічних замовлень вже об'єктивно існує, до того ж настільки гостра, що деякі учасники готові порушити закон для отримання замовлення. Ідеться не про розвиток конкуренції, який неможливий для закупівель у публічній сфері, а про дотримання тих норм і принципів, які значно ускладнюють звуження конкуренції, насамперед – прозорості процедури закупівлі.

Метою Закону України «Про публічні закупівлі» є забезпечення ефективного та прозорого здійснення закупівель, створення конкурентного середовища у сфері публічних закупівель, запобігання проявам корупції в цій сфері, розвиток добросовісної конкуренції [10].

Отже, можна зазначити відсутність доктринальної різниці між цілями та принципами здійснення закупівель в ЄС і Україні.

Державні закупівлі є значною частиною економіки ЄС і багатьох країн у всьому світі. Політика ЄС сприяє більшій відкритості у сфері закупівель, хоча Європейська комісія зазначає, що багато країн, які не є членами ЄС, неохоче відкривають свої ринки державних закупівель для міжнародної конкуренції.

Торговельна стратегія Комісії 2015 р. підкреслює необхідність ефективної політики, спрямованої на нові економічні реалії, і вказує на необхідність забезпечення рівних умов для доступу до ринку також для закупівель. Стратегія також вимагає більших зусиль для боротьби з корупцією. Корупція є загальносвітовою проблемою, особливо актуальною для державних закупівель [11].

У Директивах ЄС щодо публічних закупівель електронні закупівлі розглядаються як складник електронного урядування та базуються на принципах вільного переміщення товарів, свободи розміщення та свободи надання послуг, рівноправного ставлення, недискримінації, взаємного визнання, пропорційності та прозорості.

Рівень розвитку електронних публічних закупівель у країнах ЄС визначається залежно від автоматизації та прозорості процесу закупівельного циклу, який має такі етапи:

1. Електронне оповіщення.
2. Електронний доступ.
3. Електронне подання пропозиції.
4. Електронне оцінювання/електронне присудження контракту.
5. Електронне замовлення.
6. Електронне інвойсування.

У країнах ЄС застосовується єдина електронна система управління контрактами – www.ted.europa.eu.

Для реалізації принципів закупівель у країнах-членах ЄС застовуються електронні аукціони у формі відкритих торгів, обмежених торгів і переговорної процедури; електронні каталоги; динамічні закупівлі.

Аналогічно, в Україні електронні публічні закупівлі у 2016 р. стали обов'язковими, що зумовлено вимогами Закону України «Про публічні закупівлі», в якому введено обов'язкову вимогу застосування електронних закупівель через авторизовані електронні майданчики з 1 квітня 2016 р. для центральних органів виконавчої влади і монополістів та з 1 серпня 2016 р. для всіх замовників.

Електронні публічні закупівлі здійснюються через центральну базу даних, до якої підключено комерційні авторизовані електронні майданчики. Електронні майданчики не спеціалізуються на предметах закупівлі і діють за принципом конкуренції. Учасники публічних закупівель (продавці) обирають майданчик самостійно, а інформація, що поступає на майданчик, автоматично розповсюджується на інші.

Електронні аукціони в Україні проводяться у формі відкритих торгів, конкурентного діалога; переговорної процедури закупівлі, що дозволяє постачальникам-учасникам торгів зменшувати ціну поданої пропозиції в період її електронного розкриття.

Значущість частки, яка припадає на держзакупівлі, і велика кількість країн-членів, які визначаються різним рівнем розвитку і ємності державного сектора, потребують специфічного законодавчого підходу до регулювання розміщення держзамовлення в країнах Європейського Союзу. Сьогодні розміщення державних замовлень в ЄС регламентується залежно від обсягів та інших умов трьома рівнями законодавчого регулювання: міжнародним, законодавством ЄС і національним.

ЄС розглядає державні закупівлі як інструмент не тільки для задоволення поточної діяльності органів державного управління, а й для реалізації соціальної політики. Зокрема, у комюніке «Про законодавство Європейського співтовариства в галузі державних закупівель та використання державних закупівель для проведення соціальної політики» зазначено, що під час укладання контрактів на постачання продукції для державних і громадських потреб необхідно брати до уваги соціальні цілі [12].

Законодавство ЄС містить багато випадків – винятків із загальних правил, спрямованих на розвиток науки, соціальної сфери, збереження навколишнього середовища. Закупівлі країн-членів ЄС, як і раніше, здійснюються органами державного управління згідно з національним законодавством. Однак водночас до уваги беруться не тільки національні правила закупівель, але й законодавство та рекомендації Європейського співтовариства, практика Суду ЄС. Наразі зовнішня політика України спрямована на гармонізацію законодавства України та ЄС. План подальших дій у цьому напрямі передбачено Розпорядженням Кабінету Міністрів України «Про Стратегію реформування системи публічних закупівель («дорожню карту»)». Зокрема, для імплементації положень гл. 8 р. IV Угоди про асоціацію необхідно внести до законодавства України деякі зміни щодо термінології, стандартних процедур та привести законодавство України в концептуальну відповідність зі вимогами директив ЄС у сфері державних закупівель. Передбачається, що виконання завдань на цьому етапі сприятиме відкриттю ринків державних контрактів про закупівлю товарів для замовників усіх рівнів державної влади та місцевого самоврядування [13].

Наявна також деяка невідповідність між окремими нормами законодавства ЄС і України. Наприклад, ч. 3 ст. 12 Закону України «Про публічні закупівлі» вимагає детального опису товарів у технічній специфікації, що суперечить Угоді про асоціацію між Україною та ЄС, Європейським співтовариством з атомної енергії та їх державами-членами [14].

Відсутність єдиної термінології та суперечливість законодавства призвели до надмірної деталізації предмета закупівлі з метою усунення конкурентів.

**Висновки.** Законодавства України у сфері публічних закупівель України та ЄС мають спільну основу, а саме

кінцеву мету впровадження публічних закупівель – забезпечення економічної ефективності, інструмент її досягнення – проведення прозорих тендерів, однакові цілі та принципи. Спільність мети, цілей, принципів, основ побудови процедури закупівель зумовлена вимогами міжнародних угод, членами яких є Україна й ЄС, зокрема, Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої. Проте законодавство ЄС покликане регулювати набагато складніші відносини, ніж регулює наразі законодавство України, що потребує більш детального регулювання. Різниця між процедурами закупівель в Україні та ЄС полягає в більш глибокій стандартизації процедури в ЄС. Отже, щоб дійсно відкрити можливість взаємної участі в публічних закупівлях, Україна повинна перейняти процедурні моменти, які регулюють термінологію закупівель, тендерну документацію, електронні каталоги й інше, а також провести глибоку перевірку національного законодавства щодо відповідності його Директивам ЄС.

**Список використаної літератури:**

1. Катроша Л. Зарубіжний досвід здійснення фінансового контролю у сфері державних закупівель. Економіка та держава. 2012. № 12. С. 48–51.

2. Сторони, спостерігачі та приєднання. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm#parties.

3. Про приєднання України до Угоди про державні закупівлі: Закон України від 16 березня 2016 р. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 16. С. 9. Ст. 166.

4. Рішення Ради Європи щодо укладення Протоколу про внесення змін до Угоди про державні закупівлі від 2 грудня 2013 р. Офіційний журнал Європейського Союзу. L 68. 7 березня 2014 р.

5. Стін Бруун-Нільсена, Юджин Стюарт. Збірник директив ЄС з питань державних закупівель. 2015. URL: http://eupublicprocurement.org.ua/wp-content/uploads/2015/02/EU-PP-Directives-Compendium_UKR.pdf.

6. Ткаченко Н. Електронні публічні закупівлі: досвід країн ЄС та впровадження його в Україні. Актуальні проблеми економіки. 2016. № 10. С. 471–477.

7. Олефір А. Проблеми публічних закупівель крізь призму європейського досвіду. Теорія і практика правознавства. 2017. Вип. 1.

8. Директиви 2014/24/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС від 26 лютого 2014 р. про державні закупівлі та скасування Директиви 2004/18/ЄС. URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014L0024.

9. Політичні та інші форми корупції при визначенні контрактів на державні замовлення та розподілу коштів ЄС: масштаби явища та огляд практик. URL: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/490676/IPOL-JOIN_ET(2013)490676_EN.pdf.

10. Про публічні закупівлі: Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922–VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 9. Ст. 89.

11. Європейська комісія вживає заходів для відкриття міжнародних ринків закупівель: прес-реліз Європейської комісії. Брюссель. 2016 р. URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-178_en.htm.

12. Державне регулювання закупівель в умовах реалізації адміністративної реформи / Івано-Франківський центр науки, інновацій та інформатизації. Івано-Франківськ, 2012. С. 82.

13. Про Стратегію реформування системи публічних закупівель «дорожню карту». Офіційний Вісник України. 2016. № 23. С. 132. Ст. 920.

14. Костенко О. Принцип недискримінації як основа адміністративно-правової процедури визначення переможця публічної закупівлі. Порівняльно-аналітичне право. 2017. № 1. С. 150–153.

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

**Костенко Оксана Миколаївна** – аспірант, викладач кафедри загальноправових дисциплін та адміністрування Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Kostenko Oksana Mykolaivna** – Postgraduate Student, Lecturer at the Department of General law Disciplines and Administration of Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs

*jurist24.7@gmail.com*

УДК 342.565.43+42.95

# ПОВОРОТ ИСПОЛНЕНИЯ СУДЕБНОГО РЕШЕНИЯ АДМИНИСТРАТИВНЫМ СУДОМ

**Елена КОШКОШ,**
аспирант
Донецкого юридического института Министерства внутренних дел Украины,
судья
Донецкого окружного административного суда

**АННОТАЦИЯ**

В статье проводится теоретический анализ вопросов поворота исполнения судебного решения административным судом. Осуществляется анализ доктринальных определений понятия поворота исполнения судебного решения. Освещаются основные новеллы нормативного регулирования поворота исполнения судебного решения в административном судопроизводстве. Уточняются условия и раскрываются особенности процессуальной формы поворота исполнения судебного решения административным судом. Проведен анализ практики административных судов по теме исследования. Обосновывается необходимость усовершенствования законодательного регулирования вопросов восстановления прав и законных интересов должника в тех случаях, когда основание для взыскания было признано незаконным.

**Ключевые слова:** поворот исполнения, судебное решение, административный суд, должник, заявление, отмена с удебного решения.

## TURN OF COURT DECISION EXECUTION BY ADMINISTRATIVE COURT

**Elena KOSHKOSH,**
Postgraduate Student of Donetsk Law Institute of Ministries of Internal Affairs of Ukraine,
Judge of Donetsk Circuit Administrative Court

**SUMMARY**

The theoretical analysis of issues of turn of execution of court decision by administrative court is done in the given article. The analysis of doctrine definitions of concept of turn of execution of court decision is considered. The basic novels of the normative adjustment of turn of execution of court decision in the administrative legal proceedings are being clarified. Terms have been specified and the features of procedural form of turn of execution of court decision in administrative court have been founded out also. The analysis of practice of administrative courts on the topic of research is considered. The necessity of improvement of the legislative adjusting of issues of reinstatement and legal interests of debtor in case when founding for a penalty was confessed illegally.

**Key words:** Turn of Execution, Court Decision, Administrative Court, Debtor, Statement, Cancellation of Court Decision.

**REZUMAT**

Articolul este consacrat unei analize teoretice a problemelor de întoarcere în executarea unei hotărâri judecătorești de către o instanță administrativă. Se efectuează analiza definițiilor doctrinare ale conceptului de întoarcere a executării unei hotărâri judecătorești. Sunt acoperite principalele noutăți ale reglementării normative a revizuirii în executarea unei hotărâri judecătorești în procedurile judiciare administrative. Condițiile sunt clarificate și sunt prezentate caracteristicile formei procedurale a procesului de întoarcere a executării hotărârii judecătorești de către instanța administrativă. A fost efectuată analiza practicii instanțelor administrative pe tema studiului. Sa dovedit necesitatea îmbunătățirii reglementării legislative a chestiunilor legate de restabilirea drepturilor și a intereselor legitime ale debitorului în cazurile în care motivele de recuperare au fost recunoscute drept ilegale.

**Cuvinte cheie:** întoarcerea execuției, hotărârea judecătorească, instanța administrativă, debitorul, cererea, anularea deciziei instanței.

**Постановка проблемы.** Значительный процент судебных решений, принятых в рамках административной юрисдикции, отменяется судом вышестоящей инстанции. Например, за первое полугодие 2016 года в апелляционном порядке изменено или отменено 21% от обжалованных решений административных судов, а в кассационном порядке – 37% [1]. В первом полугодии 2017 года данные показатели составили 35% и 34%, соответственно [2]. Полное или частично исполнение судебного решения на момент его отмены актуализирует вопрос восстановления правового положения должника, в частности, путем поворота исполнения судебного решения.

**Актуальность темы исследования.** Положения о повороте судебного решения подверглись изменениям в новой редакции Кодекса административного судопроизводства Украины (далее – КАС Украины) от 3 октября 2017 года № 2147-VIII, что также обусловливает необходимость их исследования.

Нормы, регулирующие данную процедуру, предусмотрены в разделе IV «Процессуальные вопросы, связанные с исполнением судебных решений по административным делам» КАС Украины. В отличие от других дел, связанных с исполнительным производством, данная категория дел направлена не на способствование принудительному исполнению, а на возврат должнику того, что было взыскано или исполнено в пользу взыскателя на основании судебного акта, признанного в последующем незаконным (полностью либо частично).

Таким образом, данная процедура является одной из процессуальных гарантий защиты прав субъектов исполнительного производства [3, с. 8–9].

О возврате безосновательно полученного взыскателем по исполнительному документу речь идет и в части 4 статьи 374 КАС Украины, однако в этом случае безосновательность является следствием ошибки, допущенной в исполнительном документе, в результате которой с должника взыскано то, на получение чего взыскатель не имел права по постановлению суда, тогда как в случае поворота исполнения с должника взыскано то, на что взыскатель имел право на основании в последующем отмененного судебного решения.

В научной литературе и судебной практике существуют разные подходы к пониманию содержания и объема поворота исполнения судебного решения. Следует отметить, что процедура поворота исполнения позволяет осуществить возврат сторон в первоначальное положение не в полном объеме, поскольку возврат полученного взыскателем не всегда соответствует размеру потерь должника, в связи с чем возникает вопрос о конкретизации механизма защиты прав должника в таких случаях. Также возникает вопрос о процедуре поворота исполнения по актам иных органов, подлежащих принудительному исполнению.

**Состояние исследования.** Анализ научной литературы свидетельствует о том, что вопросы поворота исполнения судебных решений не были предметом самостоятельного научного исследования в рамках науки административного процессуального права. Вопросы поворота исполнения судебных решений в большей мере исследованы в рамках науки гражданского процессуального права, например, такими учёными, как В. Баранкова, Ю. Билоусов, С. Бычкова, О. Верба-Сидор, В. Комаров, В. Притуляк, С. Фурса, Е. Харитонов, О. Харитонова, С. Щербак. В работах, посвященных содействию административного суда в разрешении отдельных процессуальных вопросов исполнительного производства, повороту исполнения решения, как правило, не уделяется внимание. Отдельные вопросы поворота исполнения в рамках административной юрисдикции исследовали Р. Гонгало и Е. Демский.

**Целью и задачей статьи** является конкретизация понятия, условий и процессуального порядка поворота исполнения судебного решения административным судом.

**Изложение основного материала.** КАС Украины, как и иные процессуальные кодексы, не содержит определение понятия поворота исполнения судебного решения.

Конституционный Суд Украины (далее – КСУ) в решении от 2 ноября 2011 года № 13-рп/2011 [4] определил поворот исполнения решения как процессуальную гарантию защиты имущественных прав лица, как способ их восстановления путем возврата сторон исполнительного производства в первоначальное положение в связи с отменой правового основания для исполнения решения и возврата взыскателем ответчику (должнику) всего полученного по недействующему (измененному) решению.

В.Н. Притуляк считает, что КСУ подчеркивает гражданский процессуальный характер исполнительного производства [5, с. 123], что является спорным, так как КСУ в приведенном решении рассматривал вопрос о правомерности обжалования определения о повороте исполнения судебного решения в рамках гражданского судопроизводства, поэтому и характеризовал данный институт в контексте такого вида процесса.

Р.Ф. Гонгало, комментируя норму о повороте исполнения судебного решения в административном процессе, определяет его как гражданскую процессуальную гарантию защиты имущественных прав ответчика [6, с. 510]. Однако в контексте административного судопроизводства является спорным указание на гражданскую процессуальную принадлежность данной процедуры.

Е.Ф. Демский определяет поворот исполнения судебного решения как обязательство истца (взыскателя) вернуть ответчику (должнику) безосновательно взысканное с него по отмененному судебному решению имущество или денежные суммы либо осуществить иные действия по обеспечению поворота исполнения [7, с. 405].

Достаточно широкое определение данного понятия сформулировал О.П. Печеный, характеризуя его как приведение сторон исполнительного производства в первоначальное положение вследствие отмены правового основания исполнения [8, с. 12]. Однако поворот исполнения не во всех случаях возвращает стороны в первоначальное положение. Также в определении не указывается, в чем именно состоит поворот исполнения, и не отражено то, что поворот исполнения применим исключительно при отмене судебного решения.

В доктрине гражданского процессуального права поворот исполнения рассматривается как способ защиты прав должника, который состоит в возврате ему взыскателем всего полученного по отмененному решению [9, с. 734].

В.В. Комаров и В.В. Баранкова определяют поворот исполнения как возврат истцом ответчику полученного им по отмененному (измененному) постановлению, направленный на восстановление прав должника, нарушенных исполнением решения [10, с. 1002].

С.Я. Фурса предлагает рассматривать поворот исполнения решения как возврат взыскателем должнику полученного по отмененному в последующем решению с целью возмещения должнику убытков, причиненных исполнением решения, как процессуальную форму восстановления судом нарушенных прав должника, обеспечивающую возможность обратного взыскания полученного по отмененному решению [11, с. 39].

Е.О. Харитонов и Е.И. Харитонова распространяют процедуру поворота исполнения и на те случаи, когда предметом исполнения являются нематериальные блага, в частности когда должник был обязан совершить определенные действия (например, в решении о восстановлении на работе) [12, с. 481].

В.М. Притуляк предлагает определять поворот исполнения как гражданскую процессуальную гарантию защиты имущественных и личных неимущественных прав лица, которая заключается в возврате сторон в их первоначальное состояние, существовавшее до момента исполнения первоначального решения, путем возложения обязанности на взыскателя по первоначальному решению совершить действия в пользу должника по первоначальному решением (в случае исполнения первоначального решения суда неимущественного характера) и (или) возложения обязанности на первоначального взыскателя вернуть имущество, определенное судебным решением, и (или) выплатить в пользу первоначального должника денежную сумму [5, с. 124].

Поддерживая распространение сферы применения поворота исполнения судебного решения на судебные решения неимущественного характера, нельзя вместе с тем согласиться с исключительно гражданским процессуальным характером данной процедуры, так как это противоречит статье 333 Хозяйственного процессуального кодекса Украины и статьям 380 и 381 КАС Украины.

КАС Украины не содержит ограничений по кругу судебных решений, к которым применим поворот исполнения. Не является таким ограничением и норма части 5 статьи 380 КАС Украины, которая распространяется на поворот исполнения решения путем возврата взысканных денежных средств либо имущества, что не исключает применение данной процедуры путем возложения на взыска-

теля обязанности совершить определенные действия неимущественного характера.

Примером поворота исполнения судебного решения неимущественного характера может быть определение ВАСУ от 16 августа 2017 года по делу № 2а-1751/11/2070 [13], которым осуществлен поворот исполнения постановления окружного административного суда путем возложения обязанности на государственного регистратора регистрационной службы внести в Единый государственный реестр запись об отмене записи, осуществленной государственным регистратором об отмене регистрационного действия, «Государственная регистрация изменений в учредительные документы юридического лица» в отношении хозяйственного общества в Едином государственном реестре.

По мнению С.Я. Фурсы и С.В. Щербак, процедура поворота исполнения решения применяется только к судебным решениям и не распространяется на решения иных органов, что нарушает права сторон исполнительного производства и требует урегулирования в Законе Украины «Об исполнительном производстве» [14, с. 200]. За законодательное урегулирование поворота исполнения актов других органов высказываются и иные ученые [15, с. 181], не формулируя предложений по такому урегулированию, в частности по определению юрисдикции данной категории дел.

Следует согласиться с тем, что целесообразно говорить о возможности применения процедуры поворота исполнения исключительно к судебным решениям, поскольку суд не вправе решать вопрос о повороте исполнения отмененного решения иного органа, не учитывая обстоятельства его принятия. В таком случае мерой защиты прав должника может быть обжалование в суде действий либо бездействий такого органа с последующим взысканием с ответчика причиненных убытков [5, с. 129].

Например, ВАСУ в определении от 14 апреля 2016 года по делу № 826/15872/13-а [16] указал на то, что суд не рассматривал вопрос взыскания суммы административного штрафа на основании постановления инспекции государственного архитектурно-строительного контроля (далее – ГАСК) в Житомирской области о наложении штрафа за правонарушение в сфере градостроительной деятельности и не обязывал ответчика совершить действия, что могло бы быть основанием для поворота исполнения судебного решения.

То есть штраф был взыскан исполнительной службой не на основании отмененного в указанном деле судебного решения, а на основании отмененного судом постановления органа ГАСК, поворот исполнения которого в КАС Украины не предусмотрен.

В.В. Комаров и В.В. Баранкова выделили следующие условия поворота исполнения: 1) истец получил от ответчика в порядке исполнения решения имущество либо деньги; 2) выполненное решение было отменено вышестоящим судом полностью или изменено с удовлетворением исковых требований в меньшем размере [10, с. 1002]. В отношении второго условия следует отметить, что оно может быть как единым («одномоментным») действием суда, так и представлять собой совокупность действий судов вышестоящей и нижестоящей инстанции. Схожие условия выделяет Р.Ф. Гонгало, указывая также на случаи поворота исполнения судебного решения, после отмены которого дело передано на новое рассмотрение [6, с. 510].

Следует отметить, что КАС Украины от 6 июля 2005 года № 2747-IV в статье 265 определял суть поворота исполнения судебного решения через возложение судом на истца по заявлению ответчика обязанности вернуть ответчику безосновательно взысканное с него по отмененному судебному решению или определение иного способа и порядка осуществления поворота исполнения.

Такой подход был предусмотрен и в иных процессуальных кодексах, что поддавалось обоснованной критике, так как в исполнительном производстве взыскателем не всегда является истец, например, если удовлетворен встречный иск, по которому истец оказывался должником, или когда суд отказал в удовлетворении иска, обязав истца возместить судебные расходы ответчика [17, с. 708].

КАС Украины от 2017 года в части 4 статьи 380 закрепляет иной подход: заявление о повороте исполнения судебного решения может подать сторона (то есть как истец, так и ответчик – статья 46 КАС Украины). Вместе с тем в части 7 статьи 380 КАС Украины вновь сужен круг субъектов подачи заявления о повороте исполнения судебного решения до ответчика, что противоречит части 4 этой же статьи и требует изменения.

Например, ВАСУ в определении от 10 мая 2017 года по делу № 820/3246/15 [18] отметил, что поворот исполнения – это возврат истцом ответчику всего полученного им по отмененному (измененному) постановлению. Поворот исполнения направлен на восстановление правового положения должника, существовавшего до исполнения судебного решения, которое было отменено или изменено, в частности, таким образом, что взыскатель должен вернуть должнику то, что он получил по такому судебному решению, что является обеспечением интересов добросовестного должника, исполнившего судебное решение, которое оказалось ошибочным.

В данном случае ВАСУ одновременно использовал наименования участников как в административном процессе (истец, ответчик), так и в исполнительном производстве (должник, взыскатель).

В процедуре поворота исполнения допускается правопреемство. На этом основании ВАСУ в определении от 22 марта 2017 года по делу № 1570/6018/12 [19] отклонил доводы кассационной жалобы о невозможности обращения с заявлением о повороте исполнения субъекта, который не был стороной исполнительного производства, при отсутствии определения суда о замене должника его правопреемником.

Позитивным является урегулирование в КАС Украины полномочий по повороту исполнения не только судов апелляционной и кассационной инстанции, но и суда, который рассматривает дело по вновь открывшимся обстоятельствам. В КАС Украины в редакции 2005 года данное полномочие не было предусмотрено, что не способствовало соблюдению принципа правовой определенности как элемента верховенства права в контексте части 2 статьи 19 Конституции Украины, в соответствии с которой суд как орган государственной власти действует на основании, в пределах полномочий и способом, которые предусмотрены Конституцией и законами Украины.

Отсутствие нормы о праве суда, отменившего судебное решение по вновь открывшимся обстоятельствам, применить при этом поворот исполнения порождало вопрос о процессуальном порядке возврата переданного имущества по отмененному судебному решению. Таким порядком не могло быть исковое производство по возврату безосновательного обогащения на основании статьи 1212 Гражданского кодекса Украины (далее – ГК Украины), поскольку основание приобретения имущества (которое отпало) имеет процессуальную природу, что обусловливает целесообразность регулирования последствий отмены судебного решения нормами соответствующей отрасли процессуального права. Тем более, что для возврата полученного по судебному решению, отмененному или измененному судом апелляционной либо кассационной инстанции, КАС

Украины предусматривал поворот исполнения, а не исковое производство.

Так же позитивным является закрепление в частях 2 и 3 статьи 380 КАС Украины от 2017 года применения поворота исполнения судебного решения тем судом, которому дело было возвращено на новое рассмотрение, а также судом, который пересматривает дело по исключительным обстоятельствам.

Следует согласиться с выводом В.В. Комарова и В.В. Баранковой, что вопросы, связанные с поворотом исполнения, правильно оставить в компетенции судебных органов, поскольку в этом случае имеет место юрисдикционная, а не исполнительная деятельность, то есть не деятельность суда по определению объема и принадлежности определенных спорных прав. При этом ученые предлагают поместить нормы о повороте исполнения судебных решений в главу о правилах постановления судебных решениях [10, с. 1005].

С.Я. Фурса также отмечает, что поворот исполнения является самостоятельным способом защиты прав сторон, который должен осуществляться путем подачи заявления о повороте исполнения, а не предъявлением нового иска [11, с. 39].

Спорным является отнесение поворота исполнения к стадиям исполнительного производства [20, с. 166], а также утверждение, что в случае уменьшения размера удовлетворенных исковых требований исполнительное производство будет продолжаться с уменьшим размером взыскания [14, с. 222], поскольку отмена судебного решения, на основании которого выдан исполнительный документ, является основанием для окончания исполнительного производства (пункт 5 части 1 статьи 39 Закона Украины «Об исполнительном производстве») без каких-либо исключений.

Таким образом, поворот исполнения судебного решения допускается при наличии совокупности таких условий: 1) судебное решение было отменено полностью или в части и производство по делу было прекращено, либо иск оставлен без рассмотрения, либо в иске было отказано полностью, либо исковые требования были удовлетворены в меньшем размере; 2) стороной подано заявление о повороте исполнения; 3) отмененное судебное решение было исполнено полностью или в части.

Однако не во всех случаях отмена судебного решения является основанием для поворота исполнения. Например, ВАСУ в определении от 10 мая 2017 года по делу № 820/3246/15 указал на отсутствие оснований для поворота исполнения, поскольку суд апелляционной инстанции, отменяя решение суда первой инстанции, пришел к выводу о наличии у истца права на получение бюджетной задолженности по НДС и своим постановлением только изменил способ и порядок ее получения.

Законодатель предусматривает два возможных варианта рассмотрения заявления о повороте исполнения решения: 1) одновременно с прекращением производства по делу либо оставлением иска без рассмотрения; отказом в иске полностью либо удовлетворением исковых требований в меньшем размере в случае отмены судебного решения – судом, который принимает новое судебное решение по делу; 2) после постановления указанного в пункте 1 процессуального решения судом, рассматривавшим дело как первая инстанция. Во втором случае дополнительным условием будет соблюдение срока подачи заявления.

В первом случае рассмотрение заявления происходит в порядке и сроки, предусмотренные для рассмотрения апелляционной, кассационной жалобы, заявления о пересмотре дела по вновь открывшимся или исключительным обстоятельствам.

Вопрос поворота исполнения разрешается судом кассационной инстанции в постановлении (подпункт г пункта 1 статьи 356 КАС Украины). Однако нормы о содержании постановления суда апелляционной инстанции (статья 322 КАС Украины), судебного решения суда первой инстанции (статьи 246, 248 КАС Украины) и судебного решения, принятого по результатам производства по вновь открывшимся или исключительными обстоятельствами (статья 369 КАС Украины), такого положения не предусматривают.

Ю.В. Белоусов предлагал предусмотреть оформление поворота исполнения посредством дополнительного решения, указав вопрос о повороте исполнения в перечне вопросов, разрешаемых при постановлении судебного решения [9, с. 737].

Заявление о повороте исполнения судебного решения, поданное суду, который рассматривал дело как суд первой инстанции, рассматривается в 20-дневный срок со дня его поступления в судебном заседании с уведомлением взыскателя и должника, по результату рассмотрения постановляется определение.

Такое определение подлежит принудительному исполнению [8, с. 10; 10, с. 1004; 14, с. 143].

Определение о повороте исполнения может быть обжаловано в апелляционном порядке (пункт 21 части 1 статьи 294 КАС Украины), однако данное определение (в т. ч. и суда апелляционной инстанции) не подлежит обжалованию в кассационном порядке (часть 3 статьи 328 КАС Украины). Вместе с тем целесообразно нормативно регулировать возможность обжалования определения о повороте исполнения решения (об удовлетворении и об отказе в удовлетворении соответствующего заявления), постановленного судом апелляционной инстанции, например, предусмотрев решение вопроса о повороте исполнения в постановлении суда апелляционной инстанции.

В пункте 16 Постановления Пленума ВАСУ «О судебном решении по административному делу» от 20 мая 2013 года № 7 разъяснено, что при использовании судами апелляционной и кассационной инстанции права на отмену судебного решения и прекращение производства по делу, оставление искового заявления без рассмотрения или отказа в удовлетворении иска, удовлетворение исковых требований в меньшем размере они об этом должны указать в мотивировочной части судебного решения и обосновывать возможность поворота исполнения решения, а также указать о повороте исполнения в резолютивной части судебного решения (каким образом, в каком размере).

С целью обеспечения правовой определенности в данном вопросе целесообразно пункт 4 части 1 статьи 322 КАС Украины дополнить: «д) поворота исполнения в случае отмены решения суда при наличии соответствующего заявления и оснований».

Дополнительное условие предусмотрено для поворота исполнения решений о: 1) возмещении вреда, причиненного субъектом властных полномочий, увечьем, иным повреждением здоровья или смертью физического лица; 2) присуждении выплаты пенсий либо иных периодических платежей из Государственного бюджета Украины либо внебюджетных государственных фондов; 3) присуждении выплаты заработной платы или иного денежного содержания в отношениях публичной службы. Поворот исполнения данных решений допускается, если отмененное решение основывалось на сообщенных истцом заведомо ложных сведениях либо представленных им поддельных документах.

Например, ВАСУ в определении от 7 апреля 2015 года по делу № 2а-1739/07 [21] сделал вывод об отсутствии правовых оснований для поворота исполнения решения о взыскании в пользу истца денежной компенсации, вместо неполученных им продовольственных пайков, поскольку решение суда первой инстанции было отменено из-за

неправильного применения норм материального права. Истец в данном деле действовал добросовестно, им не были предоставлены заведомо ложные сведения или поддельные документы, что исключает поворот исполнения.

Возникает ряд вопросов при повороте исполнения путем взыскания стоимости изъятого имущества. В частности, при невозможности возврата имущества в натуре возмещается его стоимость в размере суммы, полученной от его реализации [6, с. 510; 14, с. 222]. Таким образом, должник, имущество которого было изъято по судебному решению, в последующем отмененному судом, с большой вероятностью не получит полного возмещения, поскольку процедура реализации имущества в рамках исполнительного производства предусматривает поэтапное снижение стоимости имущества, нереализованного на первых и последующих торгах (часть 5 статьи 61 Закона Украины «Об исполнительном производстве»). Например, на третьи торги недвижимое имущество выставляется по цене 70%, а движимое – 50% стоимости, определенной в соответствии с Законом Украины «Об исполнительном производстве» (статья 57).

В случае если имущество невозможно вернуть по иным причинам, чем его реализация (уничтожено, переработано и т. п.), считается целесообразным и справедливым возмещение должнику стоимости этого имущества [22, с. 89]. Однако нормативно этот вопрос в рамках поворота исполнения не урегулирован.

В связи с этим нельзя согласиться с утверждением, что суть поворота исполнения состоит в возврате в положение, которое существовало до принятого и в последующем отмененного судебного решения [22, с. 85–86; 23, с. 689].

Вместе с тем ограничение при повороте исполнения судебного решения объема возмещения тем, что было получено взыскателем, не следует расценивать как защиту интересов взыскателя в ущерб интересам должника. Отсутствие у должника возможности полностью восстановить свое имущественное положение в рамках данной процедуры не должно лишать его права на возмещение вреда в исковом производстве. Иной вывод не соответствовал бы статье 1 Протокола 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, а также статье 13 данной Конвенции о праве на эффективное средство правовой защиты в государственном органе, даже если это нарушение было совершено лицами, действовавшими в официальном качестве.

Следует отметить, что должник, имущество которого выбыло не по его воле на основании, признанном в последующем незаконным, не может его вернуть посредством виндикационного иска, поскольку законодатель в таком случае защищает интересы добросовестного приобретателя (часть 2 статьи 388 ГК Украины), исключая истребование имущества, проданного в порядке исполнения судебных решений. В связи с этим, добросовестный приобретатель становится собственником такого имущества на основании статьи 330 ГК Украины. Однако в части 3 статьи 22 и части 3 статьи 386 ГК Украины предусмотрено право собственника на полное возмещение имущественного вреда. Возврат суммы, полученной от реализации имущества, как правило, не возмещает всех убытков бывшего собственника.

Рассматриваемый случай незаурядeн тем, что утрата имущества произошла не вследствие неправомерных действий взыскателя, а в результате исполнения решения, принятого органом государственной власти (судом).

Следует отметить определенную непоследовательность законодателя в вопросах возмещения убытков, причиненных судебными решениями. Так, в части 1 статьи 158 КАС Украины предусмотрено возмещение лицом, подавшим заявление об обеспечении иска, убытков, причиненных обеспечением иска, в случае прекращения производства по делу по основаниям, определенным пунктами 2 и 4 части 1 статьи 238 КАС Украины, или в случае принятия решения суда о полном либо частичном отказе в удовлетворении иска. Если же в подобных случаях речь идет о повороте исполнения судебного решения, то предусмотрено не возмещение вреда, а возврат полученного при исполнении, что не тождественно, в т. ч. и по объему.

Одним из вариантов, предлагаемым должнику для возмещения имущественных и моральных потерь, понесенных во время исполнения отмененного судебного решения и не возмещенных ему в порядке поворота исполнения, является подача иска ко взыскателю или государству на основании ч. 5 ст. 1176 ГК Украины в общем порядке возмещения вреда, причиненного неправомерными действиями взыскателя или суда [9, с. 736].

Кроме того, поворот исполнения судебного решения не охватывает возмещение должнику сумм, взысканных с него дополнительно в исполнительном производстве (исполнительный сбор, затраты исполнительного производства и т. п.).

Например, ВАСУ в определении от 3 июня 2016 года по делу № 742/898/15-а [24] подтвердил обоснованность отказа в удовлетворении заявления Управления труда и социальной защиты населения о повороте исполнения. Заявитель просил вернуть штраф, наложенный государственным исполнителем в рамках исполнительного производства, поскольку суд отменил постановление о наложении штрафа. ВАСУ указал на то, что предметом спора была отмена постановления государственного исполнителя о наложении штрафа, а не взыскание средств в пользу истца, что не соответствует содержанию нормы о повороте исполнения судебного решения.

Иной подход к решению указанной проблемы предлагает В.Н. Притуляк, по мнению которого, возможно принятие определения о повороте исполнения в части возмещения исполнительных расходов, которые должнику должны вернуть государственные органы, в чью пользу такие средства были перечислены. Что касается других расходов, понесенных первоначальным должником (упущенная выгода и т. д.), то их целесообразно взыскивать в порядке части 5 статьи 1176 ГК Украины [5, с. 132].

Вместе с тем последовательным было бы возложение обязанности возместить убытки на государство, отвечающее за действия своих органов, в том числе и суда (статья 56 Конституции Украины, статья 1173 ГК Украины).

**Выводы.** Поворот исполнения является одним из способом защиты прав и законных интересом должника путем возложения на взыскателя обязанности совершить действия по возврату полученных от должника на основании отмененного в последующем судебного решения денежных средств, имущества или средств от его реализации либо совершения иных действий с целью возврата сторон в положение, предшествовавшее исполнению отмененного судебного решения. Если полученная сумма не возмещает все убытки, причиненные исполнением отмененного судебного решения, должник может защитить свои законные интересы в исковом производстве. Процедура поворота исполнения касается исключительно судебных решений, и ее распространение на иные акты, подлежащие исполнению, не целесообразно.

Поворот исполнения допускается при наличии совокупности таких общих условий: 1) судебное решение было отменено полностью или частично и производство по делу было прекращено либо иск оставлен без рассмотрения, либо в иске было отказано полностью, либо исковые требования были удовлетворены в меньшем размере; 2) стороной подано заявление о повороте исполнения; 3) отменен-

ное судебное решение было исполнено (добровольно либо принудительно) полностью или частично.

Поворот исполнения решения допускается судом: 1) апелляционной либо кассационной инстанции при рассмотрении соответствующей жалобы; 2) первой инстанции при новом рассмотрении дела; 3) пересматривающим дела по вновь открывшимся либо исключительным обстоятельствам; 4) рассматривавшим дело как суд первой инстанции, если данный вопрос не был разрешен судами, предусмотренными в пунктах 1–3. В последнем случае требуется соблюдение срока подачи заявления.

Обоснована целесообразность замены «ответчика» на «стороны» в части 7 статьи 380 КАС Украины, а также дополнения пункта 4 части 1 статьи 322 КАС Украины подпунктом: д) «поворота исполнения в случае отмены решения суда при наличии соответствующего заявления и оснований».

**Список использованной литературы:**

1. Опубликована полугодовая статистика работы админсудов в 2016 году. URL: http://zib.com.ua/ru/125989-opublikovana_polugodovaya_statistika_raboti_adminsudov_v_201.html.

2. Аналітичний огляд стану здійснення адміністративного судочинства у першому півріччі 2017 року. URL: http://www.vasu.gov.ua/sudovapraktika/statistika/Analit_oglyad_stany_admin_sud_2017/.

3. Валеев Д.Х. Система процессуальных гарантий прав граждан и организаций в исполнительном производстве: автореф. дисс. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.15 / Казанск. гос. ун-т им. В.И. Ульянова-Ленина. Екатеринбург, 2009. 52 с.

4. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням військової частини А 1080 від 2 листопада 2011 року № 13-рп/2011. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-11/print.

5. Притуляк В.М. Повноваження суду при примусовому виконанні судових рішень у цивільних справах: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Національний університет «Одеська юридична академія». Одеса, 2016. 205 с.

6. Кодекс адміністративного судочинства України: Науково-практичний коментар / за ред. С.В. Ківалова, О.І. Харитонової; С.В. Ківалов, О.І. Харитонова, О.М. Пасенюк, М.Р. Аракелян та ін. Харків: ТОВ «Одіссей», 2005. 552 с.

7. Демський Е.Ф. Адміністративне процесуальне право України: навч. посіб. Київ: Юрінком Інтер, 2008. 496 с.

8. Актуальні питання виконавчого провадження: навч. посіб. / під редакцією І.В. Спасибо-Фатєєвої. Київ: Центр комерційного права, 2009. 82 с.

9. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / С.С. Бичкова, Ю.В. Білоусов, В.І.Бірювок та ін.; за заг. ред. С.С. Бичкової. Київ: Атіка, 2008. 840 с.

10. Курс цивільного процесу: підручник / В.В. Комаров, В.А. Бігун, В.В. Баранкова та ін.; за ред. В.В. Комарова. Харків: Право, 2011. 1352 с.

11. Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. С.Я. Фурси. Київ: Видавець Фурса С.Я.; КНТ, 2009. Т. 2. 816 с.

12. Цивільний процес України: підруч. / за ред. Є.О. Харитонова, О.І. Харитонової, Н.Ю. Голубєвої. Київ: Істина, 2011. 560 с.

13. Ухвала ВАСУ від 22 серпня 2016 року у справі № 2а-1751/11/2070. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59813417.

14. Фурса С.Я., Щербак С.В. Виконавче провадження в Україні: навч. посіб. Київ: Атіка, 2002. 480 с.

15. Верба-Сидор О. Вирішення судом питання про поворот виконання в цивільному процесі. Вісник Львівського університету імені Івана Франка: зб. наук. праць. Львів, 2011. С. 180–189.

16. Ухвала ВАСУ від 14 квітня 2016 року у справі № 826/15872/13-а. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57226110.

17. Цивільне процесуальне право України: підруч. / С.С. Бичкова, І.А. Бірюков, В.І. Бобрик та ін.; за заг. ред. С.С. Бичкової. Київ: Атіка, 2009. 780 с.

18. Ухвала ВАСУ від 10 травня 2017 року у справі № 820/3246/15. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66597041.

19. Ухвала ВАСУ від 22 березня 2017 року у справі № 1570/6018/12. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65516558.

20. Притика Д.М., Тітов М.І., Щербина В.С. Арбітражний процес: навч. посіб. Харків: Консум, 2001. 432 с.

21. Ухвала ВАСУ від 7 квітня 2015 року у справі № 2а-1739/07. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43735110.

22. Сергієнко Н.А. Поворот виконання судового рішення у цивільних справах. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2014. № 6. С. 84–90. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/bmju_2014_6_27.

23. Цивільний процес України: підручник / за заг. ред. Р.М. Мінченко. Херсон: ОЛДІ-ПЛЮС, 2014. 720 с.

24. Ухвала ВАСУ від 3 червня 2016 року у справі № 742/898/15-а. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58190063.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

**Кошкош Елена Александровна** – аспирант Донецкого юридического института Министерства внутренних дел Украины, судья Донецкого окружного административного суда

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Koshkosh Elena Aleksandrovna** – Postgraduate Student of Donetsk Law Institute of Ministries of Internal Affairs of Ukraine, Judge of Donetsk Circuit Administrative Court

*elena.koshkosh@gmail.com*

УДК 342.97

# ПУБЛІЧНО-ВЛАДНІ УПРАВЛІНСЬКІ ФУНКЦІЇ, ЯКІ ЗДІЙСНЮЮТЬ ОРГАНІЗАЦІЇ САМОРЕГУЛІВНИХ ПРОФЕСІЙ

**Олена ЛЕВЧИШИНА,**
аспірант кафедри адміністративного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**АНОТАЦІЯ**

У статті визначено, що таке публічно-владні управлінські функції. Наведено визначення поняття організацій саморегулівних професій і їх належності до суб'єктів владних повноважень. Обґрунтовано необхідність функціонування та актуальність діяльності організацій саморегулівних професій в Україні. Проаналізовані приклади публічно-владних управлінських функцій, які здійснюють організації саморегулівних професій. Визначено, які владно-управлінські функції як саморегулівна організація здійснює Аудиторська палата України та Національна асоціація адвокатів України.

**Ключові слова:** публічно-владні управлінські функції, організації саморегулівних професій, Аудиторська палата України, Національна асоціація адвокатів України.

## GOVERNMENTAL, PUBLIC AND ADMINISTRATIVE FUNCTIONS THAT ARE PERFORMED BY THE ORGANIZATIONS OF SELF-REGULATED PROFESSIONS

**Olena Levchyshyna,**
Postgraduate Student at the Department of Administrative Law
of Taras Shevchenko National University of Kyiv

**SUMMARY**

The meaning of governmental, public and administrative functions is clarified in the article. The definition of the meaning of the organizations of self-regulated professions and their affiliation to the authority is given. The necessity of the functioning of the organizations of self-regulated professions in Ukraine is proved. Examples of governmental, public and administrative functions that are performed by the organizations of self-regulated professions are analyzed in the research. It is determined which authoritative and administrative functions are performed by the Chamber of Auditors of Ukraine and National Association of Lawyers of Ukraine.

**Key words:** governmental, public and administrative functions, self-regulated professions, the Chamber of Auditors of Ukraine, National Association of Lawyers of Ukraine.

**REZUMAT**

Articolul definește funcțiile de gestionare a puterii publice. Sunt date definițiile conceptului de organizare a profesiilor auto-reglabile și apartenența lor la subiecții puterii. Necesitatea funcționării și actualității activității organizațiilor de profesii auto-reglementate din Ucraina este fundamentată. Într-un studiu științific, sunt analizate exemple de funcții manageriale public-autoritare care efectuează organizarea de profesii autoreglabile. Se stabilește că funcțiile de putere și management ca organizație care se autoreglează sunt realizate de Camera de Audit a Ucrainei și de Asociația Avocaților din Ucraina.

**Cuvinte cheie:** funcții administrative publice, organizații de profesii auto-reglementate, Camera de Audit a Ucrainei, Asociația Națională a Barourilor din Ucraina.

**Постановка проблеми.** Актуальність теми дослідження зумовлена розвитком професійного об'єднання, функціонуванням організацій саморегулівних професій і виконанням публічно-владних управлінських функцій такими організаціями. У науці адміністративного права поняття публічно-владних управлінських функцій, які здійснюють такі професійні об'єднання, є недостатньо дослідженим, проте в практичній діяльності організації саморегулівних професій реалізують владні управлінські функції та виконують делеговані повноваження.

**Стан дослідження.** Вивчали цю сферу такі науковці: Н.Ю. Філатова, Т.А. Остапенко, В.М. Бевзенко, Е.С. Герасименко та інші.

**Мета й завдання статті** полягають у тому, щоб визначити, що таке публічно-владні управлінські функції, які здійснюють організації саморегулівних професій, навести приклади реалізації таких владних функцій, обґрунтувати актуальність вивчення та необхідність подальшого аналізу публічно-владних управлінських функцій, які здійснюють організації саморегулівних професій у царині наукової доктрини.

**Виклад основного матеріалу.** У науці адміністративного права виділяють організації саморегулівних професій (далі – ОСП), які функціонують у публічній і в приватній сферах. Ми розглянемо випадок, коли ОСП функціонують у публічній сфері та коли держава делегує їм публічно-владні управлінські функції.

Правова природа ОСП досліджена не в повному обсязі в сучасній науці адміністративного права. У зв'язку з розвитком суспільних відносин виникають нові правовідносини, нові правові конструкції, правові явища, які потребують свого дослідження. Організації саморегулівних професій – порівняно новий феномен у сучасній правовій науці, тому вони потребують свого вивчення й аналізу.

На основі попередніх досліджень ми дійшли висновку, що ОСП – це професійні об'єднання, які основані на членстві представників професій, що надають публічні послуги, які встановлюють професійні правила, здійснюють

контроль за внутрішньою діяльністю таких організацій і контроль за дотриманням професійних правил представниками визначених професій.

Варто зазначити, що ОСП є суб'єктами владних повноважень у тому випадку, коли вони здійснюють публічно-владні управлінські функції. Згідно з п. 7 ч. 1 ст. 4 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАСУ), суб'єкт владних повноважень – це орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їх посадова чи службова особа, інший суб'єкт під час здійснення ними публічно-владних управлінських функцій на підставі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень, або надання адміністративних послуг [1]. Із цього визначення можна зробити висновок, що необхідною умовою зарахування ОСП до суб'єктів владних повноважень є здійснення публічно-владних управлінських функції на підставі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень.

Ми вважаємо, що важливим кроком у дослідженні, які саме публічно-владні управлінські функції здійснюють ОСП, є визначення поняття «публічно-владні управлінські функції».

Чинний КАСУ в ст. 4 «Визначення термінів» не надає визначення дефініції «публічно-владні управлінські функції», хоча з визначення поняття «суб'єкт владних повноважень» можна зрозуміти, що саме суб'єкти владних повноважень надають публічно-владні управлінські функції. Також законодавець у трактуванні терміна «публічно-правовий спір» визначає, що це спір, у якому хоча б одна сторона здійснює публічно-владні управлінські функції, в тому числі на виконання делегованих повноважень, і спір виникає у зв'язку з виконанням або невиконанням такою стороною зазначених функцій.

Звертаємо увагу, що для уникнення розбіжностей у трактуванні визначення поняття «публічно-владні управлінські функції» доцільно було б закріпити в ст. 4 КАСУ термін «публічно-владні управлінські функції». Проте будемо виходити з аналізу наукових праць і позицій науковців для визначення публічно-владних управлінських функцій.

Коментар до КАСУ, який виданий до законодавчих змін КАСУ, що набрали чинності 15.12.2017, зазначає, що під владними управлінськими функціями, які здійснюються на основі законодавства, зокрема, на виконання делегованих повноважень, варто розуміти будь-які владні повноваження в рамках діяльності держави чи місцевого самоврядування, що не належать до законодавчих повноважень чи повноважень здійснювати правосуддя. Можна виділити, зокрема, такі групи владних управлінських функцій:

1) вироблення (формулювання) політики;
2) правове регулювання;
3) надання адміністративних послуг;
4) нагляд і контроль [2, ст. 6].

Отже, автори цього визначення зараховують до владних управлінських функцій широкий спектр функцій. Згідно з п. 3 Постанови Пленуму Вищого адміністративного суду України «Про окремі питання юрисдикції адміністративних судів» від 20.05.2013 № 8, діяльність усіх суб'єктів владних повноважень щодо виконання покладених на них Конституцією чи законами України завдань необхідно вважати владною управлінською функцією. Владною управлінською функцією може вважатися не лише прийняття рішення органом влади, а і його дії та бездіяльність [3].

Варто зазначити, що термін «публічно-» означає, що такі функції суб'єкта у випадку діяльності ОСП спрямовані на задоволення публічного інтересу, тобто інтересу громадян і держави України, «владні» означає, що в такого суб'єкта наявні владні повноваження, тобто держава наділила, уповноважила такого суб'єкта застосовувати владу, впливати на розвиток правовідносин, «управлінські функції» – це основні напрями діяльності такого суб'єкта, які спрямовані на здійснення управління підлеглим суб'єктом задля його правомірної, справедливої, законної діяльності.

На основі визначення поняття «публічно-владні управлінські функції» ми можемо проаналізувати публічно-владні управлінські функції, які здійснюють ОСП.

Варто зазначити, що необхідною умовою для здійснення публічно-владних управлінських функцій ОСП є надання публічних послуг представниками визначених професій, тому що в іншому випадку ОСП здійснюють свою діяльність у приватній сфері й не виконують публічно-владні управлінські функції.

У ст. 365-3 розділу XVII Кримінального кодексу України «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» зазначено, що до представників професій, які надають публічні послуги, належать аудитори, нотаріуси, оцінювачі, уповноважені особи Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, експерти, арбітражні керуючі, приватні виконавці, незалежні посередники, члени трудового арбітражу, третейські судді (під час виконання цих функцій), приватні виконавці, а також інші особи, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг. Законодавець передбачив види представників професій, які надають публічні послуги, і ми розглядаємо варіант, коли представники цих професій об'єднуються, створюють організацію та здійснюють публічно-владні управлінські функції [4].

Наприклад, Аудиторська палата України (далі – АПУ) як організація саморегулівної професії, згідно із Законом України «Про аудиторську діяльність», реалізує такі публічно-владні управлінські функції: здійснює сертифікацію осіб, які мають намір займатися аудиторською діяльністю; затверджує стандарти аудиту; веде Реєстр аудиторських фірм та аудиторів; здійснює контроль за дотриманням аудиторськими фірмами й аудиторами вимог Закону України «Про аудиторську діяльність», стандартів аудиту, норм професійної етики аудиторів; здійснює заходи із забезпечення незалежності аудиторів під час проведення ними аудиторських перевірок та організації контролю за якістю аудиторських послуг [5].

Також, відповідно до п. 3.2 Порядку за неналежне виконання професійних обов'язків, до аудиторів (аудиторських фірм) АПУ можуть бути застосовані стягнення у вигляді попередження, зупинення терміну чинності сертифіката на строк до одного року, анулювання сертифіката або виключення з Реєстру аудиторських фірм та аудиторів.

Згідно з пунктом 3.3 Порядку, під час застосування до аудитора (аудиторської фірми) стягнення враховується суттєвість порушення професійних обов'язків, їх наслідки, ступінь вини аудитора (аудиторської фірми) та інші обставини, що впливають на обрання заходу відповідальності. Суттєвість порушення визначає Дисциплінарна комісія АПУ під час розгляду матеріалів дисциплінарного провадження.

Ці положення свідчать про те, що ОСП, у цьому випадку Аудиторська палата України, здійснює публічно-владні управлінські функції, тому що анулювання сертифіката або виключення з Реєстру аудиторських фірм та аудиторів є суттєвою ознакою прояву влади, здійснення управління у сфері аудиторської діяльності.

Варто зазначити, що держава уповноважила АПУ представляти інтереси аудиторів як представників професії, які надають публічні послуги. Надання публічних послуг притаманне державі в особі уповноважених органів, а в цьому випадку ми спостерігаємо передачу управлінських

функцій від держави організаціям, які не є представниками держави, але виконують публічно-владні управлінські функції.

Ми вважаємо, що такий розвиток правовідносин зумовлений дерегуляцією, запозиченням міжнародного досвіду, який активно функціонує у сфері професійного саморегулювання та виконання публічно-владних управлінських функцій такими професійними організаціями.

Ще одним аргументом на користь того, що АПУ здійснює публічно-владні управлінські функції, є те, що публічно-правові спори за участю АПУ розглядаються в порядку адміністративного судочинства. Приклад із судової практики свідчить, що позивач звернувся до Окружного адміністративного суду міста Києва з позовом до Аудиторської палати України, в якому просив визнати протиправним і скасувати рішення Аудиторської палати України «Про застосування стягнення» від 26.15.2015 № 317/8.2. Окружний адміністративний суд визнав протиправним і скасував рішення Аудиторської палати України «Про застосування стягнення» від 26.15.2015 № 317/8.2 [6].

Ми вважаємо, що до ОСП, які здійснюють публічно-владні управлінські функції, належить також Національна асоціація адвокатів України, яка функціонує для реалізації завдання адвокатського самоврядування. Стаття 45 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» зазначає, що Національна асоціація адвокатів України (далі – НААУ) є недержавною некомерційною професійною організацією, яка об'єднує всіх адвокатів України й утворюється з метою забезпечення реалізації завдань адвокатського самоврядування [7]. Аналіз положень ст. ст. 9, 41, 43, 50, 52 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» свідчить, що кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури виконує значну кількість функцій, які є управлінськими та публічно-адміністративними (організація і проведення кваліфікаційного іспиту, вирішення питань про допуск до професійної діяльності, вирішення питань про притягнення до дисциплінарної відповідальності, вирішення інших питань, які є обов'язковими для виконання адвокатами, тощо), а саме: організаційна, кадрова, контрольна, владного впливу тощо, що дає можливість сформулювати висновок, що кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури здійснює владні управлінські функції на основі спеціального законодавства [8, ст. 94].

Організаційні форми НААУ виконують владні управлінські функції, адже вирішення питань про допуск до професійної діяльності, припинення чи зупинення такого дозволу, вирішення питань про притягнення до дисциплінарної відповідальності є публічно-владними управлінськими функціями, тому що адвокати за своєю природою здійснюють професійну правничу допомогу, яку, згідно з Конституцією України, гарантує держава [9], у випадках, передбачених законом, надає таку правову допомогу безкоштовно.

**Висновки.** Україна перебуває на етапі розвитку функціонування організацій саморегулівних професій. ОСП мають усі ознаки суб'єктів владних повноважень тоді, коли держава делегувала їм публічно-владні управлінські функції. Здатність до реалізації публічно-владних управлінських функцій характеризує ОСП як суб'єктів владних повноважень. У статті проаналізовані деякі з прикладів здійснення ОСП таких функцій. Важливо зазначити, що той випадок, коли представники професій, які надають публічні послуги, об'єднуються і створюють професійну організацію, може свідчити про те, що така організація буде здійснювати публічно-владні управлінські функції, на власний розсуд вирішувати питання внутрішнього та зовнішнього характеру, виконувати організаційну, кадрову, контрольну функцію, надавати, анулювати, припиняти право на зайняття професійною діяльністю й вирішувати низку інших важливих питань. Від рішень ОСП буде залежати, якої якості, ким і коли можуть надатися публічні послуги, які за своєю сутністю є прерогативою органів державної влади. Це явище свідчить про реалізацію принципу дерегуляції, коли держава делегує державні функції та повноваження, також про вплив міжнародного досвіду у сфері функціонування ОСП, урегулювання нових суспільних відносин, які виникають між такими організаціями та іншими суб'єктами, і реалізацію публічно-владних управлінських функцій такими організаціями.

Публічно-владні управлінські функції, які здійснюють ОСП, – це основні напрями діяльності таких організацій, що спрямовані на задоволення публічного інтересу, тобто інтересу громадян і держави України, де реалізуються владні державні повноваження, проявляється вплив таких організацій з метою правомірної, справедливої, законної діяльності зацікавлених суб'єктів.

Ми вважаємо, що в Україні існує потреба в дослідженні та вивченні ОСП, публічно-владних управлінських функцій, які здійснюють такі організації, вивченні особливостей здійснення таких функцій порівняно з іншими суб'єктами, які здійснюють публічно-владні управлінські функції, а саме: органами державної влади, органами місцевого самоврядування й іншими суб'єктами.

**Список використаної літератури:**

1. Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 року № 2747-IV. Відомості Верховної Ради України. 2005. № 35–36, 37. Ст. 446.

2. Науково-практичний коментар Кодексу адміністративного судочинства України / О.М. Пасенюк (кер. авт. кол.), О.Н. Панченко, В.Б. Авер'янов та ін.; за заг. ред. О.М. Пасенюка. Київ: Юрінком Інтер, 2009. 704 с.

3. Про окремі питання юрисдикції адміністративних судів: Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду від 20.05.2013 № 8. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0008760-13.

4. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25–26. Ст. 131.

5. Про аудиторську діяльність: Закон України від 22.04.1993 № 3125-XII. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 23. Ст. 243.

6. Рішення окружного адміністративного суду міста Києва від 18 грудня 2017 року № 826/14672/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/71211599.

7. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 № 5076-IV. Урядовий кур'єр. 05.09.2012. № 159.

8. Левчишина О.Л. Визначення юрисдикції щодо розгляду і вирішення публічно-правових спорів за участю організацій саморегулівних професій. Судова та слідча практика в Україні. 2017. № 5. Ст. 93–98.

9. Конституція України: Прийнята 28 черв. 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

**Левчишина Олена Леонідівна** – аспірант кафедри адміністративного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Levchyshyna Olena Leonidivna** – Postgraduate Student at the Department of Administrative Law of Taras Shevchenko National University of Kyiv

*lenalevchyshyna@gmail.com*

УДК 342.96.21

# ПРАВОВОССТАНОВИТЕЛЬНАЯ ФУНКЦИЯ АДМИНИСТРАТИВНО-ДЕЛИКТНОГО ПРАВА

**Алена МИКОЛЕНКО,**
кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры уголовного права, уголовного процесса и криминалистики
Одесского национального университета имени И.И. Мечникова

**АННОТАЦИЯ**

В статье раскрывается содержание правовосстановительной функции административно-деликтного права, а также ее соотношение с компенсационной функцией. Анализируются нормы законодательства Украины об административной ответственности, в которых закреплены основания и порядок реализации правовосстановительной функции. Акцентируется внимание, что правовосстановительная функция направлена на восстановление правового положения субъекта права, в результате чего субъект права вновь становится обладателем тех прав, которых был лишен, ему возвращается его имущество, он восстанавливается на работе и реабилитируется его имя в обществе.

**Ключевые слова:** функция права, административно-деликтное право, правовосстановительная функция, функции административно-деликтного права.

## RESTORATION FUNCTION OF ADMINISTRATIVE-TORTABLE LAW

**Alena MIKOLENKO,**
Candidate of Law, Associate Professor, Associate Professor at the Department of Criminal Law, Criminal Procedure and Criminalistics of Odessa I. I. Mechnikov National University

**SUMMARY**

The article reveals the content of the law-restoring function of administrative-tort law, as well as its relationship with the compensatory function. The norms of the legislation of Ukraine on administrative responsibility are analyzed, in which the bases and the order of realization of the right-restoration function are fixed. The attention is paid to the fact that the right-restoration function is aimed at restoring the legal status of the subject of law, as a result of which the subject of law again becomes the owner of those rights that he was deprived of, his property is returned to him, he is restored at work and his name is rehabilitated in society.

**Key words:** function of law, administrative-tort law, law-restoring function, functions of administrative-tort law.

**REZUMAT**

Articolul dezvăluie conținutul funcției de restabilire a legii dreptului delictual administrativ, precum și relația sa cu funcția compensatorie. Se analizează normele legislației Ucrainei privind responsabilitatea administrativă, în care se stabilesc bazele și ordinea realizării funcției de restabilire a dreptului. Focalizează că pravovosstanovitelnaya funcție își propune să restabilească statutul juridic al persoanei juridice, rezultând într-o nouă entitate juridică să devină proprietarul acestor drepturi, care a fost respinsă, sa întors la proprietatea sa, el revine la locul de muncă și a reabilitat numele lui în societate.

**Cuvinte cheie:** funcția de lege, legea administrativă-cort, funcția de restabilire a legii, funcțiile dreptului administrativ-cort.

**Постановка проблемы.** Как правило, о правовосстановительной функции права ученые вспоминают, когда характеризуют процессуальные отрасли права (гражданское процессуальное право, уголовное процессуальное право и др.). В рамках административного права о правовосстановительной функции речь идет при анализе положений Кодекса административного судопроизводства Украины (например, положения ч. 3 ст. 245), а также при теоретическом анализе современной системы мер административного принуждения, в рамках которой иногда выделяют самостоятельную группу мер – меры административно-восстановительного характера [1, с. 13–14; 2, с. 189]. Вместе с тем административно-деликтное право Украины представляет симбиоз материальных и процессуальных норм, анализ которых позволяет говорить о существовании правовосстановительной функции и в рамках административно-деликтного права. В юридической литературе огромное внимание уделяется воспитательной, профилактической, правозащитной и карательной функциям административно-деликтного права, тогда как содержание правовосстановительной функции остается не раскрытым. К тому же эту функцию очень часто отождествляют с компенсационной функцией административно-деликтного права.

**Актуальность темы исследования.** Рассмотрение содержания правовосстановительной функции административно-деликтного права будет способствовать разрешению теоретических проблем науки административного права в сфере административной ответственности, а также совершенствованию административно-деликтного законодательства Украины.

**Состояние исследования.** Функции права и функции административного права довольно подробно освещались в работах В.Б. Аверьянова, О.Ф. Андрийко, Д.Н. Бахраха, Ю.П. Битяка, И.П. Голосниченка, Ю.М. Козлова, А.В. Малько, М.Н. Марченко, Н.И. Матузова, Ю.В. Пирожковой, Т.М. Радько, Ю.М. Старилова и других ученых. Вместе с тем в науке административного права комплексно на монографическом или диссертационном уровне правовосстановительная функция административно-деликтного права еще не исследовалась.

**Целью и задачей статьи** является уточнение содержания правовосстановительной функции административно-деликтного права Украины, а также анализ соответствующих норм законодательства с целью их усовершенствования.

**Изложение основного материала.** Прежде чем начать анализ исследований по функциям административно-деликтного права, обратим внимание на то, что многие ученые не разграничивают между собой правовосстановительную и компенсационную функции права.

Например, Н.И. Матузов и А.В. Малько, акцентируя внимание на том, что каждый элемент системы права (отрасль права, правовой институт и норма права) может внутри системы реализовывать свои специфические функции, выделяют среди функций норм гражданского, трудового и экологического права компенсационную функцию. Однако авторы не раскрывают содержание данной функции, а также не проводят сравнительную характеристику правовосстановительной и компенсационной функций [3, с. 161].

Интересную и аргументированную систему функций современного административного права Украины предложила в работах Ю.П. Пирожкова [4, с. 186]. Она выделяет в данной системе базовые внутренние функции административного права (регулятивная, охранительная и процедурная) и внешние, так называемые общесоциальные функции (экономическая, политическая и социально-культурная). При этом отмечает, что компенсационная функция не является доминирующей среди составляющих охранительной функции административного права. В основном эта функция имеет свое проявление в административно-деликтных отношениях и обеспечивается в результате реализации правовосстановительных санкций. Действующий Кодекс Украины об административных правонарушениях (дальше – КУоАП), по мнению Ю.П. Пирожковой, направлен не столько на наказание лица, сколько на предупреждение правонарушений, воспитание личности и компенсацию за совершенное противоправное деяние в виде административного проступка. На основании этого делается вывод, что компенсационная составляющая охранительной функции заключается в восстановлении нарушенного в результате противоправного деяния права или восстановлении такого состояния правопорядка, которое существовало до совершения нарушения [4, с. 233].

Полностью соглашаясь с тем, что правовосстановительная и компенсационная функции не являются доминирующими в современном административном праве, не можем с Ю.П. Пирожковой согласиться в том, что она не разграничивает между собой правовосстановительную и компенсационную функции, отождествляя их как по содержанию, так и по механизму реализации.

В юридической литературе представлены многочисленные точки зрения, в которых проводится четкое разграничение между правовосстановительной и компенсационной функциями отрасли [5, с. 13–18; 6, с. 11; 7, с. 57; 8, с. 76–77]. Например, авторы академического курса по теории государства и права под редакцией М.Н. Марченко отмечают, что компенсационная функция права тесно связана с восстановительной. В юридической литературе по этой причине их часто отождествляют. Однако они – не тождественные функции. Различия между ними состоят, прежде всего, в формах, методах и правовых последствиях. Важную роль в их разграничении играют также правовые основания применения мер восстановительного и компенсационного характера, хотя, отмечают авторы академического курса, и восстановительные, и компенсационные меры могут иметь одно и то же правовое основание [9, с. 64–64].

Следует полностью согласиться с данным утверждением, так как действующее законодательство Украины дает основание разграничивать компенсационную и правовосстановительную функции права в зависимости от правовых оснований, форм, методов и правовых последствий их реализации.

Правовосстановительная функция направлена на восстановление правового положения субъекта права, то есть лицо вновь становиться обладателем тех прав, которых оно было лишено, ему возвращается его имущество, он восстанавливается на работе, реабилитируется его имя в обществе, восстанавливается нарушенный публичный порядок и т. п. Компенсационная же функция направлена исключительно на возмещение причиненного лицу имущественного, физического или морального вреда. Причем правовым основанием возмещения такого вреда, как правило, является противоправное поведение, которое и повлекло за собой наступление вредных последствий.

Например, яркую компенсационную направленность имеют нормы статей 40, 329 и 330 КУоАП, в которых закреплен механизм возмещения в рамках производства по делам об административных правонарушениях имущественного вреда, причиненного в результате совершения административного проступка. В результате реализации положений статей 40, 329 и 330 КУоАП, потерпевший лишь получает денежную компенсацию в размере стоимости утраченного имущества, а не восстанавливает права на то имущество, которое у него было до совершения административного проступка.

Как же тогда проявляет себя правовосстановительная функция в рамках административно-деликтного права?

В КУоАП закреплены нормы, которые напрямую связаны с реализацией правовосстановительной функции административно-деликтного права. Рассмотрим их более подробно.

1. В материальной части КУоАП содержится норма, которая устанавливает основания и механизм, во-первых, восстановления правового положения субъекта, который был привлечен к административной ответственности, во-вторых, реабилитации его имени перед обществом. Так, ст. 39 КУоАП закрепляет, что если лицо, подвергнутое административному взысканию, в течение года со дня окончания исполнения взыскания не совершило нового административного правонарушения, то это лицо считается не подвергавшимся административному взысканию. По сути, данная статья определяет, с какого момента лицо, подвергнутое административному взысканию, считается не подвергавшимся административной ответственности, то есть как долго находится оно в состоянии так называемой административной наказуемости. В течение года с момента окончания исполнения взыскания лицо, подвергнутое административному взысканию, должно своим поведением доказать, что оно исправилось. Причем исправленным считается то лицо, которое исполнило наложенное взыскание и в течение года не совершило нового административного правонарушения. Именно поэтому точкой отсчета годичного срока для погашения взыскания является не момент вынесения постановления о наложении административного взыскания, а день фактического окончания исполнения назначенного взыскания [10, с. 105–106]. Если же лицо совершило в течение года однородное правонарушение, то данный факт рассматривается либо как признак квалифицирующего состава административного правонарушения (например, установлена ответственность за повторную в течение года продажу лекарственных средств без рецепта в запрещенных законодательством случаях – ч. 2 ст. 42-4 КУоАП), либо как обстоятельство, отягчающее административную ответственность (ст. 35 КУоАП).

2. Процессуальная часть КУоАП содержит целый ряд положений, которые устанавливают основания и порядок реализации такой правовосстановительной меры, как воз-

врат изъятых вещей и документов. Возврат изъятых вещей и документов в одних случаях возможен до вынесения постановления по делу, а в других – требует окончательного вынесения постановления по делу, в котором указывается судьба изъятых вещей и документов.

Например, ст. 265 КУоАП закрепляет, что вещи и документы, которые являются орудием либо непосредственным объектом совершения правонарушения, могут быть изъяты уполномоченными на то должностными лицами. Такие вещи и документы проходят по делу об административном правонарушении в качестве доказательств, поэтому хранятся до рассмотрения дела в порядке, установленном законодательством. После же вынесения постановления по делу такие вещи и документы, в зависимости от результатов рассмотрения дела, возвращаются владельцу, если нет других оснований для их конфискации, уничтожения или реализации (когда речь идет о возмездном изъятии вещей). Именно поэтому законодатель дополнительно закрепляет в ч. 6 ст. 283 КУоАП положение о том, что постановление по делу должно содержать решение вопроса об изъятых вещах и документах. Правовосстановительная функция административно-деликтного права в данном случае реализуется через возврат собственнику его вещей и документов, которые проходили по делу в качестве доказательств и которые не подлежат конфискации, уничтожению и реализации по основаниям, предусмотренным действующим законодательством.

КУоАП содержит также нормы, которые закрепляют специальный режим возврата собственнику определенных вещей и документов. Например, ст. 265 КУоАП закрепляет, что изъятые орден, медаль, нагрудный знак, отличия Президента Украины, наградное оружие после рассмотрения дела подлежат возврату их законному владельцу, а если он неизвестен, направляются в Администрацию Президента Украины. С 2008 года КУоАП дополнен статьями, в которых предусматривались новые меры административно-процессуального характера и содержались специальные требования к процедуре возврата изъятых вещей и документов. Например, ч. 2 ст. 265-1 КУоАП, предусматривающая основания и порядок временного изъятия удостоверения водителя, закрепляет, что после окончания трехмесячного срока временного изъятия удостоверения водителя лицо имеет право обратиться в орган административной юрисдикции для получения изъятого документа при наличии одного из двух условий: 1) если суд, рассмотрев дело, не принял решение о лишении водителя права управления транспортным средством; 2) если дело об административном правонарушении не рассмотрено в установленный законом срок.

Специальные требования к возврату изъятых вещей и документов содержатся и в ст. 265-2 КУоАП, которая предусматривает основания и порядок временного задержания транспортных средств. Временное задержание транспортного средства заключается, во-первых, в блокировке транспортного средства на месте совершения правонарушения, но так, чтобы это не мешало движению транспорта по улице, дороге и т. п., во-вторых, в доставке транспортного средства на специальную площадку (в том числе с помощью эвакуатора) для хранения, если расположение задержанного транспортного средства мешает нормальному дорожному движению [10, с. 917]. Водитель, к которому применили временное задержание транспортного средства, вправе сообщить об этом факте другому лицу (по своему усмотрению) для возвращения транспортного средства к месту постоянной дислокации (ч. 2 ст. 265-2 КУоАП). Например, если водитель находился в состоянии наркотического опьянения, то задержанное транспортное средство может забрать его жена, которая тоже имеет право на управление данным транспортным средством. Если же задержанное транспортное средство имеет технические неисправности, то временное задержание продолжается до их устранения, но не более трех дней с момента задержания. После окончания трехдневного срока лицо имеет право обратиться за получением временно задержанного транспортного средства (ч. 5 ст. 265-2 КУоАП).

3. В процессуальной части КУоАП содержатся положения, которые минимизируют негативное влияние правовых последствий, уже наступивших в результате действия отмененного правового акта. То есть возникает необходимость восстановления правового положения лица, которое подверглось административному взысканию. Речь идет о восстановлении тех прав, которых лицо было лишено на основании принятого решения; о возврате того имущества, которое было изъято, а в последствии на основании вынесенного постановления конфисковано или реализовано; о реабилитации имени лица в обществе. Ст. 296 КУоАП закрепляет, что отмена постановления с закрытием дела об административном правонарушении влечет за собой возврат взысканных денежных сумм, изъятых и конфискованных предметов, а также отмену других ограничений, связанных с этим постановлением. Если лицу по разным объективным причинам не удается вернуть именно ту вещь, которую у него изъяли, то начинает свою реализацию компенсационная функция административно-деликтного права. В связи с этим, в ст. 296 КУоАП предусматривается, что в случае невозможности возврата предмета возвращается его стоимость, а возмещение вреда, причиненного гражданину незаконным наложением административного взыскания в виде административного ареста или исправительных работ, производится в порядке, установленном законом [11].

**Выводы.** На основании проведенного анализа можем резюмировать следующее:

– во-первых, правовосстановительная функция права тесно связана с компенсационной, поэтому их часто в юридической литературе отождествляют. Данные функции отраслей права не тождественны, а к критериям их разграничения относятся правовые основания их применения, формы и методы их реализации, а также наступившие в результате их применения правовые последствия;

– во-вторых, правовосстановительная функция направлена на восстановление правового положения субъекта права. Это значит, что субъект права вновь становится обладателем тех прав, которых он был лишен, ему возвращается его имущество, он восстанавливается на работе, реабилитируется его имя перед обществом, восстанавливается нарушенный публичный порядок и т. п. Компенсационная же функция направлена исключительно на возмещение причиненного лицу имущественного, физического или морального вреда;

– в-третьих, как элемент системы административного права административно-деликтное право обеспечивает реализацию охранительной функции административного права. Если же рассматривать административно-деликтное право как целостную систему, которая воздействует на определенную группу общественных отношений, то среди его функций следует выделять правовосстановительную функцию. Особенности реализации данной функции отображены в следующих положениях КУоАП:

а) ст. 39 КУоАП закрепляет основание и порядок реабилитации имени лица, которое больше года назад было подвергнуто административному взысканию;

б) ст. 265, ч. 2 ст. 265-1, ч. ч. 2, 5 ст. 265-2 КУоАП предусматривают процессуальный порядок возврата собственнику его вещей и документов, которые проходили по делу в качестве доказательств и не подлежат конфискации, уничтожению и реализации по основаниям, предусмотренным действующим законодательством;

в) ст. 296 КУоАП закрепляет: 1) порядок возврата денежных средств, вещей и документов, которые были взысканы, изъяты и конфискованы на основании вынесенного и отмененного в последствии постановления по делу; 2) порядок отмены других ограничений, которые были наложены на лицо отмененным постановлением и исполнены в полном объеме либо частично.

**Список использованной литературы:**

1. Миколенко А.И. Административный процесс и административная ответственность в Украине: учебное пособие. 2-е изд., доп. Харьков: Одиссей, 2006. 352 с.

2. Бахрах Д.Н. Административное право: учебник для вузов. Москва: БЕК, 1996. 368 с.

3. Теория государства и права: курс лекций / М.И. Байтин, В.В. Борисов, Ф.А. Григорьев, И.М. Зайцев и др.; под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юристъ, 2001. 776 с.

4. Пирожкова Ю.В. Теорія функцій адміністративного права: дис. … докт. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Запорізький нац. ун-т. Запоріжжя, 2017. 543 с.

5. Куксин И.Н., Матвеев П.А. Теоретические основы классификации функций права. Юридическая наука. 2012. № 4. С. 13–18.

6. Гафурова Г.Д. Предупредительные начала российского уголовного права: дисс. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Казанский гос. ун-т. Казань, 2004. 165 с.

7. Оцяця А.С. Динаміка охоронної функції кримінального права. Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць / за ред. С.В. Ківалова. Одеса, 2009. Вип. 47. С. 55–58.

8. Фефелов П.А. Уголовно-правовая концепция борьбы с преступностью: основы общей теории. Екатеринбург: Изд-во Уральского ун-та, 1999. 280 с.

9. Общая теория государства и права. Академический курс: в 3 т. / В.В. Борисов, Н.В. Витрук, Н.Л. Гранат, В.П. Казимирчук и др.; отв. ред. М.Н. Марченко. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: ИКД «Зерцало-М», 2002. Том 2. 528 с.

10. Кодекс України про адміністративні правопорушення: науково-практичний коментар / А.С. Васильєв, В.М. Гаращук, Є.В. Додін та ін.; за заг. ред. А.С. Васильєва, О.І. Миколенка. Харків: ТОВ «Одіссей», 2010. 1024 с.

11. Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду: Закон України від 01.12.1994. Відомості Верховної Ради України. 1995. № 1. Ст. 1.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

**Миколенко Алена Николаевна** – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права, уголовного процесса и криминалистики Одесского национального университета имени И.И. Мечникова

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Mikolenko Alena Nikolayevna** – Candidate of Law, Associate Professor, Associate Professor at the Department of Criminal Law, Criminal Procedure and Criminalistics of Odessa I.I. Mechnikov National University

*mikolenkoalena@gmail.com*

УДК 351.713:(339.543: 656.13.072/073)

# ВИКОНАННЯ МИТНИХ ФОРМАЛЬНОСТЕЙ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ДОПУСКОМ ДО СИСТЕМИ МІЖНАРОДНИХ ДОРОЖНІХ ПЕРЕВЕЗЕНЬ (СИСТЕМИ МДП)

**Віктор ПРОКОПЕНКО,**
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри морського та митного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

**АНОТАЦІЯ**

Стаття присвячена характеристиці митних формальностей та дій, які виконуються для отримання допуску до участі в міжнародних дорожніх перевезеннях із застосуванням книжки міжнародних дорожніх перевезень. Доведено, що перевагами таких перевезень є менша кількість затримок під час перетину кордону і скорочення загального часу перевезення вантажу. Визначено, що національним законодавством передбачено виконання трьох формальностей: отримання членства в гарантійному об'єднанні; отримання допуску до процедури міжнародних дорожніх перевезень; допущення транспортного засобу до перевезень під митними печатками та пломбами. Встановлено коло осіб, які беруть участь у виконанні конкретних дій кожної митної формальності.

**Ключові слова:** асоціація міжнародних автомобільних перевізників України, дія, дозвіл, Конвенція МДП, митна формальність, свідоцтво про допущення, учасник Конвенції МДП.

## IMPLEMENTATION OF THE CUSTOM FORMALITIES RELATED TO ADMITTING TO THE SYSTEM OF INTERNATSONAL TRAVELLING TRANSPORTATIONS (SYSTEM OF CARNET TIR)

**Viktor PROKOPENKO,**
Candidate of Law Sciences, Associate Professor,
Associate Professor at the Department of Naval and Custom Law
of National University „Odessa Academy of Law"

**SUMMARY**

The article is sanctified to description of custom formalitiesand actions that is executed for thereceipt of admittance in relation to participating in international travellingtransportations with application of Carnet TIR. It is proved that the advantages of such transport are a smaller number of delays at the border crossing and a reduction in the total time for the carriage of goods. Certainly, that a national legislation is envisage implementation of three formalities: receipt of membership in a warranty association; a receipt of admitting is to procedure of Carnet TIR; admitting of transport vehicle is to transportations under thecustom printing and stopping. The circle of persons that take part in execution the concrete actions of every custom formality isset.

**Key words:** association of international motor-car ferrymen of Ukraine, action, permission, Convention of Carnet TIR, custom formality, testifying to assumption, participant of Convention of Carnet TIR.

**REZUMAT**

Articolul este dedicat descrierii formalităților vamale și acțiunilor care trebuie luate pentru obținerea accesului la transportul rutier internațional prin aplicarea Carnetului TIR. Sa dovedit că avantajele unui astfel de transport sunt un număr mai mic de întârzieri la trecerea frontierei și o reducere a timpului total al transportului de mărfuri. Se stabilește că legislația națională prevede îndeplinirea a trei formalități: obținerea calității de membru în asociația garantă; obținerea admiterii în procedura TIR; omologarea vehiculului pentru transportul sub sigiliu și sigiliu vamal. A fost stabilit cercul persoanelor care participă la îndeplinirea acțiunilor specifice fiecărei formalități vamale.

**Cuvinte cheie:** asocierea operatorilor de transport rutier internațional din Ucraina, acțiune, permis, Convenția TIR, formalități vamale, certificat de aprobare, participant la Convenția TIR.

**Постановка проблеми.** Конвенція про міжнародні перевезення вантажів із застосуванням книжки міжнародних дорожніх перевезень (далі – МДП) розроблена 1975 р. та набрала чинності 20 березня 1978 р. На даний час налічується понад 70 договірних сторін Конвенції [1] і Україна не є винятком. Законом України від 15 липня 1994 р. Верховна Рада України постановила вважати обов'язковою Митну конвенцію про міжнародне перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП (Конвенція МДП 1975 р.) для України як однієї з держав – правонаступниць колишнього Союзу Радянських Соціалістичних Республік [2]. У зв'язку із цим актуальності набуває питання узгодженості національного законодавства з міжнародними нормами, правилами та стандартами у сфері міжнародних перевезень вантажів із застосуванням книжки МДП.

**Стан дослідження.** Дослідження особливостей переміщення товарів через митний кордон України міжнародними автомобільними перевезеннями з використанням книжки МДП практично відсутні в спеціальній літературі, за винятком деяких публікацій Л.М. Костюченка, Н.Т. Кунди, Є.Б. Павленко, в яких акцентується увага на державному регулюванні порядку переміщення за Конвен-

цією МДП, аналізі угод у сфері міжнародних автомобільних перевезень, загальній характеристиці системи МДП. І, звісно, виокремлення формальностей і аналіз виконання належних дій щодо допуску до системи МДП, на жаль, не проводилися.

Тому **метою та завданням статті** є характеристика митних формальностей і дій, які виконуються для отримання допуску до участі в міжнародних дорожніх перевезеннях із застосуванням книжки МДП.

**Виклад основного матеріалу.** Аналіз норм Конвенції МДП та національного законодавства дозволяє виокремити такі формальності щодо отримання можливості брати участь у міжнародних дорожніх перевезеннях із застосуванням книжки МДП:

– отримання членства в гарантійному об'єднанні;

– одержання допуску до процедури МДП;

– допущення транспортного засобу до перевезень.

В Україні гарантійним об'єднанням є Асоціація міжнародних автомобільних перевізників України (далі – АсМАП України), що була створена для сприяння розвитку перевезення вантажів і пасажирів автомобільним транспортом, зокрема й у міжнародному сполученні.

Варто звернути увагу на те, що Конвенцією МДП митним органам рекомендується обмежувати максимальну суму, що може бути витребувана від гарантійного об'єднання, величиною, рівною 50 000 доларів Сполучених Штатів Америки (далі – США) на одну книжку МДП [3]. Однак розмір гарантійної суми поступово збільшувався. Аналіз п. 6.1 наказу Міністерства фінансів України від 9 жовтня 2012 р. № 1066 показує встановлення іншого розміру гарантії – 60 000 євро [4]. І дійсно, на підставі рішення міжнародних страховиків системи МДП щодо підвищення гарантійного ліміту покриття по кожній книжці МДП на митній території України, згідно зі страховим свідоцтвом, виданим міжнародною глобальною страховою компанією системи МДП 15 червня 2010 р., «з 1 липня 2010 р. (00:00 за Гринвічем) АсМАП України несе відповідальність перед Держмитслужбою за кожну книжку МДП, яка видана Міжнародним союзом автомобільного транспорту (далі – МСАТ) будь-якому гарантійному об'єднанню, члену МСАТ, що використовується на території України, у сумі, що не перевищує 60 000 (шістдесят тисяч) євро, або у відповідній сумі в національній валюті, яка складається з митних податків, зборів, а також пені, які митні органи можуть пред'явити в разі виявлення порушень процедури МДП, допущених перевізником під час використання книжки МДП, прийнятої до оформлення митними органами України» [5].

20 жовтня 2016 р. укладено Додаткову угоду № 57 до Угоди між Державною митною службою України і Асоціацією міжнародних автомобільних перевізників України від 30 липня 1999 р., якою визначено, що під час використання книжок МДП, прийнятих до оформлення органами доходів і зборів із 1 липня 2016 р. (00.00 за Гринвічем), АсМАП України несе відповідальність перед Державною фіскальною службою (далі – ДФС) зі сплати митних платежів, зборів, а також пені за кожною книжкою МДП, виданою МСАТ будь-якому гарантійному об'єднанню, члену МСАТ, у сумі, що не перевищує 100 000 (ста тисяч) євро, або еквівалентній сумі в національній валюті, на яку органи доходів і зборів можуть пред'явити претензію в разі виявлення на території України порушень процедури МДП.

Відверто кажучи, неможливо уявити логіку підписантів цієї Угоди, в якій йдеться про зміну розміру гарантійного ліміту з 1 липня 2016 р., а підписується така угода 20 жовтня 2016 р.

Наказом ДФС України «Про реалізацію угод» від 17 листопада 2016 р. № 949 митниці ДФС України зобов'язали забезпечити інформування перевізників, експедиторів, митних брокерів, декларантів, суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності й інших зацікавлених осіб щодо положень підписаних угод шляхом проведення роз'яснювальної роботи та розміщення текстів угод на інформаційних стендах [6].

Наказом Міністерства фінансів України від 20 листопада 2017 р. № 953 взагалі передбачена підвищена фінансова гарантія сплати митних платежів під час транзитних перевезень територією України товарів, що перебувають під митним контролем за допомогою ваучерів TIR+, у розмірі 100 000 євро за кожним ваучером, використаним разом із книжкою МДП [7] (100 000 євро за одним ваучером і сума діючого покриття на кожну книжку МДП, яка на даний час дорівнює 60 000 євро). Отже, за наявності книжки МДП і ваучера TIR+ фінансова гарантія сплати митних платежів дорівнює 160 000 євро.

У перевезеннях із застосуванням книжки МДП можуть брати участь як фізичні, так і юридичні особи, але тільки ті, що вступили до АсМАП України. Порядок вступу до АсМАП України деталізований в її Статуті. Учасниками АсМАП України можуть бути суб'єкти господарської діяльності всіх форм власності, а також ті, що мають зареєстровані на них транспортні засоби, ліцензію на надання послуг із міжнародних перевезень пасажирів і вантажів автомобільним транспортом, визнають Статут АсМАП України, сплачують членські внески за надані послуги й інші платежі.

Згідно зі Статутом АсМАП України, встановлені три категорії учасників:

– допущені до системи МДП, із правом вирішального голосу (дійсні учасники АсМАП України);

– допущені до системи МДП, із правом дорадчого голосу (асоційовані учасники АсМАП України);

– із правом дорадчого голосу, без права роботи в системі МДП (асоційовані учасники АсМАП України) [8].

Прийняття в асоційовані учасники АсМАП України здійснюється її президентом на підставі письмової заяви, письмової рекомендації Ради відповідного регіону.

Отже, формальність для здійснення міжнародних перевезень вантажів із застосуванням книжки МДП – отримання членства в АсМАП України – починається з дії – подання фізичною або юридичною особою письмової заяви встановленої форми й укладення договору перевезення. Варто звернути увагу на значну кількість документів, які додаються до заяви (причому для вступу в АсМАП України із правом дорадчого голосу, без права роботи в системі МДП кількість таких документів значно менша).

Наступною дією є перевірка поданих документів Секретаріатом АсМАП України на відповідність мінімальним умовам і вимогам, передбаченим ч. II Додатку 9 Конвенції МДП, після якої матеріали надсилаються голові Ради відповідного регіону для їх перевірки за місцезнаходженням перевізника та розгляду Радою регіону. За результатами перевірки документів, але не пізніше 2-х місяців із дня їх отримання, голова Ради регіону надає відповідні пропозиції президенту АсМАП України щодо прийняття/відмови у прийнятті перевізника в учасники АсМАП України. На підставі рекомендацій Ради регіону і матеріалів перевірки Секретаріату, президент АсМАП України ухвалює рішення щодо участі перевізника в Асоціації.

За прийняття і розгляд документів на вступ до АсМАП України вноситься плата в розмірі 20-ти неоподаткованих мінімумів доходів громадян [9].

Як бачимо, митна формальність – отримання членства в АсМАП України – складається з таких дій:

– подання письмової заяви й укладення договору перевезення;

– перевірки поданих документів Секретаріатом АсМАП України;

– надіслання поданих документів до голови Ради відповідного регіону;

– отримання рекомендацій Ради регіону;

– ухвалення рішення президентом АсМАП України.

Звернемо увагу на коло осіб, які беруть участь у виконанні цієї формальності, а саме: заявник; Секретаріат АсМАП України; голова Ради регіону АсМАП України; президент АсМАП України.

Наступною митною формальністю є допуск перевізників-резидентів до процедури МДП, який надається спільною комісією Державної фіскальної служби України й АсМАП України, склад якої затверджується спільним наказом ДФС і АсМАП України. Першою дією на виконання цієї формальності є повідомлення листом АсМАП України ДФС України про бажання перевізників отримати допуск до перевезень на умовах Конвенції МДП, до якого додаються завірені ними:

– копії заяв перевізників на ім'я керівника гарантійного об'єднання;

– оригінал переліку перевізників, що надали гарантійному об'єднанню заяви на отримання допуску до перевезення на умовах Конвенції МДП.

Крім того, у своєму листі АсМАП України обов'язково зазначає відомості, які нею попередньо перевірялися, і несе відповідальність згідно із законом і Конвенцією МДП за достовірність даних, наведених у заяві та копії заяви перевізника.

Наступною дією є реєстрація ДФС України документів та їх перевірка протягом трьох тижнів щодо: наявності даних про перевізника в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань; наявності фактів притягнення до адміністративної відповідальності за порушення митних правил упродовж року із дня накладення адміністративного стягнення; стану розрахунків платника з бюджетом за даними інтегрованої картки платника.

Наступною дією є прийняття спільною комісією іспиту в керівників підприємств або уповноважених осіб, які, відповідно до покладених обов'язків, є відповідальними за дотримання вимог Конвенції МДП на підприємстві (за наявності). Питання, які винесені на іспит, стосуються суто Конвенції МДП, норм Митного кодексу (далі – МК) України та підзаконних нормативних актів щодо умов виконання міжнародних дорожніх перевезень вантажів із застосуванням книжки МДП. За результатами іспиту, за результатами проведених перевірок спільною комісією ухвалюється рішення про допуск перевізників – суб'єктів господарської діяльності України до процедури МДП.

У разі позитивного рішення ДФС України протягом тижня із дня ухвалення комісією рішення про допуск перевізників до процедури МДП надає перевізникам, допущеним до процедури МДП, дозвіл на використання книжок МДП, що і є наступною дією.

Останньою дією є надсилання ДФС України не пізніше двох днів із дати надання дозволу АсМАП України переліку перевізників-суб'єктів господарської діяльності, яким надано дозвіл на користування книжками МДП.

Отже, митна формальність – допуск перевізників-резидентів до процедури МДП – складається з таких дій:

– повідомлення ДФС України про бажання перевізників отримати допуск;

– реєстрація ДФС України документів та їх перевірка;

– проведення спільною комісією іспиту й ухвалення рішення;

– надання дозволу перевізникам на використання книжок МДП;

– надсилання АсМАП України переліку перевізників, яким надано дозвіл на користування книжками МДП.

Коло осіб, які беруть участь у виконанні цієї формальності, таке: представники АсМАП України та ДФС України, заявник.

Наступною митною формальністю є допущення транспортного засобу до перевезень товарів під митними печатками й пломбами. Національним законодавством передбачається два варіанти процедури допущення транспортного засобу, а саме в індивідуальному порядку або за типом конструкції.

Зазначимо, що на кожний допущений до перевезення транспортний засіб видається свідоцтво про допущення, але для дорожніх транспортних засобів або контейнерів, що перевозять великовагові або громіздкі вантажі, свідоцтво про допуск не потрібне. Відповідно до Загальних положень Додатку 2 Конвенції МДП, свідоцтво повинно бути надруковане мовою країни видачі і французькою або англійською мовами [3]. Наказом Міністерства фінансів України від 9 жовтня 2012 р. № 1064 встановлено, що бланк свідоцтва про допущення друкується українською й англійською мовами [10]. До свідоцтва про допущення додаються фотокартки або креслення (малюнки) транспортного засобу, які повинні бути завірені уповноваженою посадовою особою митниці видачі. Свідоцтво має супроводжувати дорожньо-транспортний засіб.

Для отримання свідоцтва про допущення транспортного засобу до перевезень товарів під митними печатками й пломбами його власник або уповноважена ним особа подає до митниці видачі пакет документів (є першою дією), в який входять:

– письмова заява довільної форми на ім'я керівника митниці видачі за підписом власника транспортного засобу і з його печаткою (за наявності). Для юридичних осіб у заяві, що подається, обов'язково повинні бути зазначені місцезнаходження, код згідно з ЄДРПОУ власника транспортного засобу, реєстраційний номерний знак, тип, марка, номер шасі транспортного засобу. Фізичні особи-підприємці зазначають місце проживання, реєстраційний номер облікової картки платника податків або серію та номер паспорта, реєстраційний номерний знак, тип, марку, номер шасі транспортного засобу;

– заповнене свідоцтво про допущення;

– копія свідоцтва про реєстрацію транспортного засобу в органах Державної автомобільної інспекції Міністерства внутрішніх справ (далі – МВС) України або тимчасового реєстраційного талона, завірена підписом власника транспортного засобу;

– комплект фотографій або креслень (малюнків) транспортного засобу (вид спереду, ззаду, вид із кожного боку, збільшеним планом кожне місце накладення митних печаток і пломб). Фотографії на звороті повинні містити інформацію про транспортний засіб (реєстраційний номерний знак транспортного засобу, тип, марка, номер шасі), яка завіряється підписом власника транспортного засобу [10].

Реєстрація поданих документів у митниці видачі є наступною дією. Наказом ДФС України від 27 листопада 2014 р. № 333 затверджена Інструкція з діловодства в Державній фіскальній службі України [11], нормами якої і врегульований порядок реєстрації документів, а також документообіг взагалі в митницях України. Зазвичай обов'язки з реєстрації вихідної та вхідної кореспонденції покладені на відділ організації документування і роботи з документами, яким і здійснюється прийняття, первинне опрацювання, реєстрація й організація передачі документів.

Призначення уповноваженої посадової особи відповідного підрозділу митниці щодо розгляду звернення та проведення перевірки є наступною дією. Зазвичай таку

посадову особу призначають зі складу службовців управління організації митного контролю митниці, яка перевіряє правильність заповнення свідоцтва про допущення, відповідність відомостей, внесених до свідоцтва про допущення, звіряє копії наданих документів з оригіналами. Обов'язково здійснюється огляд транспортного засобу на відповідність його міжнародним технічним вимогам, а також ідентичність зовнішнього вигляду пред'явленого транспортного засобу наданим фотографіям або кресленням (малюнкам), що є наступною дією.

За відсутності недоліків і зауважень до транспортного засобу посадова особа митниці видачі проводить реєстрацію свідоцтва про допущення в електронному журналі, присвоює номер, підписує і проставляє відбиток особистої номерної печатки на свідоцтві про допущення і на зворотному боці кожної фотографії або креслення (малюнка), що є наступною дією.

Останньою дією в разі виявлення невідповідності транспортного засобу міжнародним технічним вимогам є письмове повідомлення протягом двох робочих днів митницею видачі про відмову у видачі свідоцтва про допущення із зазначенням аргументованих підстав і повернення заявнику оригіналів поданих документів.

Видача митницею видачі власнику транспортного засобу свідоцтва про допущення здійснюється протягом одного робочого дня (але не пізніше наступного робочого дня) після надання повного пакета документів і подання транспортного засобу до огляду і є останньою дією.

Отже, митна формальність допущення транспортного засобу до перевезень товарів під митними печатками й пломбами індивідуальним порядком складається з нижчезазначених дій:

– подання власником транспортного засобу до митниці видачі пакета документів;

– реєстрація поданих документів у митниці видачі;

– призначення уповноваженої посадової особи щодо розгляду заяви і документів та проведення перевірки;

– проведення огляду транспортного засобу;

– реєстрація свідоцтва про допущення або письмове повідомлення заявника про відмову у видачі свідоцтва про допущення;

– видача свідоцтва про допущення.

Коло осіб, які беруть участь у виконанні цієї формальності, таке: заявник, уповноважена посадова особа митниці.

Практично не відрізняється виконання митної формальної процедури допущення транспортного засобу до перевезень товарів під митними печатками й пломбами за типом конструкції. Якщо транспортні засоби того самого типу конструкції виготовляються серійно, завод-виробник може звернутися до ДФС України (зауважимо, що не до митниці – В. П.) з письмовою заявою про їх допущення за типом конструкції. Водночас завод-виробник у заяві обов'язково має зазначити розпізнавальні цифри або літери, які він присвоюватиме типу конструкції транспортного засобу. Також до заяви додаються креслення та детальний опис типу конструкції транспортного засобу та зобов'язання щодо:

– допуску посадових осіб ДФС України до виробництва зазначеного типу конструкції;

– інформування ДФС України про будь-які зміни в кресленнях або в детальному описі конструкції до того, як ці зміни будуть здійснені;

– нанесення на видному місці транспортного засобу розпізнавальних цифр або літер типу конструкції, а також порядкового номера (заводського номера) кожного серійно виготовленого транспортного засобу цього типу.

У ДФС України реєструється заява, додатки до неї та зобов'язання, після чого уповноваженою посадовою особою ДФС України вивчаються та перевіряються подані документи. Обов'язково проводиться огляд одного або декількох виготовлених за цим типом транспортних засобів щодо його/їхньої відповідності міжнародним технічним вимогам. Ухвалення рішення ДФС України щодо допущення транспортного засобу до перевезення товарів під митними печатками й пломбами за типом конструкції є подальшою дією, про яку ДФС України в письмовій формі повідомляє завод-виробник і митниці про своє рішення.

Останні дві дії виконує митниця видачі, а саме: реєстрацію свідоцтва про допущення та видачу завіреного нею свідоцтва про допущення для кожного транспортного засобу, виготовленого відповідно до допущеного типу конструкції.

**Висновки.** У результаті проведеного дослідження встановлено, які митні формальності та дії щодо отримання допуску до системи МДП необхідно виконати, а саме:

– отримання членства в АсМАПУкраїни (подання письмової заяви й укладення договору перевезення; перевірка поданих документів Секретаріатом АсМАП України; надіслання поданих документів до голови Ради відповідного регіону; отримання рекомендацій Ради регіону; ухвалення рішення президентом АсМАП України);

– допуск перевізників-резидентів до процедури МДП (повідомлення ДФС України про бажання перевізників отримати допуск; реєстрація ДФС України документів та їх перевірка; проведення спільною комісією іспиту й ухвалення рішення; надання перевізникам дозволу на використання книжок МДП; надсилання АсМАП України переліку перевізників, яким надано дозвіл на користування книжками МДП);

– допущення транспортного засобу до перевезень товарів під митними печатками й пломбами (подання власником транспортного засобу до митниці видачі пакета документів; реєстрація поданих документів у митниці видачі; призначення уповноваженої посадової особи щодо розгляду заяви і документів і проведення перевірки; огляд транспортного засобу; реєстрація свідоцтва про допущення або письмове повідомлення заявника про відмову у видачі свідоцтва про допущення; видача свідоцтва про допущення).

**Список використаної літератури:**

1. URL: http://www.unece.org/trans/conventn/legalinst_42_BCF_TIR_1975.html.

2. Про участь України у Митній конвенції про міжнародне перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП (Конвенції МДП 1975 р.): Закон України від 15 липня 1994 р. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 33. Ст. 307.

3. Митна конвенція про міжнародне перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП (Конвенція МДП) 1975 р. Офіційний вісник України. 2007. № 3. Ст. 138.

4. Про затвердження Порядку виконання митних формальностей при здійсненні транзитних переміщень: наказ Міністерства фінансів України від 9 жовтня 2012 р. № 1066. Офіційний вісник України. 2012. № 99. Ст. 4027.

5. Щодо підвищення гарантійного ліміту по кожній книжці МДП: Лист Державної митної служби України від 1 липня 2010 р. № 11/11–10.19/6398-ЕП. URL: https://www.qdpro.com.ua/document/50350.

6. Про реалізацію угод: наказ Державної фіскальної служби України від 17 листопада 2016 р. № 949. URL: http://www.cct.com.ua/2016/17.11.2016_949.htm.

7. Про затвердження Порядку реалізації положень Митної конвенції про міжнародне перевезення вантажів із застосуванням книжки МДП (Конвенції МДП) 1975 р. та Інструкції про заповнення книжки МДП: наказ Міністерства фінансів України від 20 листопада 2017 р. № 953. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/RE31364.html.

8. Статут Асоціації міжнародних автомобільних перевізників України: рішення Конференції учасників АсМАП України. Протокол № 34 від 1 червня 2017 р. URL: http://www.asmap.org.ua/index1.php?page=statut.

9. Умови вступу до Асоціації міжнародних автомобільних перевізників України. URL: http://www.asmap.org.ua/index1.php?inc_file=info/posibnik20.php.

10. Про затвердження Порядку видачі свідоцтва про допущення дорожнього транспортного засобу до перевезення товарів під митними печатками та пломбами: наказ Міністерства фінансів України від 9 жовтня 2012 р. № 1064. Офіційний вісник України. 2012. № 88. Ст. 3581.

11. Про затвердження Інструкції з діловодства у Державній фіскальній службі України: наказ Державної фіскальної служби України від 27 листопада 2014 р. № 333. URL: http://sfs.gov.ua/diyalnist-/zakonodavstvo-pro-diyalnis/nakazi-pro-diyalnist/71085.html.

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

**Прокопенко Віктор Валерійович** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри морського та митого права Національного університету «Одеська юридична академія»

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Prokopenko Viktor Valeriiovych** – Candidate of Law Sciences, Associate Professor, Associate Professor at the Department of Naval and Custom Law of National University “Odessa Academy of Law”

УДК 342.951

# ЗАСАДИ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ

**Сергій САВРАНЧУК,**
аспірант кафедри адміністративного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ

**АНОТАЦІЯ**

У науковій статті проаналізовані принципи організації та діяльності прокуратури України та визначено їхні види. Проведено класифікацію принципів організації та діяльності прокуратури і запропоновано власну класифікацію на загальноправові та внутрішньоорганізаційні. Виокремлені основні ознаки системи принципів організації та діяльності прокуратури України.

**Ключові слова:** прокуратура, органи прокуратури, прокурор, принципи.

## THE PRINCIPLES OF THE ORGANS OF OFFICE OF PUBLIC PROSECUTOR

**Serhii SAVRANCHUK,**
Postgraduate Student at the Department of Administrative Law and Process
of National Academy of Internal Affairs

**SUMMARY**

The article analyses the principles of organization and activity of Office of Public Prosecutor of Ukraine and their kinds are certain. The classification of the principles of the organization and activity of the prosecutor's office and the classification of their own on the general legal and internal organization. The main features of the principles of the organization and activity of the prosecutor's office of Ukraine are outlined.

**Key words:** prosecution, prosecution bodies, subordinate prosecutors, principles.

**REZUMAT**

Articolul științific analizează principiile organizării și activităților Procuraturii Ucrainei și determină tipurile acestora. Clasificarea principiilor de organizare și activitate a procuraturii a fost realizată și propria clasificare a fost propusă pentru cele juridice și intra-organizaționale generale. Principalele caracteristici ale principiilor sistemului de principii de organizare și activitate a parchetului din Ucraina sunt evidențiate.

**Cuvinte cheie:** procuratura, procuratura, procuror, principii.

**Постановка проблеми.** Діяльність прокуратури спрямована на утвердження та забезпечення прав і свобод людини. Сьогодні механізм органів прокуратури є одним із важливих чинників законності. Сучасна прокуратура є авторитетним органом, що виконує різноманітні функції – від здійснення наглядової діяльності до підтримання державного обвинувачення в суді. Окремі питання організації та діяльності органів прокуратури України викликають зацікавленість науковців. Одним із таких питань є засади діяльності органів прокуратури.

Для того, щоб органи прокуратури належним чином здійснювали свої конституційні й інші функції, виконували покладені на них завдання й ефективно реалізовували свої повноваження, вони повинні бути організовані на певних принципах.

Ці принципи можуть мати загальний характер, стосуючись начебто зовнішнього боку організації та діяльності прокуратури. Є принципи і внутрішнього характеру, на яких базується власне робота органів прокуратури з виконання покладених на них завдань. Без визначення системи зазначених принципів будь-яка діяльність, зокрема і прокурорська, може виявитися малоефективною, нецілеспрямованою [1, с. 70].

**Стан дослідження.** Питання організації та діяльності органів прокуратури досліджували Ю.М. Грошевий, В.Г. Даєв, В.В. Долежан, Т.В. Корнякова, М.В. Косюта, В.І. Малюга, І.Є. Марочкін, М.І. Мичко, В.В. Сухонос, П.В. Шумський, В.Т. Нор та ін. Проте деякі теоретичні та практичні питання принципів організації та діяльності прокуратури України потребують додаткового аналізу.

**Метою статті** є аналіз принципів організації та діяльності прокуратури України, відокремлення їх від завдань прокуратури, проведення їхньої класифікації та визначення шляхів вдосконалення діяльності органів прокуратури в межах реалізації досліджуваних принципів.

Головним завданням даної статті є: визначення поняття, системи та видів принципів організації та діяльності органів прокуратури.

**Виклад основного матеріалу.** Принцип (від латинського *principium* – першооснова, основа) відображає в системі державного управління закономірності, відносини, взаємозв'язки між її елементами [2, с. 186]. У словниках принципи визначаються як: основне вихідне положення якої-небудь наукової системи, теорії ідеологічного напряму; особливість, покладена в основу створення або здійснення чого-небудь, спосіб створення або здійснення чого-небудь; переконання, норма, правило, яким керується хто-небудь у житті, поведінці [3, с. 492]. У науковій літературі принципи прокурорської діяльності розуміють як фундаментальні, вихідні положення правового характеру, засади діяльності, «несучі конструкції» усієї «будівлі» прокурорської роботи, навколо яких групуються відповідні правові норми, інститути, основні напрями діяльності. Незнання, ігнорування цих принципів може призвести до безпринципності, амор-

фності, до порушення законності, прав і свобод громадян. Дійсна принциповість – це самостійнапозиція та зразкове виконання своїх обов'язків. Знання принципів є основою для здібного й умілого дотримання постійної лінії поведінки та належних результатів [1, с. 71].

Недотримання встановлених принципів у будь-якій діяльності заважає досягненню бажаної мети. Отже, принципи організації та діяльності прокуратури визначають життєздатність, практичну організацію й реальне функціонування органів прокуратури.

Принципи органів прокуратури тісно взаємопов'язані, утворюють стійку цілісну систему, яка характеризується взаємодією та взаємозв'язком, єдністю мети і завдань прокурорської діяльності [4, с. 61].

Засади діяльності (принципи) прокуратури закріплені в ст. 3 Закону України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 р. [5], до них належать: 1) принцип верховенства права та визнання людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки найвищою соціальною цінністю; 2) принцип законності, справедливості, неупередженості й об'єктивності; 3) принцип територіальності; 4) принцип презумпції невинуватості; 5) принцип незалежності прокурорів, що передбачає наявність гарантій від незаконного політичного, матеріального чи іншого впливу на прокурора щодо ухвалення ним рішень під час виконання службових обов'язків; 6) принцип політичної нейтральності прокуратури; 7) принцип недопустимості незаконного втручання прокуратури в діяльність органів законодавчої, виконавчої та судової влади; 8) принцип поваги до незалежності суддів, що передбачає заборону публічного висловлювання сумнівів щодо правосудності судових рішень поза межами процедури їхнього оскарження передбаченим процесуальним законом порядком; 9) принцип прозорості діяльності прокуратури, що забезпечується відкритим і конкурсним зайняттям посади прокурора, вільним доступом до інформації довідкового характеру, наданням на запити інформації, якщо законом не встановлено обмежень щодо її надання; 10) принцип неухильного дотримання вимог професійної етики та поведінки [5].

Зазначені принципи прокуратури не всі прямо визначені в спеціальному законодавстві та підзаконних актах. Інколи ці принципи беруть свій початок із Конституції України та загальних норм законодавства. Також інколи ці принципи діяльності прокуратури дещо подрібнюють, внаслідок чого виділяють принципи, які співвідносяться як ціле та частка (незалежність – політична нейтральність).

Питання класифікації принципів організації та діяльності прокуратури також є неоднозначним. М.І. Мичко принципи організації та діяльності прокуратури поділяє на організаційні та функціональні [6, с. 299]. В.І. Малюга дотримується думки, що класифікація принципів організації та діяльності прокуратури має умовний характер. Усі ці принципи взаємопов'язані, взаємообумовлюють, доповнюють один одного і становлять окрему, функціонуючу, складну соціально-правову систему в галузі прокурорського нагляду [7, с. 85]. Зауважимо, що пропоновані класифікації здебільшого відображають зовнішню діяльність прокуратури, майже не торкаючись її внутрішньої будови. Отже, пропонуємо поділяти принципи організації та діяльності прокуратури на загальноправові, до яких належать: принципи законності, справедливості, неупередженості й об'єктивності, верховенства права; та структурно-цільові (внутрішньоорганізаційні): принципи територіальності, прозорості діяльності прокуратури, поваги до незалежності суддів.

Розглянемо ці принципи більш детально.

Суть *принципу верховенства права та визнання людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки найвищою соціальною цінністю* закріплена в Конституції України.

Так, конституційна норма відображає те, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантування визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ст. 3 Конституції України).

Визнання та дія принципу верховенства права в Україні закріплено в ст. 8 Конституції, відповідно до якої Основний закон України має найвищу юридичну силу. Закони й інші нормативно-правові акти ухвалюються на основі Конституції України і мають відповідати їй. Норми Конституції України є нормами прямої дії. Звернення до суду по захист конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується [8].

Однак, як відомо, не Конституція і не закони надають народу право, а своє право народ втілює через конституційні й інші законодавчі норми, тобто права та свободи людини є основою, а не результатом права держави.

*Принцип законності, справедливості, неупередженості й об'єктивності.* Цей принцип означає здійснення державними органами та посадовими особами всіх властивих їм функцій у суворій відповідності із чинною Конституцією, законами та підзаконними актами.

Так, відповідно до ст. 4 Закону України «Про прокуратуру», організація та діяльність прокуратури України, статус прокурорів визначаються Конституцією України, Законом України «Про прокуратуру» й іншими законами України, чинними міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України [5].

Відповідно до ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р., кожен має право на справедливий суд [9].

Варто зазначити, що принцип справедливості, неупередженості й об'єктивності закріплений в Кодексі професійної етики та поведінки працівників поліції від 28 листопада 2012 р. [10].

Працівник прокуратури зобов'язаний діяти справедливо, неухильно дотримуючись закону щодо підстав, порядку й умов реалізації повноважень прокуратури, бути об'єктивним у своїх стосунках з органами влади, громадськістю й окремими особами. Він має усвідомлювати соціальну значущість прокурорської діяльності, міру відповідальності перед суспільством у забезпеченні захисту прав людини і громадянина та відстоюванні інтересів держави.

Працівник прокуратури має прагнути досягнення справедливого балансу між правами та свободами особи і загальними інтересами суспільства. Він зобов'язаний дотримуватися пріоритету інтересів: представляючи інтереси держави у відносинах з іншими особами, зобов'язаний діяти виключно в інтересах держави.

*Принцип територіальності.* Систему прокуратури очолює Генеральна прокуратура України, яка є органом прокуратури вищого рівня щодо регіональних і місцевих прокуратур, а регіональна прокуратура є органом прокуратури вищого рівня щодо місцевих прокуратур, розташованих у межах адміністративно-територіальної одиниці, що підпадає під територіальну юрисдикцію відповідної регіональної прокуратури [5]. Отже, організація прокуратури за принципом територіальності спрямована на забезпечення наближеності органів прокуратури до людей. Це є важливою гарантією для вирішення спорів у розумні строки в умовах ускладнення правових відносин та збільшення кількості правових конфліктів.

*Принцип презумпції невинуватості.* Відповідно до ст. 62 Конституції України, особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному

покаранню, доки її вину не буде доведено законним порядком і встановлено обвинувальним вироком суду. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину.

Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь.

У разі скасування вироку суду як неправосудного держава відшкодовує матеріальну і моральну шкоду, завдану безпідставним засудженням [8].

*Принцип незалежності прокурорів, що передбачає наявність гарантій від незаконного політичного, матеріального чи іншого впливу на прокурора щодо ухвалення ним рішень під час виконання службових обов'язків.* Розглядаючи цей принцип, можна визначити два його аспекти – зовнішній і внутрішній. Так, співробітники прокуратури під час виконання службових обов'язків здійснюють повноваження незалежно від будь-якого впливу, тиску чи втручання в їхню професійну діяльність, зокрема, органів влади й органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, зобов'язані активно, у визначений законодавством спосіб, протистояти спробам посягання на їхню незалежність.

Внутрішній аспект незалежності прокуратури пов'язаний з існуванням централізації в системі органів прокуратури. Тут йдеся про забезпечення незалежності власне самих працівників прокуратури від будь-якого впливу. Вони мають самостійно ухвалювати рішення на основі власного внутрішнього переконання, що формується в результаті безпосередньо досліджених обставин справи та доказового матеріалу. Самостійність в ухваленні рішень характеризується можливістю прокуратура в межах своєї компетенції розпоряджатися своїми повноваженнями [11, с. 544].

Закон України «Про прокуратуру» встановлює гарантії незалежності прокуратури в здійсненні повноважень. Здійснюючи функції прокуратури, прокурор є незалежним від будь-якого незаконного впливу, тиску та втручання. Незалежність гарантується належним матеріальним, соціальним і пенсійним забезпеченням прокурора [5].

*Принцип політичної нейтральності прокуратури.* Працівник прокуратури зобов'язаний виконувати свої службові повноваження політично неупереджено та нейтрально, унеможливлювати будь-який вплив або тиск на свою професійну діяльність органів місцевої влади та самоврядування, посадових осіб, а також рішень, програм і дій політичних партій, інших суспільних об'єднань чи їх органів.

Не висловлювати публічно своєї власної позиції з тих чи інших питань поточної політики, щоби не ставити під сумнів свою неупередженість. Також працівники прокуратури не можуть належати до будь-яких політичних партій, об'єднань і рухів, брати участь у будь-якій політичній діяльності, передвиборній агітації та залучати до них підпорядкованих працівників, демонструвати свої політичні переконання та вчиняти інші дії, що можуть бути розцінені як особливе ставлення до певної політичної сили [10].

*Принцип недопустимост незаконного втручання прокуратури в діяльність органів законодавчої, виконавчої і судової влади.* Працівник прокуратури не повинен втручатися в діяльність органів державної влади й органів місцевого самоврядування, крім випадків, коли їхні рішення, дії чи бездіяльність суперечать законодавству та потребують заходів прокурорського реагування. Він має в своїх межах повноважень співпрацювати з ними під час виконання своїх службових обов'язків і вжиття заходів для зміцнення законності і правопорядку, якщо це не суперечить принципу його незалежності, має додержуватися вимог законодавства щодо членства в колегіальних органах [10].

*Принцип поваги до незалежності суддів, що передбачає заборону публічного висловлювання сумнівів щодо правосудності судових рішень поза межами процедури їх оскарження передбаченим процесуальним законом порядком.*

Відповідно до ст. 6 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» від 2 червня 2016 р., здійснюючи правосуддя, суди є незалежними від будь-якого незаконного впливу. Втручання в здійснення правосуддя, вплив на суд або суддів у будь-який спосіб, неповага до суду чи суддів, збирання, зберігання, використання і поширення інформації усно, письмово або в інший спосіб із метою дискредитації суду або впливу на безсторонність суду, заклики до невиконання судових рішень забороняються і мають наслідком відповідальність, установлену законом.

Органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їх посадові особи повинні утримуватися від заяв і дій, що можуть підірвати незалежність судової влади [12].

Тому для забезпечення справедливого й об'єктивного правосуддя працівник прокуратури у відносинах із суддями та присяжними повинен дотримуватися взаємоповаги, усвідомлюючи важливість спільних завдань щодо утвердження в суспільстві верховенства права та законності.

Працівник прокуратури не може неправомірно впливати на здійснення правосуддя, зокрема і шляхом спілкування із представниками судової влади поза офіційною процедурою взаємовідносин у межах відповідного провадження.

Оцінка дій суддів і законності судових рішень може публічно надаватися працівником прокуратури лише в межах і порядку, встановлених законодавством [10].

*Принцип прозорості діяльності прокуратури, що забезпечується відкритим і конкурсним зайняттям посади прокурора, вільним доступом до інформації довідкового характеру, наданням на запити інформації, якщо законом не встановлено обмежень щодо її надання.* Відповідно до ст. 6 Закону України «Про прокуратуру», органи прокуратури не менш як двічі на рік інформують суспільство про свою діяльність шляхом повідомлень у засобах масової інформації. Генеральний прокурор особисто не менше одного разу на рік звітує перед Верховною Радою України на пленарному засіданні про діяльність органів прокуратури шляхом надання узагальнених статистичних та аналітичних даних [5].

Керівники регіональних і місцевих прокуратур на відкритому пленарному засіданні відповідної ради, на яке запрошуються представники засобів масової інформації, не менш як двічі на рік інформують населення відповідної адміністративно-територіальної одиниці про результати діяльності на цій території шляхом надання узагальнених статистичних і аналітичних даних.

Інформація про діяльність прокуратури оприлюднюється в загальнодержавних і місцевих друкованих засобах масової інформації та на офіційних веб-сайтах органів прокуратури. Також органи прокуратури оприлюднюють видані ними нормативно-правові акти з питань організації та діяльності прокуратури України встановленим законом порядком [5].

Тобто вищезазначеним прокуратура зміцнює правовий порядок, запобігає порушенню прав і свобод людини, сприяє формуванню громадської думки щодо засудження правопорушень і осіб, які їх скоїли, впливає на правосвідомість громадян, підвищуючи їхню правову культуру.

*Принцип неухильного дотримання вимог професійної етики та поведінки.* Відповідно до загальних прав і обов'язків прокурора, останній зобов'язаний додержуватися правил прокурорської етики, зокрема не допускати поведінки, яка дискредитує його як представника прокуратури та може зашкодити авторитету прокуратури.

Оцінка дотримання правил професійної етики та поведінки працівника прокуратури надається під час проведен-

ня атестації, під час вирішення питань щодо підвищення по службі, присвоєння класного чину, підготовки характеристик і рекомендацій, зарахування до кадрового резерву на керівні та вищі посади тощо [5].

Зауважимо, що в ч. 2 ст. 3 чинного Кодексу професійної етики та поведінки працівників прокуратури від 28 листопада 2012 р. [10] зазначено, що правову основу регулювання відносин у сфері професійної етики та поведінки працівників прокуратури становлять Конституція України, закони України «Про прокуратуру», «Про правила етичної поведінки», «Про захист суспільної моралі», «Про засади запобігання і протидії корупції», процесуальне законодавство, Дисциплінарний статут прокуратури України, а також міжнародно-правові документи, серед яких Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод і рішення Європейського суду з прав людини, Керівні принципи Організації Об'єднаних Націй щодо ролі прокурорів (1990 р.), Стандарти професійної відповідальності та виклади основних обов'язків і прав прокурорів (1999 р.), Європейські інструкції з питань етики та поведінки прокурорів (Будапештські принципи), ухвалені 2005 р., та інші [11].

Отже, проаналізувавши вищезазначені принципи, можна дійти висновків, що ознаками принципів організації та діяльності органів прокуратури є такі: а) вони завжди повинні бути закріплені нормами права; б) принципи стосуються найбільш загальних і важливих сторін діяльності органів прокуратури; в) принципи прокуратури є системою засад організації та діяльності її органів; г) невиконання бідь-якого із принципів призводить до відповідальності.

Отже, принципи організації та діяльності прокуратури визначають механізм адміністративно-правового регулювання в системі органів прокуратури та регулювання суспільних відносин під час здійснення прокурорських функцій.

**Висновки.** Закінчуючи розгляд принципів прокуратури, зазначимо, що їх відносне виокремлення з усієї системи принципів довзоляє конкретно визначити кожний із них, що полегшує їх практичне застосування. Однак, беручи до уваги те, що вони є системою, треба зазначити, що порушення одного з них може привести до порушення інших. Тому якість організації та діяльності органів прокуратури досягається послідовним застосуванням усієї системи принципів і кожного з них окремо.

Отже, перелічені принципи діяльності прокуратури є втіленням найвищих прогресивних досягнень правової науки, шлях до визначення яких пролягав не через одне століття, адже зазначені демократичні принципи сформулювалися не в одну мить, вони пройшли довгий термін випробувань часом, щоб знайти своє закріплення в галузевому законі.

**Список використаної літератури:**

1. Михайленко О.Р. Прокуратура України : підручник. 2-ге вид. перероб. і допов. К.: Юрінком-Інтер, 2011. 336 с.
2. Атаманчук Г.В. Теория государственного управления: курс лекций. М.: Юрид. лит., 1997. 400 с.
3. Тлумачний словник української мови / укладачі: Т.В. Ковальова, Л.П. Коврига. Харків: Синтекс, 2005. 672 с.
4. Дьомін Ю.М. Прокурорський нагляд в Україні на сучасному етапі: монографія. К.: УкрІНТЕІ, 2013. 308 с.
5. Про прокуратуру: Закон України від 14 жовтня 2014 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/.
6. Малюга В.І. Принципи організації та діяльності прокуратури України: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.10. К., 2002. 205 с.
7. Мичко М.І. Проблеми функцій і організаційного устрою прокуратури України: дис. … д. юрид. наук: 12.00.10. Х., 2001. 376 с.
8. Конституція від 28 червня 1996 р. Офіційний вісник України. 2010. № 72/1. Ст. 2598.
9. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. Офіційний вісник України. 1998. № 13. Ст. 270.
10. Кодекс професійної етики та поведінки прокурора: затв. наказом Генеральної прокуратури України від 28 листопада 2012 р. № 123. URL: http://www.gp.gov.ua.
11. Прокурорский надзор: курс лекций и практикум / под. научн. ред. Ю.Е. Винокурова. 5 изд., перераб. и доп. М.: Экзамен, 2003. 544 с.
12. Про судоустрій та статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. Ст. 545.

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

**Савранчук Сергій Леонідович** – аспірант кафедри адміністративного права і процесу Національної академії внутрішніх справ

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Savranchuk Serhii Leonidovych** – Postgraduate Student at the Department of Administrative Law and Process of National Academy of Internal Affairs

*savranchuk@i.ua*

УДК 614.2

# АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я: ТЕЛЕОЛОГІЧНИЙ ПІДХІД ТА СИСТЕМАТИЗАЦІЯ

**Ганна САРИБАЄВА,**
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри адміністративного та фінансового права
Національного університету «Одеська юридична академія»

**АНОТАЦІЯ**

Наразі в Україні є дві групи нормативно-правових актів для визначення пріоритетів реформування системи охорони здоров'я: а) загального характеру, в яких ця реформа згадується разом з іншими реформами (Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020», Національна стратегія у сфері прав людини й інші); б) спеціального характеру, присвячені цій реформі загалом або її складникам. У процесі дослідження виявлено, що єдиний нормативно-правовий акт спеціального характеру, в якому йдеться про реформу системи здоров'я в Україні загалом, не виправдовує покладених на нього сподівань; як наслідок, органи публічної влади ухвалили значну кількість нормативно-правових актів, що багато в чому дублюють його норми.

**Ключові слова:** охорона здоров'я, система охорони здоров'я, реформа системи охорони здоров'я, державна політика у сфері охорони здоров'я, систематизація.

## ADMINISTRATIVE REGULATION OF THE HEALTH PROTECTION: TELEOLOGICAL BASICS AND SYSTEMATIZATION

**Hanna SARYBAIEVA,**
Candidate of Law Sciences, Associated Professor,
Associated Professor at the Department of Administrative and Financial Law
of National University "Odessa Law Academy"

**SUMMARY**

Now in Ukraine, there are two groups of normative and legal acts for determining the priorities for reforming the health care system: a) the general nature in which this reform is mentioned along with other reforms (Ukraine – 2020 Sustainable Development Strategy, National Human Rights Strategy and others); b) the special nature, devoted to this reform as a whole or its components. In the process of research it was revealed that the only normative legal act of a special nature, which deals with the reform of the health system in Ukraine as a whole, does not fulfill the tasks assigned to it; as a consequence, public authorities have adopted a significant number of regulatory acts, which largely duplicate its norms. It is recommended to systematize normative and legal acts of a special nature in the analyzed sphere.

**Key words:** health protection, health protection system, health care reform, public health policy, systematization.

**REZUMAT**

Acum, în Ucraina există două grupuri de acte normative și legale pentru stabilirea priorităților de reformare a sistemului de sănătate: a) natura generală în care este menționată această reformă împreună cu alte reforme (Strategia de dezvoltare durabilă a Ucrainei 2020, Strategia națională privind drepturile omului și altele) ; b) un caracter special, dedicat acestei reforme ca întreg sau componentelor sale. În procesul de cercetare sa constatat că un singur act normativ și juridic de o natură specială, despre care vorbesc despre reforma sistemului de sănătate din Ucraina în ansamblul său, nu-și îndeplinește speranțele; ca urmare, autoritățile publice au aprobat și aprobat un număr semnificativ de acte de reglementare, în multe privințe dublează normele sale.

**Cuvinte cheie:** sănătate, sistemul de sănătate, reforma sistemului de sănătate, politica de sănătate publică, sistematizarea.

**Постановка проблеми.** Телеологія стверджує, що всі процеси, зокрема й у суспільстві та державі, відбуваються відповідно до заздалегідь встановленої мети. Тому розроблення концепцій, стратегій реформ тощо є важливим завданням, яке постає під час здійснення державного управління.

**Актуальність теми дослідження.** Не є винятком і сфера охорони здоров'я. Системний аналіз чинного законодавства України про адміністративно-правове регулювання у сфері охорони здоров'я свідчить про те, що воно потребує нагальної систематизації. Однак навряд чи така систематизація законодавства в обраній сфері буде ефективною, якщо спочатку не систематизувати ті акти Президента й уряду України, на підставі яких здійснюється сучасна реформа системи охорони здоров'я. Адже саме на підставі цих документів визначається кінцева мета реформи.

**Стан дослідження.** Питання, пов'язані з адміністративно-правовим регулюванням у сфері охорони здоров'я, досліджували такі вчені, як: З.С. Гладун, Л.М. Дешко, О.М. Ціфровський, С.В. Істомін, В.М. Сорока й інші. Однак наразі відбувається реформа системи охорони здоров'я, новий етап якої розпочався у 2015 р., а публікації цих авторів датуються більш ранніми роками. Заповнення виявленої прогалини сприятиме успіхам цієї реформи, запланованої на 2015–2020 рр.

**Метою та завданням статті** є обґрунтування необхідності застосування телеологічного підходу для систематизації законодавства України про адміністративно-правове регулювання у сфері охорони здоров'я.

**Виклад основного матеріалу.** Для систематизації законодавства України про адміністративно-правове регулю-

вання у сфері охорони здоров'я необхідно визначитися з тим, якою є мета такого регулювання. Зробити це можна на підставі тих нормативно-правових актів органів публічної влади, які на державному рівні встановлюють мету реформи системи здоров'я, черговий етап якої заплановано на 2015–2020 рр. Тільки в такому разі систематизація законодавства України про адміністративно-правове регулювання у сфері охорони здоров'я буде успішною.

Дослідження системи законодавства України про адміністративно-правове регулювання у сфері охорони здоров'я нерозривно пов'язано з аналізом системи законодавства України про охорону здоров'я загалом (як частина та ціле – *Г. С.*). Системні проблеми, які наразі притаманні законодавству України про охорону здоров'я, не можуть не накласти відбиток на систему законодавства України про адміністративно-правове регулювання у сфері охорони здоров'я.

Одна з таких проблем є концептуальною. З.С. Гладун ще 1999 р. у своїй монографії «Державне управління в галузі охорони здоров'я» визначив, що «значним гальмом у реформуванні охорони здоров'я в Україні є відсутність її єдиної концепції <…>. Стало вже поганою традицією, коли кожний новопризначений міністр охорони здоров'я разом зі своєю командою розробляє новий проект концепції, розпочинає кампанію її реклами і громадської підтримки, вносить цю концепцію на розгляд Верховної Ради чи Уряду і <…> на цьому, як правило, закінчується її позитивне сприйняття» [1, с. 175; 2]. Варто зазначити, що й сучасному етапу реформи у сфері охорони здоров'я бракує послідовності та науково виваженої концепції. Саме відповідно до цієї концепції мало б удосконалюватися чинне законодавство про охорону здоров'я.

Першим нормативно-правовим актом загального характеру, в якому містяться концептуальні положення щодо реформи системи охорони здоров'я, але не тільки щодо неї, наразі є Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020», схвалена Указом Президента України від 12 січня 2015 р. Ця Стратегія щодо реформи системи охорони здоров'я передбачає: «Метою державної політики у цій сфері є кардинальне, системне реформування, спрямоване на створення системи, орієнтованої на пацієнта, здатної забезпечити медичне обслуговування для всіх громадян України на рівні розвинутих європейських держав. Головними напрямами реформ мають стати підвищення особистої відповідальності громадян за власне здоров'я, забезпечення для них вільного вибору постачальників медичних послуг належної якості, надання для цього адресної допомоги найбільш соціально незахищеним верствам населення, створення бізнес-дружньої обстановки на ринку охорони здоров'я. Орієнтиром у проведенні реформи є програма Європейського Союзу «Європейська стратегія здоров'я – 2020»».

На виконання Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020» Кабінетом Міністрів України періодично затверджуються плани заходів (дивись, наприклад, [3] – *Г. С.*).

Другим нормативно-правовим актом загального характеру, в якому містяться концептуальні положення щодо реформи системи охорони здоров'я, але не тільки щодо неї, наразі є Національна стратегія у сфері прав людини, затверджена Указом Президента України від 25 серпня 2015 р. Кабінет Міністрів України на виконання цього нормативно-правового акта своїм розпорядженням затвердив Міжнародну класифікацію функціонування, обмежень життєдіяльності та здоров'я та Міжнародну класифікацію функціонування, обмежень життєдіяльності та здоров'я дітей і підлітків.

Зважаючи на зміст цих двох нормативно-правових актів, зауважимо, що наявність у них структурних частин, присвячених реформі системи охорони здоров'я, варто визнати важливою. Тим, хто знайомиться зі змістом цих документів, це, по-перше, надає комплексну уяву про сучасні проблеми в Україні та наявність політичної волі щодо їх вирішення, а по-друге, підкреслює першочерговість дій щодо реформування системи охорони здоров'я. Навряд чи варто рекомендувати систематизацію цих норм у межах одного нормативно-правового акта.

Варто також зауважити, що є й інші нормативно-правові акти загального характеру, що опосередковано стосуються реформи системи охорони здоров'я, однак у них не виокремлено присвячених реформі окремих структурних частин. Так, 2004 р указом Президента України було затверджено Національну доктрину розвитку фізичної культури і спорту, в який підкреслювалося, що «фізична культура як складова загальної культури, суспільними проявами якої є фізичне виховання та масовий спорт, є важливим чинником здорового способу життя, профілактики захворювань, організації змістовного дозвілля, формування гуманістичних цінностей та створення умов для всебічного гармонійного розвитку людини. Спорт сприяє досягненню фізичної та духовної досконалості людини, виявленню резервних можливостей організму» [4]. Кабінет Міністрів України, виходячи зі змісту цього нормативно-правового акта, розробив і затвердив заходи з його реалізації у 2005 р., до виконання яких залучив центральні та місцеві органи виконавчої влади. В урядовому акті було зазначено необхідність звітування щодо виконання відповідних дій станом на 1 січня 2006 р., і за підсумками розгляду звіту було очевидним, що далеко не всі заходи виконано (дивись [5] – *Г. С.*). Занепокоєння викликає те, що строки, передбачені у відповідних стратегічних і програмних документах, часто порушуються.

Переходячи до менш загальних актів, варто зазначити, що в Україні має бути нормативно-правовий акт спеціального характеру, в якому містяться концептуальні положення щодо реформи системи охорони здоров'я. Наразі він в Україні є *de jure,* але відсутній *de facto.* І саме в цій сфері вкрай необхідною є систематизація законодавства, адже існує кілька таких нормативно-правових актів спеціального характеру, кожен із них присвячено окремим проблемам у сфері охорони здоров'я.

Президент України наприкінці 2000 р. затвердив Концепцію розвитку охорони здоров'я населення України, яка передбачала реформування економічних засад системи охорони здоров'я, реорганізацію системи управління у сфері охорони здоров'я, створення умов для здорового способу життя тощо [6]. Найбільш хронологічно близька до сьогодення дата у Заходах – це 2005 р.; змін і доповнень до них не вносилося, але акт залишається чинним і досі.

Кабінет Міністрів України 9 серпня 2001 р. ухвалив Заходи щодо виконання Концепції розвитку охорони здоров'я населення України [7]. У Заходах уряд передбачив, наприклад, у 2001–2005 рр. забезпечити функціонування оптимальної мережі закладів планування сім'ї, доступність медичних послуг, спрямованих на збереження репродуктивного здоров'я, особливо для підлітків і молоді, у 2001–2003 рр. – розробити систему організації невідкладної медичної допомоги жителям села [8]. Найбільш хронологічно близька до сьогодення дата у Заходах – це 2005 р.; змін і доповнень до них не вносилося, але акт залишається чинним дотепер.

Аналіз вказаних актів Президента й уряду надає підстави для констатації: низка положень згаданих документів поки що не виконана, проте строки виконання не переглядалися, акти не скасовуються та не змінюються. Натомість аналогічні або майже аналогічні положення включаються в нові нормативно-правові акти як Президента, так і Кабінету Міністрів. Низка норм Концепції розвитку охорони здоров'я населення України та Заходів з її виконання є «мертвими нормами», тоді як є більш сучасні норми аналогічного змісту. Це вимагає проведення систематизації.

Ще одним прикладом може слугувати те, що на підставі указу Президента України Л. Кучми 2001 р. було оголошено Роком охорони здоров'я населення України. На підставі того ж указу уряд затвердив Міжгалузеву комплексну програму «Здоров'я нації» на 2002–2011 рр. Указ, так і Програма, залишаються чинними й досі, а низку передбачених заходів поки що не виконано. Наприклад, завданням на 2002–2004 рр. для Міністерства охорони здоров'я, Міністерства економіки, Міністерства аграрної політики, Міністерства промислової політики, Міністерства праці та Академії медичних наук було «створити ефективну систему фінансування охорони здоров'я, джерелом якого повинні бути бюджетні кошти, внески на соціальне медичне страхування та кошти інших джерел, не заборонених законодавством». Але ця проблема не вирішена дотепе, про що свідчить відсутність страхової медицини в Україні. І цій проблемі присвячуються правові норми у більш сучасних нормативно-правових актах.

Однією із ключових проблем у сфері охорони здоров'я населення в Міжгалузевій комплексній програмі «Здоров'я нації» на 2002–2011 рр. було названо «недосконалість нормативно-правових актів, які впливають на створення умов для поліпшення стану здоров'я населення та підвищення ефективності використання в системі охорони здоров'я людських, матеріально-технічних та фінансових ресурсів в умовах ринкової економіки» [9], і вона поки що не вирішена.

У схваленій указом від 9 лютого 2016 р. Національній стратегії з оздоровчої рухової активності в Україні на період до 2025 р. «Рухова активність – здоровий спосіб життя – здорова нація» значну увагу приділено питанням регулювання в цій сфері. Так, п. III «Мета та основні завдання Національної стратегії» передбачає, що для ліквідації шкідливих наслідків гіподинамії необхідним є забезпечення координації дій усіх заінтересованих суб'єктів, органів виконавчої влади та місцевого самоврядування шляхом утворення Координаційної ради на чолі з віце-прем'єр-міністром України та відповідних рад при місцевих державних адміністраціях (організаційні гарантії), та вдосконалення законодавства щодо підтримки та стимулювання суб'єктів сфери фізичної культури і спорту, діяльність яких спрямована на заохочення людей до оздоровчої рухової активності (правові гарантії) [10].

На виконання Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020» у частині реформи системи охорони здоров'я Кабінетом Міністрів України 30 листопада 2016 р. ухвалено Концепцію розвитку громадського здоров'я, якою впроваджується в обіг поняття «система громадського здоров'я». Ця Концепція визначає «систему громадського здоров'я як комплекс інструментів, процедур та заходів, що реалізуються державними та недержавними інституціями для зміцнення здоров'я населення, попередження захворювань, збільшення тривалості активного та працездатного віку і заохочення до здорового способу життя шляхом об'єднання зусиль усього суспільства» [11]. Попередній абзац Концепції свідчить про те, що автори її тексту розглядають охорону громадського здоров'я як частину, а охорону здоров'я – як ціле («нагальною потребою є проведення комплексної реформи системи охорони здоров'я, включаючи сферу громадського здоров'я» [11]). Узагальнивши, можна стверджувати, що охорона громадського здоров'я не охоплює надання медичної та домедичної допомоги, а передбачає низку профілактичних дій із попередження спричинення шкоди здоров'ю, а також паліативну допомогу. Що стосується профілактичних дій, то Концепція містить перелік основних із них: «здійснення протиепідемічних та профілактичних заходів щодо інфекційних хвороб, проведення індивідуальної та масової профілактики захворювань, аналізу стану здоров'я населення, розроблення рекомендацій щодо профілактики і зниження впливу негативних факторів виникнення захворювань, розслідування поодиноких випадків інфекційних хвороб, проведення санітарно-просвітницької роботи серед населення з питань профілактики інфекційних хвороб та неінфекційних захворювань, навчання населення з питань здорового способу життя» [11].

Текст аналізованого документа містить відповідь на запитання, чому Концепція присвячена саме громадянському здоров'ю. Зокрема зазначено, що «успадкована з радянського періоду комплексна модель Семашка, за якої вся сфера охорони здоров'я належала до державної власності та фінансувалася державою, була спрямована на утримання лікарень, характеризувалася фрагментарним управлінням, зосередженим переважно на лікуванні нетяжких гострих станів та фактичною відсутністю профілактики. Система практично ігнорувала потреби здорового населення, що не давало змоги стримувати та системно впливати на підвищення рівня неінфекційних захворювань» [11].

Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 30 листопада 2016 р. було схвалено Концепцію реформи фінансування системи охорони здоров'я, яка проголошує, що «метою реформи фінансування системи охорони здоров'я є створення та запровадження нової моделі фінансування, яка передбачає чіткі та прозорі гарантії держави щодо обсягу безоплатної медичної допомоги, кращий фінансовий захист громадян у випадку хвороби, ефективний та справедливий розподіл публічних коштів та скорочення неформальних платежів, створення стимулів до поліпшення якості надання медичної допомоги населенню державними і комунальними закладами охорони здоров'я» [12]. На виконання цієї Концепції урядом затверджено План заходів із реалізації Концепції реформи фінансування системи охорони здоров'я на період до 2020 р. [13].

Отже, наразі є низка нормативно-правових актів, спрямованих на нормативне забезпечення реформи системи охорони здоров'я в Україні. Для підвищення ефективності реформування вони потребують систематизації.

Варто зауважити, що узагальнити правові норми чинних нормативно-правових актів концептуального характеру про реформу системи охорони здоров'я намагалося Міністерство охорони здоров'я України. Проте це було зроблено без звернення до систематизації законодавства, хоча тут могла б стати в пригоді така форма його систематизації, як інкорпорація. Міністерство охорони здоров'я узагальнило їх не в інкорпорованій збірці нормативно-правових актів органів публічної влади, присвячених охороні здоров'я, не у власному нормативно-правовому акті концептуального характеру, а в брошурі «Національна стратегія реформування системи охорони здоров'я в Україні на період 2015–2020 рр.» [14], розміщеної на офіційному веб-сайті цього Міністерства та складеної за підтримки Фонду «Відродження» й кількох інших громадських організацій.

Варто навести й інформацію, розміщену на офіційному веб-сайті Міністерства охорони здоров'я України:

«У серпні 2014 р. Міністерство охорони здоров'я ініціювало розробку Національної стратегії реформування системи охорони здоров'я в Україні. За допомогою нових стратегічних підходів до підвищення якості та доступності допомоги та зменшення фінансових ризиків для людей потрібно було надати нового поштовху реформі галузі. У документа є дві головні мети: у першу чергу, стимулювати правильні реформи, але водночас продемонструвати тим, хто приймає рішення, що здоров'я та його охорона – потужний інструмент в політиці. Стратегія прояснює обрій для реформи, надає їй структури та демонструє потенціал різних заходів, спрямованих на ефективний розвиток послуг охорони здоров'я. На базі стратегії Міністерство охорони здоров'я (далі – МОЗ) розробило також Концепцію реформування фінансування системи охорони здоров'я та законопроекти, що запустять реформу української медицини» [14].

Стратегія складається із чотирьох частин:

1. Показники здоров'я та стан системи охорони здоров'я України. Основні політичні аспекти.

2. Цілі, цінності та основні завдання системи охорони здоров'я України.

3. Архітектура системи охорони здоров'я. Стратегічні можливості для України (а) надання послуг; б) фінансування системи охорони здоров'я; в) управління; г) інші важливі сфери системи охорони здоров'я).

4. Побудова нової системи охорони здоров'я (а) короткострокові дії (2015–2016 рр.); б) середньострокові дії (2017–2018 рр.); в) довгострокові дії (2018 р. і далі)).

Що ж до реформування адміністративно-правового регулювання у сфері охорони здоров'я в Україні, то Концепція передбачає лише заходи з реформування Міністерства охорони здоров'я, а саме: «Відповідно до європейських прагнень України, роль держави у роботі системи охорони здоров'я буде обмежено; МОЗ повинно позбавитися невластивих управлінських функцій, таких, як: закупівлі, управління лікарнями, обслуговування та ремонт закладів, і зосередитись у першу чергу на розробці політики і плануванні. МОЗ має зберегти три основні функції:

– управління системою охорони здоров'я через політичне лідерство та розроблення стратегій, координацію генерального плану лікарень, визначення пріоритетності національних програм у галузі охорони здоров'я і обговорення пріоритетів з основними зацікавленими сторонами (у деяких країнах, наприклад, створені окремі агентства з реалізації національних програм та служби посередництва, що вирішують конфлікти між постачальниками послуг, пацієнтами та державою);

– регуляторний нагляд за усіма видами діяльності, що пов'язані з охороною здоров'я, включаючи закупівлю послуг. Цю функцію можна виконувати через представництво МОЗ у правлінні відповідних новостворених агентств, наприклад, Агентство з ліцензування та акредитації медичної практики, Фармацевтичне агентство (відповідальне за реєстрацію фармацевтичної продукції, фармнагляд); Агентство оцінки технологій в охороні здоров'я (перелік примірний) тощо;

– забезпечення інформації у сфері охорони здоров'я, прозорості та підзвітності, епідеміологічного нагляду/екстреного реагування. епідеміологічний нагляд буде здійснюватися мережею лабораторій і обласних управлінь Національного центру контролю за захворюваннями і громадським здоров'ям» [14].

Ці заходи розроблено з урахуванням найсучасніших міжнародних і європейських стандартів. Отже, ці три напрями можуть слугувати трьома концептуальними напрямами реформи системи охорони здоров'я в Україні. З урахуванням цього варто проводити систематизацію законодавства України в зазначеній сфері.

**Висновки.** Наразі в Україні є дві групи нормативно-правових актів для визначення пріоритетів реформування системи охорони здоров'я: а) загального характеру, в яких ця реформа згадується разом з іншими реформами (Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020», Національна стратегія у сфері прав людини й інші); б) спеціального характеру, присвячені цій реформі загалом або її складникам. У процесі дослідження виявлено, що єдиний нормативно-правовий акт спеціального характеру, в якому йдеться про реформу системи здоров'я в Україні загалом, не виправдовує покладених на нього сподівань; як наслідок, органи публічної влади ухвалили значну кількість нормативно-правових актів, що багато в чому дублюють його норми. Рекомендовано систематизувати нормативно-правові акти спеціального характеру в аналізованій сфері. Перспективи подальших досліджень у цій сфері полягають у пошуку оптимальної форми систематизації.

**Список використаної літератури:**

1. Гладун З.С. Державне управління в галузі охорони здоров'я. Тернопіль: Укрмедкнига, 1999. 312 с.

2. Мішина Н.В. Сучасні процеси децентралізації виконавчої влади та реформування місцевого самоврядування в Україні. Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». Одеса: Юридична література, 2014. Т. XIV. С. 228–233.

3. План заходів із виконання Програми діяльності Кабінету Міністрів України та Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020» у 2015 р.: затверджений розпорядженням Кабінету Міністрів України від 4 березня 2015 р. № 213-р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/213-2015-р (дата звернення: 15.01.2018).

4. Національна доктрина розвитку фізичної культури і спорту: схвалена Указом Президента України від 28 вересня 2004 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1148/2004 (дата звернення: 15.01.2018).

5. Кабінет Міністрів України розглянув Звіт про реалізацію Національної доктрини розвитку фізичної культури і спорту у 2005 р. URL: https://www.kmu.gov.ua/ua/mediagallery/05486 (дата звернення: 15.01.2018).

6. Концепція розвитку охорони здоров'я населення України: затверджена Указом Президента України від 7 грудня 2000 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1313/2000 (дата звернення: 15.01.2018).

7. Про затвердження заходів щодо виконання Концепції розвитку охорони здоров'я населення України: постанова Кабінету Міністрів України від 9 серпня 2001 р. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/960-2001-п (дата звернення: 15.01.2018).

8. Заходи щодо виконання Концепції розвитку охорони здоров'я населення України: затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 9 серпня 2001 р. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/960-2001-п (дата звернення: 15.01.2018).

9. Міжгалузева комплексна програма «Здоров'я нації» на 2002–2011 роки: затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 10 січня 2002 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/14-2002-п (дата звернення: 15.01.2018).

10. Національна стратегія з оздоровчої рухової активності в Україні на період до 2025 р. «Рухова активність – здоровий спосіб життя – здорова нація»: схвалена Указом Президента України від 9 лютого 2016 р. № 42/2016 URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/42/2016/paran14#n14 (дата звернення: 15.01.2018).

11. Концепція розвитку громадського здоров'я: схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 30 листопада 2016 р. URL: https://www.kmu.gov.ua/ua/npas/249618799 (дата звернення: 15.01.2018).

12. Концепція реформи фінансування системи охорони здоров'я: схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 30 листопада 2016 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1013–2016-р (дата звернення: 15.01.2018).

13. План заходів з реалізації Концепції реформи фінансування системи охорони здоров'я на період до 2020 р.: затверджений розпорядженням Кабінету Міністрів України від 15 листопада 2017 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/821-2017-р (дата звернення: 15.01.2018).

14. Національна стратегія реформування системи охорони здоров'я в Україні на період 2015–2020 рр. URL: http://moz.gov.ua/uploads/0/691-strategiya.pdf (дата звернення: 15.01.2018).

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

**Сарибаєва Ганна Миколаївна** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри адміністративного і фінансового права Національного університету «Одеська юридична академія»

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Sarybaieva Hanna Mykolaivna** – Candidate of Law Sciences, Associate Professor, Associate Professor at the Department of Administrative and Financial Law of National University „Odessa Law Academy"

# ФИНАНСОВОЕ И НАЛОГОВОЕ ПРАВО

УДК 342.7

## ПОНЯТТЯ Й ВИДИ ВАЛЮТНИХ ЦІННОСТЕЙ

**Віктор ФЕЩУК,**
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри фінансового права та фіскального адміністрування
Національної академії внутрішніх справ

**АНОТАЦІЯ**

У науковій статті досліджено сутність і зміст поняття «валютні цінності». Здійснено класифікацію валютних цінностей. Наведено аргументи, що суспільні відносини, пов'язані з обігом монет, виготовлених із дорогоцінних металів, та обігом цінних паперів, що посвідчують майнові права, зокрема акцій, за своєю природою не є валютними, тому вважаємо недоцільним зарахування монет, виготовлених із дорогоцінних металів, і цінних паперів, що виражають майнові права, виражених у національній та іноземній валютах, до терміна «валютні цінності», що, у свою чергу, потребує внесення відповідних змін до чинного законодавства, зокрема до Декрету Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і контролю».

**Ключові слова:** валютний контроль, валютне регулювання, органи державної влади, Національний банк України, контроль, нагляд, регулювання.

## CONCEPT AND TYPES OF EXCHANGE VALUES

**Viktor FESCHUK,**
Candidate of Legal Sciences, Associate Professor Head of the Department of Financial Law and Fiscal Administration
of National Academy of Internal Affairs

**SUMMARY**

In this scientific article, the essence and content of the concept of currency values. Classification of currency values is carried out. The author argues that social relations are associated with the circulation of coins made of precious metals and the circulation of securities that certify property rights – in particular, shares are by nature not monetary, and therefore it is inappropriate to refer coins made of precious metals and securities expressing property rights expressed in national and foreign currencies to the term „currency values", which in turn requires the corresponding changes in the current legislation, in particular, to the Decree of the Cabinet of Ministers of Ukraine Raina „On Currency Regulation and Control".

**Key words:** currency control, currency regulation, state authorities, National Bank of Ukraine, control, supervision, regulation.

**REZUMAT**

În acest articol științific, esența și conținutul conceptului valorilor valutare. Clasificarea valorilor valutare se efectuează. Autorul a prezentat argumente care relațiile publice legate de circulația monedelor din metale prețioase și industria valorilor mobiliare, care să ateste drepturile de proprietate – în special a stocurilor prin natura nu sunt valută, atunci consideră că clasificarea necorespunzătoare a monedelor din metale prețioase și titluri de valoare, exprimând drepturile de proprietate sunt exprimate în valute naționale și străine la termenul „valute valutare", care la rândul lor impune introducerea unor modificări corespunzătoare onodatelstvo, în special în Decretul Cabinetului de Miniștri la noi „Cu privire la sistemul de reglementare valutară și de control".

**Cuvinte cheie:** control valutar, reglementare valutară, autorități publice, Banca Națională a Ucrainei, control, supraveghere, reglementare.

**Постановка проблеми.** Валюта, відповідно, й валютні цінності за своєю природою пов'язані з грошима, це обумовлюється тим, що валюта і валютні цінності, виконуючи роль грошей, передусім є засобами платежу в міжнародних розрахунках. Нормативного визначення «валютні цінності» українське законодавство не містить, на законодавчому рівні лише формально визначено перелік видів майна, що належать до валютних цінностей.

**Мета й завдання статті** – дослідити сутність і зміст поняття «валютні цінності», здійснити класифікацію валютних цінностей.

**Виклад основного матеріалу.** Суттєвим недоліком українського законодавства є недостатньо чітке визначення критеріїв та ознак, за якими той чи інший предмет матеріального світу зараховано до категорії валютних цінностей. Дослідження правової природи валютних відносин загалом та аналіз установлених державою елементів валютних цінностей дає можливість висловити думку стосовно доцільності зарахування того чи іншого предмета матеріального світу до категорії валютних цінностей.

Так, до валютних цінностей Декрет Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» від 19.02.1993 № 15-93 (редакція від 27.09.2014, підстава 1636-18) зараховує таке:

– *валюту України* – грошові знаки у вигляді банкнот, казначейських білетів, монет і в інших формах, що перебу-

вають в обігу та є законним платіжним засобом на території України, а також вилучені з обігу або такі, що вилучаються з нього, але підлягають обмінові на грошові знаки, які перебувають в обігу, кошти на рахунках, у внесках в банківських та інших фінансових установах на території України;

– *платіжні документи й інші цінні папери* (акції, облігації, купони до них, бони, векселі (тратти), боргові розписки, акредитиви, чеки, банківські накази, депозитні сертифікати, ощадні книжки, інші фінансові та банківські документи), виражені у валюті України;

– *іноземну валюту* – іноземні грошові знаки у вигляді банкнотів, казначейських білетів, монет, що перебувають в обігу та є законним платіжним засобом на території відповідної іноземної держави, а також вилучені з обігу або такі, що вилучаються з нього, але підлягають обмінові на грошові знаки, які перебувають в обігу, кошти у грошових одиницях іноземних держав і міжнародних розрахункових (клірингових) одиницях, що перебувають на рахунках або вносяться до банківських та інших фінансових установ за межами України;

– *платіжні документи й інші цінні папери* (акції, облігації, купони до них, векселі (тратти), боргові розписки, акредитиви, чеки, банківські накази, депозитні сертифікати, інші фінансові та банківські документи), виражені в іноземній валюті або банківських металах;

– *банківські метали* – це золото, срібло, платина, метали платинової групи, доведені (афіновані) до найвищих проб відповідно до світових стандартів, у зливках і порошках, що мають сертифікат якості, а також монети, вироблені з дорогоцінних металів.

Валюта України є одним із елементів категорії «валютні цінності». «Валюта України» розуміється як власне валюта України, так і платіжні документи й інші цінні папери, виражені у валюті України (ст. 1 Декрету Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» від 19.02.1993 № 15-93 (редакція від 27.09.2014, підстава 1636-18).

Також під терміном «валюта України» чинне національне законодавство розуміє грошові знаки у вигляді банкнот казначейських білетів монет та інших форм, що перебувають в обігу та є законними платіжними засобами на території України, а також вилучені з обігу або такі, що вилучаються з нього й підлягають обмінові на грошові знаки, що перебувають в обігу. До валюти України належать кошти на рахунках, у внесках у банківських та інших фінансових установах на її території. Отже, через відсутність родового визначення терміна «валюта» законодавець фактично ототожнює останню з поняттям «національна грошова одиниця», називаючи грошову одиницю України – гривню – валютою України й зараховуючи її до валютних цінностей. Тобто національна одиниця України, яка чинним законодавством України зарахована до валюти України й автоматично до валютних цінностей, також мусить мати певні правові обмеження щодо обігу.

Правовий статус гривні як національного грошової одиниці України визначено ст. 99 Конституції України. Саме гривня є єдиним законним засобом здійснення розрахунків і платежів на території України. Крім того, факт карбування Україною власних грошей, які є законним засобом платежу і які мають вільний обіг на її території, свідчить про наявність економічного й політичного потенціалу незалежної держави. Випуск та обіг на території України інших грошових одиниць і використання грошових сурогатів як засобу платежу забороняються. Тобто ототожнення національної грошової одиниці України – гривні – з валютою призводить до того, що національна грошова одиниця України отримує спеціальний правовий статус валюти, відповідно, не має вільного обігу як законний платіжний засіб на її території, чим створюється колізія законодавства. Ця колізія може бути усунена шляхом зміни нормативного визначення поняття «валюта України», його деталізації або шляхом запровадження родової конструкції «валюта».

Якщо національні гроші є валютою, то й сукупність суспільних відносин, що обумовлюють випуск та обіг національних грошових засобів, є частиною валютної системи. Ураховуючи те, що основною ознакою валютних правовідносин є наявність іноземного елемента, й обіг національної валюти повинен бути об'єктом валютного контролю лише стосовно регулювання розрахунків у національній валюті України за операціями у сфері зовнішньоекономічної діяльності.

В Україні іноземною валютою визнаються готівкові грошові знаки у вигляді банкнотів казначейських білетів (паперові носії), монет (металеві), що перебувають в обігу та є законним платіжним засобом на території відповідної іноземної держави, а також вилучені з обігу або такі, що вилучаються з нього, але підлягають обмінові на грошові знаки, які перебувають в обігу. Крім того, до категорії іноземної валюти належать безготівкові кошти – кошти у грошових одиницях іноземних держав і міжнародних розрахункових (клірингових) одиницях, що перебувають на рахунках або вносяться до банківських та інших фінансових установ за межами України.

Важливою ознакою валюти є її конвертованість. Залежно від режиму міжнародного обігу валюти діляться на вільно конвертовані, які широко використовуються для здійснення платежів за міжнародними операціями, і такі, що широко не використовуються для здійснення платежів за міжнародними операціями, а також неконвертовані валюти.

До переліку валютних цінностей також належать платіжні документи й інші цінні папери, які виражені в національній валюті, та платіжні документи й інші цінні папери, що виражені в іноземній валюті або банківських металах (надалі цінні папери, виражені в іноземній валюті). При цьому варто зазначити, що перелік видових форм цінних паперів та інших платіжних документів, виражених у валюті України, ідентичний переліку видових форм цінних паперів та інших платіжних документів, виражених в іноземній валюті або банківських металах, тобто факт зарахування платіжних документів і цінних паперів, виражених у валюті Україні, іноземній валюті, банківських металах, до категорії валютних цінностей не пов'язаний із юридичним статусом їх емітента й видом валюти, в якій їх виражено. Отже, до валютних цінностей можуть зараховуватися цінні папери, випущені резидентами України та виражені як у валюті України, так і в іноземній валюті (наприклад облігації) чи в банківських металах, а також цінні папери, випущені нерезидентами. Законодавець не звертає увагу на класифікацію цінних паперів на документарні та бездокументарні, а відтак уважається, що для застосування норм валютного законодавства форма носіїв цінних паперів жодного значення не має.

Потрібно звернути увагу на визначення самого терміна «цінні папери», що міститься в ст. 3 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23.02.2006 (редакція від 01.05.2016, підстава № 289-19). Зазначається, що цінними паперами є документи встановленої форми з відповідними реквізитами, які посвідчують грошові або інші майнові права, визначають взаємовідносини особи, яка їх розмістила (видала), і власника та передбачають виконання зобов'язань згідно з умовами їх розміщення, а також можливість передачі прав, що випливають із цих документів, іншим особам.

Майже тотожні визначення поняття цінних паперів містять Цивільний і Господарський кодекси України.

Головним критерієм, відповідно до якого фінансові інструменти мають правовий режим цінного папера, а інші – ні, є наявність законодавчого визначення ознак цінного папера, законодавче закріплення – включення до переліку цінних паперів (надання законом правового режиму цінного папера), наявність визначених законом для цінного папера певних реквізитів і відповідність установленій формі. Так, відповідно до загальних ознак цінного папера та їх властивостей, ч. 5 ст. 3 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» встановлено види цінних паперів, що можуть випускатись і перебувати в обігу на території України. Зокрема, в Україні в обігу можуть бути такі групи цінних паперів: а) пайові (акції, інвестиційні сертифікати, сертифікати ФОН, акції корпоративного інвестиційного фонду); б) боргові цінні папери (облігації підприємств, державні облігації України, облігації місцевих позик, казначейські зобов'язання України, ощадні (депозитні) сертифікати, векселі, облігації міжнародних фінансових організацій, облігації Фонду гарантування вкладів фізичних осіб); в) іпотечні цінні папери (іпотечні облігації, іпотечні сертифікати, заставні); г) приватизаційні цінні папери; д) похідні цінні папери; е) товаророзпорядчі цінні папери.

Проаналізовано перелік паперів, які, згідно з Декретом Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю», зазначені як цінні папери та зараховані до кола валютних цінностей. При цьому потрібно наголосити, що бони, боргові розписки, акредитиви, чеки, банківські накази, відповідно до чинного законодавства, як цінні папери не визнаються. Бони, боргові розписки, акредитиви, чеки, банківські накази за своєю правовою природою до кола цінних паперів належати не можуть. Ураховуючи, що існує очевидна розбіжність щодо визначення правового режиму обігу паперів, які визнаються як цінні папери в ч. 5 ст. 3 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» і пп. 2, 4 ч. 1 ст. 1 Декрету Кабінету Міністрів «Про систему валютного регулювання і валютного контролю», існує необхідність невідкладного доопрацювання положень останнього з метою вироблення висновків і пропозицій щодо внесення до його змісту уточнень, які будуть ґрунтуватись на засадах оновленої вітчизняної правової доктрини.

Крім того, сам по собі перелік платіжних документів і цінних паперів, наведений у Декреті, не є виключним, тобто не визначено, які ж саме «інші фінансові та банківські документи» потрібно зараховувати до цінних паперів, а отже, і до валютних цінностей. Ця ситуація на практиці застосування валютного законодавства призвела до неоднозначного трактування. Перелік валютних цінностей, наведений у ст. 1 Декрету Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» від 19.02.1993 № 15-93 (редакція від 27.09.2014), є вичерпним і поширювальному тлумаченню не підлягає. Але Пленум Верховного Суду України, надаючи роз'яснення стосовно переліку валютних цінностей, під час роз'яснення переліку платіжних документів і цінних паперів знову-таки припускається розширеного тлумачення цих категорій і не зазначає, які ж саме інші фінансові та банківські документи потрібно зараховувати до платіжних документів і цінних паперів, а отже, до валютних цінностей. Для уникнення неоднозначного трактування валютного законодавства стосовно встановлення кола валютних цінностей потрібно на законодавчому рівні встановити вичерпний перелік цінних паперів і платіжних документів, які належать до валютних цінностей, а відтак обіг яких має підпадати під сферу застосування валютного контролю.

Повертаючись до аналізу законодавчого визначення поняття «цінні папери», варто окремо зазначити, що, відповідно до нього, цінними паперами є документи встановленої форми з відповідними реквізитами, що можуть посвідчувати грошові або інші майнові права, тобто цінні папери можуть поділятися на ті, що посвідчують грошові права, й ті, що посвідчують права майнові. Цінні папери, які посвідчують майнові права, є лише особливим видом майна, що мають специфічний режим обігу.

Так, акція є іменним цінним папером, що посвідчує майнові права його власника – акціонера, які стосуються акціонерного товариства. Це включає також право на отримання частини прибутку акціонерного товариства у вигляді дивідендів і право на отримання частини майна акціонерного товариства. Не маючи матеріальної цінності, ці цінні папери гарантують право на отримання фактичних цінностей. Цінні папери, що посвідчують майнові права, за своєю правовою природою не мають соціально-економічного призначення посвідчувати грошові права, у тому числі грошові зобов'язання. Відтак, відповідно до їх правової природи, призначення таких цінних паперів не обумовлено їх використанням у розрахунках, у тому числі й міжнародних розрахунках.

Об'єктами валютних відносин можуть бути предмети матеріального світу, які відповідають таким трьом ознакам: 1) економічній, що виражається в цільовому соціально-економічному призначенні валютних цінностей; 2) фізичній, що означає фактичну придатність таких цінностей, їх використання в міжнародних розрахунках; 3) юридичній ознаці, яка полягає в закріпленні на нормативному рівні певного порядку обігу таких цінностей, що виражається в особливому режиму валютного регулювання та валютного контролю. Але маємо зауважити, що загалом валютні цінності відіграють роль грошей, а цінні папери, що посвідчують майнові права й, зокрема, акції, за своєю правовою природою не мають соціально-економічного призначення посвідчувати грошові права, у тому числі грошові зобов'язання. При цьому їх призначення не обумовлено використанням у розрахунках, у тому числі в міжнародних, тому цілком логічно, що обіг цінних паперів, які посвідчують майнові права, варто розглядати виключно лише як об'єкт регулювання цивільно-правових і господарсько-правових правовідносин, а самі цінні папери цього типу до кола валютних цінностей не зараховувати. Тому варто виключити з переліку цінних паперів, що належать до валютних цінностей, наведених у пп. 2, 4 ч. 1 ст. 1 Декрету Кабінету Міністрів «Про систему валютного регулювання і валютного контролю», ті цінні папери, що посвідчують майнові права, зокрема акції, а отже, на обіг акцій валютний контроль не розповсюджувати. До переліку валютних цінностей варто зараховувати лише ті цінні папери, що посвідчують грошові права, облігації, векселі, депозитний сертифікат тощо.

Законодавством України до переліку валютних цінностей зараховано банківські метали, зокрема золото, срібло, платину, метали платинової групи, доведені (афіновані) до найвищих проб відповідно до світових стандартів.

При цьому зазначено, що банківські метали можуть перебувати у формі злитків, порошків, а також у формі монет, вироблених із дорогоцінних металів. Разом із тим однією з умов зарахування банківських металів до валютних цінностей незалежно від фізичної форми є наявність сертифіката якості. Показовим також є той факт, що, незважаючи на значне поширення обігу монет із дорогоцінних металів, емітованих Національним банком України, правовий статус подібних монет на науковому рівні належним чином не досліджено.

Під час визначення правового статусу подібних монет певні теоретичні проблеми виникають стосовно можливості їх зарахування до законних засобів платежу. Так, вони всі емітовані монетним двором Національного банку Укра-

їни та мають номінальну вартість, виражену в національній валюті, що, у свою чергу, теоретично надає можливість зараховувати їх до національної валюти, тобто вони можуть бути законними засобами платежу.

За Національним банком України закріплено виключне право введення в обіг, емісію гривні та розмінної монети, здійснення організації їх обігу та вилучення з обігу. Саме Національний банк України здійснює виготовлення та зберігання банкнот і монет, установлює номінали, системи захисту, платіжні ознаки й дизайн грошових знаків. Наказом Національного банку України «Про заходи щодо виконання Указу Президента України № 762/96 від 25 серпня 1996 року «Про грошову реформу в Україні» від 26.08.1996 № 71 уведено в дію Правила встановлення платіжності гривні та монет, відповідно до яких в Україні з 02.09.1996 вводяться в обіг банкноти Національного банку України номінальною вартістю 1, 2, 5, 10, 20, 100 і 250 гривень і монети номінальною вартістю 1, 2, 5, 10, 25 та 50 копійок. Тобто на нормативному рівні чітко встановлено ознаки платіжності й основні характеристики банкнот гривні та монет (вагу монет, діаметр, товщину тощо). При цьому Правилами монети номіналом у 2, 5, 10, 20, 100 та 250 грн., який зазначений на монетах із дорогоцінних металів, не передбачено, що дає змогу стверджувати про відсутність платежів і неможливість бути засобом платежу, оскільки випуск та обіг на території України інших грошових одиниць забороняється.

Монети з дорогоцінних металів випускаються малим тиражем, і, як правило, їх випуск присвячено певним подіям, що, у свою чергу, обумовлює подальше призначення в переважній кількості випадків у нумізматичних цілях. Проаналізувавши Лист Національного банк України від 17.06.2002 № 33-000/3230-3798, можемо констатувати, що операції з продажу монет, виготовлення промислових і побутових товарів з банківських монетарних металів і брухту цих металів, які реалізуються для нумізматичних або ювелірних цілей, підлягають оподаткуванню податком на додану вартість у загальновстановленому порядку. Які ж саме монети з дорогоцінних металів призначено для ювелірних чи нумізматичних цілей, нормативно не встановлено, це й неможливо, оскільки нумізматичне призначення встановлюють відповідні фахівці та сам ринок попиту і пропозиції. Недосконала технологія виготовлення, зберігання і транспортування призводять до пошкодження значної кількості подібних монет, що, у свою чергу, знижує цінність, а в деяких випадках і взагалі робить подібні монети не придатними для використання в нумізматичних цілях. Крім того, проводячи емісію подібних монет, Національний банк України не покладав на них виконання функції грошей, тому що в обіг вони випускаються шляхом продажу, а не, наприклад, обміну грошових знаків, що вже перебувають в обігу.

Крім того, роздрібна вартість цих монет, яку встановлює Національний банк України та за якою проводиться реалізація, значно перевищує номінальну. Варто ще зазначити, що карбування монет із дорогоцінних металів (виготовлення повноцінних грошей), призначених для виконання функції грошей, призвело б до певного встановленого державою співвідношення ваги монети, проби дорогоцінного металу, з якої вона виготовлена, та номінальної вартості монети, а це, безумовно, було б прямим порушенням чинного національного законодавства, оскільки офіційне співвідношення між гривнею та золотом або іншими дорогоцінними металами не встановлюється. Оскільки монети, виготовлені з дорогоцінних металів, не виконують функцію грошей, тому що є товаром, то й суспільні відносини, що виникають у результаті їх обігу, за своєю природою не є валютними.

**Висновки.** Проаналізувавши вищенаведені аргументи, можемо резюмувати, що суспільні відносини, пов'язані з обігом монет, виготовлених із дорогоцінних металів, та обігом цінних паперів, що посвідчують майнові права, зокрема акцій, за своєю природою не є валютними, тому вважаємо недоцільним зарахування монет, виготовлених із дорогоцінних металів, і цінних паперів, що виражають майнові права, виражених в національній та іноземній валютах, до терміна «валютні цінності», що, у свою чергу, потребує внесення відповідних змін до чинного законодавства, зокрема до Декрету Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і контролю».

**Список використаної літератури:**

1. Про систему валютного регулювання і валютного контролю: Декрет Кабінету Міністрів України від 19.02.1993 № 15-93. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 17. Ст. 184.

2. Про формування валютних фондів України: Постанова Верховної Ради України. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 19. Ст. 263.

3. Про Національний банк України: Закон України від 20.05.1999 № 679-XIV. Відомості Верховної Ради України. 1999. № 29. Ст. 238.

4. Про банки і банківську діяльність: Закон України від 07.12.2000 № 2121-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 5 6. Ст. 30.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

**Фещук Віктор Вікторович** – кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри фінансового права та фіскального адміністрування Національної академії внутрішніх справ

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Feshchuk Viktor Viktorovych** – Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Head of the Department of Financial Law and Fiscal Administration of National Academy of Internal Affairs

*demidenkov@ukr.net*

# ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

УДК 347.9:347.23

## ОКРЕМІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ КАТЕГОРІЇ «ПРОЦЕСУАЛЬНА ПРОЦЕДУРА»

**Ірина БЕРЕСТОВА,**
кандидат юридичних наук, доцент,
заслужений юрист України, начальник правового управління
Верховного Суду України

**АНОТАЦІЯ**

Стаття присвячена з'ясуванню правової процедури як різновиду соціальних процедур. Встановлено, що правова процедура є загальним, родовим поняттям, яким охоплюються процедури здійснення правотворчої та правозастосовної діяльності, поглинанням процедури здійснення адміністративної та судової діяльності. Доведено, що процесуальні процедури (процесуальні форми, судочинства) вирізняються з-поміж інших правових процедур і характеризуються специфічними правовими режимами, що закріплені в нормах відповідних галузей процесуального законодавства.

**Ключові слова:** правова процедура, процесуальна процедура, процесуальна галузь права, правовий режим, правозастосовна діяльність.

### SPECIAL APPROACHES TO DETERMINATION OF CATEGORY „PROCEDURAL PROCEEDINGS"

**Iryna BERESTOVA,**
Ph.D. of Law Science, Associate Professor, Merited Lawyer of Ukraine,
Head of Legal Department of Supreme Court of Ukraine

**SUMMARY**

The article is devoted to the disclosure of the legal procedure as a form of social procedures. It is determined that the legal procedure is a general, generic concept that covers procedures for the implementation of law-making and law enforcement activities, the absorption of the administrative and judicial procedures. It is proved that procedural procedures (procedural forms, legal proceedings) differ from other legal procedures and are characterized by specific legal regimes, which are fixed in the norms of the relevant branches of procedural legislation.

**Key words:** legal procedure, procedural procedure, procedural branch of law, legal regime, law enforcement activity.

**REZUMAT**

Articolul este dedicat dezvăluirii procedurii procedurale. Se stabilește că procedura legală este un concept general, generic, care cuprinde procedurile de implementare a activităților de legiferare și de aplicare a legii, absorbția procedurilor administrative și judiciare. Se dovedește că procedurile procedurale (formularele de procedură, procedurile judiciare) diferă de celelalte proceduri juridice și se caracterizează prin regimuri juridice specifice, care sunt stabilite în normele din domeniile relevante ale legislației procesuale.

**Cuvinte cheie:** procedură juridică, procedură, procedură juridică, regim juridic, activitate de aplicare a legii.

**Постановка проблеми.** Розмірковуючи над пріоритетними і перспективними науковими темами, слід зауважити, що в низці актуальних тем, що мають істотне науково-практичне значення і водночас недостатньо досліджені на належному монографічному рівні, є проблеми визначення та розуміння юридичної/правової процедури. Правова процедура є віддзеркаленням та закріпленням правової гарантії реалізації правових норм, закріплених у матеріальних галузях права. Загалом, правова процедура є важливою гарантією дієвості і дії права, ефективного здійснення правового регулювання.

Проголошення України правовою державою та визнання людини, її життя і здоров'я, честі и гідності, недоторканності й безпеки як найвищої соціальної цінності (статті 1, 3) зумовило необхідність запровадження також дієвих механізмів, які б забезпечили реальне виконання цих основоположних конституційних цінностей постулатів. Відсутність установлених, належних правових процедур обов'язково призведе до безсилості і недієвості конституційних цінностей, які знайшли своє відображення в різних матеріальних галузях права, зокрема цивільно-правових нормах.

Тому аксіоматичним є необхідність поряд із нормами матеріального права закріплення належних процесуальних норм у законах і підзаконних нормативно-правових актах. Тобто в цих нормах має отримати належне і адекватне вираження процесуальна процедура реалізації цих норм. І перш за все в нормах процесуальних кодифікаційних актів. За відсутності ж процедурних правил, що визначають порядок введення в життя матеріальної норми, яка потребує такої регламентації, в ході її здійснення неминуче виникають складнощі, які призводять до її декларативності.

Також вітчизняне процесуальне законодавство за результатами проведених судових реформ 2010 та 2016 років розвивається шляхом внесення змін до текстів Конституції

України та кодифікованих актів, а також через закріплення все більшої кількості процесуальних норм у нормативних актах матеріально-правового характеру. Положення вітчизняних нормативно-правових актів нерідко характеризуються дещо суперечливим характером і останнім чином не узгоджуються між собою. Внаслідок цього знову загострилася проблема співвідношення процесуальних і тих матеріальних норм, які містять процесуальні правила поведінки.

Питанням поняття правової/ юридичної процедури в теорії юридичного процесу були частково присвячені наукові розробки таких вчених, як М.Ю. Челишев, О.О. Середа, В.Н. Протасов, В.Е. Слепченко, С.С. Бичкова, В.В. Комаров, Г.Л. Осокіна, Д.Д. Луспеник, Р.О. Стефанчук, М.С. Шакарян, М.Й. Штефан та ін. Водночас у вітчизняних наукових публікаціях питання процесуальної процедури не було достатньою мірою висвітлено, що і спробуємо заповнити в поданій публікації.

**Метою** цієї статті виступатиме з'ясування визначення категорії «процесуальна процедура», що допоможе в подальшому максимально співставити норми матеріального і процесуального права з розкриттям меж проявів вказаних галузей права.

**Виклад основної частини дослідження.** Аналіз загальних концепцій поділу права на матеріальне та процесуальне доводить, що таке розмежування права є досить умовним і неможливо механічно розділити правові норми на матеріальні та процесуальні.

Кожна процесуальна галузь права тісно пов'язана, насамперед, зі своєю матеріальною галуззю. Цей зв'язок є визначальним із точки зору визначення природи процесуальних процедур, призначених для обслуговування основних матеріальних правовідносин.

Тісний взаємозв'язок матеріального і процесуального права, а отже, і норм відповідних галузей доволі часто призводить до того, що окремі автори використовують ці правові категорії одночасно. Наприклад, О.Т. Боннер саме на основі обопільного дослідження норм цивільного процесуального і матеріального права здійснює ґрунтовний аналіз такої юридичної категорії, як судове тлумачення [2, с. 5–31].

Оскільки юридичною практикою неможливо охопити усі критерії меж припустимості втручання матеріального законодавства в регулювання процесуальних відносин, максимально гостро ця проблема постає в правозастосовній діяльності органів правосуддя. Додаткової актуальності ця проблема набуває з огляду на законодавчу відсутність процесуальної аналогії в процесуальному законодавстві [9, с. 12–17].

Правова процедура є різновидом соціальних процедур, від яких вона відрізняється тим, що направлена на правовий результат. На думку В.Н. Протасова, в самому загальному вигляді процедуру в праві можна визначити як порядок здійснення тієї чи іншої юридичної діяльності [13, с. 56]. О.О. Середа визначає правову процедуру як законодавчо встановлений засіб реалізації норм права, що гарантує досягнення цілей правового регулювання у сфері суспільних відносин [14, с. 6].

Поняття правової процедури пов'язано з такими категоріями, як «дії» та «діяльність», що відображає її динамізм, зміну станів. В якості ознак правової процедури в літературі називаються: стадійність (де стадія – це сукупність процесуальних дій, пов'язаних найближчою метою); наявність циклів та проваджень як станів якісної визначеності; обов'язкова наявність державно-владного суб'єкту, тобто належність поняття тільки сфері застосування права; динамічний характер процедури (це завжди розвинена в часі діяльність); правова регламентованість та цілеспрямованість процедури; направленість на встановлення та реалізацію матеріально-охоронного правовідношення; юридична результативність процедури [15, с. 19].

Правова процедура виступає як загальне, родове поняття, яким охоплюються процедури здійснення правотворчої та правозастостосовної діяльності, поглинання процедури здійснення адміністративної та судової діяльності.

Розуміння правової процедури, зокрема її складової частини – судової процедури з відправлення правосуддя, почало усвідомлюватися лише із середини XX сторіччя: переважна більшість вчених-процесуалістів наголошували на неможливості здійснення правосуддя поза рамками процесуальної форми, в чому вбачали головну відмінність судової діяльності (судової процедури) від адміністративних процедур. Поступово розуміння про процесуальну форму діяльності суду стали розповсюджуватися і на інші види юридичних процедур.

Так, С.В. Курилев висловив думку щодо наявності ознак процесуальної форми у діяльності несудових органів [8, С. 175–176]. Зазначена позиція стала відправною точкою розуміння процесуальної форми у широкому та вузькому розуміннях. При цьому прибічники вузького розуміння процесуальної форми наголошували на необхідності встановлення відповідних процедурних форм (а не процесуальних – курсив І.Б.), які містять усі необхідні гарантії, що забезпечують розгляду спору в найбільш демократичній формі, однак ці форми мають певні відмінності від судової процесуальної форми [4, с. 36; 3, с. 57].

У широкому розумінні процесуальна форма розуміється як теорія юридичного процесу: процесуальна форма юридичної діяльності виражає будь-який регламентований правовий порядок здійснення правових явищ та операцій (правотворчих, правозастосувальних тощо) [11, с. 22].

Слепченко Е.В. наголошує, що юридичний процес – це правова процедура, пов'язана із здійсненням визначеного виду юридичної правозастосовної діяльності – судової правозастосовної діяльності. При цьому, додає автор, цивільна процесуальна форма – це юридичний процес у вузькому розумінні, судочинство по розгляду та вирішенню цивільної справи (цивільне судочинство). Судова процедура (судочинство) є різновидом правової процедури: юридичним процесом, процесуальною формою юридичною діяльності) [15, с.19–21, 27].

Середа О.О., за підсумками співвідношення правової процедури та юридичного процесу, також підтверджує, що правові процедури потрібні для впорядкування юридичного процесу. Юридичний процес містить правові процедури, що виступають «допоміжним» механізмом здійснення юридичного процесу, є його складовими.

На найбільш ґрунтовному теоретичному рівні розкрив методологічні підходи до розуміння правової, процесуальної та судової процедур академік Комаров В.В., який наголошує, що концептуальний розвиток процесуальних процедур слід пов'язувати з диференціацією процесуальної форми як базової конструкції цивільного процесу, яка має забезпечити ефективність судового процесу і його основоположну цінність – право на справедливий судовий розгляд. Фундаментальними науковим ресурсом у дослідженні цієї проблематики, на думку вченого, може бути теорія юридичного процесу, інструментальне значення якої повністю не вичерпане в частині обґрунтування конструкцій юридичних процесів, зокрема цивільного, як сукупності процесуальних проваджень, процесуальних стадій і процесуальних режимів [7, с. 45].

Один із концептів теорії юридичного процесу полягає в тому, що в структурі юридичного процесу провадження – це головний елемент, який є комплексом взаємозв'язаних і взаємозумовлених процесуальних дій, які: 1) становлять певну сукупність процесуальних правовідносин, що відрізняється предметною з характеристикою і зв'язаністю з відповідними матеріальними правовідносинами;

2) виникають у зв'язку з потребою встановлення, доведення, а також обґрунтування всіх обставин і фактичних даних юридичної справи, яка розглядається; 3) зумовлюють необхідність закріплення, офіційного оформлення отриманих процесуальних результатів у відповідних процесуальних актах-документах [17, с. 8].

Сутнісне призначення і процедури, і процесу є однаковим і полягає в гарантії існування правової реальності, упорядкуванні здійснення відносин у межах правового поля. Там, де існують проблемні чи складні питання втілення норм права на практиці в межах процесу, законодавець установлює відповідну процедуру, виконання якої є єдиною можливістю для подальшого розвитку процесу [14, с. 7].

Процесуальні процедури (процесуальні форми, судочинства) вирізняються з-поміж інших правових процедур. До процесуальних процедур належать усі види судочинства: цивільне, господарське, адміністративне, кримінальне, конституційне. Процесуальні форми характеризуються специфічними правовими режимами, що закріплені в нормах відповідних галузей процесуального законодавства.

Комаров В.В. зазначає, що поняття «процесуальне провадження» і «судова процедура» хоч і взаємозв'язані, проте не є тотожними, оскільки не всяка, а лише окрема і автономна судова процедура субстаціонально може бути процесуальним провадженням і складовою частиною процесуальної форми [7, с. 45–46].

Далі вчений зауважує, що цивільне судочинство представляє собою певну процедуру, яка забезпечує конституційне право на судовий захист і головне – зв'язаність процесуальної діяльності суду процесуальними правами сторін на судовий розгляд. По суті, такий підхід практично дає змогу теоретично моделювати процедури цивільного судочинства і доктринально оцінювати ці процедури як належні з точки зору вимог правової держави, права сторін на судовий захист, а також меж дискреційних повноважень органів судової влади [6, с. 160].

Отже, процедури відображають окремий, суттєвий самоціннісний аспект правосуддя і тому тяжіють до певної універсалізації. Тож дослідження процесуальних форм та судочинств як складових правової процедури допоможе максимально розкрити співвідношення норм матеріального і процесуального права та встановити межі проявів вказаних галузей права.

Зокрема, чинне процесуальне законодавство, зокрема КАС України в ч. 7. ст. 10 та ЦПК України у ч. 8 ст. 8, визначають, що якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права). Із цього чітко випливає, що йдеться про законодавство, відповідно до якого суд вирішує справу по суті матеріально-правового спору (саме так звучить назва статті 8 ЦПК), а не про процесуальне законодавство, за яким здійснюється розгляд справ (судочинство), оскільки про це законодавство окремо йдеться в ч.1 ст. 2ЦПК України, і про аналогію там нічого не зазначено [10, с. 708].

Слід погодитись із позицією Д.Д. Луспеника, котрий доводить, що деякі вчені-процесуалісти, які заперечують наявність аналогії в процесуальному законодавстві, абсолютно не враховують значення процесуальної аналогії для судової практики, виходячи при цьому лише з того доктринального розуміння цивільного процесу, що аналогія закону до процесуальних відносин (публічне право) не застосовується. Їх постулат звучить так: немає норми – не повинно бути й процесуальної дії, а прогалини (недоліки) в цивільному процесуальному праві повинні усуватися тільки в законодавчому порядку. Однак при цьому абсолютно не даються відповідні на питання, як вчиняти суду під час розгляду справи в разі наявності прогалини в цивільному процесуальному законодавстві, що не заперечується, до її усунення на законодавчому рівні [9, с. 12].

Інша категорія вчених-практиків, які постійно стикаються із застосуванням як матеріального, так і процесуального права, справедливо, на нашу думку, зазначають, що недоліки і прогалини в праві були і завжди будуть, незважаючи на те, як законодавець не хотів би або не вмів приймати необхідні закони – передбачити всі відносини, які потребують законодавчого регулювання, просто неможливо. Особливо це проявляється в період кардинального оновлення законодавчого масиву. У таких ситуаціях роль судової практики в цілому і як джерела права зокрема значно підвищується [5, с. 147, 189].

Тому одним із першочергових завдань для дослідників процесуального права є розмежування дії процесуальних норм у сфері правової процедури, зокрема у випадку необхідності застосуванні фактичної процесуальної аналогії .

Другим немаловажним питанням є розмежування процесуальних і пов'язаних із здійсненням правосуддя матеріальних норм, яке, враховуючи специфіку відносин, де воно виникає, закріпити на законодавчому рівні.

При цьому узгодженість норм матеріальних і процесуальних галузей права посідає центральне місце в наукових дискусіях учених різних періодів. Якщо раніше процесуальні норми лише вкраплювалися в нормативні акти, в яких в основному містилися матеріально-правові приписи, то на сучасному етапі розвитку права кількість суто процесуальних норм істотно зростає [12, с. 78]. Сама проблема співвідношення норм матеріального та цивільного процесуального права неодноразово привертала до себе увагу процесуалістів різних часі, які одностайно наголошували на взаємообумовленості цих норм.

Так, Комаров В.В. наголошує, що стало традиційним визначати співвідношення матеріального цивільного права і цивільного процесуального права як зміст і форми [7, с. 37–60].

О. Боннер зазначав, що такий, у принципі правильний, підхід все ж таки приводить до різних теоретичних висновків. Хоча саме така постановка питання заперечень не викликає, але в ряді випадків цим справа не обмежується, і часто намагаються знайти відповідь щодо предмета цивільного процесуального права, диференціації або уніфікації процесуальних галузей права, поняття юридичної процесуальної форми та інших дискусійних питань. Зокрема, окремі автори вважають, що процесуальні форми знаходяться в прямій залежності від галузей матеріального права [1].

**Висновки.** Правова процедура є різновидом соціальних процедур, від яких вона відрізняється тим, що направлена на правовий результат. Правова процедура виступає як загальне, родове поняття, яким охоплюються процедури здійснення правотворчої та правозастостосовної діяльності, поглинання процедури здійснення адміністративної та судової діяльності.

Процесуальні процедури (процесуальні форми, судочинства) вирізняються з-поміж інших правових процедур. До процесуальних процедур належать усі види судочинства: цивільне, господарське, адміністративне, кримінальне, конституційне. Процесуальні форми характеризуються специфічними правовими режимами, що закріплені в нормах відповідних галузей процесуального законодавства. Отже, процедури відображають окремий, суттєвий самоціннісний аспект правосуддя і тому тяжіють до певної універсалізації.

**Список використаної літератури:**

1. Боннер А.М. К. Маркс о соотношении материального права и процесса. Правоведние. 1978. № 4. С. 23–31.
2. Боннер А.Т. Применение нормативных актов в гражданском процессе. М.: Юрид.лит, 1980. 160 с.
3. Боннер А.Т. Существует ли «юридический процесс» / Проблемы соотношения материального и процессуального права. Труды ВЮЗИ. М., 1980. Вып. 2. С. 51–60.
4. Воложанин В.П. несудебные формы разрешения гражданско-правовых споров. Свердловск. 1974. С. 36.
5. Жуйков В.М. Судебная защита прав граждан и юиридческих лиц. М.: Юридическое бюро «ГОРДЕЦ», 1997. С. 147, 189.
6. Комаров В.В. Цивільне процесуальне право: проблеми методології науки, диференціації та уніфікації судових процедур. Право України. 2012. № 1/2. С. 154–174.
7. Комаров В.В. Цивільний процес у глобальному контексті. № 4 (22).2011 Цивільне судочинство. Судова практика у цивільних справах, 2011. 2011. С. 45–46.
8. Курылев С.В. Формы защиты и принудительного осуществления субъективных прав и право на иск / Труды Иркутского университета. Т. 22. Вып. 3. Иркутск. 1957. С. 175–176.
9. Луспеник Д.Д. Процесуальна аналогія в цивільному судочинстві: де–юре та де–факто [Текст]: (постановка проблеми). Адвокат. 2006. № 2. С. 12–17.
10. Луспеник Д.Д., Балюк М.І. Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Коментарі, рекомендації, пропозиції. Серія «Судова практика». Х.: Харків юридичний, 2008. 708 с.
11. Недбайло П.Е. О юридических гарантиях правильного осуществления советских правовых норм. Советское государство и право. 1957. № 6. С. 20–27.
12. Підлубна О.В. Норма цивільного процесуального права: поняття, межі дії та реалізація в цивільному судочинстві: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. Чернівці, 2007. 204 с.
13. Протасов В.Н. О насущной потребности в новой учебной дисциплине. Государство и право. 2003. № 12. С. 53–59.
14. Середа О.О. Правова процедура: теоретико–правові засади та практичні виміри: автореф. дис... канд. юрид. наук. К., 2008. С. 6
15. Слепченко Е.В. Гражданское судопроизводство: проблемы единства и дифференциации. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2011. 499 с.
16. Слепченко Е.В. Гражданское судопроизводство: проблемы единства и дифференциации. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2011. С.19–21, 27.
17. Теория юридического процесса / под. общ.ред. В.М. Горшенева. Х., 1985. – 179 с.
18. Челышев М.Ю. Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование: дисс на соиск. уч. ст. докт. юрид. наук. Казань. 2008. 501 с.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

**Берестова Ірина Еріївна** – кандидат юридичних наук, доцент, заслужений юрист України, начальник правового управління Верховного Суду України

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Berestova Iryna Eriivna** – Ph.D. of Law Science, Associate Professor, Merited Lawyer of Ukraine, Head of Legal Department of Supreme Court of Ukraine

*erevna@ukr.net*

УДК 347.635

# МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ СІМЕЙНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ ДИТИНИ ЄВРОПЕЙСЬКИМ СУДОМ ІЗ ПРАВ ЛЮДИНИ

**Наталія ВОЛКОВА,**
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

**АНОТАЦІЯ**

Стаття присвячена комплексному науковому дослідженню міжнародно-правового захисту сімейних прав та інтересів дитини Європейським судом із прав людини. У статті визначається можливість перегляду судових рішень Європейським судом із прав людини щодо захисту сімейних прав та інтересів дитини, аналізується практика Європейського суду із прав людини щодо даної категорії справ у справах стосовно України та її вплив на ухвалення рішень щодо дитини національними судами, розглядаються правові позиції Європейського суду із прав людини щодо окремих категорій цивільних справ стосовно захисту прав та інтересів дитини, що випливають із сімейних правовідносин.

**Ключові слова:** захист сімейних прав та інтересів дитини, Європейський суд з прав людини, цивільні справи, судова практика, дитина.

## INTERNATIONAL LEGAL PROTECTION OF FMILY RIGHTS AND INTERESTS OF THE CHILD BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

**Nataliia VOLKOVA,**
Candidate of Law Science, Associate Professor,
Associate Professor at the Department of Civil Process
of National University "Odessa Law Academy"

**SUMMARY**

The article is devoted to the comprehensive scientific research of the international legal protection of family rights and interests of the child by the European Court of Human Rights. The article identifies the possibility of reviewing judgments by the European Court of Human Rights on the protection of family rights and interests of the child, examines the practice of the European Court of Human Rights regarding this category of cases in Ukraine and its influence on the adoption of decisions on the child by national courts and also reviewing the legal positions of the European Court of Human Rights regarding certain categories of civil cases for the protection of the rights and interests of the child arising from family law.

**Key words:** protection of family rights and interests of child, European Court of Human Rights, civil cases, courts practice, child.

**REZUMAT**

Articolul este dedicat cercetării științifice complexe a protecției juridice internaționale a drepturilor familiale și a intereselor copilului de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului. În articolul posibilitatea controlului jurisdicțional al deciziilor de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului pentru protecția drepturilor familiale și intereselor copilului, analizează practica Curții Europene a Drepturilor Omului în această categorie de cazuri, în cazuri împotriva Ucrainei și impactul acesteia asupra procesului decizional în legătură cu copilul de către instanțele naționale, rozglyadaetsya juridice poziția Curții Europene a Drepturilor Omului privind anumite categorii de cauze civile pentru protecția drepturilor și intereselor copilului care decurg din relațiile de familie.

**Cuvinte cheie:** protecția drepturilor familiale și a intereselor copilului, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, cauzele civile, practica judiciară, copilul.

**Постановка проблеми.** Ухвалення 17 липня 1997 р. Верховною Радою України Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі – Конвенція) надало кожній фізичній і юридичній особі України право на звернення до Європейського суду із прав людини з метою захисту своїх прав, свобод та інтересів, після використання всіх засобів захисту відповідно до законодавства України.

Законом «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Першого протоколу та протоколів 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» Україна цілком визнала чинність норми щодо визнання обов'язковою юрисдикцію Європейського суду із прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення й застосування Конвенції (ст. 32 Закону). Обов'язкова сила рішень і їх виконання встановлені ст. 46. Відповідно до ст. 9 Конституції України, зазначена Конвенція є частиною національного законодавства держави, джерелом законодавчого правового регулювання і правозастосування в Україні [1, с. 157]. Так були створені для фізичних і юридичних осіб України додаткові гарантії основних прав та свобод.

Е. Трегубов зазначав, що дані «<…> гарантії знайшли своє вираження та закріплення через загальносвітове визнання міжнародних договорів із прав людини, а також спеціальних органів, уповноважених здійснювати контроль дотримання основних прав і свобод людини» [2, с. 358]. Таким органом є Європейський суд із прав людини (далі – ЄСПЛ) – міжнародний судовий орган, метою створення якого є забезпечення дотримання Конвенції та протоколів до неї, державами-учасницями, що її ратифікували. Він по-

кликаний перевіряти дотримання державами прав і гарантій їх забезпечення, передбачених Конвенцією.

Захист прав дітей є одним із важливих завдань держави, оскільки саме діти вважаються найбільш незахищеною категорією громадян через їхню фізичну, психологічну та соціальну незрілість. Найбільш важливу роль у захисті прав дитини відіграє судова форма захисту. Відповідно до положень Конституції України, особа має право на звернення по захист, після використання національних засобів правового захисту, до міжнародних юрисдикційних установ, які визнала Україна (абз. 5 ст. 55) [3]. Аналіз вищезазначеної норми дає підстави вважати, що особа має право на звернення до ЄСПЛ для захисту прав та інтересів дитини, після використання всіх національних заходів.

**Стан дослідження.** Дослідження проблеми міжнародно-правового захисту сімейних прав дитини є вельми актуальним, що підтверджують праці В. Абрамова, Б. Жавзандомора, С. Клім, Л. Красицької, Н. Крестовської, О. Мамич, К. Никонова й інших науковців, які зробили значний внесок у дослідження даного питання.

**Метою та завданням статті,** з огляду на досягнення науки цивільного процесуального права, застосування норм міжнародного законодавства та вивчення судової практики Європейського суду із прав людини, є виявлення, постановка та вирішення проблем міжнародно-правового захисту сімейних прав та інтересів дитини ЄСПЛ в Україні.

**Виклад основного матеріалу.** Міжнародний захист прав дитини являє собою сукупність міжнародно-правових і міжнародних норм, що регулюють співробітництво держав у забезпеченні захисту прав дітей. Зважаючи на фізичну і розумову незрілість, дитина потребує особливих прав і додаткового захисту. Соціальний статус дітей є нижчим, ніж у дорослих, тому міжнародний захист прав дітей спрямований на забезпечення рівних прав і можливостей дітей і дорослих [4, с. 44].

Під час дослідження положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, можна дійти висновку, що вона не містить статей, що безпосередньо регулюють захист прав та інтересів дитини. Однак необхідно зазначити, що дитина є суб'єктом міжнародного права, тому деякі положення Конвенції можуть застосовуватися і для захисту прав та інтересів дитини.

С. Клім зазначає, що «<…> аналіз Європейської конвенції свідчить про дихотомію права на публічне (процесуальне) та приватне (матеріальне, зокре¬ма й сімейне) під час вирішення питань, які стосуються малолітніх або неповнолітніх» [5, с. 204].

О. Мамич підкреслює, що «<…> дитина має ті ж самі права, що і будь-яка доросла людина в межах її дієздатності. У ст. 34 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод вказано, що заявником може виступати «будь-яка фізична особа <…> яка стверджує, що стала жертвою порушення прав, визначених Конвенцією <…>». Отже, можна вважати, що ця норма поширюється на категорію неповнолітніх осіб» [4, с. 40].

Система норм Ради Європи у сфері захисту прав дітей базується на чотирьох основних принципах: захист дитинства, запобігання насильству, покарання винного в насильстві та врахування думки дитини. Конвенція Ради Європи про здійснення прав дітей передбачає конкретні заходи, що дозволяють дітям досягати їх реалізації. Вона узаконює необхідність донести до дітей інформацію про опіку, житло, права батьків спілкуватися з дитиною, питання всиновлення та захисту від жорстокого чи принизливого ставлення [6].

У Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод положень, які безпосередньо стосуються прав дітей, не так вже й багато. Однак до дитини, як і до будь-якого іншого суб'єкта прав, можуть бути застосовані всі положення Конвенції. І сама Конвенція, і прецеденти Суду говорять про те, що заявником може виступити будь-яка людина, що підлягає юрисдикції Суду, зокрема і неповнолітня.

Що стосується застосування зазначеної Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод для захисту сімейних прав та інтересів дитини, то необхідно звернути увагу на ст. 6 Конвенції [7], яка зазначає, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав і обов'язків цивільного характеру. Вбачається, що дане положення можна застосувати і до неповнолітніх дітей, оскільки діти також мають право на справедливий і публічний розгляд своїх справ упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом.

Ч. 1 ст. 8 Конвенції передбачає, що кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції.

Відповідно до практики ЄСПЛ, гарантії ст. 8 Конвенції стосовно «сімейного життя» щодо захисту прав дитини поширюються на :

– встановлення батьківства (рішення в справах «Расмусен проти Данії» від 28 листопада 1984 р. № 87, п. 33 та «Кіган проти Ірландії» від 26 травня 1994 р., Серія А, № 290, п. 45);

– позбавлення батьківських прав (рішення в справі «Ханти про України» від 7 грудня 2006 р., заява № 31111/04). ЄСПЛ у даній справі визнав порушення ст. 8 Конвенції, оскільки справу про позбавлення заявника батьківських прав було розглянуто судом без його участі через заборону заявнику протягом п'яти років приїздити в Україну;

– відібрання дитини без позбавлення батьківських прав (рішення в справі «Савіни проти України» від 18 грудня 2008 р., заява № 39948/06) [8, с. 64–65].

У Рішенні ЄСПЛ від 18 грудня 2008 р. у справі «Савіни проти України» зазначено: «<…> суд ставить під сумнів адекватність відповідної доказової бази для висновку про те, що матеріально-побутові умови дітей були справді небезпечними для їхнього життя і здоров'я. Крім того, кілька конкретних висновків (наприклад, про те, що дітей не годують і не вдягають належним чином, а також часто залишають самих удома) ґрунтувалися виключно на доповідях, складених представниками відповідних міських служб за результатами окремих, несистематичних перевірок помешкання заявників. Водночас суд не розглядав жодних доказів на підтвердження такої інформації – не заслуховував, наприклад, самих дітей, не досліджував їхні медичні документи, не звертався до висновків педіатрів чи показань сусідів. Фактом є те, що єдиним об'єктивним доказом, наведеним у рішенні суду першої інстанції на підтвердження висновку про незадовільний стан здоров'я дітей, є медична довідка, видана за рік до того, яка засвідчувала перебування О.С. та К.С. на обліку як хворих на анемію першого ступеня, хоч її достовірність, незважаючи на відповідні спростування з боку заявників, не було перевірено. Суди не вдавалися до розгляду незалежних доказів (наприклад, експертного висновку психолога), аби оцінити їхню емоційну чи психічну зрілість і мотивацію в розв'язанні побутових проблем. У мотивувальній частині судового рішення немає й аналізу спроб заявників поліпшити умови свого життя – наприклад, їхніх звернень із проханням забезпечити постачання природного газу, компенсувати заборгованості із заробітної плати і допомогти із працевлаштуванням. Натомість суди, як здається, прийняли на віру подану міськими службами інформацію про те, що заявники не спромоглися поліпшити свої матеріально-побутові умови та скорегувати своє ставлення, незважаючи на фінансову та іншу підтримку, а також заходи з відповідного консультування. Окрім

описових доповідей, складених за результатами перевірок, у яких вказувалося на ті самі проблеми (скажімо, як прогнилий дитячий матрац), суд не зажадав жодних інших даних, наприклад, стосовно фактичного обсягу та достатності соціальної допомоги або змісту конкретних рекомендацій, наданих під час консультування, а також пояснень, чому ці рекомендації не дали результату. Суд вважає, що витребувана конкретна інформація в цьому зв'язку могла б допомогти визначити, чи виконали відповідні органи свій конвенційний обов'язок зі збереження єдності сім'ї і чи дослідили вони достатнім чином ефективність менш суворих альтернативних заходів перед тим, як клопотати про відібрання дітей від батьків». На цих підставах ЄСПЛ встановив, що, вирішуючи справи про позбавлення батьківських прав, суд зобов'язаний дотримуватися вимог ст. 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод у частині права заявників на повагу до сімейного життя, зокрема, судове рішення має бути побудоване на з'ясованих обставинах: чи були мотиви для позбавлення батьківських прав доречними і достатніми, чи здатне рішення про позбавлення батьківських прав забезпечити належний захист дитини, чи було проведено ретельний аналіз можливих наслідків пропонованого заходу з опіки для батьків і дитини, чи ґрунтується висновок органу опіки на достатній доказовій базі, чи мали батьки достатні можливості брати участь у вирішенні такого питання;

– визначення місця проживання дитини, наприклад, 1 липня 2017 р. ЄСПЛ ухвалив рішення у справі «М.Є. проти України», яке набуде статусу остаточного відповідно до порядку, передбаченого п. 2 ст. 44 Конвенції. У цьому рішенні ЄСПЛ констатував порушення Україною права заявника, гарантованого ст. 8 «Право на повагу до приватного і сімейного життя» Конвенції, у зв'язку з рішеннями національних судів про визначення місця проживання дитини. На підставі розгляду справи ЄСПЛ зробив висновок, що здійснений національними судами аналіз перед ухваленням рішення про визначення місця проживання доньки заявника разом із матір'ю, був недостатньо ретельним. Тому, незважаючи на широкі дискреційні повноваження, надані національним органам у сфері встановлення опіки над дітьми, ЄСПЛ визнав, що обґрунтування ухваленого ними рішення не є «належним та достатнім». На підставі цього ЄСПЛ визнав, що в цій справі мало місце порушення ст. 8 Конвенції при визначенні місця проживання дитини.

Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ у своєму Інформаційному листі щодо окремих питань судової практики в справах про визначення місця проживання дитини від 17 серпня 2017 р. № 9 –1580/0/4–17 щодо вище зазначеного рішення в справі «М.Є. проти України» зазначив: «<…> з метою недопущення в подальшому порушень, які констатовані ЄСПЛ у справі «М.Є. проти України», у разі набрання рішенням статусу остаточного, судам під час розгляду справ про визначення місця проживання дитини варто враховувати наведене в рішенні ЄСПЛ. Крім того, під час вирішення такої категорії справ судам треба керуватися ст. 51 Конституції України, яка гарантує кожному з подружжя рівні права й обов'язки в шлюбі та сім'ї. Схожа норма міститься також у ч. 6 ст. 7 Сімейного кодексу України, відповідно до якої рівність прав і обов'язків жінки та чоловіка в сімейних відносинах, шлюбі та сім'ї є однією із загальних засад регулювання сімейних відносин. Це узгоджується із практикою ЄСПЛ, який неодноразово наголошував на тому, що батьки повинні мати рівні права в спорах про опіку над дітьми, і жодні презумпції, які ґрунтуються на ознаці статі, не повинні братися до уваги» [9];

– справи щодо виховання дитини (рішення в справі від 16 липня 2015 р., заява № 10383/09 «Мамчур проти України» ("Mamchur v. Ukraine"). У цій справі ЄСПЛ встановив, що було порушення ст. 8 Конвенції з огляду на невжиття органами влади жодного суттєвого заходу для забезпечення заявникові доступу до його дитини та його можливості взяти участь в її вихованні (пп. 63–87 рішення). Встановлення опіки над дитиною було втручанням у право заявника, за ст. 8 Конвенції, та було здійснено не на основі всебічної та професійної оцінки повної сімейної ситуації та тих чинників, які стосуються інтересів заявника, що є порушенням ст. 8 Конвенції (пп. 88–113 рішення).

**Висновки.** На підставі вищезазначеного необхідно зауважити, що Європейський суд із прав людини розглядає справи про захист сімейних прав та інтересів дитини щодо порушення національними судами положень ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка зазначає, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав і обов'язків цивільного характеру, та ч. 1 ст. 8 даної Конвенції, яка передбачає, що кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції. Встановлено, що ЄСПЛ перевіряє дотримання державою прав і гарантій їх забезпечення, передбачених Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, незважаючи на те, що дана Конвенція не містить прямих приписів щодо захисту сімейних прав та інтересів дитини.

Крім того, необхідно погодитися з думкою Л. Красицької, яка зазначає, що «<…> позиція Європейського суду із прав людини щодо захисту сімейних прав дитини полягає в нижчезазначеному:

– під час розгляду сімейного спору пріоритет мають інтереси дитини над інтересами батьків;

– діти, народжені в шлюбі, і діти, народжені поза шлюбом, є рівними у своїх правах;

– будь-яке обмеження, накладене на особисте спілкування у відносинах між батьками та дітьми, повинне ґрунтуватися на належних до справи й обґрунтованих причинах, висунутих для захисту інтересів дитини і для подальшого об'єднання сім'ї;

– передача дитини під публічну опіку повинна мати тимчасовий характер, такий захід не може бути санкціонований без попереднього розгляду можливих альтернативних заходів і має оцінюватися в контексті позитивного обов'язку держави вживати виважених і послідовних заходів зі сприяння возз'єднанню дітей зі своїми біологічними батьками» [10, с. 265–266].

**Список використаної літератури:**

1. Кисельова Л. Рішення європейського суду із прав людини, Конституційного суду України та Верховного суду України у системі права України: застосування та виконання. Вісник академії адвокатури України. № 2 (27). 2013. С. 156–159.

2. Трегубов Е. Право на справедливий суд в практиці Європейського суду із прав людини. Форум права. 2010. № 1. С. 358–363. URL: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-1/10telzpl.pdf

3. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141

4. Мамич О. Конвенція ради Європи «Про здійснення прав дітей» 1996 р. та виконання її положень в Україні. Актуальні проблеми держави і права. 2012. С. 40–46.

5. Клім С. Процесуальні права дитини в контексті рішень Європейського суду з прав людини. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: «Юридичні науки». Випуск 6–1. Том 1. 2014. С. 203–206.

6. Забота о детях и защита их прав. URL: http://www.coe.int/lportal/web/coe-portal/what-we-do/human-rights/children-rights.

7. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. Офіційний вісник України. 2006. № 32. Ст. 2371.

8. Ахтирська Н., Філатов В., Фулей Т., Хембах Х. Статья 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: стандарти застосування при здійсненні правосуддя. К.: Істина, 2011. 200 с.

9. Щодо окремих питань судової практики у справах про визначення місця проживання дитини: Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 9-1580/0/4-17 від 17 серпня 2017 р. URL: http://sc.gov.ua/uploads/tinymce/files

10. Красицька Л. Захист сімейних прав дитини Європейським судом із прав людини. Вісник Донецького національного університету. Серія В: Економіка і право. Вип. 2. 2011. С. 263–266.

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

**Волкова Наталія Василівна** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Volkova Nataliia Vasylivna** – Candidate of Law Science, Associate Professor, Associate Professor at the Department of Civil Process of National University „Odessa Law Academy”

*Volko_71@ukr.net*

УДК 347.1

# ПІДСТАВИ ТА ПОРЯДОК ЗАСТОСУВАННЯ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ІНФОРМАЦІЙНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ

**Оксана ГУЙВАН,**
здобувач кафедри цивільного права і процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ

**АНОТАЦІЯ**

Робота присвячена актуальним питанням правового регулювання цивільно-правових охоронних відносин у сфері інформаційного обороту. Встановлено, що захист прав на інформацію може опосередковуватися охоронними нормами зобов'язального права, оскільки інформація є товаром і перебуває в матеріальному обороті. З іншого боку, оскільки інформація є об'єктом права власності, відповідальність за посягання не неї врегульована також на рівні охоронних приписів речового права. Проаналізовані доктринальні визначення відповідальності та встановлені її відмінності від загального поняття санкцій.

**Ключові слова:** захист інформації, цивільна відповідальність, примус.

## GROUNDS AND PROCEDURE FOR APPLYING LEGAL LIABILITY FOR INFORMATION OFFENSES

**Oksana GUYVAN,**
Applicant at the Department of Civil Law and Process
of Kharkiv National University of Internal Affairs

**SUMMARY**

The work is devoted to topical issues of legal regulation of civil-law protection relations in the sphere of information turnover. It is established that the protection of rights to information can be associated with protective norms of the law of obligation, since information is a commodity and is in material turnover. On the other hand, since information is the subject of ownership, responsibility for non-infringement is also regulated at the level of protective rules of corporeal law. The doctrinal definitions of responsibility are analyzed and its difference from the general concept of sanctions is established.

**Key words:** information protection, civil liability, coercion.

**REZUMAT**

Lucrarea este dedicată problemelor de actualitate ale reglementării legale a relațiilor de protecție civilă în sfera fluxului de informații. Se stabilește că protecția dreptului la informație poate oposeredkovuvatisya paza dreptul obligațiilor, pentru că informația este o marfă și se află în partea din spate a materialului. Pe de altă parte, din moment ce informația este obiectul dreptului de proprietate, responsabilitatea pentru non-încălcare este de asemenea reglementată la nivelul normelor de protecție a dreptului corporal. Definițiile doctrinare ale responsabilității sunt analizate, diferențele fiind determinate de conceptul general al sancțiunilor.

**Cuvinte cheie:** protecția informațiilor, răspunderea civilă, coerciția.

**Постановка проблеми.** Останнім часом значення інформації та її обігу значно зросло. З розвитком інформаційного простору в суспільстві відбувається суттєве розширення відповідних взаємин, а отже, більшає правопорушень у цій сфері. Проте національне законодавство приділяє недостатньо уваги питанням караності таких діянь. Мусимо констатувати факт відсутності комплексного розроблення та втілення в спеціальних правових актах інформаційно-правової відповідальності як правової категорії, тому правопорушники зазвичай не притягуються до відповідальності. Водночас сфера інформаційних правовідносин як у частині їх здійснення, так і охорони вимагає глибокого осмислення, адекватного вибору методів і засобів правового впливу, постійної адаптації та вдосконалення з урахуванням набутої правової практики. Тому юридична відповідальність в інформаційній галузі наразі не може залишатися поза увагою правників – і науковців, і практиків.

**Актуальність теми дослідження.** Проблематика юридичної відповідальності за інформаційні правопорушення є складовою частиною системного дослідження питань інформаційної безпеки. Останні стосуються викликів гуманітарного плану, що мають місце у зв'язку з несанкціонованим самовільним доступом, безконтрольним використанням і поширенням персональних даних, недостовірної інформації, що є втручанням у приватне життя; загроз політичного й юридичного характеру щодо збереження комерційної таємниці та конфіденційних даних. Як один з елементів загальної системи покарання за вчинене правопорушення цивільно-правова відповідальність призначена для гарантування встановленого законодавством правопорядку у сфері матеріальних цивільних відносин шляхом захисту порушених прав та інтересів суб'єктів інформаційних відносин, застосування таких засобів, які спричиняють додаткове матеріальне чи організаційне обтяження правопорушника. Це може бути припинення чи зміна відносин, справедлива майнова компенсація потерпілому внаслідок порушення його інформаційних прав.

**Стан дослідження.** У наукових працях вивченню питань про сутність правовідносин в інформаційному середовищі, способи і характер порушень інформаційних прав їх учасників та юридичні механізми цивільно-правового захисту, зміст такого захисту, юридичну природу та склад поняття «інформаційне правопорушення», порядок та підстави застосування санкцій присвятили свої праці такі вче-

ні, як: І.О. Безклубий,, І.Л. Бачило, В.І. Жуков, О.С. Іоффе, Р.А. Калюжний, Т.С. Ківалова, В.В. Луць, Р.А. Майданик, Є.Є. Перчук, А.І. Поздняков, Г.Г. Почепцов, С.П. Расторгуев, В.О. Тархов, О.О. Тихомиров, В.С. Цимбалюк, Р.Б. Шишка й інші.

**Мета та завдання статті.** Зазначені роботи переважно стосувалися комплексного змісту права особи на інформацію як одного з нематеріальних благ, тоді як на сучасному етапі дане повноваження набуває набагато ширшого змісту. Воно охоплює і право на доступ до інформаційних ресурсів, і захист даних, і значне коло питань інформаційної безпеки. Метою статті є дослідження концептуальних засад методології цивільно-правової відповідальності й адаптування її до регулювання правового захисту інформаційних прав особи. Це має бути зроблено з урахуванням специфіки інформаційних правовідносин, яка полягає в поєднанні абсолютно-правових і зобов'язальних засад.

**Виклад основного матеріалу.** Правове регулювання цивільної відповідальності за інформаційні правопорушення, враховуючи різногалузевий і досить широкий характер інформаційних суспільних взаємин, здійснюється різними актами як загального (Цивільний кодекс України (далі – ЦКУ), Закон України «Про інформацію»), так і спеціального порядку. До спеціальних законів у сфері регулювання інформаційного обігу можна віднести Закон України від 21 січня 1994 р. «Про державну таємницю», Закон України від 13 січня 2011 р. «Про доступ до публічної інформації», Закон України від 1 червня 2010 р. «Про захист персональних даних», Закон України від 5 липня 1994 р. «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах» тощо. Окремі питання інформаційного характеру врегульовані в законах і підзаконних актах, що впорядковують відносини в різних сферах суспільних відносин. Так, у ст. 15 Закону України «Про захист прав споживачів» вказується, що споживач має право на одержання необхідної, доступної, достовірної та своєчасної інформації про продукцію, що забезпечує можливість її свідомого і компетентного вибору. Інформація повинна бути надана споживачеві до придбання ним товару чи замовлення роботи (послуги), а відповідальність продавця за порушення вказаних правил регламентована в ч. 7 цієї статті. До законодавства України про інформацію належать, зокрема, нормативно-правові акти, які опосередковують відносини в окремих галузях, які далеко не завжди мають цивільно-правовий характер, але мають інформаційний складник, що визначає види, форми й засоби надання й отримання інформації, яка забезпечує належне здійснення основних матеріальних взаємин. У цих відносинах інформаційний обмін має не основний, а допоміжний характер, що гарантує результативність і ефективність основних правовідносин.

Стрімкий технічний прогрес в інформаційному середовищі змушує правотворця реагувати адекватно та законодавчо впорядковувати питання інформаційного обігу. Внаслідок цього останнім часом було ухвалено цілу низку підзаконних нормативних актів, які і здійснюють юридичне забезпечення обороту інформації в електронних системах, зокрема із застосуванням комп'ютерних мереж. Також до системи інформаційного законодавства маємо віднести міжнародні договори й угоди, ратифіковані Україною, акти міжнародного права, зокрема Європейську конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., ст. 10 якої стосується забезпечення права на свободу отримання, використання й обігу інформації.

Отже, більшість нормативно-правових документів, які використовуються для організації інформаційних відносин, не можна визнати такими, що регулюють суто приватноправові відносини, тобто вони як такі є актами цивільного законодавства. З огляду на те, що законодавець у регулюванні наслідків порушення інформаційних прав особи надає перевагу цивільно-правовим способам (хоча не виключає застосування каральних норм актів інших галузей права), у доктрині домінує думка про необхідність найбільш ретельного дослідження саме цивільного аспекту даної проблематики [1, с. 38]. Вивчаючи елементи приватних по суті відносин, зокрема і з урахуванням переважно цивільно-правових способів формулювання та застосування санкцій за їх порушення, маємо обов'язково враховувати, що на відміну від інших матеріальних цивільних прав, під час інформаційних відносин, хочуть цього учасники відносин, чи ні, завжди наявний публічний інтерес. Іноді він може мати відверті прояви, частіше він прихований за іншими результатами взаємин, але так чи інакше має місце.

Саме наявність публічного елемента в структурі права на інформацію є чинником, який виділяє механізм правового регулювання інформаційних відносин з-поміж інших приватноправових. Отже, на нинішньому етапі розвитку інформаційних відносин і комп'ютерних технологій, які їх забезпечують, можна дійти висновку, що насамперед великим суспільним інтересом обумовлюється необхідність у спеціальних правових заходах у даній сфері. Бо правове впорядкування стосується не тільки і не стільки інтересів осіб, причетних до даної галузі суспільних відносин. Питання стосовно збирання, зберігання, оброблення, надання та захисту інформації викликають соціальну потребу їх вирішення. Адже неспроможність держави забезпечити ефективну дію інституту юридичної відповідальності (своєчасно відновити порушені права громадян, примусити державні органи та їх посадових осіб до виконання своїх обов'язків, послідовно, незважаючи на посади, чини і ранги, застосовувати до правопорушників відповідні заходи державного впливу) сьогодні є очевидною [2, с. 343].

Шляхом реалізації охоронної матеріально-правової норми здійснюються заходи юридичної відповідальності та захисту суб'єктивних прав [3, с. 124]. Окремі науковці фактично ототожнюють заходи цивільно-правової відповідальності з відповідальністю. Наприклад, М.М. Агарков не розрізняв примусове виконання обов'язку в натурі і відшкодування збитків, вважаючи обидва наслідки відповідальністю боржника: борг і відповідальність є не незалежними один від одного елементами зобов'язання, а лише двома аспектами того самого відношення – відповідальністю [4, с. 44]. Інші дослідники також вважали, що відповідальністю є опосередковане державним примусом виконання обов'язку в результаті будь-якого невиконання зобов'язання [5, с. 89–90]. Фактично, за такої концепції, відповідальність – це примус до виконання охоронно-правового обов'язку, який уже виник.

З таким підходом не погоджувалися інші дослідники. Як зазначав О.С. Іоффе, він має два суттєвих недоліки. По-перше, залишається поза межами розгляду така важлива правова характеристика, як вина особи, що порушила право. Проте загальновизнаним є правило, що без вини не настає обов'язок нести відповідальність: сплатити неустойку чи відшкодувати збитки. А по-друге, зі сфери відповідальності виключаються дії самого боржника без втручання юрисдикційних органів, спрямовані на ліквідацію наслідків порушення [6, с. 473–474]. Тому цілком справедливо відділити заходи відповідальності від інших негативних наслідків для порушника: цивільна відповідальність – це не будь-які негативні наслідки для порушника, а лише ті, які покладають на нього нові чи додаткові цивільно-правові обов'язки чи позбавляють суб'єктивних цивільних прав [7, с. 48–49; 8, с. 435]. Ми підтримуємо думку дослідників, які поділяють засоби захисту суб'єктивного права на відповідальність та інші засоби [9, с. 200; 10, с. 64–66].

Охоронні правовідносини не зводяться лише до відповідальності, а охоплюють і інші взаємини, пов'язані із захистом права [11, с. 15]. Так, залежно від змісту відношення та способу захисту порушеного права до зобов'язаної особи, яка порушила умови договору щодо надання інформаційних послуг, у межах охоронного правовідношення може бути пред'явлена вимога про примусове виконання обов'язку (що не є заходом відповідальності) або про сплату неустойки чи відшкодування збитків (тобто застосовано відповідальність). Як бачимо, поряд із відповідальністю наявні й інші невигідні для порушника наслідки, спрямовані на захист суб'єктивного цивільного права. У цивілістиці їх прийнято називати засобами (мірами) захисту права [12, с. 84–85]. Вони застосовуються до правопорушника незалежно від його вини і відновлюють майнове становище особи або припиняють неправову дію. Відповідальність завжди пов'язана з додатковим обтяженням порушника, а за інших способів захисту права таких обтяжень немає [13, с. 271]. Отже, на відміну від адміністративних чи кримінальних правовідносин, захист порушених цивільних прав відбувається не тільки шляхом застосування заходів відповідальності.

Так, не можна ототожнювати реальне виконання охоронного зобов'язання (п. 5 ч. 2 ст. 16 ЦКУ) шляхом застосування державного примусу з відповідальністю. Відшкодування ж нанесених порушенням збитків і сплата неустойки є класичними видами цивільно-правової відповідальності. Водночас позивач вправі звернутися до суду з вимогами про застосування цих обох санкцій до відповідача. Сплата неустойки та відшкодування збитків не звільняє зобов'язану особу від виконання зобов'язання в натурі [14, с. 285]. Реальне виконання спрямоване на виконання тієї дії, що передбачена змістом зобов'язання, тоді як відповідальність спрямована на виконання додаткового обов'язку, який виник внаслідок правопорушення [15, с. 445]. Відповідальність та інші види захисту прав відрізняються між собою також з огляду на принцип вини. Зокрема, відповідальність, за загальним правилом, настає лише за винні дії особи, тоді як інші цивільно-правові санкції застосовуються, виходячи із принципу спричинення.

Отже, відповідальність є більш вузьким поняттям порівняно із засобами правового захисту [16, с. 192]. Так само співвідносяться і поняття «відповідальність» і «санкція». Санкція як засіб правового захисту – це міра майнових чи інших невигідних для особи наслідків у разі правопорушення [17, с. 13; 18, с. 189–190]. Отже, санкціями є будь-які негативні наслідки, що можуть настати в результаті державного примусу. Загальний невичерпний їх перелік визначається положеннями ст. 16 ЦКУ. Також до санкцій належать і такі заходи, що напряму не впливають на майновий стан порушника та потерпілого, проте мають забезпечувальне значення та спрямовані на попередження порушення в майбутньому чи припинення відношення [19, с. 29–30]. Це, наприклад, такі оперативні заходи впливу, як переведення неналежного боржника на попередню оплату, відмова від прийняття простроченого виконання, відмова від договору тощо. І саме можливістю застосування санкцій забезпечується належне та своєчасне здійснення суб'єктивного цивільного права та виконання кореспондуючого йому юридичного обов'язку.

Водночас цивільна відповідальність являє собою різновид санкцій і є впливом на правопорушника шляхом позбавлення його певних майнових прав чи покладення на нього додаткових майнових обов'язків [17, с. 9]. Наприклад, коли продавець не надасть інформацію (не попередить) покупця про наявні права третіх осіб на товар, який продається, останній вправі відмовитися від договору або вимагати зменшення ціни (ст. 659 ЦКУ). Отже, настає цивільно-правова відповідальність, що полягає в зменшенні доходів неналежного контрагента. Найбільш яскравим прикладом додаткового обтяження як міри відповідальності є обов'язок відшкодувати завдані збитки чи шкоду. Скажімо, він настає, якщо внаслідок оприлюднення недостовірної інформації будо завдано шкоди репутації суб'єкта підприємництва. Розмір відповідальності винної особи в такому разі визначається величиною збитків. Засоби відповідальності проявляються в наслідках порушення наявного зобов'язання (договірна відповідальність) або в наслідках самого правопорушення, які породжують нове зобов'язання (деліктна відповідальність). Водночас заходи захисту суб'єктивного права, зокрема і юридична відповідальність, мають бути економічно обґрунтованими [20, с. 5].

Інформація як об'єкт цивільно-правових відносин проявляється у двох іпостасях. По-перше, це товар, тож реалізація інформаційних прав і відповідних обов'язків, а отже, і правопорушення може здійснюватися у сфері зобов'язального правового регулювання, включаючи і договірний юридичний інструментарій. Отже, цілком прийнятним заходом відповідальності є стягнення пені за невиконання певного обов'язку з надання відомостей, якщо це передбачено в договорі. Також, коли договір про надання інформаційних послуг має дефекти, вказані в ст. 218–236 ЦКУ (наприклад, він суперечить закону чи моральним засадам суспільства, є фіктивним тощо), він може бути визнаний недійсним. По-друге, інформація віднесена законом до різновиду особистих немайнових прав. Отже, вона має приватний характер і є об'єктом права власності. У такому разі право на інформацію є абсолютним і підлягає захисту із застосуванням правових механізмів, притаманних як нематеріальним благам, так і абсолютним речовим правам (праву власності).

Ці механізми мають певні особливості щодо їх застосування в частині захисту прав. Скажімо, усіляке абсолютне матеріальне право передбачає можливість управненого суб'єкта вільно на свій розсуд володіти, користуватися та розпоряджатися об'єктом. Водночас обов'язком невизначеного числа інших осіб буде діяння пассивного характеру, яке полягатиме в утриманні від дій, що порушують право. Саме в такий спосіб взаємодії управненої та зобов'язаних осіб і проявляється особливість абсолютних матеріальних відносин. Право людини на інформацію теж має абсолютний характер, і йому обов'язково кореспондує обов'язок усіх інших суб'єктів цивільного права не перешкоджати здійсненню права. Але порушення абсолютних регулятитвних взаємин спричиняє появу зобов'язального охоронного відношення, в якому домаганя вже буде спрямоване не на невизначене коло осіб, а на конкретного порушника. Інакше кажучи, охоронні вимоги щодо припинення порушення, компенсації шкоди тощо будуть адресуватися конкретнії особі. Отже, з порушення, спрямованого на нематеріальне благо особи – інформацію, виникає охоронне правовідношення, наприклад, щодо відшкодування матеріальної чи моральної шкоди. Тому теза про можливість виникнення інформаційного відношення лише після його порушення є помилковою. Цивільне правовідношення абсолютного змісту існувало і раніше в регулятивному (непорушеному) стані від моменту вининення суб'єктивного права на інформацію (створення її, отримання за договором тощо).

У науковій літературі жваво обговорюєтся так звана концепція примусу, за якою обов'язковим проявом відповідальності є примусові заходи. По-різному оцінюється значення примусу як у площині його безпосереднього застосування, так і щодо його фактичного нормативного закріплення як правової можливості. Одні науковці висловлюють критику щодо можливості охоплення поняттям санкції добровільного здійснення простроченого обов'язку [21, с. 33]. Інші переконані, що більший ефект забезпечує сама можливість застосування примусу, бо це дисциплінує учасників відносин і створює передумови для добровільного виконання охоронних обов'язків, наприклад, відшкодування збитків [22, с. 13]. Вважаємо останню концепцію більш виваженою та правильною.

До складу охоронного правовідношення незалежно від того, реалізується воно за допомогою юрисдикційного орга-

ну чи самостійно правоволодільцем, входять засоби примусового впливу – санкції [3, с. 108]. Заходи захисту та відповідальність як різновиди цивільно-правової санкції можуть зазвичай здійснюватися як із допомогою юрисдикційного органу, так і позасудовим порядком. Прикладом останнього є добровільне виконання боржником порушеного обов'язку або відшкодування ним збитків. Більшість цивільно-правових санкцій сконструйовані в законі як обов'язок правопорушника вчинити певні відновлювальні чи компенсаторні дії, що зумовлено їхньою спрямованістю та майновим характером [23, с. 13]. Тому до змісту охоронного правовідношення, яке виникає після порушення регулятивного права, входить обов'язок боржника зазнавати негативні для нього наслідки правопорушення. Такий обов'язок існує від самого моменту порушення незалежно від того, пред'явив відповідну вимогу управнений суб'єкт чи ні. Тому було б зовсім неправильним пов'язувати захист порушеного права лише із застосуванням державного примусу [24, с. 49–50]. Примус – це процесуальний спосіб впливу, з реалізацією якого досягається мета відновлення порушеного права, припинення неправомірних дій чи інший позитивний ефект [25, с. 10]. Якщо охоронно-правовий обов'язок буде виконано добровільно, необхідність у примусі не виникає. Однак матеріально-правовий результат буде таким же. Якщо ж добровільне здійснення охоронно-правового зобов'язального відношення, що виникло внаслідок порушення суб'єктивного матеріального права, не відбудеться, постає питання про застосування до боржника певних засобів впливу.

Отже, можемо дійти певних **висновків.** Захист порушених суб'єктивних прав особи у сфері інформаційних відносин у цивільно-правовому порядку здійснюється шляхом застосування санкцій, передбачених як ст. 16 ЦКУ, так і іншими охоронними нормами зобов'язального та речового права. Це особливо проявляється під час охорони та захисту такого специфічного об'єкта, як інформація. Окремі елементи захисту, як-от відповідальність, інші засоби правового захисту мають різні підстави застосування, неоднаковий зміст і способи впливу. Можливість забезпечення державного примусу, що здійснюється правозастосовним органом, ніяк не заперечує наявності інших засобів захисту порушеного чи оспорюваного права. Суспільні інтереси не створюють необхідності в будь-якому разі цивільного правопорушення обов'язково звертатися до органів, наділених юрисдикційними повноваженнями. Держава може надати можливість реалізації права самому носієві, встановивши відповідні межі належних дій, або забезпечує умови добровільного виконання боржником охоронно-правового обов'язку.

**Список використаної літератури:**

1. Тихомиров О.О. Цивільно-правова відповідальність за інформаційні правопорушення: загальнотеоретичні аспекти. Порівняльно-аналітичне право. 2015. № 2. С. 37–40.

2. Безклубий І.А., Бобровник С.В., Гриценко І.С. та ін. Відповідальність у праві: філософія, історія, теорія: монографія / за заг. ред. І.А. Безклубого. К.: Грамота, 2014. С. 343. 448 с.

3. Алексеев С.С. Общая теория права: в 2-х т. Т. 2. Свердловск: Свердл. юрид. институт, 1973. С.124. 401 с.

4. Агарков М.М. Обязательства по советскому гражданскому праву. Ученые труды ВИЮН. М.: Изд-во НКЮ СССР, 1940. Вып. 3. С. 44. 192 с.

5. Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность: очерк теории. М.: Юридическая литература, 1976. С. 89–90. 214 с.

6. Иоффе О.С. Гражданское право. Избранные труды. М.: Статут, 2000. С. 473–474. 777 с.

7. Матвеев Г.К. Основания гражданско-правовой ответственности. М.: Юрид. лит., 1970. С. 45–53. 312 с.

8. Підприємницьке право України: підручник / за ред. Р.Б. Шишки. Харків: Вид-во Уніве-ту внутр. справ «Еспада», 2000. С. 435. 480 с.

9. Харитонов Е.О., Саниахметова Н.А. Гражданское право. К.: АСК, 2001. С. 200. 829 с.

10. Примак В.Д. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб: монографія. К.: Юрінком-Інтер, 2007. С. 64–66. 432 с.

11. Орлова Е.А., Носов В.А. Охранительные гражданско-правовые нормы и правоотношения. Материально-правовые и процессуальные проблемы защиты субъективных прав: межвузовский тематический сборник. Ярославль: Яросл. гос. университет, 1983. С. 10–18.

12. Цивільне право України: академічний курс: підручник: у 2-х томах / за заг. ред. Я.М. Шевченко. Т. 1: Загальна частина. К.: Ін Юре, 2003. С. 83–85. 520 с.

13. Цивільне право України: підручник: у 2 т. / за заг. ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. К., 2004. Т. 1. С. 271. 480 с.

14. Ніколаєва Л.В., Старцев О.В., Пальчук П.М., Іваненко Л.М. Підприємницьке право: навч. посібн. К.: Істина, 2001. 480 с.

15. Харитонов Є.О., Старцев О.В. Цивільне право України: підручник. Вип. 2, переоб. і допов. К.: Істина, 2007. С. 445. 816 с.

16. Малеин Н.С. Гражданский закон и права личности в СССР [Текст] /Н.С.Малеин - М.: Юридическая литература, 1981, С. 192 (216 с.),

17. Красавчиков О.А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве. Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. Свердловск, 1973. Вып. 27. С. 5–16.

18. Цивільне право України: курс лекцій: у 6-ти томах. Т. V. Кн. 1 / за ред. Р.Б. Шишки. Харків: Еспада, 2005. С. 190–101. 224 с.

19. Васькин В.В., Качанова В.А., Клеандров М.И. Оперативные санкции в народном хозяйстве: учебное пособие. Куйбишев: Куйб. гос. ун-т, 1985. С. 29–30. 55 с.

20. Бутнев В.В. Юридическая ответственность и правовое государство. Юридическая ответственность: общие проблемы и отраслевые особенности. Дальневосточный государственный университет. Тезисы докладов межвузовской конференции молодых ученых-юристов. Владивосток: ДВГУ, 1990. С. 4–5.

21. Братусь С.Н. Спорные вопросы теории юридической ответственности. Советское государство и право. 1973. № 4. С. 27–35.

22. Тархов В.А. Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1973. 456 с.

23. Жицинский Ю.С. Санкция советского гражданского права: автореф. дисс. … канд. юрид. наук. К., 1966. С. 13. 18 с.

24. Курылев С.В. Санкция как элемент правовой нормы. Советское государство и право. 1964. № 8. С. 47–55.

25. Стоякин Г.Я. Меры защиты в советском гражданском праве: автореф. дисс. … канд. юрид. наук. Свердловск, 1973. С. 10. 17 с.

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

**Гуйван Оксана Петрівна** – здобувач кафедри цивільного права і процесу Харківського національного університету внутрішніх справ

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Guyvan Oksana Petrivna** –Applicant at the Department of Civil Law and Process of Kharkiv National University of Internal Affairs

*lawjur01@rambler.ru*

УДК 347.635

# СТАНОВЛЕННЯ Й РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ СУДОВИХ ДОРУЧЕНЬ НА УКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЛЯХ

**Лідія МАМЧУР,**
аспірант кафедри цивільного процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

**АНОТАЦІЯ**

У статті проаналізовано історичні етапи становлення й розвитку інституту судових доручень на українських землях шляхом дослідження писаних нормативно-правових актів починаючи від періоду Київської Русі й закінчуючи сьогоденням. Зазначено, що практику сприяння судочинству та забезпечення доказів, яку здійснювали дітські, отроки, мечники в Київській Русі, певною мірою можна розглядати як прообраз судових доручень щодо збирання доказів. У добу Великого князівства Литовського ті ж діцькі, вижі, дільчих, єдначі, пізніше – возні виконували подібні функції, що свідчить про розвиток інституту судових доручень щодо збирання доказів. Проаналізовано законодавчі акти Російської імперії, УРСР і сучасної України, що стосуються розвитку означеного інституту.

**Ключові слова:** цивільний процес, цивільне судочинство, забезпечення доказів, судові доручення, Київська Русь, Велике князівство Литовське.

## INCIPIENCE AND DEVELOPMENT OF THE INSTITUTE OF ROGATORY LETTERS ON UKRAINIAN LANDS

**Lidiia MAMCHUR,**
Postgraduate Student at the Department of Civil Process
of National University „Odessa Law Academy”

**SUMMARY**

The historical stages of the formation and development of the institute of rogatory letters on Ukrainian lands are analyzed by studying written legal acts from the period of Kievan Rus to the present. It is noted that the practice of facilitating legal proceedings and providing evidence provided by children, boys and girls in Kievan Rus could be considered as a prototype of court orders for the gathering of evidence. In the days of the Grand Duchy of Lithuania, the same girls, delegates, unions, and later, ravens, performed similar functions, indicating the development of the institute of court orders for the gathering of evidence. The legislative acts of the Russian Empire, the Ukrainian SSR and modern Ukraine concerning the development of the designated institute are analyzed.

**Key words:** civil process, civil justice, providing evidence, court orders, Kievan Rus, the Grand Duchess of Lithuania.

**REZUMAT**

Analizat etape istorice de formare și de dezvoltare a institutului ordinelor judecătorești din terenurile ucrainene prin studiul actelor juridice scrise din perioada Rusiei Kievene și terminând cu prezentul. Se remarcă faptul că practica promovării justiției și asigurarea probelor, care a fost efectuat ditski, copii, spadasini în Rusia Kieveană, într-o anumită măsură poate fi considerată ca un tip de ordine judecătorești pentru a aduna probe. Ziua Marelui Ducat al Lituaniei același ditski, Vigie, Dolce, ednachi mai târziu - tam-tam, efectuați o funcție similară, aceasta indică dezvoltarea institutului ordinelor judecătorești pentru a aduna probe. Sunt analizate actele legislative ale Imperiului Rus, SSR ucrainean și Ucraina modernă, referitoare la dezvoltarea acestei instituții.

**Cuvinte cheie:** procedură civilă, procedură civilă, securizarea probelor, ordinele judiciare, Rusia Kieveană, Marele Ducat al Lituaniei.

**Постановка проблеми.** В умовах динамічного реформування правового простору України, його інформаційно-комунікаційного складника, розбудови електронного судочинства, розширення членства України в багатьох міжнародних і регіональних організаціях нагальними є питання забезпечення злагодженої взаємодії українських судів між собою й з іншими державними органами, а також із судами та іншими компетентними органами іноземних держав; сприяння й допомоги в розгляді та вирішенні цивільних справ. Учені-процесуалісти визнають, що прагнення багатьох держав до вдосконалення своїх правових і судових систем у єдиному напрямі зумовлено не лише економічною глобалізацією, а й інтернаціоналізацією особистих, сімейних, професійних контактів, що спрямовує зусилля до правової та судової інтеграції з метою забезпечення повного визнання суб'єктивних прав незалежно від місця й умов їх набуття, а також поширення на цю сферу універсальної концепції прав людини та, зокрема, права на справедливий суд [1, с. 133].

Сьогодні у світовій практиці намітилися тенденції до спрощення і прискорення надання міжнародної правової допомоги в цивільних справах. Особливість розвитку співробітництва держав у цій сфері характеризується збільшенням обсягу правових актів, а також тенденцією до ускладнення її регулювання в договорах [2, с. 136]. Означені процеси відбуваються завдяки зростанню спільної діяльності держав з надання правової допомоги, а також завдяки розвитку сучасних технологій, які сприяють швидкій передачі судових доручень.

**Актуальність теми дослідження.** Варто відзначити, що історія розвитку інституту судових доручень в українському цивільному процесі є недостатньо розробленою, що обґрунтовано вимагає дослідження його історичного ґенезу.

**Стан дослідження.** Інститут судових доручень у цивільному судочинстві протягом тривалого часу майже не розглядався як самостійний процесуальний інститут. В аспекті принципу безпосередності судового розгляду інститут судових доручень досліджувався такими дореволюційними вченими: Є.В. Васьковським, А.Х. Гольмстеном; радянськими теоретиками: С.Н. Абрамовим, В.М. Семеновим, К.С. Юдельсоном; сучасними українськими та зарубіжними дослідниками: О.Ф. Вороновим, П.В. Крашенінніковим, В.В. Молчановим, І.В. Решетніковим, М.С. Треушніковим, В.В. Ярковим, Ю.С. Червоним, М.Й. Штефаном, М.М. Ясинком та іншими.

Більш прискіпливу увагу інституту судових доручень приділено в дослідженнях науковців, що стосувались надання міжнародної правової допомоги в цивільних і сімейних справах, таких як Р. Августин (R.J. Augustine) Д.Д. Аверіна, І.В. Гетьман-Павлова, Д. Був'єр (John Bouvier), Г. Джонс (H.L. Jones), Д. Коелт (John G. Koeltl), Л.З. Павлик, Р. Сандфір (R.L. Sandefur), Г.А. Цірат та інші.

**Метою й завданням статті** є аналіз становлення й розвитку інституту судових доручень на українських землях шляхом дослідження писаних нормативно-правових актів як джерел права.

**Виклад основного матеріалу.** У 2014 р. між Україною та ЄС підписано Угоду про Асоціацію [3] (далі – Угода), положеннями якої визначено розвиток співробітництва у сфері юстиції, свободи та безпеки, зокрема активізацію судового співробітництва в цивільних справах. Положеннями Угоди визначено пріоритетні напрями співробітництва з метою зміцнення судової влади, підвищення її ефективності, гарантування її незалежності та неупередженості й боротьби з корупцією. Першим кроком до зближення українського законодавства з європейським в означеній сфері стало схвалення Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 рр. [4]. Законом України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII [5] продовжено реформування судової системи України, внесено істотні зміни до організації судової влади, запроваджено триланкову судову систему тощо. 15 грудня 2017 р. набрав чинності Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» № 2147-VIII [6].

Усі вищеозначені кроки ознаменували рушійні зміни, що торкнулись сфери судочинства, розпочавши новий етап його розвитку в нашій країні.

Цивільне судочинство України потребує простих і водночас ефективних процесуальних форм відправлення правосуддя, які забезпечуватимуть доступ кожної особи до справедливого суду й дадуть їй можливість отримати повний і своєчасний захист її порушених прав та охоронюваних законом інтересів [7, с. 3]. Натепер значна кількість принципів, процесуально-правових інститутів галузі потребують новітніх наукових досліджень, що загалом сприятимуть створенню в Україні сучасної європейської системи правосуддя. Це стосується, зокрема, й інституту судових доручень.

У сучасних умовах існування глобалізованого суспільства відносини учасників цивільного процесу часто не обмежуються національними кордонами, а складаються на міжрегіональному, а часом і на міжнародному рівнях. Це вимагає від судів розглядати справи, докази за якими знаходяться поза їхньою територіальною підсудністю. За таких обставин особливої актуальності набуває застосування таких процесуальних засобів та інструментів, які уможливлюють судове дослідження подібних доказів за їх місцезнаходженням. Згідно з нормами Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України, таким інструментом є судове доручення про вчинення певних процесуальних дій, спрямованих на одержання та фіксацію певних доказів, які один суд дає іншому.

Вагоме значення для оцінювання процесу розвитку цього інституту на українських землях мають питання його історичної ґенези у правовому вимірі. Це спонукає до аналізу пам'яток українського права, писаних нормативно-правових документів, що віддзеркалюють виникнення і становлення цього інституту на українських землях і судочинства загалом.

На ранньому етапі розвитку Київської Русі діяли норми звичаєвого права. З посиленням ролі держави все більшою мірою зростало значення законодавчої діяльності князів, з'явилися письмові правові акти. Одним із них є Руська Правда, що має три редакції: Коротку, Розширену і Скорочену, що були створені у XIII–XVII ст.

У Київській Русі існували державні (князівські), церковні, вотчинні (боярські) та громадські (вервні) суди.

Громадські суди діяли з найдавніших часів спершу як єдині судові органи, згодом поряд із державними (князівськими) судами. Вервні суди були основним видом цих судів [8, с. 35–36]. До компетенції вервного суду належали справи щодо захисту права власності, а також справи про дрібні злочини й проступки селян-смердів. Вервний суд здійснювався вервним старостою та громадянами, обраними територіальною громадою, яких називали «мужі», «добрі люди», «обчі старці» [9, с. 279]. Найвища судова влада належала князю, однак сам він не завжди здійснював правосуддя. Часто він доручав ведення суду спеціально призначеним людям зі свого оточення, так званим тіунам, які судили від його імені. Були також інші урядовці, які виконували допоміжні й виконавчі функції суду. Це знайшло відбиток у статтях Руської Правди (ст. 41 К.П.; ст. ст. 9–10, 20, 74, 86, 107–108 П.П.), де визначаються й уточнюються судові побори на користь численних осіб допоміжного судового персоналу (мечника, дитячого, метельника) [10, с. 40].

Дєтські, отроки, мечники, метельники, ємці й дворяни виконували функцію сприяння судочинству. Вони призначались для виконання певних процесуальних дій: доставляли звинувачених до суду або надавали в цьому допомогу потерпілим, були присутніми під час випробовувань і тортур, забезпечували виконання судових рішень чи виконували різні доручення князя, його представників і суддів [11, с. 74]. Таку практику певною мірою можна розглядати як прообраз судових доручень щодо збирання доказів.

Становлення й розвиток князівської та церковної юстиції викликало до життя нову форму процесу – розшукову (інквізиційну) [12, с. 409 ]. Б.Р. Стецюк зазначає, що саме в цих судах уперше проявилася можливість виявлення й дослідження злочину без наявності позивача.

Судовий процес на українських землях Великого князівства Литовського ґрунтувався на давньоруських традиціях звичаєвого права, був подібним до судового процесу Київської Русі. Період XIV – першої пол. XVI ст. С.Г. Ковальова вважає важливим для становлення українського процесуального права (і національної правової системи загалом) як європейського за змістом і спрямованістю [13].

За часом виникнення на українських землях Великого князівства Литовського існували традиційні суди, які склалися ще в Київській Русі (копні, великого князя, намісників, церковні), і нові (доменіальні, суди магдебургій, третейські, суди для іновірців; після судової реформи 1564–1566 рр. – суди земські, гродські та підкоморські) [13, с. 41].

В українських судах литовської доби суддям асистували численні врядники – особи, які займали певні «вряди» й виконували певні функції в суді. У судових актах до таких осіб зараховано діцьких, вижів, дільчих, єдначів (більшість

їх згадується ще в Руській Правді, отже, має давньоруське походження ), пізніше – возних. До функцій діцьких, зокрема, належало примусово доставити певну сторону до суду або здійснити майнове стягнення за судовим рішенням. С.Г. Ковальова наводить цитату з привілею Київської землі: «Коли бы ся который князь, або пан, або человек наш пожаловал нашому воеводе на князя, або на пана, або на боярина Кіевского: ино ему обослати его листом, абы перед ним къ праву стал; а пак ли бы на лист его не сталъ, ино послати децкого и поставити къ праву» [13, с. 146]. Діцький висилався й у тих випадках, коли пан відмовлявся «уделати справедливость» щодо свого підданого : «Пак ли будетъ некоторый отводити, ино нам дати децького: а не пригодить ся нас в великом князьстве Литовьском, ино воеводам нашим моцно дати децького» (Статут 1529 року, розд. VI, арт. 20).

У тих випадках, коли судова справа вимагала ознайомлення з обставинами скоєння злочину на місці, великий князь або воєвода чи староста могли послати вижа. Обов'язком вижа було оглянути місце злочину, тіло забитого або рани потерпілого, опитати свідків. У подальшому виж повинен був офіційно засвідчити те, що побачив або почув. Свідчення вижа мало офіційний, «урядовий» характер, розглядалось як судовий доказ і було підставою для вимагання правосуддя. Подібні функції виконували й їздці [10, с. 648–649]. Унормування їхньої діяльності закріплене, зокрема, й у Судебнику Казимира Ягеловича 1468 р., який зосереджував норми земельного судочинства (ст. ст. 20–22) [14, с. 47]. Деякі науковці доходять висновку, що їздці мали право виконувати й функції суддів [15, с. 25]. На основі цих матеріалів суддя вирішував правовий конфлікт [16, с. 315].

Як уже зазначалось, підкоморські суди на українських землях Великого князівства Литовського впроваджені внаслідок судової реформи 1566 р. До їхньої компетенції входив розгляд земельних справ шляхти. У підкоморських судах допускалось судове представництво, а особи, уповноважені вести справи, повинні були пред'явити доручний лист від доручителя [13, с. 93]. Посада коморника впроваджувалась Статутом 1566 р. (розд. IV, арт. 70). Коморник призначався підкоморієм і мав право здійснювати судочинство за дорученням останнього у випадку його переобтяженості справами або відсутності.

З 1648 р. на території Лівобережної України була утворена спочатку самостійна, а потім як автономне утворення держава Військо Запорізьке, що проіснувала до другої половини XVIII ст. в складі Російської імперії. Найвідомішою правовою пам'яткою цього періоду був кодекс «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 р, який офіційно не був уведений у дію (хоча деякі науковці говорять про фактичну дію його правових норм ) [10, с. 650].

Варто вказати, що в кодексі «Права, за якими судиться малоросійський народ» у частині щодо земельних спорів згадується такий судовий чиновник. В обов'язки возного входило виїхати на місце спору та здійснити «осмотръ», результати якого він власноручно повинен був записати в «доношенія» (ч. ч. 5–7, ст. 8 гл. 7) [17, с. 93]. Тобто можна стверджувати, що норми цього часу починають чітко закріплювати процесуальну процедуру щодо одного виду речових доказів: речові докази, які неможливо доставити до суду [18, с. 25]. Таким чином, можна стверджувати, що в Правах оговорюється функціонування інституту, який дуже подібний до інституту судового доручення.

У наступний період, коли деякі українські землі входили до Російської імперії, правовідносини регулювались, відповідно, законодавством означеної держави. У 1715 р. Петром I було указ «Стисле зображення процесів і судових тяжб», який закріпив, зокрема, можливість допиту на дому окремих категорій свідків (знатних осіб, шляхецьких дружин або немічних). Разом із тим у самому указі прямо встановлено, що розгляд справ ведеться безпосередньо перед суддями, а можливість допиту на дому становила виняток із загального правила [19, с. 191]. Отже, саме з моменту видання цього нормативного акта можна рахувати відлік існування інституту судових доручень у Російській імперії.

Судові доручення петровської доби не припускали направлення обов'язкової для виконання вимоги одного суду іншому про вчинення окремих процесуальних дій. Вони обмежувались лише направленням вимоги для отримання показань свідків поза будівлею суду одним зі членів суду (асесором). Однак, на думку деяких авторів, саме нормативні встановлення епохи реформ Петра I, що містять відмінності у правовому регулюванні порядку допиту свідків залежно від їхнього соціального становища, і є, по суті, прообразом інституту судових доручень [20].

У подальшому регламентація порядку направлення й виконання судових доручень містилася в Статуті цивільного судочинства 1864 р., який закріплював кілька судових процедур, які тією чи іншою мірою нагадували сучасний інститут судових доручень (ст. ст. 386, 505, 506) [21]. Зокрема, у ст. 386 Статуту передбачалась можливість направлення одного зі членів суду для допиту свідків. Таке було можливим у декількох випадках: коли свідок у поважних причин не міг з'явитися в суд, або коли обставини справи вимагали здійснення допиту на місці, або коли потрібно допитати значну кількість осіб, що живуть в одному місці, поза тим містом, де знаходився суд. Подібний порядок, як уже відомо, містився й у «Стислому зображенні процесів і судових тяжб». Під час складання Статуту цивільного судочинства передбачалося надати суду право доручати допит свідків місцевому мировому судді, але згодом було визнано, що покладання подібних функцій на мирового суддю «до крайності ускладнила б його і відволікло від виконання безпосередніх його обов'язків» [21]. Процедура, що відображена в ст. ст. 505, 506 Статуту цивільного судочинства 1864 р., являла собою нововведення російського законодавця й передбачала можливість провадження у відкритому засіданні суду перевірки доказів в окрузі іншого суду. Така перевірка була можливою в усіх випадках, крім тих, у яких вона могла б бути доручена одному з членів суду. Саме порядок перевірки доказів, передбачений означеною статтею, по праву можна назвати прообразом інституту судових доручень.

Після Жовтневої революції на території України цивільний процес був спрощеним і не передбачав існування інституту судових доручень. Тому норми, які б тією чи іншою мірою внормовували відносини, подібні до відносин, що характеризують інститут судових доручень, були відсутні в ЦПК України 1924 та 1929 рр.

Після прийняття Основ цивільного судочинства СРСР 1961 р. ЦПК УРСР 1963 р. в ст. 33 передбачив правове регулювання інституту судових доручень, додатково закріпивши вимоги до змісту ухвали суду про судове доручення, обов'язковість виконання судового доручення судом, якому доручено його виконання, терміни й порядок виконання судового доручення. Крім того, у ЦПК 1963 р. з'являється розділ VI «Цивільні процесуальні права іноземних громадян і осіб без громадянства. Позови до іноземних держав, судові доручення і рішення іноземних судів» [22].

Варто зазначити, що важливе роз'яснення щодо процесуальних дій зі збирання доказів іншим судом за дорученням суду, який розглядає справу, надавалось у п. 9 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 21.12.1990 № 9 [23], яка втратила сьогодні чинність.

У редакції ЦПК України 2004 р. ст. 132 встановлювала процесуальні правила збирання доказів, якими повинні керуватися суди під час винесення ухвали про судове до-

ручення. У разі порушення цих правил зібрані іншим судом фактичні дані втрачають свою доказову силу. За ст. 132 ЦПК України, суд, який розглядає справу, за потреби збирання доказів за межами його територіальної підсудності доручав відповідному суду провести певні процесуальні дії. У цьому випадку могли виникнути певні незручності.

У п. 16 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства, що регулюють провадження у справі до судового розгляду» від 12.06.2009 № 5 зазначалось, що, за змістом ст. 132 ЦПК 2004 р., судові доручення щодо збирання доказів (допит свідків, проведення огляду на місці речових доказів, роз'яснення експертом його висновку, допит сторін або третьої особи тощо) даються тільки суду, а не іншому органу, якщо відповідні дії не можуть бути проведені судом, який розглядає справу, або для нього це становить труднощі [24]. При цьому в порядку судового доручення не повинні збиратися письмові або речові докази, які можуть бути представлені сторонами чи за їхнім клопотанням витребувані судом, який розглядає справу. Крім того, суд не вправі давати доручення про витребування від позивача даних, які підтверджують обґрунтованість його вимог, а також інших відомостей, які повинні були ним зазначені в позовній заяві згідно зі ст. 119 ЦПК України 2004 р. попередньої редакції.

Питання надіслання й виконання доручення суду іноземної держави в цивільному процесі на національному законодавчому рівні регулюється такими основними нормативно-правовими актами, такими як ЦПК України (розділ X, ст. ст. 415–419); Закон України «Про міжнародне приватне право» (ст. 80); Інструкція «Про порядок виконання міжнародних договорів з питань надання правової допомоги в цивільних справах щодо вручення документів, отримання доказів та визнання і виконання судових рішень» від 27.06.2008 тощо.

На міжнародному рівні означене питання регулюється трьома основними документами (універсальними договорами): Гаазька конвенція з питань цивільного процесу 1954 р.; Гаазька конвенція про вручення за кордоном судових і позасудових документів у цивільних або торговельних справах 1965 р.; Гаазька конвенція про отримання за кордоном доказів з цивільних і торговельних справ 1970 р. [25, с. 88–91].

У новій редакції ЦПК України глава 5 «Докази та доказування» § 1 «Основні положення про докази» містить дві статті, які стосуються судового доручення щодо збирання доказів (ст. 87 «Судові доручення щодо збирання доказів» і ст. 88 «Виконання судових доручень щодо збирання доказів»). Водночас розділ XI «Провадження у справах за участю іноземних осіб» містить ст. ст. 498–502, які стосуються функціонування інституту судового доручення при зносинах з іноземними судами.

**Висновки.** Отже, історична ґенеза інституту судових доручень на українських землях характеризується складним і довготривалим процесом становлення, який увібрав у себе особливості розвитку судової системи на українських землях загалом і потребує детального комплексного вивчення.

**Список використаної літератури:**

1. Бобрик В.І. Міжнародна уніфікація і гармонізація процесуального права як напрям оптимізації цивільного і господарського судочинства в Україні. Часопис Київського університету права. 2014. № 3. С. 133–140. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chkup_2014_3_32.

2. Петрова М.М. Тенденции развития правового регулирования в сфере оказания международной правовой помощи по сбору и получению доказательств, находящихся на территории иностранных государств, по гражданским делам. Юриспруденция. 2011. № 3. С. 136–142.

3. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/984_011.

4. Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки: Указ Президента України від 20.05.2015 № 276/2015. Офіційний вісник України. 2015. № 41. Ст. 38.

5. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. Ст. 545.

6. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 03.10.2017 № 2147-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2017. № 48. Ст. 436.

7. Ківалов С. В. Передмова. Актуальні питання цивільного судочинства у світлі судової реформи в Україні: монографія / С.В. Ківалов, Н.Ю. Голубєва, І.В. Андронов та ін.; за заг. ред. Н.Ю. Голубєвої; НУ ОЮА. Одеса: Юридична література, 2017. С. 3–4. URL: http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/7975/Glovyuk%20Act%20probl%20udosk%20krym%20proc2017.pdf?sequence=1.

8. Терлюк І.Я. Історія держави і права України. (Доновітній час): навчальний посібник. Київ: Атіка, 2006. 400 с.

9. Русакова І.Г. Історія становлення судової влади в Київській Русі. Молодий вчений. 2014. № 12 (1). С. 278–281. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/molv_2014_12(1).

10. Історія держави і права України: підручник: у 2 т. / за ред. В.Я. Тація, А.Й. Рогожина, В.Д. Гончаренка. Київ: «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. Т. 1. 656 с.

11. Ланге Н. Исследование об уголовном праве Русской Правды. Санкт-Петербург: Типография II-го Отделения Собственной Е. И. В. Канцелярии, 1860. 290 с.

12. Стецюк Б.Р. Функціонування судового процесу в Київській Русі. Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія «Юридичні науки». 2015. № 824. С. 405–411. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnulpurn_2015_824_67.

13. Ковальова С.Г. Судоустрій і судочинство на українських землях Великого князівства Литовського: монографія / Міністерство освіти і науки України; Миколаївський державний гуманітарний університет імені Петра Могили комплексу «Києво-Могилянська академія». Миколаїв: Вид-во МДГУ ім. Петра Могили, 2008. 199 с.

14. Ковальова С.Г. Судебник Великого князя Казимира Ягайловича 1468 року: монографія. Миколаїв: Вид-во ЧДУ ім. Петра Могили, 2009. 112 с.

15. Маховенко Е. Выездные суды по земельным делам в Великом княжестве Литовском в XV – первой половине XVI века. Экологическое право. 2005. № 3. С. 24–30.

16. Луцович В.Т. Еволюція інституту письмових доказів на українських землях у польсько-литовський період (сер. XIV – сер. XVII ст.). Форум права. 2013. № 2. С. 314–318.

17. Права, за якими судиться малоросійський народ. 1743 / К.А. Віслобоков (упоряд.); Ю.С. Шемшученко (відпов. ред. та автор передм.). Київ: [б.в.], 1997. 547 с.

18. Зеленяк А.С. Використання речових доказів під час розгляду та вирішення цивільних справ: автореф. дис ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. Київ, 2015. 238 с.

19. Тимченко Г.П. Безпосередність судового розгляду як принцип судочинства України: історико-правове дослідження. Часопис Київського університету права. 2010. № 2. С. 190–193.

20. История государства и права России в документах и материалах. С древнейших времен по 1930 г. Минск, 2000. С. 108.

21. Уставъ гражданскаго судопроизводства 20 ноября 1864 года. Судебные уставы. Съ изложеніемъ разсужденій, на коихъ они основаны. Часть первая. Санктпетербургъ: Въ Типографіи Втораго Отдѣленія Собственной Е. И. В. Канцеляріи, 1866. URL: http://civil.consultant.ru/reprint/books/115/.

22. Комаров В.В. Цивільне процесуальне законодавство у динаміці розвитку та практиці Верховного Суду України. Харків: Право, 2012. 624 с. URL: http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/MONOGRAFII_2012/Komarov_Dinamici_2012.pdfc23.

23. Про практику застосування судами процесуального законодавства при розгляді цивільних справ по першій інстанції: Постанови Пленуму Верховного Суду України від 21.12.1990 № 9. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-90.

24. Про застосування норм цивільного процесуального законодавства, що регулюють провадження у справі до судового розгляду: Постанови Пленуму Верховного Суду України від 12.06.2009 № 5. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-09.

25. Рибак О.С. Правова природа судового доручення у цивільному процесі. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». 2013. № 6-1. Том 2. С. 88–91.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

**Мамчур Лідія Олександрівна** – аспірант кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія»

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Mamchur Lidiia Oleksandrivna** – Postgraduate Student at the Department of Civil Process of National University “Odessa Law Academy”

*Mamchur1993@gmail.com*

УДК 347.6

# ОСОБЛИВОСТІ ВІДЧУЖЕННЯ НЕРУХОМОГО МАЙНА ЗА СПАДКОВИМИ ДОГОВОРАМИ

**Ірина ПАНЧЕНКО,**
аспірант кафедри нотаріального та виконавчого процесу та адвокатури
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

**АНОТАЦІЯ**

У статті проаналізовано порядок відчуження нерухомого майна під час укладення спадкового договору, а також особливості спадкового договору, предметом якого є нерухоме майно, та практичні проблеми, які можуть виникати під час укладання й виконання таких договорів. Також визначено сутність спадкового договору і його відмінності від інших договорів, що можуть стосуватись відчуження майна, зокрема договору довічного утримання. Досліджено низку справ судової та нотаріальної практики й виокремлено основні помилки під час укладання та виконання спадкових договорів, предметом яких є нерухоме майно.

**Ключові слова:** відчуження нерухомого майна, спадковий договір, спадкування, нотаріальне посвідчення, державна реєстрація.

## DISTINCTIONS OF ALIENATION OF REAL PROPERTY BY HEREDITARY CONTRACTS

**Iryna PANCHENKO,**
Postgraduate Student at the Department of Notary and Executive Process and Advocacy
of Taras Shevchenko National University of Kyiv

**SUMMARY**

In article analyzed procedure of alienation of real property by hereditary contracts and special aspects of real property as object in hereditary contracts, and also practical problems in enforcement and closing such kind of contracts. Also, in article are defined core of hereditary contracts and its difference with other contracts, regarding alienation of real property, particularly with life care contracts. Author researched number cases in case law and notary and identified main mistakes in closing and execution of hereditary contracts regarding real property.

**Key words:** alienation of real property, hereditary contracts, succession, notary certification, official registration.

**REZUMAT**

Articolul analizează procedura de înstrăinare a bunurilor imobile la încheierea contractului de moștenire, precum și caracteristici ale contractului ereditar al cărui subiect este imobiliar, iar problemele practice care pot apărea în negocierea și executarea acestor contracte. De asemenea, a fost determinată esența contractului ereditar și diferențele sale cu alte tratate care se referă la înstrăinarea proprietății, în special contractul de întreținere pe întreaga durată de viață. Autorul a investigat o serie de cazuri de practici judiciare și notariale și a subliniat principalele greșeli în încheierea și executarea contractelor ereditare, al căror obiect este proprietatea imobiliară.

**Cuvinte cheie:** înstrăinarea proprietății imobiliare, acordul ereditar, moștenirea, notarea, înregistrarea de stat.

**Постановка проблеми.** Найчастіше права на нерухоме майно є основним об'єктом спадщини, що є підставою для детального аналізу такого різновиду відчуження права власності. Проаналізувавши нотаріальну практику саме щодо нерухомого майна, можемо констатувати, що нотаріуси часто відмовляють у вчиненні нотаріальних дій щодо видачі свідоцтва про право на спадщину, що в основному пов'язано з особливостями правового регулювання нерухомого майна та порядку оформлення на нього права власності. Зазвичай відсутність належного оформлення, реєстрації й отримання свідоцтва, що підтверджує права на нерухоме майно, є першочерговою підставою для ускладнення спадкового процесу, а іноді майже унеможливлює спадкування цього об'єкта спадщини. Через наявність практичних проблем під час відчуження об'єктів нерухомого майна за спадковими договорами існує необхідність визначення варіантів вирішення таких проблем і розроблення механізму вдосконалення процедури відчуження об'єктів нерухомого майна за спадковими договорами.

**Актуальність теми дослідження** підтверджується відсутністю комплексних наукових досліджень щодо відчуження нерухомого майна за спадковими договорами, а також неоднозначністю наявної судової та нотаріальної практики.

**Стан дослідження.** Актуальні проблеми відчуження об'єктів спадщини за спадковими договорами досліджувалось такими науковцями, як А.О. Гелич, С.Я. Рабовська, Є.І. Рябоконь, Н.Б. Солтис, С.Я. Фурса, Є.І. Фурса та інші, проте питання щодо особливостей відчуження такого різновиду об'єкта, як права на нерухоме майно, розглядалось доволі поверхово.

**Метою й завданням статті** є визначення особливостей відчуження нерухомого майна за спадковими договорами, порядку оформлення таких прав і дослідження проблем, які можуть виникати під час оформлення та реалізації такого права.

**Виклад основного матеріалу.** Відповідно до ст. 1302 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), за спадковим договором одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача [1]. Спадковий договір не є договором про спад-

кування, а норми, що регулюють цей договір, утворюють інститут зобов'язального, а не спадкового права. За своєю типовою належністю спадковий договір є різновидом договорів про передачу майна у власність і моделюється переважно на принципах договору довічного утримання (догляду). Доречно звернути увагу на відмінність між договором довічного утримання і спадковим договором, оскільки ці два види договорів схожі між собою. Основна відмінність – це момент переходу права власності. Під час підписання договору довічного утримання право власності на майно переходить до набувача в момент підписання договору, але на це майно накладається заборона до смерті відчужувача. У спадковому ж договорі – тільки після смерті відчужувача, що є досить важливим психологічним фактором для власника майна [13, с. 140].

Сутність спадкового договору полягає в тому, що за таким договором відбувається розпорядження належним відчужувачеві майном ще за життя, але з набуттям набувачем права власності на майно після смерті відчужувача [13, с. 140]. Саме ця умова й відрізняє спадковий договір від будь-якого іншого договору відчуження. Зокрема, в Узагальненні нотаріальної практики щодо посвідчення спадкових договорів наголошується, що більшість нотаріусів Харківської області неправильно визначають у проектах спадкових договорів їх предмет, зазначаючи, що відчужувач передає у власність визначене майно набувачеві [8].

З положень глави 90 ЦК України [1] убачається, що набувач здійснює покладені на нього договором обов'язки за свій рахунок і не має права на відшкодування витрат і сплату винагороди за рахунок майна, призначеного йому відчужувачем.

Спадковий договір укладається в письмовій формі й підлягає нотаріальному посвідченню, а також державній реєстрації у Спадковому реєстрі в порядку, затвердженому Кабінетом Міністрів України [15]. Законодавча вимога щодо нотаріального посвідчення спадкового договору є цілком закономірною й такою, що повинна висуватися до спадкового договору, оскільки на підставі цього договору здійснюється набуття майна у власність, і, як свідчить практика, здебільшого це нерухоме майно. А договори про передачу нерухомого майна у власність згідно з вимогами цивільного законодавства підлягають нотаріальному посвідченню (наприклад, ст. ст. 657, 719, 732, 745 ЦК України). Водночас майно, визначене в спадковому договорі, набувається у власність набувача після смерті відчужувача, а тому лише нотаріальне посвідчення договору може забезпечити реальний перехід майна від відчужувача до набувача: за життя відчужувача на майно нотаріусом накладається заборона відчуження, а після його смерті на примірнику правовстановлювального документа робиться відмітка про перехід права власності до набувача у зв'язку зі смертю відчужувача [7].

Цивільне законодавство залишило нерегламентованим питання моменту набуття права власності на майно за спадковим договором, адже в гл. 90 ЦК України відсутня спеціальна норма із цього приводу, так само як і відсутня вона в ст. 334 ЦК України, яка визначає момент набуття права власності за договором [1]. Відповідно до ч. 1 ст. 334 ЦК України, право власності в набувача майна за договором виникає з моменту передання майна, якщо інше не встановлено договором або законом. Якщо договір підлягає нотаріальному посвідченню, то право власності за таким договором виникає лише з моменту такого посвідчення або з моменту набрання законної сили рішенням суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально, дійсним (ч. 3 ст. 334 ЦК України) [1]. Згідно зі статтею 1304 ЦК України, спадковий договір хоча й підлягає нотаріальному посвідченню, однак не передбачає передання майна набувачеві за життя відчужувача [1]. Тому керуватися при цьому нормою ч. 3 ст. 334 ЦК України, яка є загальною, видається неможливим. Право власності на майно відчужувача за спадковим договором не може виникнути в набувача раніше за момент смерті відчужувача, що випливає з положень ст. 1302 ЦК України [1]. При цьому якщо спадковий договір передбачає вчинення набувачем певних дій після смерті відчужувача, то сторонам доцільно передбачити, що право власності на майно, визначене спадковим договором, набувач набуде після вчинення цих дій. На наш погляд, передбачення сторонами в спадковому договорі зазначеної умови стимулюватиме набувача не лише до належного виконання своїх обов'язків, а й до їх виконання взагалі, оскільки здійснення контролю за виконанням набувачем своїх обов'язків після смерті відчужувача пов'язане з певними труднощами в силу відсутності механізмів впливу на поведінку набувача. Нотаріальне ж посвідчення спадкового договору в цьому випадку є вимогою, з дотриманням якої пов'язується момент укладення спадкового договору, а не момент виникнення в набувача права власності на майно відчужувача. Тому необхідно наголосити на тому, що право власності на майно, визначене спадковим договором, виникає в набувача після смерті відчужувача. А якщо предметом спадкового договору є нерухоме майно, речові права на яке підлягають державній реєстрації, право власності в набувача виникає з моменту такої реєстрації права власності після смерті відчужувача. Про неоднозначне тлумачення моменту виникнення права власності на майно, визначене спадковим договором, свідчить і практика. У рішенні Лубенського міськрайонного суду Полтавської області у справі № 2-329/2007 від 20.02.2007 зазначається, що між С. та Л. було укладено спадковий договір, за яким С. як відчужувач передає у власність Л. домоволодіння, а Л. зобов'язується щоденно забезпечувати відчужувача за свій рахунок продуктами харчування згідно з нормами, встановленими державою для людей похилого віку, і виконувати ремонт житлового будинку й господарських будівель. Унаслідок невиконання набувачем умов договору С. звернулася до суду з позовною заявою, в якій просила розірвати спадковий договір і повернути їй домоволодіння. Під час вирішення цієї справи суд, очевидно, виходячи з того, що обов'язки набувача за спадковим договором здебільшого зводилися до надання утримання відчужувачеві, застосував положення про довічне утримання, зокрема ст. ст. 744, 755 ЦК України [1], однак ухвалив рішення про розірвання спадкового договору, норми про який взагалі не застосовувалися під час ухвалення рішення [10]. У контексті моменту набуття права власності за спадковим договором цікавим у наведеній справі є те, що, уклавши спадковий договір, відчужувач утратив право власності на майно, визначене спадковим договором, тоді як право власності на майно, що є предметом спадкового договору, зберігається за відчужувачем аж до моменту його смерті, а не виникає в набувача, як у наведеному випадку, з моменту нотаріального посвідчення договору [16, с. 117].

Варто зауважити, що в разі недодержання сторонами зазначених вимог спадковий договір визнається нікчемним.

Спадковий договір забезпечується спеціальними способами, перелік яких прописаний у ст. 1307 ЦК України [1]:

1) на майно, визначене в спадковому договорі, нотаріус, який посвідчив цей договір, накладає заборону відчуження та вносить відомості про нього до Єдиного державного реєстру заборон відчуження об'єктів нерухомого майна. Зняття заборони відбувається після смерті відчужувача на підставі свідоцтва про смерть.

Зазначена умова має практичні особливості. Так, незважаючи на те що момент виникнення права власності в спадко-

вому договорі пов'язаний із фактом смерті відчужувача, нотаріус не повинен автоматично знімати заборону відчуження щодо майна, визначеного в спадковому договорі, на підставі свідоцтва органу цивільного стану про смерть, як це визначено в пп. 8.8 п. 8 глави 2 розділу II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [5]. Учиняючи таку нотаріальну дію, як зняття заборони відчуження, нотаріус має врахувати зміст розпоряджень, покладених на набувача [13, с. 146].

Так, до приватного нотаріуса, який посвідчив спадковий договір, було висунуто позов про визнання його дій неправомірними та скасування державної реєстрації нерухомого майна. Позивач як єдиний спадкоємець після смерті своєї матері звернувся до нотаріуса для отримання свідоцтва про право на спадщину у вигляді квартири, однак йому було відмовлено через накладення заборони на вказаний об'єкт нерухомості на підставі спадкового договору від 16.08.2005. Набувачем за вказаним договором не виконано в повному обсязі покладені на нього обов'язки. Посилаючись на викладене й на те, що відповідач під час учинення реєстрації права власності на спірну квартиру не здійснив контроль за виконанням спадкового договору, позивач просив визнати дії нотаріуса неправомірними й скасувати державну реєстрацію нерухомого майна, що було предметом спадкового договору. Заперечуючи проти позову, приватний нотаріус посилався на те, що не зобов'язаний здійснювати перевірку виконання умов спадкового договору, оскільки спадкова справа була заведена державним нотаріусом Димитровської державної нотаріальної контори, а до нього звернувся набувач, який надав свідоцтво про смерть відчужувача, спадковий договір і документи на спірну квартиру. Рішенням Димитровського міського суду Донецької області від 05.08.2014, залишеним без змін ухвалою апеляційного суду Запорізької області від 30.10.2014, позов задоволено. Визнано неправомірними дії приватного нотаріуса стосовно реєстрації права власності на нерухоме майно. Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ зазначені судові рішення скасував, а справу передав на новий розгляд до суду першої інстанції. Суд касаційної інстанції обґрунтовано зазначив, що оспорюване рішення належним чином не вмотивовано й не обґрунтовано висновок суду про неправомірність дій приватного нотаріуса з урахуванням умов спадкового договору й вимог Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України. При цьому скасувавши реєстрацію права власності набувача на спірну квартиру, суди залишили поза увагою те, що спадковий договір є дійсним [9].

Водночас наведена позиція є спірною. По-перше, ст. 1302 ЦК України закріплює правило щодо переходу права власності в разі смерті відчужувача імперативно, тому видається, що змінити таке положення змістом договору неможливо. По-друге, перенесення моменту виникнення права власності в набувача на невизначений час потягне незавершеність договірного правовідношення та його певну дестабілізацію, буде перешкоджати нормальному обороту прав і речей, адже майно, що є предметом спадкового договору, протягом невизначеного часу залишатиметься в «підвішеному» стані без можливості його охорони та управління. Це зумовлено тим, що власника майна вже немає в живих, а в набувача право власності ще не виникло. І якщо в спадкових відносинах збереження спадкового майна забезпечується за допомогою таких інструментів, як договір управління або охорони спадковим майном, то під час виконання спадкового договору є всі підстави припустити загибель, утрату або розкрадання майна, якщо набувач повинен виконувати розпорядження відчужувача тривалий час після відкриття спадщини [13, с. 147];

2) заповіт, який відчужувач склав щодо майна, вказаного в спадковому договорі, є нікчемним незалежно від часу його складання. Правило про нікчемність заповіту, складеного щодо майна, вказаного в спадковому договорі, зумовлено пріоритетністю спадкового договору стосовно заповіту незалежно від часу складення заповіту й укладення цього договору;

3) відчужувач має право призначити особу, яка буде здійснювати контроль за виконанням спадкового договору після його смерті [13, с. 143].

Варто зауважити, що наведені способи забезпечують виконання спадкового договору не лише з боку боржника (набувача), а й кредитора (відчужувача), що можна пояснити конструкцією досліджуваного договору. Ідеться про накладення заборони відчуження майна, що є предметом спадкового договору, а також нікчемність заповіту, який відчужувач склав щодо майна, вказаного в спадковому договорі [8]. Ці правові механізми встановлені з метою запобігання розпорядженню відчужувачем таким майном за свого життя. Правило про нікчемність заповіту, складеного щодо майна, вказаного в спадковому договорі, зумовлено пріоритетністю спадкового договору стосовно заповіту незалежно від часу складення заповіту й укладення цього договору.

Поряд із правовою природою спадкового договору необхідно розкрити також й особливість об'єктів, що будуть відчужуватись за таким договором. Так, згідно зі ст. 181 ЦК України, нерухоме майно – це земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення [1]. Чіткого законодавчого розподілу об'єктів нерухомості не існує, проте якщо виходити з конструкції ст. 181 ЦК України можна виокремити два основні різновиди нерухомого майна: земельні ділянки та об'єкти, які розташовані на земельній ділянці. Земельна ділянка може бути різного призначення, площі тощо, однак ці особливості стосуються більшою мірою положень земельного права, які регулюються Земельним кодексом України. У свою чергу, об'єктами, які розташовані на земельній ділянці, можуть бути будівлі, споруди, приміщення, одно- та багатоквартирні житлові будинки тощо [11, с. 166].

У порядку спадкування до спадкоємців можуть перейти такі права на нерухоме майно спадкодавця, як право власності на нерухоме майно, право користування нерухомим майном, право оренди (найму), право викупу за договором оренди житла з викупом, інші житлові права, а також інші речові права, як-от: емфітевзис, суперфіцій тощо. Варто зазначити, що сервітут щодо нерухомого майна не може виступати як об'єкт спадщини, оскільки, наприклад, особистий сервітут належить конкретно визначеній особі й установлений для задоволення її потреб та у зв'язку з її смертю буде припинений. Що стосується земельного сервітуту, то його спадкування як самостійного права також неможливе, зокрема, у зв'язку з невідчужуваним характером такого сервітуту в силу ч. 4 ст. 403 ЦК України [1]. Однак під час переходу права власності на майно, щодо якого сервітут був установлений, він буде зберігати свою чинність і для спадкоємців. Так, наприклад, якщо сервітут був установлений за письмовим нотаріально посвідченим договором між співвласниками майна, то він буде обов'язковий і для спадкоємців власника, який підписав таку угоду. Про наявність сервітуту як виду обтяження може бути вказано у свідоцтві про право на спадщину, як на земельну ділянку, так і на інше нерухоме майно [12, с. 4].

Окремо необхідно висвітлити спадкування такого права щодо нерухомого майна, як право користування земельною ділянкою. Особливість спадкування такого виду об'єкта спадщини викликана формуванням земельної ділянки як об'єкта цивільних прав і визначення порядку її оборотоспроможності. Так, ст. 79-1 Закону України «Про

державний земельний кадастр» від 7 липня 2011 року [2] визначено критерії, які є обов'язковими для визнання земельної ділянки не тільки об'єктом права власності, а й інших прав. За правилами цієї статті, земельна ділянка може бути об'єктом цивільних прав виключно з моменту її формування (крім випадків суборенди, сервітуту щодо частин земельної ділянки), що пов'язано з присвоєнням їй кадастрового номера та державної реєстрації права на неї. Без дотримання цих умов земельна ділянка не є сформованою й не може бути об'єктом цивільних прав, а отже, не може переходити у спадщину. Проте до 2004 року ця норма була відсутня в земельному законодавстві й земельні ділянки, які набувались у власність або на інших правах громадянами України, не отримували кадастрового номера, більшість із них не були в подальшому зареєстровані. У зв'язку з цими обставинами у вищезазначеному Законі існує норма, відповідно до якої такі земельні ділянки, право власності або користування на які виникло до 2004 року, вважаються сформованими незалежно від присвоєння їм кадастрового номера. Справедливим є питання: чи видасть нотаріус на такий об'єкт свідоцтво про право на спадщину? У Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України без будь-яких винятків зазначено, що видача свідоцтва про право на спадщину, на право користування земельною ділянкою проводиться виключно на підставі документів, оформлених відповідно до ст. 19 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» [3] і витягу з Державного земельного кадастру [5]. Аналізуючи нотаріальну практику, можемо констатувати, що відмова в учиненні такої нотаріальної дії є розповсюдженою. Отже, хоч законодавством визнається таке право, але за відсутності необхідної документації в нотаріальному порядку таку власність у порядку спадкування спадкоємцям не зареєструють. Із цього приводу Міністерством юстиції України надано роз'яснення в Листі від 25 березня 2010 року № 31-32/69, що хоча ст. 377 ЦК України передбачено, що розмір і кадастровий номер земельної ділянки, право на яку переходить у зв'язку з переходом права власності на житловий будинок, будівлю або споруду, є істотними умовами договору, який передбачає набуття права власності на ці об'єкти, відсутність кадастрового номера земельної ділянки не може бути підставою відмови у видачі нотаріусами свідоцтв про право на спадщину на вищезазначені об'єкти нерухомого майна та у посвідченні заповітів [6]. Але, незважаючи на це роз'яснення, нотаріуси все ж таки відмовляють у реєстрації такого об'єкта спадщини та спадкоємці знову-таки змушені звертатися до суду для отримання в порядку спадкування такого об'єкта спадщини [12, с. 6]. На думку Л.В. Лещенко, така відмова нотаріуса є безпідставною, оскільки кадастровий номер має здебільшого облікове, а не правовстановлююче значення щодо земельної ділянки, кадастровий номер на таку ділянку, на якій розташовано житловий будинок, право власності на який зареєстровано, кадастровий номер на таку земельну ділянку присвоюється за заявою власників такого будинку на підставі технічної документації із землеустрою з визначенням меж ділянки [14, с. 194]. Також, на нашу думку, варто внести зміни до законодавства щодо виключення обов'язку для реєстрації спадкових прав на такі об'єкти, що у зв'язку з реальними життєвими обставинами не були зареєстровані в установленому порядку власниками, що дасть можливість спадкоємцям реалізувати свої спадкові права в позасудовому порядку в разі доведення ними своїх прав на цей об'єкт.

Окремо необхідно розглянути особливості спадкування нерухомого майна, на яке накладено заборону відчуження. Так, за життя в спадкодавця можуть виникнути боргові зобов'язання, в рахунок яких він міг заставити (передати в іпотеку тощо) належне йому на праві власності нерухоме майно. Ця застава не втрачає своєї сили у зв'язку зі смертю заставодавця, а зберігає свою чинність під час переходу вже в складі спадкового майна до спадкоємців. Крім того, у зв'язку з відкриттям спадщини в кредиторів виникає право достроково вимагати виконання боргових зобов'язань від спадкоємців, якщо строк виконання зобов'язань за договором ще не настав. При цьому спадкоємці, котрі успадкували боргові зобов'язання, мають право домовитись із кредитором про виконання боргових зобов'язань у натурі та зняти в подальшому заборону на відчуження з успадкованого нерухомого майна. У загальному порядку під час спадкування нерухомого майна, обтяженого забороною на відчуження, кредитор має право звернути стягнення на таке майно в рахунок погашення заборгованості спадкодавця. За чинною юридичною практикою, негативним аспектом, пов'язаним зі спадкуванням заставного нерухомого майна, є невідповідність вартості заставленого майна за договором порівняно з реальною (ринковою) його вартістю [12, с. 8].

**Висновки.** Отже, особливості спадкування прав щодо нерухомого майна пов'язані з видом прав, що успадковуються, і в кожному окремому випадку можуть мати свої особливості. Неоднозначність судової та нотаріальної практики зайвий раз свідчить про неоднакове застосування норм права в ідентичних відносинах. Отже, першочерговим завданням законодавців є створення такого правового механізму реалізації права на спадкування, який ефективно забезпечить можливість кожному спадкоємцю успадкувати будь-яке нерухоме майно з найменшими юридичними складностями для нього.

**Список використаної літератури:**

1. Цивільний кодекс України. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40–44. Ст. 356.

2. Про Державний земельний кадастр: Закон України. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2012. № 8. Ст. 61.

3. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Закон України від 01.07.2004. URL: zakon.rada.gov.ua/go/1952-15.

4. Про судову практику у справах спадкування: Постанова Верховного Суду України від 30.05.2008 № 7. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-08.

5. Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України: Наказ Міністерства юстиції України від 22.02.2012 № 296/5. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12.

6. Лист Міністерства юстиції України від 25.03.2010 № 31-32/69. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0031323-10.

7. Роз'яснення Міністерства юстиції України від 12.02.2013. Спадковий договір. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/n0001323-13.

8. Узагальнення нотаріальної практики щодо посвідчення спадкових договорів. URL: http://yurradnik.com.ua/anal_and_comm/узагальнення-нотаріальної-практики-2.

9. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 01.04.2015 у справі № 6-45676св14. URL: http://reyestr.court.gov. ua/Review/43867650.

10. Рішення Лубенського міськрайонного суду Полтавської області від 20.02.2007 у справі № 2-329/2007. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/850099.

11. Грущинська Н.І. Правовий режим нерухомого майна як об'єкта цивільних прав. Науковий вісник Херсонського державного університету. 2014. Випуск 5. Том 1. С. 164–167.

12. Кондратова А. Особливості спадкування прав на нерухоме майно. Підприємництво, господарство і право. 2016. № 10. С. 4–8.

13. Кухарєв О. Виконання спадкового договору: нотаріальна та судова практика. Мала енциклопедія нотаріуса. 2016. № 5 (89). С. 140–149.

14. Лещенко Л.В. Права на земельну ділянку у складі спадщини: деякі проблемні питання. Часопис Київського університету права. 2013. № 3. С. 192–195.

15. Аналіз ухвали Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 23.02.2017 у справі №638/2581/16-ц. URL: http://protokol.com.ua/ua/vssu_spadkoviy_dogovir_rozirvano_oskilki_yogo_umovami_ne_peredbacheno_moglivist_nevikonannya_nabuvachem_umov_tsogo_dogovoru_za_pevnih_obstavin_navit_povagnih_(sprava_638_2581_16_ts_uhvala_vid_23_02_17).

16. Шама Н.П. Проблеми правового регулювання спадкового договору. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2014. № 2. С. 115–122.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

**Панченко Ірина Сергіївна** – аспірант кафедри нотаріального та виконавчого процесу та адвокатури Київського національного університету імені Тараса Шевченка

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Panchenko Iryna Serhiivna** – Postgraduate Student at the Department of Notary and Executive Process and Advocacy of Taras Shevchenko National University of Kyiv

*ira.pan4enko@gmail.com*

УДК 347.7

# ЗАБЕЗПЕЧУВАЛЬНА ФУНКЦІЯ СТРАХУВАННЯ ПІД ЧАС СУДОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

**Роман ПІЧКО,**
здобувач Придніпровського наукового центру
Національної академії наук України і Міністерства освіти і науки України

**АНОТАЦІЯ**

У статті досліджено забезпечувальну функцію страхування під час судового захисту права інтелектуальної власності. Розкрито питання впливу страхування на доступ до правосуддя через забезпечення судових витрат, особливо щодо правової допомоги та представництва. Проаналізована можливість інституту страхування забезпечити дотримання заборон третіми особами щодо здійснення права інтелектуальної власності правовласником, а також дотримання такими особами правових норм і обов'язку не порушувати право інтелектуальної власності.

**Ключові слова:** страхування, інтелектуальна власність, представництво, судові витрати.

## MAINTENANCE FUNCTION OF INSURANCE IN THE JUDICIAL PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

**Roman PICHKO,**
Applicant of Pridneprovsky Scientific Center National Academy of Sciences of Ukraine and Ministry of Education and Science of Ukraine

**SUMMARY**

The article studies the security function of insurance during judicial protection of intellectual property rights. The issues of influence of insurance on the access to justice through security of legal costs in particularly for judicial assistance and representing in courts are explored in the article. The possibility of Insurance Institute to ensure the prohibition by third parties in respect of intellectual property rights (IPRs) and also observance by such parties of legal provisions and commitment not to violate IPRs was analyzed.

**Key words:** insurance, intellectual property, judicial representation, legal costs.

**REZUMAT**

Articolul se referă la funcția de securitate a asigurării în cazul protecției judiciare a drepturilor de proprietate intelectuală. Problemele legate de impactul asigurării asupra accesului la justiție sunt dezvăluite prin furnizarea de costuri de judecată, în special asistență juridică și reprezentare. Posibilitatea institutului de asigurare pentru a asigura respectarea interdicțiilor de către terți cu privire la punerea în aplicare a drepturilor de proprietate intelectuală ale proprietarului, precum și respectarea de către aceste persoane de norme și obligații legale să nu încalce drepturile de proprietate intelectuală.

**Cuvinte cheie:** asigurare, proprietate intelectuală, reprezentare, costuri juridice.

**Актуальність теми дослідження.** Страхування як економіко-правовий інститут, маючи зобов'язальну природу правовідносин між його сторонами, відіграє передусім важливу соціальну роль. Страхуванням розподіляються ризики та нівелюються негативні наслідки матеріалізації ризику, що дозволяє страхувальникам впевнено дивитися в майбутнє. Функціональна природа страхування полягає в захисті майнового стану страхувальника шляхом здійснення страховиком обумовлених договором страхування виплат. Однак захисна функція страхування, будучи системною, має і забезпечувальний ефект для страхувальника, який за певних умов перетворюється на окрему забезпечувальну функцію страхування. Саме ця функція страхування є пріоритетною під час судового захисту прав інтелектуальної власності.

**Стан дослідження.** Ч. 3 ст. 418 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України встановлює, що право інтелектуальної власності є непорушним. Ніхто не може бути позбавлений права інтелектуальної власності чи обмежений у його здійсненні, крім випадків, передбачених законом. Непорушність права означає його недоторканність, недопустимість порушення щодо носія цих прав. Кожен суб'єкт права інтелектуальної власності має бути певен у можливості вільно, на власний розсуд здійснювати свої права, а в разі їх порушення – належним чином захистити [1, с. 15]. Абсолютне право інтелектуальної власності є суб'єктивним правом творця й іншого суб'єкта права інтелектуальної власності, що випливає, серед іншого, і зі ст. 424 ЦК України. Здійснення суб'єктивного права є предметною діяльністю уповноваженого суб'єкта, у результаті якої він на основі наявних у нього юридичних можливостей задовольняє свої матеріальні та духовні потреби. Формою виконання обов'язку пасивного типу є її дотримання суб'єктом шляхом утримання від заборонених дій. Обов'язок активного типу виконується у формі здійснення зобов'язаним суб'єктом дії відповідно до вимог, які становлять зміст обов'язків. Між здійсненням суб'єктивних цивільних прав і виконанням цивільних обов'язків є нерозривний взаємозв'язок. У здійсненні абсолютного суб'єктивного права домінуюче значення має діяльність уповноваженого суб'єкта – правовласника з реалізації можливостей, що надаються змістом даного права. Водночас дотримання заборон третіми особами є юридичної гарантією здійсненності абсолютного права [2, с. 254]. Отже, виключна природа права інтелектуальної власності породжує цивільний обов'язок третіх осіб не перешкоджати в здійсненні права

інтелектуальної власності та не порушувати право інтелектуальної власності на об'єкти інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності. Однак гарантія здійсненності абсолютного права є лише правовою концепцією, а тому постає питання чи може страхування права інтелектуальної власності стати засобом забезпечення здійснення цього права, а особливо при порушенні права інтелектуальної власності.

В. Райхер зазначав, що є три групи правових інститутів забезпечення – договірні, засновані на законі та страхування, в якому функція забезпечення господарських благ сягає найвищої напруги [3, с. 56]. За словами Є. Суханова, страхування, виконуючи універсальну забезпечувальну функцію у збереженні матеріальних благ і фізичних, а також духовних сил або життя людини, набуває найважливішої соціальної цінності [4, с. 165]. Забезпечувальну рису страхування виділяє й А. Худяков, вказуючи, що реалізація захисної функції страхування виражається в забезпеченні умов існування застрахованої особи на певному рівні [5, с. 27].

Інші вчені, як-от: В. Серебровський, Г. Демідова, Н. Расказова, зазначають, що страхування є самостійним зобов'язанням, що не припускає акцесорного характеру, а тому страхування не може розглядатися як спосіб забезпечення зобов'язань.

**Метою та завданням статті** є дослідження інституту страхування з погляду притаманності йому забезпечувальної функції та її значення в захисті прав, а саме, під час судового захисту прав інтелектуальної власності та можливості забезпечення реалізації права на захист.

**Викладення основного матеріалу.** Ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод проголошує, що кожен, чиї права та свободи, визнані в цій Конвенції, було порушено, має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження [6].

Під час тлумачення ст. 13 Конвенції в справі «Сільвер та інші проти Сполученого Королівства» (1983 р.) Суд навів таке роз'яснення: «Коли особа, наводячи аргументи, звертається із заявою про порушення гарантованих Конвенцією прав і свобод, вона повинна мати засоби правового захисту у відповідному національному органі як для того, щоб її питання було вирішене, так і з метою одержання, у разі необхідності, компенсації» [7, с. 205].

В аналізі практики застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України від 1 квітня 2014 р. Верховний суд України зазначав, що засіб захисту, що вимагається ст. 13 Конвенції, має бути «ефективним» як у законі, так і на практиці, зокрема, у тому сенсі, щоб його використання не було ускладнене діями або недоглядом органів влади відповідної держави (п. 75 рішення Європейського суду із прав людини в справі «Афанасьєв проти України» від 5 квітня 2005 р. (заява № 38722/02)).

Інакше кажучи, у кінцевому підсумку ефективний засіб повинен забезпечити поновлення порушеного права, а за неможливості такого поновлення – гарантувати особі можливість отримання нею відповідного відшкодування [8].

Враховуючи зміст ст. ст. 6 і 13 Конвенції, вважаємо, що базовим чинником у встановленні та розвитку правової держави є ступінь доступності суспільства, всіх категорій його членів до правової допомоги та можливість кожної особи, чиї права не визнаються, оспорюються чи порушуються, звернутися до незалежного та неупередженого суду.

Ч. 1 ст. 158 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їх державами-членами, з іншої сторони, встановлює, що сторони забезпечують належне й ефективне виконання зобов'язань за міжнародними договорами у сфері інтелектуальної власності, учасниками яких вони є, зокрема й за Угодою про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності, що міститься в Додатку 1С до Угоди СОТ (далі – Угода ТРІПС).

Ст. 42 Угоди ТРІПС встановлює, що члени повинні зробити доступними для власників прав цивільно-судові процедури захисту будь-якого права інтелектуальної власності, що охоплюються цією Угодою. Сторонам повинно бути дозволено бути представленими незалежними адвокатами, а процедури не повинні накладати надмірно обтяжливих вимог щодо обов'язкової особистої присутності. Всі сторони таких процедур мають належним чином отримати право для підтвердження своїх претензій і для представлення всіх відповідних доказів [9].

Указом Президента України № 299/2017 від 29 вересня 2017 р. в Україні створено Вищий суд із питань інтелектуальної власності, з місцезнаходженням у місті Києві, до юрисдикції якого належать справи щодо прав інтелектуальної власності.

Безсумнівним є те, що судова процедура захисту прав вимагає від сторін (позивача та відповідача) значних грошових витрат на правничу допомогу, на забезпечення процесу доказування власної позиції та судовий збір. Наприклад, французький філософ XVIII ст. Люк де Клап'є Вовенарг, порівнюючи війну та судовий процес, зазначав, що війни подібні судовому позову, де судові витрати перевищують спірну суму [10, с. 125].

Судові витрати становлять значні суми, оскільки вони передбачають витрати, які несуть судові органи у зв'язку зі збором і дослідженням доказів, а також виплати експертам і спеціалістам у зв'язку з їхніми витратами зі збору інформації та дослідженням матеріалів. Крім того, у судові витрати включаються суми, сплачені за зберігання, пересилання і дослідження речових доказів, а також витрати юристів і мита. Опитування, яке було проведено Американською асоціацією адвокатів із захисту інтелектуальної власності, показує, що сума судових витрат у разі порушення патентних прав страхувальника в середньому перевищує один мільйон доларів Сполучених Штатів Америки (далі – США), а витрати на ведення судового процесу щодо авторських прав перевищують 200 тис. дол США [11].

15 грудня 2017 р. набув чинності Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», яким змінено і дещо уніфіковано процесуальне законодавство України.

Так, гл. 8 р. I Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України), гл. 8 р. I Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України) і гл. 8 р. I Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України) врегульовують питання судових витрат. Глави зазначених процесуальних кодексів містять тотожні правові норми і, зокрема, судові витрати визначають як такі, що складаються із судового збору та витрат, пов'язаних із розглядом справи.

Згідно із ч. 1 ст. 1 Закону України «Про судовий збір», судовим збором є збір, що справляється на всій території України за подання заяв, скарг до суду, за видачу судами документів, а також у разі ухвалення окремих судових рішень, передбачених цим Законом [12].

У ч. 3 ст. 123 ГПК України, ч. 3 ст. 133 ЦПК України та ч. 3 ст. 132 КАС України встановлено, що до витрат, пов'язаних із розглядом справи, належать витрати:

1) на професійну правничу допомогу;

2) пов'язані із залученням свідків, спеціалістів, перекладачів, експертів та проведенням експертизи;

3) пов'язані з витребуванням доказів, проведенням огляду доказів за їхнім місцезнаходженням, забезпеченням доказів;

4) пов'язані із вчиненням інших процесуальних дій, необхідних для розгляду справи або підготовки до її розгляду.

Ст. 131–2 Конституції України встановлює, що для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура. Виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення [13].

Процесуальні кодекси України вказують на те, що сторона, третя особа, а також особа, якій законом надано право звертатися до суду в інтересах іншої особи, може брати участь у судовому процесі особисто (самопредставництво) та (або) через представника. Представником у суді може бути адвокат або законний представник.

Процесуальне законодавство вказує, що витрати, пов'язані із правничою допомогою адвоката, несуть сторони, крім випадків надання правничої допомоги коштом держави згідно із Законом України «Про безоплатну правову допомогу» та для цілей розподілу судових витрат за результатами розгляду справи:

1) розмір витрат на правничу допомогу адвоката, зокрема й гонорар адвоката за представництво в суді й іншу правничу допомогу, пов'язану зі справою, включаючи підготовку до її розгляду, збір доказів тощо, а також вартість послуг помічника адвоката визначаються згідно з умовами договору про надання правничої допомоги та на підставі відповідних доказів щодо обсягу наданих послуг і виконаних робіт та їхньої вартості, що сплачена або підлягає сплаті відповідною стороною або третьою особою;

2) розмір суми, що підлягає сплаті порядком компенсації витрат адвоката, необхідних для надання правничої допомоги, встановлюється згідно з умовами договору про надання правничої допомоги на підставі відповідних доказів, які підтверджують здійснення відповідних витрат.

Ст. 30 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначає, що гонорар є формою винагороди адвоката за здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту. Під час встановлення розміру гонорару враховуються складність справи, кваліфікація і досвід адвоката, фінансовий стан клієнта й інші істотні обставини. Гонорар має бути розумним і враховувати витрачений адвокатом час [14].

Це імплементовано і в процесуальне законодавство, а саме: у ч. 4 ст. 137 ЦПК України, у ч. 4 ст. 126 ГПК України та в ч. 4 ст. 134 КАС України, які, маючи однаковий зміст, встановлюють, що розмір витрат на оплату послуг адвоката має бути співмірним:

1) зі складністю справи та виконаних адвокатом робіт (наданих послуг);

2) із часом, витраченим адвокатом на виконання відповідних робіт (надання послуг);

3) з обсягом наданих адвокатом послуг і виконаних робіт;

4) із ціною позову та (або) значенням справи для сторони, зокрема й впливом вирішення справи на репутацію сторони або публічним інтересом до справи.

Варто також зазначити, що, окрім витрат на правову допомогу, суттєвими можуть бути витрати, які несе сторона судового процесу із залученням свідків, спеціалістів, проведенням експертизи, витребуванням доказів та вчиненням інших процесуальних дій, необхідних для розгляду справи або підготовки до її розгляду.

Отже, судовий процес, а особливо процес, предметом якого постають права інтелектуальної власності, враховуючи специфіку цих прав і правовідносин, що породжуються їх здійсненням і порушенням, може коштувати сторонам, не зважаючи на їхній процесуальний статус, значних сум.

Для убезпечення сторін законодавець у процесуальних кодексах ввів нову для України норму про те, що суд може зобов'язати сторони внести на депозитний рахунок суду попередньо визначену суму судових витрат, пов'язаних із розглядом справи або певною процесуальною дією, наприклад, це закріплено в ч. 1 ст. 125 ГПК України.

Окрім того, як захід забезпечення судових витрат суд з урахуванням конкретних обставин справи має право, за клопотанням відповідача, зобов'язати позивача внести на депозитний рахунок суду грошову суму для забезпечення можливого відшкодування майбутніх витрат відповідача на професійну правничу допомогу й інших витрат, які має понести відповідач у зв'язку з розглядом справи.

Водночас у разі невнесення у визначений судом строк коштів для забезпечення витрат на професійну правничу допомогу суд, за клопотанням відповідача, має право залишити позов без розгляду.

Встановлено, що разом із першою заявою по суті спору кожна сторона подає до суду попередній (орієнтовний) розрахунок суми судових витрат, які вона понесла і які очікує понести у зв'язку з розглядом справи. Попередній розрахунок розміру судових витрат не обмежує сторону в доведенні іншої фактичної суми судових витрат, які підлягають розподілу між сторонами за результатами розгляду справи.

Отже, судові витрати сторони починають відігравати значну процесуальну роль у судовому захисті прав.

Враховуючи значну кількість судових спорів, вартість правничої допомоги й інші витрати на судовий захист прав, в Європі в другій половині XX ст. з'явилося та поступово набуло популярності страхування від судових витрат, яке сьогодні регулюється на рівні Європейського Союзу й окремими інституціями європейських країн.

Зокрема, у ст. 2 Директиви Ради 87/344/ЄЕС «Щодо узгодження законів, постанов та адміністративних положень стосовно страхування судових витрат» від 22 червня 1987 р. зазначено, що страхування судових витрат полягає в зобов'язанні, за виплату премії, покриття витрат на судове провадження та надання інших послуг, безпосередньо пов'язаних зі страховим покриттям, зокрема з метою:

– забезпечення компенсації втрат, збитків чи витрат, що понесені страхувальником, шляхом врегулювання позасудовим порядком або порядком цивільного чи кримінального провадження;

– захисту чи представництва страхувальника в цивільному, кримінальному, адміністративному чи іншому провадженні, чи стосовно будь-яких вимог до нього [15].

Окрім того, на сайті Служби фінансового омбудсмена Великобританії, яка діє на основі Закону про фінансові послуги та ринки 2000 р. та виступає офіційним експертом у Великобританії у вирішенні проблем із фінансовими послугами, зазначено, що страхування юридичних витрат призначено для фінансування витрат на юридичну консультацію та / або витрати на подання або супровід судової справи. Страхування юридичних витрат можна купити «до страхової події» – у разі, коли необхідно боротися або захищати майбутні судові позови; або «після страхової події» – страхувальник вже вирішив подати або захищати судовий позов і хоче застрахуватися від ризику втрати й оплати витрат іншої сторони.

Страхування юридичних витрат не призначене для виплати страхувальнику фактичних збитків, яких він намагається стягнути в результаті судового розгляду. Воно також не покриває чиєїсь відповідальності за компенсацію шкоди іншим. Для цього є окремий вид страхування [16].

Генріх Шахт, член правління Спілки правового захисту Мюнхена зазначає, що страхування від судових витрат пропонує такі економічні рішення щодо відстоювання правових інтересів громадян, за яких пов'язаний із ними ризик витрат не лягає на плечі самого громадянина, який звернувся по правову допомогу. Це робить страхування від судових ви-

трат і витрат на адвокатів дуже затребуваним у сучасному світі видом страхування. У свою чергу, адвокати і захисники отримують надійне джерело виплати гонорарів [17].

За загальним правилом, страхування не спричиняє жодних позитивних ефектів для третіх осіб.

Однак юридичне страхування є свого роду винятком: громадяни, які користуються полісами страхування витрат на юридичну допомогу, принаймні мають фінансову можливість для отримання кваліфікованих юридичних послуг, звернення до суду по захист своїх прав і законних інтересів, що враховується потенційним правопорушником, який побоюється ймовірного притягнення до відповідальності, і служить додатковим засобом стримування протиправної поведінки, знижуючи можливості для заподіяння шкоди не тільки застрахованій особі, а й іншим особам, які таким чином отримують вигоду від того, за що особисто не оплачують, за юридичну допомогу [18].

Зауважимо, що в США в разі страхування інтелектуальної власності є такий вид полісів, як *IP Defense Cost,* який надає страхове покриття на випадок пред'явлення страхувальнику претензій іншою особою щодо прав інтелектуальної власності. Цей поліс вперше був запропонований компанією *Intellectual Property Insurance Services Corporation, Inc.,* а найбільшого поширення набув завдяки *Evanston Insurance Company.* Страхове покриття призначається для компаній із річним оборотом від 500 тис. доларів до 25 млн. доларів і передбачає компенсацію таких витрат, як витрати із захисту прав страхувальника в суді; витрати із врегулювання, розгляду справи, а також досудові витрати, судові витрати, адвокатські витрати тощо. Цим полісом також покриваються витрати з розгляду недійсних зустрічних вимог, витрати на повторні перевірки і розгляди [19].

Отже, страхування судових витрат передбачає здійснення виплати страховиком на користь страхувальника або вигодонабувача, відшкодування судових витрат, що несе страхувальник незалежно від свого процесуального статусу. Водночас страхування в такому разі повинно залежати не від непередбачуваності судових витрат, а від наявності необхідності здійснення судових витрат страхувальником.

Проте більш слабкою стороною в страхових відносинах є страхувальник, оскільки він не виступає професійним учасником ринку, внаслідок чого до юридичного страхування як виду страхування взагалі повною мірою застосовні поняття інформаційної диспропорції (що полягає у відсутності в одержувача страхової послуги потрібних знань у спеціальній сфері) і договірної диспропорції (що розуміється як стандартизований підхід страховиків до надання страхового покриття щодо тих чи інших ризиків для спрощення порядку прогнозування ймовірності їх настання), переборні за допомогою закріплення принципу сумлінності учасників договору, застосування різних засобів захисту страхувальника, зокрема й судовим порядком [20].

Певний баланс у відносинах страховиків і страхувальників щодо страхування судових витрат або страхування юридичної допомоги вносить ст. 4 вже згадуваної Директиви Ради 87/344/ЄЕС, яка встановлює, що будь-який договір страхування судових витрат повинен чітко визначати, що:

(a) у разі звернення до юриста чи іншої належно кваліфікованої особи, відповідно до національного законодавства, з метою захисту, представництва чи забезпечення дотримання інтересів страхувальника в будь-якому розслідуванні чи судовому провадженні, страхувальник має свободу вибору такого юриста чи іншої особи;

(b) страхувальник має свободу вибору юриста чи, якщо надає перевагу і в межах, дозволених національним законодавством, іншої належно кваліфікованої особи, для забезпечення дотримання його інтересів у будь-якому разі виникнення конфлікту [21].

Також, пп. 3.9.1. п. 3.9. «Професійне страхування» р. 3. «Відносини із клієнтом» Загального кодексу правил для адвокатів країн Європейського співтовариства, який ухвалений делегацією дванадцяти країн-учасниць на пленарному засіданні в Страсбурзі в жовтні 1988 р., встановлено, що адвокати завжди повинні бути застраховані від пред'явлення позовів, пов'язаних із недостатньою професійною компетентністю. Розмір страховки визначається в розумних межах, співвідносно з ризиком можливих помилок, яких припустилися адвокати під час здійснення професійної діяльності [22].

З огляду на вищезазначене, на наш погляд, доцільно доповнити Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» новою ст. 18–1 «Страхування професійної цивільної відповідальності» у такій редакції:

1. Адвокат, адвокатське бюро та адвокатське об'єднання можуть здійснити страхування професійної цивільної відповідальності за порушення умов укладеного із клієнтом договору про надання правової допомоги. Вигодонабувачем за таким договором повинен виступати виключно клієнт.

2. Мінімальний розмір страхової суми за договором страхування професійної цивільної відповідальності адвоката, адвокатського бюро або адвокатського об'єднання має становити не менше половини загальної суми гонорару, визначеного відповідним договором про надання правової допомоги.

3. У разі пред'явлення клієнтом чинного договору страхування судових витрат у справі, в якій надається правова допомога, клієнт може вимагати від адвоката, адвокатського бюро або адвокатського об'єднання здійснити страхування відповідно до ч. 1 цієї статті. Відмова адвоката, адвокатського бюро або адвокатського об'єднання в задоволені вимоги клієнта щодо страхування професійної цивільної відповідальності є підставою для дострокового розірвання договору про надання правової допомоги з наслідками, що встановлені договором і цим Законом.

4. Типові обов'язкові для страховиків вимоги до страхування професійної цивільної відповідальності адвоката, адвокатського бюро та адвокатського об'єднання визначаються З'їздом адвокатів України за поданням Національної асоціації адвокатів України та погоджуються з Національною комісією, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг.

Вбачається, що інтерес страхувальника до страхування полягає в отриманні захисту свого майнового стану. Страховик за плату надає страхувальнику послугу у вигляді страхового захисту, за допомогою якої і здійснюється захист майнового стану страхувальника (застрахованої особи).

За майнового страхування матеріальний складник захисної функції трансформується у відновну функцію – за допомогою страхового відшкодування застрахованій особі виплачується сума грошових коштів, яка тією чи іншою мірою пропорційна сумі того збитку, який було заподіяно внаслідок страхового випадку. Тим самим майновий стан застрахованої особи відновлюється до того рівня, який був до страхового випадку. Це і визначає зміст страхового захисту за такого виду страхування [5, с. 27].

**Висновки.** Вважаємо, що страхування може забезпечувати здійснення, охорону та захист виключних майнових і немайнових прав інтелектуальної власності від їх порушення, оскільки воно, як і інститут забезпечення виконання зобов'язань, виконує забезпечувальну функцію щодо поновлення майнового стану страхувальника або вигодонабувача з огляду на понесені збитки. Фактично страхування права інтелектуальної власності забезпечує дотримання заборон третіми особами щодо здійснення абсолютного права правовласником, тобто є додатковим джерелом

захисту інтересів страхувальника – носія виключного права інтелектуальної власності, щодо якого діє невизначене коло суб'єктів, зобов'язаних дотримуватися правових норм і не порушувати право інтелектуальної власності.

За ч. 2 ст. 22 Цивільного кодексу України, збитками є витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права.

Судовий захист порушеного права, як зазначалося вище, потребує значних грошових вкладень від позивача і майже аналогічних, а може статися і більших, від відповідача для захисту від пред'явленого позову. Вбачається, що резерв грошових коштів для здійснення судового захисту, незважаючи на процесуальний статус особи, така особа може знайти саме в страхуванні, яке, об'єднуючи економічні та правові механізми, забезпечує захист страхових інтересів страхувальників, які є учасниками мінливого цивільного обігу. Вважаємо, що сутність страхування, його правозастосування дозволяє зазначити притаманність йому окремої самостійної забезпечувальної функції, яка покриває будь-які правовідношення, в які вступає застрахована особа. До того ж з урахуванням норм процесуального законодавства щодо забезпечення судових витрат можна стверджувати, що саме завдяки цій функції страхування може забезпечити реалізацію права особи на доступ до правосуддя та належне представництво її інтересів у судовій справі.

**Список використаної літератури:**

1. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар. Т. 6: Право інтелектуальної власності / за ред. І. Спасибо-Фатєєвої. Серія «Коментарі та аналітика». Х.: ФОП Л.С. Лисяк, 2011. 592 с.

2. Е.А. Суханов Гражданское право: в 4 т. Т. 1: Общая часть / отв. ред. Е. Суханов. 3-е изд., пере раб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2006. 720 с.

3. Райхер В. Общественно-исторические типы страхования. М.: Изд-во академии наук СССР, 1947. 282 с.

4. Гражданское право: учебник в 4 т. Т. 4: Обязательственное право / отв. ред. Е. Суханов. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2006. 396 с.

5. Худяков А.. Страховое право. СПб.: Р. Асланова; Юридический центр «Пресс», 2004, с. 434.

6. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004/paran42#n42.

7. Святоцький О., Захарченко Т., Сафулько С. та ін. Енциклопедичний довідник майбутнього адвоката: у 2 ч. / за заг. ред. С. Сафулька. К.: Видавничий дім «Ін Юре», 2008. Ч. 1. 616 с.

8. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/6AF1EBA6DF621DEDC2257CE60053FFC3.

9. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/981_018.

10. Вовенарг Л. де Клапье. Размышления и максимы. М.: Наука, 1988. 442 с.

11. Ronald V., Wanglin C. A Primer on Intellectual Property Insurance. 2006.

12. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3674-17.

13. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254.

14. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/5076-17.

15. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_288.

16. URL: http://www.financial-ombudsman.org.uk.

17. Страхове ревю. 2006. № 1 (141). URL: http://inrevu.ru/journal/y2006/2006-01.html .

18. URL: http://journal.mrsu.ru/arts/strakhovanie-raskhodov-na-yuridicheskuyu-pomoshh-v-praktike-evropejjskikh-stran.

19. Betterley Richard S. Intellectual Property and Media Liability II The Betterley Report. April 2010. URL: betterley.com/samples/ipims10_nt.pdf.

20. URL: https://books.google.com.ua/books?id=CJ3RCgAAQBAJ&pg=PT105&lpg=PT105&dq.

21. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_288.

22. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_343.

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

**Пічко Роман Сергійович** – здобувач Придніпровського наукового центру Національної академії наук України і Міністерства освіти і науки України

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Pichko Roman Serhiiovych** – Applicant of Pridneprovsky Scientific Center National Academy of Sciences of Ukraine and Ministry of Education and Science of Ukraine

*magister.ip@gmail.com*

УДК 347.27.01:347.961

# ДЕРЖАВНА РЕЄСТРАЦІЯ НОТАРІУСАМИ РЕЧОВИХ ПРАВ ШЛЯХОМ ПЕРЕДАЧІ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ПРЕДМЕТ ІПОТЕКИ

**Віталій СИГИДИН,**
аспірант
Науково-дослідного інституту приватного права та підприємництва імені Ф.Г. Бурчака
Національної академії правових наук України,
заступник начальника
Головного територіального управління юстиції з питань державної реєстрації,
начальник
Управління державної реєстрації
Головного територіального управління юстиції в м. Києві

**АНОТАЦІЯ**

У статті йдеться про особливості здійснення державної реєстрації нотаріусами речових прав на підставі застереження про задоволення вимог іпотекодержателя шляхом передачі права власності на предмет іпотеки на виконання основного зобов'язання. Проаналізовано підходи до розуміння понять іпотеки й іпотечного договору. Констатовано відсутність закріплення на законодавчому рівні поняття іпотечного договору. Подано авторське визначення іпотечного договору. Визначено підстави для задоволення вимог іпотекодержателя шляхом звернення стягнення на предмет іпотеки. Досліджено особливості процедури державної реєстрації нотаріусами речових прав на підставі застереження про задоволення вимог іпотекодержателя шляхом передачі права власності на предмет іпотеки.

**Ключові слова:** іпотека, іпотечний договір, застереження про задоволення вимог іпотекодержателя, нотаріус, державна реєстрація, нерухоме майно, зобов'язання.

## PUBLIC REGISTRATIONOF PROPERTY RIGHTS BY NOTARIESBY THE TRANSFER OF THE RIGHTS OF OWNERSHIP TO THE SUBJECT OF MORTGAGE

**Vitaliy SYGYDYN**
Postgraduate Student
of Research Institute of Private Law and Entrepreneurship
named after F.G. Burchak of National Academy of Legal Sciences of Ukraine,
Deputy Head
of the Main Territorial Department of Justice for State Registration,
Head
of the State Registration Department of the Main Territorial Department of Justice in Kyiv

**SUMMARY**

The article deals with peculiarities of implementation of state registration of property rights by notaries on the basis of reservation on satisfaction of the requirements of mortgagee by transferring the right of ownership to the subject of mortgage in order to fulfill the main obligation. Approaches to understanding concepts of mortgage and mortgage agreement are analyzed. It's stated that the concept of a mortgage agreement is not consolidated at legislative level. The author's definition of the mortgage agreement is submitted. The reasons for satisfying the requirements of mortgagee by appeal of stagnation on the subject of mortgage are determined. The peculiarities of the procedure of state registration of property rights by notaries by transferring the right of ownership to the subject of mortgage are investigated.

**Key words:** mortgage, mortgage agreement, reservation on satisfaction of requirements of mortgagee, notary, state registration, real estate, obligation.

**REZUMAT**

Articolul spune despre caracteristicile înregistrării de stat a drepturilor notarilor, pe baza rezerve privind satisfacerea creanțelor creditorului ipotecar prin transferul de proprietate asupra bunului ipotecat în detrimentul de executare a obligației principale. Sunt analizate abordările de înțelegere a conceptelor de acord ipotecar și ipotecare. Sa afirmat că noțiunea de acord ipotecar nu este fixată la nivel legislativ. Este prezentată definiția autorului contractului ipotecar. Se stabilesc motivele pentru satisfacerea pretențiilor deținătorului de ipotecă prin blocarea ipotecii. Particularitățile procedurii de înregistrare de stat a drepturilor notarilor, pe baza de rezerve pentru a satisface cerințele unui creditor ipotecar prin transferul de proprietate al bunului ipotecat.

**Cuvinte cheie:** ipotecă, contract de ipotecă, avertisment cu privire la satisfacerea creanțelor creditorului, notarul, înregistrarea de stat, imobiliare, obligații.

**Постановка проблеми.** Стабільність цивільного обігу й економіки України загалом значною мірою залежить від належного виконання договірних зобов'язань. Несплата поставленої або закупленої продукції, неповернення в строк кредиту, продаж недоброякісного товару тощо дестабілізує економічні процеси та спричиняє виникнення таких негативних явищ, як нездійснення платежів, скорочення бюджету та ін. З огляду на це, важливим питанням сьогодні залишається необхідність забезпечення виконання зобов'язань.

**Актуальність теми дослідження.** Одним із найбільш поширених способів забезпечення виконання зобов'язань в нашій державі є застава, ефективність якої апробована багатовіковою історією. Починаючи з римського права, застава законодавчо закріплена в правових системах усіх без винятку цивілізованих держав. Історія розвитку заставних відносин, безсумнівно, свідчить про значущість застави як заходу, що стимулює стабільність і стійкість ринкових відносин.

**Метою та завданням статті** є дослідження особливостей здійснення державної реєстрації нотаріусами речових прав на підставі застереження про звернення стягнення на предмет іпотеки.

**Виклад основного матеріалу.** Безумовно, найбільш поширеною в цивільному обороті формою застави є іпотека, адже, як слушно стверджує Р.А. Майданик, іпотека надійно захищає права кредиторів і встановлює високий пріоритет для вимог іпотекодержателя, що пояснює визнання цієї конструкції одним із найефективніших способів забезпечення виконання зобов'язання боржника перед кредитором. Сучасне розуміння інституту іпотеки ґрунтується на розробленій юристами минулих епох конструкції іпотеки як правової форми реального забезпечення, за якої річ, що вважалася заставленою кредитору, до настання строку платежу залишалася б у руках боржника [1, с. 31].

Варто зауважити, що правове регулювання іпотечних відносин в Україні ґрунтується на Конституції України [2] і здійснюється на підставі положень Цивільного кодексу (далі – ЦК) України [3], Господарського кодексу України [4], Земельного кодексу України [5], Закону України «Про іпотеку» [6] та інших нормативно-правових актів, а також міжнародних договорів України.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про іпотеку», іпотекою визнається вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні та користуванні іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника встановленим цим Законом порядком.

Визначення іпотеки міститься й у положеннях ЦК України. Так, відповідно до ст. 575 ЦК України, іпотекою є застава нерухомого майна, яке залишається у володінні заставодавця або третьої особи.

Виходячи зі змісту низки законодавчих положень, можемо констатувати, що предметом іпотеки є завжди нерухоме майно. Навіть коли її предметом є право оренди чи користування нерухомим майном, на них, згідно із ч. 7 ст. 5 Закону, поширюється режим нерухомого майна.

Щодо підстав виникнення іпотеки, то необхідно зазначити, що це питання регламентовано ч. 1 ст. 3 Закону «Про іпотеку», відповідно до якої іпотека виникає на підставі договору, закону або рішення суду. До іпотеки, яка виникає на підставі закону або рішення суду, застосовуються правила щодо іпотеки, яка виникає на підставі договору, якщо інше не встановлено законом. Іпотека має похідний характер від основного зобов'язання і є дійсною до припинення основного зобов'язання або до закінчення строку дії іпотечного договору.

Оскільки основний науковий інтерес для нас становить державна реєстрація речових прав на підставі договорів іпотеки, необхідно більш детально дослідити особливості саме договірної іпотеки й іпотечних договорів. Насамперед важливо заначити, що договірна іпотека є результатом досягнення домовленості між суб'єктами цивільного правовідношення, які досягли взаємної згоди щодо виникнення прав і обов'язків. З огляду на те, що іпотека по суті є способом забезпечення виконання зобов'язань і має акцесорний характер, умовою її виникнення є наявність основного зобов'язання, яке є дійсним або ж матиме місце в майбутньому на підставі договору, що набрав чинності (ч. 4 ст. 3 Закону).

Що стосується поняття іпотечного договору, то необхідно констатувати, що чинне законодавство України, на жаль, не містить його визначення. Єдиним актом, який на нормативному рівні визначав загальне поняття іпотечного договору, був Указ Президента України від 14 червня 1999 р. № 641/99В «Про іпотеку», згідно з положеннями якого іпотечний договір визнавався як договір застави нерухомого майна, проте згаданий Указ так і не набрав чинності. Безумовно, таке визначення не дає чіткого розуміння цієї договірної конструкції і не розкриває її сутності як цивільно-правового зобов'язання. З огляду на це, вважаємо, що доцільним було б на законодавчому рівні закріпити визначення поняття іпотечного договору як домовленості між кредитором (іпотекодержателем) та боржником, або майновим поручителем (іпотекодавцем), що спрямована на належне виконання боржником свого основного зобов'язання, за якою кредитор має право в разі його порушення боржником одержати задоволення своїх вимог шляхом звернення стягнення на предмет іпотеки, який до порушення зобов'язання залишається у володінні і користуванні іпотекодавця, переважно перед іншими кредиторами цього боржника.

Варто зауважити, що вимоги щодо форми іпотечного договору визначаються в ч. 1 ст. 18 Закону, згідно з якою іпотечний договір укладається між одним або декількома іпотекодавцями й іпотекодержателем у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню. Аналогічні положення містяться і в ч. 1 ст. 10 Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» [7]. Крім обов'язкової письмової форми та нотаріального посвідчення іпотечного договору, обтяження нерухомого майна іпотекою, згідно зі ст. 4 Закону «Про іпотеку», підлягає ще й державній реєстрації відповідно до закону.

Як бачимо з вищезазначених положень вітчизняного законодавства, іпотека розглядається як правове явище, що має «подвійний» характер. На це ж вказує і Д.С. Спесивцев, який зазначає, що реєстраційне законодавство розглядає іпотеку як похідне речове право на нерухоме майно. Водночас іншою стороною іпотеки є те, що на підставі іпотечного договору, крім похідного речового права іпотеки, також можуть виникати й обтяження прав іпотекодавця [8, с. 356].

Отже, з огляду на подвійну природу іпотеки, вважаємо, що іпотечний договір є підставою як для реєстрації похідного речового права на нерухомість – права іпотеки, так і для обтяження прав іпотекодавця на предмет іпотеки – заборони відчуження нерухомого майна.

Іпотечний договір є специфічною договірною конструкцією, яка характеризується особливим предметом – нерухомим майном, з огляду на що законодавець передбачає для неї обов'язкову письмову форму та нотаріальне посвідчення.

Що стосується безпосередньо іпотеки, то необхідно зазначити, що, відповідно до ч. 2 ст. 3 Закону «Про іпотеку», вона підлягає державній реєстрації: «Взаємні права і обов'язки іпотекодавця та іпотекодержателя виникають з моменту державної реєстрації іпотеки відповідно до закону». На необхідність здійснення державної реєстрації іпотеки вказує і ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» [9]. Варто зауважити, що закріплення на нормативному рівні вимоги щодо державної реєстрації іпотеки є загальноприйнятою практикою всіх цивілізованих держав і обумовлене насамперед необхідністю ведення обліку відомостей про наявність чи відсутність обтяжень нерухомого майна під час здійснення державної реєстрації речових прав на нього. Цілком слушною є думка Ж.Л. Чорної, що значення державної реєстрації іпотеки полягає ще й у тому, що, відповідно до ч. ч. 6, 7 ст. 3 Закону «Про іпотеку», у разі порушення боржником основного зобов'язання відповідно до іпотеки іпотекодержатель має право задовольнити забезпечені нею вимоги за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими особами, права чи вимоги яких на передане в іпотеку нерухоме майно зареєстровані після державної реєстрації іпотеки [10, с. 164].

Законодавство України, присвячене правовому регулюванню іпотечних відносин, встановлює правило, згідно з яким у разі невиконання або неналежного виконання боржником основного зобов'язання іпотекодержатель вправі задовольнити свої вимоги за основним зобов'язанням шляхом звернення стягнення на предмет іпотеки (ст. 33 Закону «Про іпотеку»). У разі порушення іпотекодавцем обов'язків, встановлених іпотечним договором, іпотекодержатель має право вимагати дострокового виконання основного зобов'язання, а в разі його невиконання – звернути стягнення на предмет іпотеки. Водночас до основних підстав звернення стягнення на предмет іпотеки закон відносить рішення суду, виконавчий напис нотаріуса або договір про задоволення вимог іпотекодержателя.

Згідно з положеннями ст. 35 Закону, у разі порушення основного зобов'язання та/або умов іпотечного договору іпотекодержатель надсилає іпотекодавцю та боржнику, якщо він є відмінним від іпотекодавця, письмову вимогу про усунення порушення. У цьому документі зазначається стислий зміст порушених зобов'язань, вимога про виконання порушеного зобов'язання в не менш ніж тридцятиденний строк і попередження про звернення стягнення на предмет іпотеки в разі невиконання цієї вимоги. Якщо протягом встановленого строку вимога іпотекодержателя залишається без задоволення, іпотекодержатель вправі вирішити звернути стягнення на предмет іпотеки шляхом позасудового врегулювання на підставі договору.

Як бачимо з вищезазначених законодавчих положень, позасудовий порядок врегулювання звернення стягнення на предмет іпотеки пов'язаний саме з договором між іпотекодавцем та іпотекодержателем. Так, згідно зі ст. 36 Закону «Про іпотеку», сторони іпотечного договору можуть вирішити питання про звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом позасудового врегулювання на підставі договору. Позасудове врегулювання здійснюється згідно із застереженням про задоволення вимог іпотекодержателя, що міститься в іпотечному договорі, або згідно з окремим договором між іпотекодавцем та іпотекодержателем про задоволення вимог іпотекодержателя, що підлягає нотаріальному посвідченню, який може бути укладений одночасно з іпотечним договором або в будь-який час до набрання чинності рішенням суду про звернення стягнення на предмет іпотеки. Отже, сторони іпотечних правовідносин вправі додати застереження про задоволення стягнення на предмет іпотеки як в іпотечний договір, так і укласти щодо нього окремий договір. Необхідно розрізняти між собою застереження в іпотечному договорі та договір про задоволення вимог іпотекодержателя: застереження в іпотечному договорі встановлюється на момент укладення договору або шляхом внесення змін до нього, тоді як договір про задоволення вимог іпотекодержателя є самостійним договором, необхідність в укладенні якого виникає з моменту, коли мова заходить про належне виконання зобов'язань боржником. Водночас варто зазначити, що на практиці окремі договори про задоволення вимог іпотекодержателя укладаються вкрай рідко, а згадані застереження зазвичай закріплюються саме в положеннях іпотечних договорів.

Згідно з нормами ст. 36 Закону «Про іпотеку», договір про задоволення вимог іпотекодержателя, яким також вважається відповідне застереження в іпотечному договорі, визначає можливий спосіб звернення стягнення на предмет іпотеки відповідно до Закону. Визначений договором спосіб задоволення вимог іпотекодержателя не перешкоджає іпотекодержателю застосувати інші, встановлені Законом способи звернення стягнення на предмет іпотеки.

Варто зазначити, що позасудовий спосіб захисту за договором про задоволення вимог іпотекодержателя або за відповідним застереженням в іпотечному договорі реалізується шляхом: а) передачі іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки на виконання основного зобов'язання в порядку, встановленому ст. 37 Закону; б) надання іпотекодержателю права від свого імені продати предмет іпотеки будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу в порядку, встановленому ст. 38 Закону.

Необхідно зауважити, що з 1 січня 2016 р., після внесення змін у законодавство, що регулює реєстраційні правовідносини, такий позасудовий спосіб звернення стягнення на предмет іпотеки, як передача іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки на виконання основного зобов'язання (ст. 37 Закону «Про іпотеку»), сповна може бути реалізованим нотаріусами як державними реєстраторами. Варто зазначити, що звернення стягнення потребує від нотаріуса особливої уваги як в процесі підготовки до вчинення нотаріальної або реєстраційної дії, так і під час державної реєстрації права власності за іпотекодержателем згідно зі ст. 37 Закону України «Про іпотеку».

Як зазначалося вище, підстави для звернення стягнення на предмет іпотеки закріплено в ст. 33 Закону «Про іпотеку». Так, згідно з абз. 1 статті, у разі невиконання або неналежного виконання боржником основного зобов'язання, іпотекодержатель вправі задовольнити свої вимоги за основним зобов'язанням шляхом звернення стягнення на предмет іпотеки. Право іпотекодержателя на звернення стягнення на предмет іпотеки також виникає на підставах, встановлених ст. 12 цього Закону. Згідно з положеннями ст. 12 Закону, у разі порушення іпотекодавцем обов'язків, встановлених іпотечним договором, іпотекодержатель має право вимагати дострокового виконання основного зобов'язання, а в разі його невиконання – звернути стягнення на предмет іпотеки. З вищезазначеного можна зробити висновок, що звернення стягнення на предмет іпотеки порядком ст. 37 Закону «Про іпотеку» можливе навіть за невиконання іпотекодержателем певних умов договору іпотеки, що не стосуються виконання основного зобов'язання.

Проаналізуємо звернення стягнення на предмет іпотеки порядком ст. 37 Закону «Про іпотеку». Так, статтею регламентовано передачу іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки, згідно з якою іпотекодержатель може задовольнити забезпечену іпотекою вимогу шляхом набуття права власності на предмет іпотеки. Правовою підставою для реєстрації права власності іпотекодержателя на нерухоме майно, яке є предметом іпотеки, є договір про задоволення вимог іпотекодержателя або відповідне

застереження в іпотечному договорі, яке прирівнюється до такого договору за своїми правовими наслідками та передбачає передачу іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки на виконання основного зобов'язання. Цього ж висновку дійшов і Верховний суд України, висловивши правову позицію в спорах про звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом позасудового врегулювання на підставі договору в постанові в справі № 6–1446цс17 від 13 вересня 2017 р. [11]

Отже, необхідно розрізняти підставу для звернення стягнення на предмет іпотеки позасудовим порядком, якою є невиконання або неналежне виконання боржником основного зобов'язання, та підставу для реєстрації права власності іпотекодержателя на предмет іпотеки, якою є договір про задоволення вимог іпотекодержателя або відповідне застереження в іпотечному договорі. За наявності вказаних вище юридичних фактів іпотекодержатель вправі реалізувати звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом набуття та реєстрації права власності на нього.

Варто зауважити, що сама процедура державної реєстрації речових прав на нерухоме майно, зокрема, права власності на предмет іпотеки, а також перелік документів, необхідних для її проведення, регламентуються Порядком державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 25 грудня 2015 р. № 1127 [12].

Однак, перш ніж розпочати процедуру державної реєстрації права власності на предмет іпотеки, як вказувалося раніше, іпотекодержателю, згідно з положеннями ст. 35 Закону «Про іпотеку», необхідно надіслати іпотекодавцю та боржнику, якщо він є відмінним від іпотекодавця, письмову вимогу про усунення порушення, в якій зазначається стислий зміст порушених зобов'язань, вимога про виконання порушеного зобов'язання в не менш ніж тридцятиденний строк і попередження про звернення стягнення на предмет іпотеки в разі невиконання цієї вимоги. Із практичного погляду, важливо наголосити на тому, що повідомлення саме надсилається, а не передається в інший спосіб. Інакше кажучи, воно повинно бути направленим саме поштою. Такі способи передачі повідомлення, як передача нарочним із проставлянням штампа про отримання, або обмін листами (коли іпотекодавець підтверджує фактичне отримання повідомлення), можуть розглядатися тільки як факультативні/додаткові способи повідомлення, які дублюють надсилання повідомлення засобами поштового зв'язку [13].

Якщо протягом встановленого строку вимога іпотекодержателя залишається без задоволення, іпотекодержатель вправі прийняти рішення про звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом набуття права власності.

Загалом варто зазначити, що державна реєстрація права власності на предмет іпотеки порядком ст. 37 Закону «Про іпотеку» здійснюється за загальною процедурою, тобто за поданням іпотекодержателем заяви шляхом звернення до нотаріуса. Водночас є й певні особливості, що стосуються, зокрема, документів, крім заяви, які повинні подаватися нотаріусу. Так, відповідно до п. 61 Порядку державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, для державної реєстрації права власності на підставі договору іпотеки, що містить застереження про задоволення вимог іпотекодержателя шляхом набуття права власності на предмет іпотеки, також подаються:

1) копія письмової вимоги про усунення порушень, надісланої іпотекодержателем іпотекодавцеві та боржникові, якщо він є відмінним від іпотекодавця;

2) документ, що підтверджує наявність факту завершення 30-денного строку з моменту отримання іпотекодавцем і боржником, якщо він є відмінним від іпотекодавця, письмової вимоги іпотекодержателя в разі, коли більш тривалий строк не зазначений у відповідній письмовій вимозі;

3) заставна (якщо іпотечним договором передбачено її видачу).

Верховний суд України в постанові № 21–1458а16 від 11 квітня 2017 р. [14] розтлумачив, що документами, зазначеними в п. 2, можуть бути: повідомлення про вручення цінного листа з вимогою і правильно зазначеною адресою іпотекодавця та фіскальний чек про оплату поштових послуг за направлення цього повідомлення.

Наявність зареєстрованої заборони відчуження майна, накладеної нотаріусом під час посвідчення договору іпотеки, на підставі якого набувається право власності на предмет іпотеки іпотекодержателем, а також зареєстрованих після державної реєстрації іпотеки інших речових прав, зокрема й іпотеки, на передане в іпотеку майно не є підставою для відмови в державній реєстрації права власності за іпотекодержателем.

Згідно з п. 111 Порядку державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, нотаріус повинен повідомити власника об'єкта нерухомості про подання документів щодо державної реєстрації на нерухоме майно невідкладно з моменту їх отримання за допомогою програмних засобів ведення Державного реєстру прав.

Розгляд заяви та документів, поданих для державної реєстрації прав, здійснюється нотаріусом, який встановлює черговість розгляду заяв, що зареєстровані в базі даних заяв на таке майно, відповідність заявлених прав і поданих документів вимогам законодавства, відсутність суперечностей між заявленими та вже зареєстрованими речовими правами та їхніми обтяженнями, а також наявність підстав для проведення державної реєстрації прав, зупинення розгляду заяви, зупинення державної реєстрації прав, відмови в державній реєстрації прав.

Під час розгляду заяви та документів, поданих для державної реєстрації прав, нотаріус обов'язково використовує відомості з Реєстру прав власності на нерухоме майно, Єдиного реєстру заборон відчуження об'єктів нерухомого майна та Державного реєстру іпотек, які є архівною складовою частиною Державного реєстру прав, а також відомості з інших інформаційних систем, доступ до яких передбачено законодавством, зокрема й відомості з Державного земельного кадастру та Єдиного реєстру документів.

Важливо зауважити, що під час ухвалення рішення про здійснення державної реєстрації права власності на нерухоме майно, що є предметом іпотеки, нотаріус повинен взяти до уваги положення Закону України «Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті» від 3 червня 2014 р. [15], згідно зі ст. 1 якого не може бути примусово стягнуте нерухоме житлове майно, яке вважається предметом іпотеки згідно зі ст. 5 Закону України «Про іпотеку», якщо таке майно є забезпеченням зобов'язань громадянина України (позичальника або майнового поручителя) за споживчими кредитами, наданими йому кредитними установами – резидентами України в іноземній валюті, та за умови, що:

– таке нерухоме житлове майно використовується як місце постійного проживання позичальника/майнового поручителя або є об'єктом незавершеного будівництва нерухомого житлового майна, яке перебуває в іпотеці, за умови, що в позичальника або майнового поручителя у власності немає іншого нерухомого житлового майна;

– загальна площа такого нерухомого житлового майна (об'єкта незавершеного будівництва нерухомого житлового майна) не перевищує 140 кв. метрів для квартири та 250 кв. метрів для житлового будинку.

Водночас необхідно зазначити, що встановлений Законом мораторій не передбачає втрату кредитором права на

звернення стягнення на предмет іпотеки (застави) у разі невиконання боржником зобов'язань за договором, а лише тимчасово забороняє примусове стягнення майна. Такий правовий висновок висловив Верховний суд України в справі про стягнення заборгованості та звернення стягнення на предмет іпотеки № 6–483цс15 від 9 вересня 2015 р. [16].

**Висновки.** З вищезазначеного можна зробити висновки, що іпотека сьогодні залишається важливим інструментом належного виконання цивільно-правових зобов'язань. Маючи своїм предметом нерухоме майно, іпотека передбачає здійснення уповноваженими суб'єктами цілої низки реєстраційних дій щодо предмета іпотеки. З урахуванням проведеної протягом останніх декількох років в Україні адміністративної реформи, повноваження щодо державної реєстрації речових прав на предмет іпотеки отримали й нотаріуси. Однак, як показує практика, сьогодні у сфері здійснення нотаріусами державної реєстрації речових прав на підставі застереження про задоволення вимог іпотекодержателя шляхом передачі права власності на предмет іпотеки є чимало проблемних питань, які потребують дослідження та вирішення як на практичному, так і на доктринальному рівнях.

**Список використаної літератури:**

1. Майданик Р.А. Правова природа інституту іпотеки. Юридичний вісник. Повітряне і космічне право. 2009. № 1. С. 31–38. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Npnau_2009_1_10/.

2. Конституція України від 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради. 1996. № 30. С. 141.

3. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р.: офіційний текст. К.: Юрінком-Інтер, 2003. С. 464.

4. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 18–22. С. 144.

5. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. Відомості Верховної Ради України. 2002. № 3. С. 27.

6. Про іпотеку: Закон України від 5 червня 2003 р. № 898–IV. Відомості Верховної Ради. 2003. № 38. Ст. 313.

7. Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю: Закон України від 19 червня 2003 р. № 978–IV. Відомості Верховної Ради. 2003. № 52. Ст. 377.

8. Спєсівцев Д.С. Вплив іпотеки на цивільну оборотоздатність нерухомого майна. Форум права. 2014. № 3. С. 356–361. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.

9. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Закон України від 1 липня 2004 р. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 51. Ст. 553.

10. Чорна Ж.Л.. Щодо питань дійсності, моменту укладення та державної реєстрації іпотеки. Університетські наукові записки. 2013. № 4. С. 161–167. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2013_4_20.

11. Постанова Верховного суду України від 13 вересня 2017 року № 6–1446цс17. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/B8DB34A67F52D083C22581AE004D9E8C.

12. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Постанова Кабінету Міністрів України від 25 грудня 2015 р. № 1127. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1127-2015-%D0%BF/page.

13. Передача іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки шляхом реєстрації права власності на предмет іпотеки за іпотекодержателем. Практичні аспекти: семінар з питань особливостей державної реєстрації речових прав. URL: http://centerjust.gov.ua/natoriat/presentation%20ipoteka.pdf.

14. Постанова Верховного суду України № 21–1458а16 від 11 квітня 2017 р. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/F67FDC93ED8802F2C225810E002BF742.

15. Про мораторій на стягнення майна громадян України, наданого як забезпечення кредитів в іноземній валюті: Закон України від 3 червня 2014 р. № 1304–18. Відомості Верховної Ради. 2014. № 28. Ст. 940.

16. Постанова Верховного суду України від 9 вересня 2015 р. № 6–483цс15. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/D6D2E22F1B276DE7C2257EBD0047D60A.

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

**Сигидин Віталій Михайлович** – аспірант Науково-дослідного інституту приватного права та підприємництва імені Ф.Г. Бурчака Національної академії правових наук України, заступник начальника Головного територіального управління юстиції з питань державної реєстрації, начальник Управління державної реєстрації Головного територіального управління юстиції в м. Києві

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Sygydyn Vitaliy Mykhaylovych** – Postgraduate Student of Research Institute of Private Law and Entrepreneurship named after F.G. Burchak of National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Deputy Head of the Main Territorial Department of Justice for State Registration-Head of the State Registration Department of the Main Territorial Department of Justice in Kyiv

*thrustlaw@gmail.com*

УДК 347.635

# ЮРИСДИКЦІЯ ТА ПІДСУДНІСТЬ СПРАВ ПРО СТЯГНЕННЯ АЛІМЕНТІВ НА УТРИМАННЯ ДИТИНИ

**Дмитро ШКОРУПЕЄВ,**
аспірант кафедри цивільного процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»,
суддя Суворовського районного суду м. Одеси

**АНОТАЦІЯ**

Стаття присвячена комплексному дослідженню питань щодо розмежування цивільної юрисдикції під час розгляду цивільних справ про стягнення аліментів на утримання дитини. З урахуванням аналізу норм національного законодавства, основних доктринальних підходів та правозастосовної практики визначено вид проваджень, за якими можуть розглядатись цивільні справи про стягнення аліментів на утримання дитини в цивільному судочинстві, а також проведено аналіз положень діючого цивільного процесуального законодавства України щодо визначення підсудності у справах про стягнення аліментів на дитину в судовому порядку.

**Ключові слова:** стягнення аліментів на утримання дитини, захист прав та інтересів дитини, юрисдикція, підсудність, цивільне судочинство.

## JURISDICTION AND SUABILITY OF THE CASES OF ALIMONY RECOVERY FOR CHILD MAINTENANCE

**Dmytro SHKORUPEIEV,**
Postgraduate Student at the Department of the Civil Procedure of National University „Odessa Law Academy”,
Judge of the Suvorovsky District Court of Odessa

**SUMMARY**

The article is devoted to complex research of the questions concerning delimitation of civil jurisdiction in civil cases consideration about alimony recovery of the child maintenance. Taking into account the analysis of the norms of the national legislation, the main doctrinal approaches and law enforcement practice, was defined the type of proceedings which can be considered in civil cases for the recovery of child maintenance in civil proceedings, also was made an analysis of the regulations of the current civil procedural law of Ukraine regarding the determination of jurisdiction in cases of alimony recovery for child maintenance in the court.

**Key words:** alimony recovery for child maintenance, protection of rights and interests of children, jurisdiction, suability, civil proceedings.

**REZUMAT**

Articolul este dedicat problemelor complexe de cercetare cu privire la repartizarea competențelor civile în cauzele civile pentru recuperarea de sprijin pentru copii. O analiză a legislației naționale, principalele abordări și practici doctrinare, tip determinat de producție, care sunt considerate cauze civile pentru pensia alimentară pentru copil în cadrul unei proceduri civile, precum și o analiză a prevederilor legii procedură civilă aplicabile Ucrainei în ceea ce privește stabilirea competenței în cazurile de recuperare sprijin copilului în instanță.

**Cuvinte cheie:** colectarea de pensii pentru întreținerea copilului, protecția drepturilor și intereselor copilului, jurisdicție, jurisdicție, procedură civilă.

**Постановка проблеми.** Відповідно до ст. 8 Закону України «Про охорону дитинства», кожна дитина має право на рівень життя, достатній для її фізичного, інтелектуального, морального, культурного, духовного і соціального розвитку. Батьки або особи, які їх замінюють, несуть відповідальність за створення умов, необхідних для всебічного розвитку дитини, відповідно до законів України [1].

Обов’язок батьків утримувати дитину до досягнення нею повноліття випливає з положень ст. 180 Сімейного кодексу (далі – СК) України [2]. Батьки зобов’язані утримувати свою дитину незалежно від того, одружені вони чи ні (у випадку народження дитини під час фактичних шлюбних відносин), розірвано їхній шлюб чи ні. Обов’язок щодо утримання зберігається й тоді, коли дитина народилася у шлюбі, який пізніше було визнано недійсним, а також у випадку позбавлення батьківських прав батьків [3, с. 43].

Як зазначає Ю.В. Кузнецова, «<…> право на утримання дитини виникає в того з батьків, з ким проживає дитина, зокрема:

– дружина, чоловік, з ким проживає дитина, має право на утримання від другого з подружжя до досягнення дитиною трьох років (ч. 2 ст. 84 СК України, ч. 1 ст. 86 СК України).

– якщо дитина має вади фізичного або психічного розвитку, дружина, чоловік, з ким проживає дитина, має право на утримання від другого з подружжя до досягнення дитиною шести років (ч. 3 ст. 84 СК України, ч. 2 ст. 86 СК України).

– якщо один із подружжя, в тому числі і працездатний, проживає з дитиною-інвалідом, яка не може обходитися без постійного стороннього догляду, і опікується нею, – він має право на утримання за умови, що другий з подружжя може надавати матеріальну допомогу (ст. 88 СК України)» [4, с. 70].

**Актуальність теми дослідження.** Правові питання, пов’язані з розглядом справ про стягнення аліментів на утримання дитини, потребують подальшого наукового

осмислення у зв'язку з недостатністю досліджень у правовій доктрині. Процесуальний порядок розгляду зазначеної категорії справ досліджувався через призму окремих аспектів судового захисту прав, свобод та законних інтересів неповнолітніх, був предметом низки досліджень вчених як радянської, так і сучасної доктрини права, які здебільшого висвітлювалися на сторінках підручників із сімейного права. Тому залишилось багато дискусій щодо особливостей розгляду справ про стягнення аліментів на утримання дитини взагалі та питань визначення юрисдикції, підсудності у справах про стягнення аліментів зокрема. У цей час відповідно до судової реформи в українському цивільному процесуальному законодавстві відбуваються глобальні зміни, що привело до необхідності підвищення уваги до розглядуваного питання та проведення його дослідження з урахуванням останніх законодавчих змін.

**Стан дослідження.** У науці сімейного та цивільного процесуального права окремі аспекти розгляду справ про стягнення аліментів на утримання дитини аналізувалися такими науковцями, як: Л.В. Афанасьєва, Н.В. Волкова, Л.Є. Гузь, В.В. Єфременко І.В. Жилінкова, В.А. Кройтор, Л.В. Сапейко, З.В. Ромовська, Ю.С. Червоний та ін.

**Мета та завдання статті** полягає в дослідженні, виявленні, постановці та вирішенні теоретичних проблем визначення юрисдикції та підсудності щодо справ про стягнення аліментів на утримання дитини. Згідно з поставленою метою визначено наступні завдання наукового дослідження: визначити юрисдикцію та підсудність справ про стягнення аліментів на утримання дитини.

**Виклад основного матеріалу.** Правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. Право особи на звернення до суду за вирішенням спору не може бути обмежено законом та іншими нормативно-правовими актами. Юрисдикція судів, відповідно до ч. 2 ст. 124 Конституції України, поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі [5]. Право кожного на звернення до суду за захистом гарантовано також ст. 55 Конституції України та закріплено ст. 4 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України тощо. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 4 цього Кодексу кожна особа має право в порядку, встановленому ЦПК України, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи законних інтересів [6].

Тим самим основний закон України та цивільне процесуальне законодавство надає кожній особі рівну можливість звернення за судовим захистом та вільний доступ до правосуддя.

Відповідно до ч. 1 ст. 19 ЦПК України суди розглядають у порядку цивільного судочинства справи, що виникають із цивільних, земельних, трудових, сімейних, житлових та інших правовідносин, крім справ, розгляд яких здійснюється в порядку іншого судочинства. Отже, справи про стягнення аліментів відносяться до цивільної юрисдикції та можуть розглядатись у судовому порядку.

Крім судового порядку, сімейне законодавство передбачає вирішення питання про стягнення аліментів на утримання дитини в добровільному порядку. Так, відповідно до ст. 189 СК України батькам надано право укладати договір про аліменти на дитину, в якому визначаються розмір та строки виплати. Умови договору не можуть порушувати права дитини, які встановлені національним та міжнародним законодавством. Укладення даного договору є правом, а не обов'язком батьків. Договір про сплату аліментів на дитину може бути укладений: між батьками, які не перебувають у шлюбі, якщо вони зареєстровані як батьки дитини; між батьками, які перебувають в шлюбі та після розірвання шлюбу. Цей договір укладається в письмовій формі та нотаріально посвідчується. У випадку невиконання договірних зобов'язань аліменти стягуються на підставі виконавчого напису нотаріуса.

Також необхідно зазначити, що договором про сплату аліментів може бути визначений різний порядок сплати аліментів (наприклад, шляхом особистої сплати аліментів безпосередньо платником аліментів їх одержувачеві, шляхом сплати аліментів платником аліментів їх одержувачеві через третіх осіб, поштовим переказом аліментів або шляхом перерахування аліментів на рахунок одержувача аліментів у банку). У випадку сплати аліментів у твердій грошовій сумі, у зв'язку з постійними інфляційними процесами, сторони договору про сплату аліментів вправі включити до договору умову щодо індексації такої грошової суми. Крім того, в договорі можна передбачити і розмір можливих додаткових витрат на лікування дитини в разі хвороби, оплату відпочинку, навчання, розвиток здібностей та інші потреби та інтереси дитини. У договорі про аліменти батьки можуть вказати призначення та цільове використання коштів тощо [7, с. 50].

Відповідно до ч. 1 ст. 187 СК України один із батьків може подати заяву за місцем роботи, місцем виплати пенсії, стипендії про відрахування аліментів на дитину з належних йому платежів у розмірі та на строк, які визначені в його заяві. Такий спосіб виконання обов'язку з утримання дитини цілком залежить від волевиявлення аліментозобов'язаної особи, не потребує будь-яких додаткових засобів [8, с. 98].

У разі невиконання в добровільному порядку обов'язку щодо сплати зобов'язаною особою аліментів їх із нього можна стягнути в судовому порядку. Стягнення аліментів у судовому порядку можливе лише за відсутності домовленості про сплату аліментів. В іншому випадку необхідно, насамперед, розірвати договір про сплату аліментів і після цього звернутися з вимогою про стягнення аліментів [9, с. 86–87].

Судовий захист права на аліменти є надійним та ефективним способом, оскільки дозволяє суду, здійснюючи правосуддя, в межах цивільної процесуальної форми всебічно з'ясувати обставини кожної конкретної справи, дослідити всі надані докази, ухвалити рішення, обов'язкове до виконання, тобто реально сприяти захисту суб'єктивного права дитини [8, с. 98].

Відповідно до норм цивільного процесуального законодавства України в судовому порядку справи про стягнення аліментів на утримання дитини можуть розглядатися в позовному або наказному провадженні. Згідно з п. 2 ч. 2 ст. 19 ЦПК України цивільне судочинство здійснюється в порядку позовного провадження (загального або спрощеного).

З вищенаведеної норми вбачається, що новелою цивільного процесуального законодавства України є спрощене позовне провадження. Введення законодавцем спрощеного позовного провадження в цивільне судочинство має на меті забезпечення доступу до правосуддя за рахунок зменшення судових витрат та спрощення самої процедури розгляду справ у судовому порядку.

Спрощене позовне провадження призначене для розгляду малозначних справ, справ, що виникають із трудових відносин, справ незначної складності та інших справ, для яких пріоритетним є швидке вирішення справи.

Загальне позовне провадження призначене для розгляду справ, які через складність або інші обставини недоцільно розглядати у спрощеному позовному провадженні (ч. 4 ст. 19 ЦПК України).

З аналізу положення норми п. 1 ч. 4 ст. 274 ЦПК України вбачається, що в порядку спрощеного позовного провадження можуть розглядатися справи про стягнення аліментів, оскільки дана норма передбачає, що «<…> не можуть бути розглянуті справи у спорах що виникають із сімейних відносин, крім спорів про стягнення аліментів».

Згідно з п. 6 ч. 4 ст. 274 ЦПК України інші вимоги, об'єднані з вимогами у спорах, вказаних у пунктах 1–5 ч. 4 ст. 274 ЦПК України, не можуть бути розглянуті в порядку спрощеного позовного провадження. З наведеного вбачається, що якщо справи про стягнення аліментів на утримання дитини розглядаються разом із вимогою про встановлення батьківства, позбавлення батьківських прав, розірвання шлюбу тощо, то в даному випадку така категорія справ буде розглядатись у загальному позовному провадженні. Дане положення також витікає із законодавчих приписів, що в порядку спрощеного позовного провадження не можуть бути розглянуті справи у спорах, що виникають із сімейних відносин.

Отже, справи про стягнення аліментів можуть розглядатись в порядку загального позовного провадження та спрощеного позовного провадження. Однак справи про стягнення аліментів на утримання дитини можуть розглядатись у спрощеному позовному провадженні за певної вимоги, а саме: якщо справа про стягнення аліментів на утримання дитини не об'єднана для розгляду з іншою вимогою, яка витікає із сімейних правовідносин, наприклад, з вимогою про встановлення батьківства, позбавлення батьківських прав, розірвання шлюбу тощо.

Відповідно до норм цивільного процесуального законодавства України розгляд справ про стягнення аліментів на дитину можливий і в наказному провадженні, що передбачає звернення до суду із заявою про видачу судового наказу. В такому випадку видача судового наказу проводиться без судового засідання і виклику стягувача та боржника. Проте Сімейний кодекс України встановлює чіткий розмір вимоги про присудження аліментів на дитину в наказному провадженні, у випадку визначення розміру аліментів у твердій грошовій сумі, який становить 50 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку (ч. 3 ст. 184 СК України). Якщо визначення розміру аліментів у частці від заробітку (доходу) матері, батька дитини, то відповідно до ч. 5 ст. 183 СК України той із батьків або інших законних представників дитини, разом з яким проживає дитина, має право звернутися до суду із заявою про видачу судового наказу про стягнення аліментів у розмірі на одну дитину – однієї чверті, на двох дітей – однієї третини, на трьох і більше дітей – половини заробітку (доходу) платника аліментів, але не більше десяти прожиткових мінімумів на кожну дитину відповідного віку. Якщо особа бажає заявити вимогу про стягнення аліментів на дитину, наприклад, у твердій грошовій сумі, то, відповідно, даній особі необхідно звертатися до суду в позовному провадженні з позовною заявою.

Аналогічна норма також міститься в цивільному процесуальному законодавстві, а саме – відповідно до п. п. 4, 5 ч. 1 ст. 161 ЦПК України у порядку наказного провадження справи про стягнення аліментів розглядаються у випадку, якщо заявлено вимогу про стягнення аліментів у розмірі на одну дитину – однієї чверті, на двох дітей – однієї третини, на трьох і більше дітей – половини заробітку (доходу) платника аліментів, але не більше десяти прожиткових мінімумів на кожну дитину відповідного віку, якщо ця вимога не пов'язана із встановленням чи оспорюванням батьківства (материнства) та необхідністю залучення інших заінтересованих осіб; заявлено вимогу про стягнення аліментів на дитину у твердій грошовій сумі в розмірі 50 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку, якщо ця вимога не пов'язана із встановленням чи оспорюванням батьківства (материнства) та необхідністю залучення інших заінтересованих осіб.

З вищенаведеної норми випливає, як справедливо зазначає Н.В. Волкова, що законодавець передбачає певні вимоги, за якими можливо розглядати справи про стягнення аліментів у наказному провадженні, а саме:

– якщо заявлено вимогу про стягнення аліментів у розмірі на одну дитину – однієї чверті, на двох дітей – однієї третини, на трьох і більше дітей – половини заробітку (доходу) платника аліментів, але не більше десяти прожиткових мінімумів на кожну дитину відповідного віку;

– якщо заявлено вимогу про стягнення аліментів на дитину у твердій грошовій сумі в розмірі 50 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку, якщо ця вимога не пов'язана із встановленням чи оспорюванням батьківства (материнства) та необхідністю залучення інших заінтересованих осіб;

– якщо під час стягнення аліментів на дитину не ставиться також питання про встановлення батьківства (материнства) й не оспорюється це право, оскільки в наказному провадженні розгляд спорів про право не допускається;

– якщо немає необхідності залучення до розгляду справи інших заінтересованих осіб [10, с. 90].

Також необхідно зазначити, що на розгляд справ про стягнення аліментів на утримання дитини в судовому порядку не поширюється позовна давність, тому така вимога може пред'являтися до суду незалежно від терміну, який минув із моменту виникнення права на аліменти (якщо аліменти не виплачувалися раніше за угодою про сплату аліментів).

Щодо підсудності, то необхідно зазначити, що дотримання судами процесуальних норм інституту підсудності має велике значення, оскільки означає дотримання судами положення п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року [11], яка гарантує, що кожен під час вирішення спору щодо його цивільних прав має право на справедливий і відкритий розгляд упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом.

У цивільному процесуальному праві під підсудністю розуміють сукупність норм цивільного процесуального права, що регулюють цивільні процесуальні правовідносини, пов'язані з розподілом справ між судами першої інстанції в залежності від характеру справ і території, на яку розповсюджується компетенція суду першої інстанції, який розглядає дану справу [12, с. 253]. Тобто визначити підсудність цивільної справи означає встановити компетентний, належний суд у цій справі.

Завданням інституту підсудності є розподіл цивільних справ між самими судами загальної юрисдикції задля більш швидкого і правильного розгляду і вирішення справи, найбільш ефективного захисту прав, свобод та інтересів суб'єктів права. Підсудність визначає не наявність суб'єктивного права на звернення до суду за судовим захистом, а його здійснення з дотриманням встановленого законом порядку.

Відповідно до ч. 1 ст. 23 ЦПК України всі справи, що підлягають вирішенню в порядку цивільного судочинства, розглядаються місцевими загальними судами як судами першої інстанції, крім справ, визначених частинами другою та третьою ст. 23 ЦПК України.

Позов про стягнення аліментів у позовному провадженні (спрощеному або загальному) подається в суд за правилами альтернативної підсудності (за вибором позивача) відповідно до ч. 1. ст. 28 ЦПК України, а саме – позови про стягнення аліментів, оплату додаткових витрат на дитину, індексацію аліментів, зміну способу їх стягнення можуть пред'являтися також за зареєстрованим місцем проживання чи перебування позивача.

Якщо справа про стягнення аліментів на утримання дитини розглядається в порядку наказного провадження, то відповідно до ст. 162 ЦПК України заява про видачу судо-

вого наказу подається до суду першої інстанції за загальними правилами підсудності.

З цього приводу справедливо зазначає С.Я. Фурса, що застосування правил територіальної підсудності під час подання заяви про видачу судового наказу залежить від вимоги, на підставі якої видаватиметься судовий наказ [13, с. 604]. Тому необхідно погодитися з точкою зору Н.В. Волкової, що «<…> розглядаючи вимогу про стягнення аліментів на дитину, за аналогією застосовується альтернативна територіальна підсудність <…>, а саме позови про стягнення аліментів можуть пред'являтися також за зареєстрованим місцем проживання чи перебування заявника» [10, с. 91].

**Висновки.** Підсумовуючи вищенаведене, необхідно зазначити, що справи про стягнення аліментів на утримання дитини відносяться до цивільної юрисдикції та розглядаються в судовому або в добровільному порядку. У судовому порядку дана категорія справ розглядається у випадку, якщо в добровільному порядку не виконаний обов'язок щодо сплати аліментів на утримання дитини.

Справи про стягнення аліментів на утримання дитини розглядаються в цивільному судочинстві в порядку загального позовного провадження або спрощеного позовного провадження, наказного провадження відповідно до вимог, визначених цивільним процесуальним законодавством України.

Щодо визначення підсудності справ про стягнення аліментів на утримання дитини, то встановлено, що дана категорія справ незалежно від того, чи розглядається вона в позовному (загальному або спрощеному) або в наказному провадженнях, можуть застосовуватись правила альтернативної підсудності (за вибором позивача) відповідно до ч. 1 ст. 28 ЦПК України.

**Список використаної літератури:**

1. Про охорону дитинства: Закон України від 26.04.2001 р. № 2402-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 30. Ст. 142.

2. Сімейний кодекс України: Закон України від 10.01.2002 р. № 2947-III. Відомості Верховної Ради України. 2002. № 21–22. Ст. 135.

3. Сапейко Л.В., Кройтов В.А. Аліменти дітям та батькам: монографія. Харків: Ескада, 2008. 160 с.

4. Кузнецова Ю.В. Стягнення аліментів як гарантія виконання обов'язку батьків з утримання дитини. «SOCIOПРОСТІР: міждисциплінарний електронний збірник наукових праць з соціології та соціальної роботи». № 5'16. С. 69-73. URL: http://sociology.kharkov.ua/images/socioprostir /magazine /5_2016/11.pdf

5. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

6. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 року № 1618-IV ( В редакції Закону № 2147-VIII від 03.10.2017, ВВР, 2017, № 48, ст.436). URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1618-15

7. Гресь Н.Н. Договорное регулирование алиментных обязательств по содержанию родителями своих детей. Юридичний науковий електронний журнал. 2015. № 3. С. 49–52. URL: http://repo.sau.sumy. ua/handle/123456789/2707

8. Єфременко В.В. Сторони у справах про стягнення аліментів на дітей. Форум права. 2007. № 3. С. 97–103. URL: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2007- 3/07evvand.pdf

9. Кройтор В.А. Особливості порядку стягнення аліментів на неповнолітніх дітей. Університетські наукові записки. 2013. № 1 (45). С. 86–93.

10. Розгляд окремих категорій цивільних справ у судах: навч. посіб. / за ред. Н.Ю. Голубєвої. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2017. 480 с.

11. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: від 4 листопада 1950 р. Офіційний вісник України. 2006. № 32. Ст. 2371.

12. Ю.С. Червоный, Г.С. Волосатый, В.О. Ермолаева и др. Гражданский процессуальный кодекс Украины: Научно-практический комментарий. Х.: Одиссей, 2008. 792 с.

13. Цивільний процес України: академічний курс / за ред. С.Я. Фурси. К.: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2009. 848 с.

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

**Шкорупеєв Дмитро Анатолійович** – аспірант кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія», суддя Суворовського районного суду м. Одеси

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Shkorupeiev Dmytro Anatoliiovych** – Postgraduate Student at the Department of the Civil Procedure of National University „Odessa Law Academy", Judge of the Suvorovsky District Court of Odessa

*Volko_71@ukr.net*

# ТРУДОВОЕ ПРАВО, ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

УДК 349.2

## ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ, ЩО НАДАЮТЬ ПОСЛУГИ ІЗ ПРАЦЕВЛАШТУВАННЯ, У СФЕРІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТРУДОВОЇ ЗАЙНЯТОСТІ МОЛОДІ

**Анастасія БОЙКО,**
здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін, господарського та трудового права
Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди

**АНОТАЦІЯ**

Досліджено специфіку правового регулювання діяльності органів, що надають послуги із працевлаштування, у сфері забезпечення трудової зайнятості молоді. Аргументовано, що органами, які сприяють трудовій зайнятості молоді, є Державна служба зайнятості та приватні агентства зайнятості. Визначається, що правове забезпечення реалізації заходів сприяння трудовій зайнятості Державною службою зайнятості є досить обмеженим та нечітким, а також містить неефективні юридичні стимули працевлаштування молоді. Натомість норми, що регулюють діяльність приватних агентств зайнятості, є занадто гнучкими та створюють небезпеку невиправданої експлуатації молоді, що звернулася за сприянням трудовій зайнятості до цих органів.

**Ключові слова:** трудова зайнятість, молодь, безробіття, Державна служба зайнятості, приватні агентства зайнятості.

## LEGAL REGULATION OF THE ACTIVITIES OF BODIES, WHICH PROVIDE SERVICES ON EMPLOYMENT, IN THE FIELD OF PROVIDING LABOR EMPLOYMENT OF YOUTH

**Anastasiia BOYKO,**
Applicant at the Department of Civil Law, Economic and Labor Law
of H.S. Skovoroda Kharkiv National Pedagogical University

**SUMMARY**

The specifics of the law regulation of the activity of the agencies that providing employment services in the field of employment of youth are explored. It's argued that the bodies promoting employment of young people are the State Employment Service and private employment agencies. It's determined that the law regulation of measures to promote labor employment by the State Employment Service is rather limited and fuzzy, and also contains ineffective legal incentives for youth employment. Instead, the rules of the activities of private employment agencies are too flexible and may create the unjustified exploitation of young people who have sought the promotion of employment in these bodies.

**Key words:** labor employment, youth, unemployment, state employment service, private employment agencies.

**REZUMAT**

Se studiază specificitatea reglementării legale a activității organismelor care oferă servicii de ocupare a forței de muncă în domeniul asigurării ocupării forței de muncă în rândul tinerilor. Se susține că organismele, care contribuie la ocuparea forței de muncă în rândul tinerilor, sunt Serviciul pentru Ocuparea Forței de Muncă și agențiile private de ocupare a forței de muncă. Se constată că sprijinul legal pentru punerea în aplicare a măsurilor de promovare a ocupării forței de muncă de către Serviciul pentru Ocuparea Forței de Muncă este foarte limitat și neclar și conține, de asemenea, stimulente juridice ineficiente pentru ocuparea forței de muncă în rândul tinerilor. Dar regulile care guvernează activitățile agențiilor private de ocupare a forței de muncă sunt prea flexibile și creează pericolul exploatării nejustificate a tinerilor, au făcut apel la promovarea locurilor de muncă în aceste organisme.

**Cuvinte cheie:** ocuparea forței de muncă, tineret, șomaj, Serviciul de stat pentru ocuparea forței de muncă, agenții private de ocupare a forței de muncă.

**Постановка проблеми.** Як відзначається в доповіді Міжнародної організації праці «Глобальні тенденції у сфері зайнятості у 2014 р.», рівень безробіття серед молоді у 2013 р. становив 13,1%, і це найвищий показник із 2007 р. Чисельність безробітної молоді (віком 15–24 років) – 74,5 млн. чол., і помітно перевищує рівень 2007 р. (73,5 млн.). Експерти зазначають, що рівень безробіття не повною мірою відбиває серйозний вплив кризи на сферу зайнятості молоді, оскільки економічна активність останньої внаслідок цієї кризи помітно знизилася. У 56 країнах, за якими є відповідні дані, на ринку праці зафіксовано на 1,7 млн. більше безробітних [1]. Станом на 1 грудня 2014 р. Державна служба зайнятості України констатувала 450,6 тисяч безробітних українців, кожен третій з яких віком до 35 років [2]. Наведені цифри

свідчать про те, що система правового регулювання розподілу та перерозподілу молоді як робочої сили працює неефективно. Навіть з урахуванням таких природних якостей молоді, як мобільність і гнучкість, багато осіб із цієї категорії з великими труднощами самотужки знаходять підходящу роботу. Адже сучасний мінливий ринок праці, хоч і є апріорі відкритим для ініціативи працевлаштування, але й висуває суворі вимоги щодо рівня освіти й особливо досвіду роботи до претендентів на посаду. Останнє впливає на можливість молоді знайти роботу за отриманою в технікумі чи університеті спеціальністю. Як зазначає І. Леган, конкурентоспроможність молоді на ринку праці передусім характеризується наявністю унікальних характеристик власного та професійного характеру, проте є також результатом залучення та взаємодії між собою відповідних уповноважених суб'єктів та чіткого правового регулювання їхньої діяльності [3, с. 25]. Отже, держава, яка, згідно із ч. 2. ст. 43 Конституції України, відповідає за створення умов для повного здійсненнягромадянами права на працю, повинна створити систему органів сприяння забезпеченню трудової зайнятості молоді та відповідне правове забезпечення їхньої діяльності.

**Стан дослідження.** Окремі питання молодіжного безробіття та трудової зайнятості молоді в сучасній науці трудового права розробляють такі вчені, як: О. Коваленко, Р. Шабанов, С. Вишновецька, Ю. Щотова, Н. Клімова й ін. Однак аспекти юридичної сутності та значення органів, що повинні сприяти трудовій зайнятості молоді, не знайшли достатнього відображення в означених дослідженнях.

**Мета і завдання статті** – розкрити специфіку правового регулювання діяльності органів, що надають послуги із працевлаштування, у сфері забезпечення трудової зайнятості молоді.

**Виклад основного матеріалу.** Правовідносини працевлаштування населення здійснюються за участі особливих органів, які надають послуги із працевлаштування. Як визначає Р. Шабанов, орган забезпечення та сприяння зайнятості населення – це державна чи інша організація, головним чи одним із головних напрямів діяльності якої є забезпечення громадянам, які звертаються, відповідно до чинного законодавства, сприяння в пошуку роботи й улаштуванні на неї, з урахуванням інтересів громадян, що працевлаштовуються, роботодавців і держави [4].

Насамперед такими органами є державні центри зайнятості.

Згідно з положеннями Конвенції Міжнародної організації праці (далі – МОП) № 88 від 1950 р. «Про організацію служби зайнятості» (далі – Конвенція), основним обов'язком служби зайнятості визнавалося забезпечення найкращої організації ринку зайнятості як невід'ємної частини національної програми досягнення й підтримки повної зайнятості, розвитку і використання продуктивних сил. Служба зайнятості складається з національної системи бюро з найму, яка працює під керівництвом державної влади. Ця система повинна містити мережу місцевих і регіональних бюро, кількість яких є достатньою для обслуговування кожного географічного району, та які розташовані зручно для підприємців і працівників (ст. ст. 2, 3 Конвенції). Конвенція також встановлює, що служба зайнятості організовується в такий спосіб, щоб забезпечити ефективний набір громадян на роботу, й визначає основні напрями діяльності служби зайнятості відповідно до цієї мети (ст. 6). Згідно з Конвенцією, послуги державної служби зайнятості мають бути безплатними для тих, хто звертається по них, тобто як для осіб, які мають роботу, так і для безробітних, а також для роботодавців [5].

В Україні Державна служба зайнятості вперше з'явилася в грудні 1990 р., коли для створення умов для реалізації прав громадян на працю і забезпечення соціального захисту тимчасово незайнятого населення рішенням уряду України на базі Бюро із працевлаштування було створено Державну службу зайнятості з розгалуженою структурою, у складі якої з'явилися республіканський, обласні, районні, міські та районні в містах центри зайнятості. Цим же рішенням визначалися основні права, функції та напрями діяльності згаданої служби, її організаційна структура і система управління. У березні 1991 р. Верховна Рада України ухвалила Закон «Про зайнятість населення», в якому було більш чітко визначено головні принципи діяльності Державної служби зайнятості, її обов'язки і права. У червні 1991 р. Кабінет Міністрів України затвердив Положення про державну службу зайнятості, в якому детально уточнив її організаційну структуру, головні завдання, права, відповідальність і місце в структурі органів державної виконавчої влади, порядок призначення керівних працівників, систему формування штатів і оплати їхньої праці. Саме із цього часу Служба зайнятості України стала важливим інструментом держави у сфері регулювання ринку праці й соціального захисту тимчасово незайнятого населення.

Відповідно ж до Закону України «Про зайнятість населення», який набрав чинності 1 січня 2013 р., передбачається функціонування Центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері зайнятості населення та трудової міграції [6, ст. 21]. 16 січня 2013 р. ухвалений Указ Президента України «Про Державну службу зайнятості України», яким остаточно закріплювалося, що саме Державна служба зайнятості України є центральним органом виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері зайнятості населення та трудової міграції, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через міністра соціальної політики України. Також Державна служба зайнятості України була визнана правонаступником відповідних органів Державної служби зайнятості. Залишилося лише ліквідувати Державну службу зайнятості, яка існувала як самостійний центральний орган виконавчої влади, що й було зроблено відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 5 березня 2014 р. № 90 «Деякі питання державного управління у сфері зайнятості населення» [7].

Що стосується діяльності Державної служби зайнятості зі сприяння трудовій зайнятості молоді, то такий обов'язок цього державного органу виходить з п. п. 4 та 7 ст. 14 Закону України «Про зайнятість населення», в якій міститься перелік категорій громадян, що мають додаткові гарантії в сприянні працевлаштуванню. Так, до категорій громадян, що мають додаткові гарантії в сприянні працевлаштуванню, належить молодь, яка закінчила або припинила навчання в загальноосвітніх, професійно-технічних і вищих навчальних закладах, звільнилася зі строкової військової або альтернативної (невійськової) служби (протягом шести місяців після закінчення або припинення навчання чи служби), яка вперше приймається на роботу, а також особи, яким виповнилося 15 років і які за згодою одного з батьків або особи, яка їх замінює, можуть, як виняток, прийматися на роботу.

Означений Закон у ст. 24 серед заходів сприяння трудовій зайнятості молоді з боку Державної служби зайнятості виділяє сприяння забезпеченню молоді першим робочим місцем і запровадження стимулів для стажування на підприємствах, в установах і організаціях незалежно від форми власності, виду діяльності та господарювання, фізичних осіб, які застосовують найману працю, молоді, яка навчається. Водночас конкретний механізм реалізації цих положень відсутній. Натомість Законом України «Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні» передбачено, що держава забезпечує працездатній молоді надання першого робочого місця на строк не

менше 2 років після закінчення чи припинення навчання, а також після звільнення зі строкової військової, або альтернативної служби [8, ст. 7]. Той же Закон передбачає гарантоване надання роботи за фахом на період не менше трьох років молодим спеціалістам – випускникам державних професійно-технічних та вищих навчальних закладів, потреба в яких була визначена державним замовленням. Для підприємств і організацій незалежно від форми власності із чисельністю працюючих понад 20 осіб місцеві державні адміністрації, виконавчі органи відповідних рад за поданням центрів зайнятості встановлюють квоту робочих місць для працевлаштування окремих категорій громадян, до яких належить і молодь. У разі відмови в прийомі на роботу молодих громадян у межах встановленої квоти з підприємств, установ і організацій стягується штраф у п'ятдесятикратному розмірі неоподатковуваного мінімуму доходів громадян за кожну таку відмову.

Ст. 26 Закон України «Про зайнятість населення» встановлює, що роботодавцю, який працевлаштовує на нове робоче місце громадян, що мають додаткові гарантії в сприянні працевлаштуванню (до яких належить і молодь), та яким надано статус безробітного, за направленням територіальних органів Державної служби зайнятості строком не менше ніж на два роки, щомісяця компенсуються фактичні витрати в розмірі єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування за відповідну особу за місяць, за який він сплачений.

Крім того, Закон України «Про зайнятість населення» у ст. 29 встановив для підвищення конкурентоспроможності молоді на ринку праці таке положення: «Студенти вищих та учні професійно-технічних навчальних закладів, що здобули професію (кваліфікацію) за освітньо-кваліфікаційним рівнем «Кваліфікований робітник», «Молодший спеціаліст», «Бакалавр», «Спеціаліст» та продовжують навчатися на наступному освітньо-кваліфікаційному рівні, мають право проходити стажування за професією (спеціальністю), за якою здобувається освіта, на підприємствах, в установах та організаціях незалежно від форми власності, виду діяльності та господарювання, на умовах, визначених договором про стажування у вільний від навчання час. Метою стажування є набуття досвіду з виконання професійних завдань та обов'язків, удосконалення професійних знань, умінь та навичок, вивчення та засвоєння нових технологій, техніки, набуття додаткових компетенцій». Варто зазначити, що для активної інтеграції молоді до трудової зайнятості між національними та міжнародними компаніями («Нестле» в Україні, «Байєр» в Україні, «Метлайф», «Сингента», «Укртелеком», ДТЕК, EY, КПМГ, «Київстар», «Кока-Кола» й ін.), Міністерством молоді і спорту України, Фондом народонаселення Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) в Україні, Державною службою зайнятості був укладений «Пакт заради молоді – 2020», на підставі якого планується сприяти забезпеченню 10 000 місць для стажування та першої роботи молоді. У планах Пакту на 2017 р.: залучення нових компаній, створення як мінімум 25 партнерств і 2 500 місць для стажування та першої роботи, розроблення довідника для компаній із працевлаштування молоді, створення національного плану дій – програми спільних дій органів державної влади щодо працевлаштування молоді. У даному аспекті на Державну службу зайнятості покладається інформування про наявність підприємств, на яких молоді працівники можуть пройти стажування [9].

Також на сайті Державної служби зайнятості міститься перелік заходів, які надаються цим органом сприяння трудовій зайнятості молоді: консультування щодо гарантій держави у сфері зайнятості неповнолітньої молоді; консультація із професійної орієнтації; профтестування щодо підбору підходящої роботи; професійне навчання, перепідготовка та підвищення кваліфікації відповідно до потреб ринку праці за направленням служби зайнятості; участь в оплачуваних громадських роботах; сприяння в започаткуванні власної справи [10].

Як бачимо, Державна служба зайнятості як орган сприяння трудовій зайнятості молоді має широкі повноваження в цій сфері. Однак більшість цих повноважень мають компенсаційний чи інформувальний характер. Натомість в Державної служби зайнятості відсутні можливості щодо планування потреб у новій робочий силі й обмежені важелі тиску на створення робочих місць для молоді. Державна служба зайнятості, крім того, зосереджена на працевлаштуванні молоді на постійну роботу, що дійсно має бути пріоритетом, однак повинна враховуватися й ситуація на ринку праці, яка диктує поширення гнучких форм трудової зайнятості. Т. Буда пише: «Що стосується центрів зайнятості, то молодь не дуже довіряє цим структурам, і більше сподівається на власні сили чи приватні структури у відшуканні прийнятного працевлаштування» [11].

Цими приватними структурами стали приватні агентства зайнятості.

Відповідно до ст. 1 Конвенції МОП № 181 «Про приватні агентства зайнятості» від 19 червня 1997 р., термін «приватне агентство зайнятості» означає будь-яку фізичну або юридичну особу, незалежну від державних органів, що надає одну або більше з таких послуг на ринку праці: послуги, що сприяють погоджуванню пропозицій робочих місць і заявок на них, водночас приватне агентство не стає стороною в трудових відносинах, що можуть виникнути; послуги з найму працівників для надання їх у розпорядження третьої сторони, яка може бути фізичною або юридичною особою («підприємство – користувач»), і встановлює їм робочі завдання та контролює їх виконання; інші послуги, пов'язані з пошуком роботи, обумовлені компетентним органом після консультацій із найбільш представницькими організаціями роботодавців і трудящих, як-от надання інформації, але які не мають на меті погоджування конкретних пропозицій робочих місць і заявок на них [12].

Як зазначає С. Тумакова, серед сучасних агентств із підшукування персоналу в закордонних країнах виокремлюють: універсальні – агентства, які шукають персонал на замовлення майже в усіх секторах ринку робочої сили; агентства з пошуку вищих менеджерів – це еліта рекрутерського бізнесу, хедхантери («мисливці за головами»), що здійснюють пошук провідних співробітників – менеджерів, які відповідають за певний напрям діяльності компанії, обіймають посади, починаючи із заступників начальників підрозділів і закінчуючи президентом корпорації в міжнародних штаб-квартирах; що спеціалізуються на лізингу робочої сили – найпоширеніші в закордонних країнах (у Сполучених Штатах Америки (далі – США) дві третини працівників компанії є тимчасовими працівниками, тобто це спеціалісти, прийняті на роботу під реалізацію конкретного проекту. Саме вони створюють сучасні матричні структури в персоналі фірми), які здійснюють набір кадрів на постійну роботу [13, с. 120].

І. Кисельов пише, що сьогодні в низці країн (США, Великобританія, Федеративна Республіка Німеччина) приватні агентства працевлаштування серйозно потіснили державні біржі праці, прийнявши майже цілком на себе посередництво під час працевлаштування таких категорій працівників, як музиканти, актори, домашні працівники, сільськогосподарські робітники, деякі категорії державних чиновників, більшість конторських службовців, певні категорії висококваліфікованих працівників (програмісти, юристи, керівники підприємств). Також він зазначає, що в промислово розвинених країнах підприємці звертаються найчастіше саме до приватних посередницьких контор для

наймання висококваліфікованих працівників. Їх підшукують не тільки серед безробітних, але і серед працюючих або тих, хто навчається. За такі послуги в разі знаходження підходящого працівника приватні контори одержують від роботодавців комісійні – до третини річної заробітної плати кандидата. У деяких країнах іноді такі агентства мають право одержувати комісійні і від осіб, що звертаються по їхні послуги [14, с. 99].

Варто зазначити, що донедавна Україна не знала такого виду підприємницької діяльності, як посередництво в працевлаштуванні, аж коли Законом України «Про зайнятість населення» були легалізовані суб'єкти господарювання, які надають послуги посередництва в працевлаштуванні. Чинний Закон України «Про зайнятість населення» у р. VI містить норми, спрямовані на законодавче забезпечення послуг зі сприяння та забезпечення зайнятості населення, які законодавець розділяє на три види: 1) послуги суб'єктів господарювання, які надають послуги з посередництва в працевлаштуванні в Україні; 2) послуги суб'єктів господарювання, які надають послуги з посередництва в працевлаштуванні за кордоном; 3) послуги суб'єктів господарювання, які наймають працівників для подальшого виконання ними роботи в Україні в іншого роботодавця.

У даному аспекті Закон України «Про зайнятість населення» гарантує працівникам, направленим на роботу в іншого роботодавця, виплату заробітної плати в розмірі, не нижчому, ніж розмір законодавчо встановленої мінімальної заробітної плати та такої, яку отримує працівник в організації-користувачі за виконання такої ж роботи; забезпечення працівнику час роботи та відпочинку на умовах, визначених для працівників організації-користувача, що передбачено умовами колективного договору та правилами внутрішнього трудового розпорядку; нараховування та сплату єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування на користь працівника відповідно до класів професійного ризику виробництва, до якого віднесено організацію-користувача; заборону перешкод укладенню трудового договору між працівником і організацією-користувачем.

Крім того, приватному агентству зайнятості заборонено направляти працівників до організації-користувача, в якого: 1) протягом року скорочено чисельність (штат) працівників; 2) не дотримано нормативу чисельності працівників основних професій, задіяних у технологічних процесах основного виробництва; 3) залучаються працівники для виконання робіт у шкідливих, небезпечних і важких умовах праці, а також робіт за основними професіями технологічного процесу основного виробництва. У цьому сенсі Р. Шабанов підтримує ідею законодавця про обмеження використання працівників, направлених на роботу до організації-користувача, на основних виробництвах. Однак учений підкреслює, що чинне законодавство України як не визначає поняття робіт за основними професіями технологічного процесу основного виробництва, так і не наводить переліку видів діяльності, які до них належать [4].

Що стосується працевлаштування молоді за допомогою приватних агентств зайнятості, то поки що неможливо відстежити та вивчити те, наскільки ефективно працюють ці агенції, адже відсутня статистична звітність і належний моніторинг їхньої діяльності. Водночас, як вказує Т. Буда, гарною практикою стало створення кадрових агенцій і відділів із працевлаштування випускників при навчальних закладах. Такі структури допомагають вирішувати багато повсякденних завдань: а) сприяють працевлаштуванню випускників; б) налагоджують тісні контакти з роботодавцями, вивчають вимоги до претендентів і можливість їх урахування в освітньому процесі; в) аналізують тенденції розвитку ринку праці; г) надають роботодавцям послуги з підвищення кваліфікації кадрів, розвитку персоналу; ґ) долучають до розроблення навчальних програм і до педагогічної діяльності фахівців-практиків [11].

Варто зазначити, що чинне законодавство окремо не регулює питання сприяння трудовій зайнятості молоді через приватні агентства зайнятості. З одного боку, наявність спеціальних правових норм створила б негативні стимули для співпраці молоді із приватними агентствами зайнятості, адже обмежувала б необхідну гнучкість врегулювання відносин між сторонами. З іншого боку, враховуючи ризикованість і нестійкість відносин, пов'язаних із трудовою зайнятістю на підставі договорів із приватними агентствами зайнятості, молодь як соціальна група, яка потребує саме стабільних умов суспільного та професійного становлення, має бути захищена трудовим законодавством і законодавством про зайнятість. Наприклад, варто закріпити положення про пріоритетність укладення безстрокових трудових договорів із молоддю, яка працевлаштовувалася до роботодавця через приватне агентство зайнятості.

Отже, приватні агентства зайнятості як органи сприяння трудовій зайнятості молоді в умовах ринкової економіки можуть вдало доповнювати досить ригідний механізм працевлаштування за допомогою Державної служби зайнятості. Але для того, щоб цей додатковий механізм не став чільним і не створив поле для посиленої експлуатації молодих працівників на основі нестійкої та незахищеної зайнятості, законодавцю варто провести чітку межу між заходами, що використовують для працевлаштування та надання інших послуг у сфері трудової зайнятості Державна служба зайнятості та приватні агентства зайнятості.

**Висновки.** Органами, що сприяють трудовій зайнятості молоді, є Державна служба зайнятості та приватні агентства зайнятості. Правове регулювання діяльності означених органів здійснюється на основі одного Закону України «Про зайнятість», що не дозволяє чітко виокремити правовий статус кожного з них. Крім того, правове забезпечення реалізації заходів сприяння трудовій зайнятості Державною службою зайнятості є досить обмеженим і нечітким, а також містить неефективні юридичні стимули працевлаштування молоді. Натомість норми, що регулюють діяльність приватних агентств зайнятості, є занадто гнучкими та створюють небезпеку невиправданої експлуатації молоді, що звернулася за сприянням трудовій зайнятості до цих органів. У цьому аспекті доцільним виглядає розроблення законопроекту «Про діяльність приватних агентств зайнятості у сфері працевлаштування молоді».

**Список використаної літератури:**

1. Global Employment Trends 2014: Risk of a jobless recovery?. International Labour Office. Geneva: ILO. 2014.

2. У новий рік без роботи: в Україні зростає молодіжне безробіття. URL: http://www.pravda.com.ua/inozmi/deutsche-welle/2014/12/30/7053657/

3. Леган І. Конкурентоспроможність молоді на ринку праці: шляхи забезпечення та напрями підвищення: дис. ... канд. екон. наук: 08.00.07; Ін-т демографії та соц. дослідж. ім. М.В. Птухи НАН України. Київ, 2015. 258 с.

4. Шабанов Р. Приватні агентства зайнятості як органи, що забезпечують та сприяють зайнятості населення. Збірник наукових праць. Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди. Серія «Право». 2014. Вип. 22. С. 51–61. URL: http://oaji.net/articles/2015/976-1431511677.pdf

5. Про організацію служби зайнятості: Конвенція МОП від 10 серпня 1950 р. № 88. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/993_224/print1382638718600287

6. Про зайнятість населення: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5067–VI. Голос України. 2012. № 153–154.

7. Деякі питання державного управління у сфері зайнятості населення: постанова Кабінету Міністрів України від

5 березня 2014 р. № 90. Офіційний вісник України. 2014. № 30. С. 11. Ст. 826. Код акта 72151/2014.

8. Про сприяння соціальному становленню та розвитку молоді в Україні: Закон України від 5 лютого 1993 р. № 2998–XII. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 16. Ст. 167.

9. Результати першого року реалізації ініціативи «Пакт заради молоді – 2020» – 5 500 місць стажування та першої роботи для української молоді. URL: http://www.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=249746413&cat_id=244277212

10. Які послуги надає молоді служба зайнятості. URL: http://www.dcz.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=96384

11. Буда Т. Регулювання зайнятості молоді в контексті інституційних змін у суспільстві. Психологія і суспільство. 2013. № 1. С. 98–104. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Psis_2013_1_11

12. Про приватні агентства зайнятості: Конвенція МОП від 19 червня 1997 р. № 181. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993_046

13. Тумакова С. Держава і організація ринку робочої сили. Вісник Української академії державного управління при президенті України. 2002. № 3. С. 118–125.

14. Киселёв И. Сравнительное и международное трудовое право: учебник для вузов. М.: Дело, 2005. 728 с.

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

**Бойко Анастасія Костянтинівна** – здобувач кафедри цивільно-правових дисциплін, господарського та трудового права Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Boiko Anastasiia Kostiantynivna** – Applicant at the Department of Civil Law, Economic and Labor Law of H.S. Skovoroda Kharkiv National Pedagogical University

*nastua_boyko@mail.ru*

УДК 349.2

# МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ АКТИ МІЖНАРОДНОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ ПРАЦІ ЯК ДЖЕРЕЛА ПРАВА СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

**Оксана МЕЛЬНИК,**
аспірант кафедри муніципального права та адміністративно-правових дисциплін
Навчально-наукового інституту права імені Іоаннікія Малиновського Національного університету «Острозька академія»

**АНОТАЦІЯ**

У статті висвітлюються ключові аспекти розуміння міжнародно-правових актів Міжнародної організації праці як джерел права соціального забезпечення. Осмислюється роль Міжнародної організації праці в забезпеченні соціальних прав людини. Охарактеризовано ключові риси міжнародно-правових актів Міжнародної організації праці як джерел права соціального забезпечення. Розглянуто особливості окремих актів Міжнародної організації праці як джерел права соціального забезпечення. Зроблено висновки та подано рекомендації.

**Ключові слова:** Міжнародна організація праці, джерела права соціального забезпечення, міжнародно-правові акти Міжнародної організації праці, соціальний захист, соціальні права, соціальні гарантії, джерела права соціального забезпечення.

## INTERNATIONAL LEGAL ACTS OF THE ILO AS A SOURCE OF SOCIAL SECURITY LAW

**Oksana MELNYK,**
Postgraduate Student at the Department of Municipal Law and Administrative-Legal Disciplines
of I. Malynovskyi Institute of Law
of National University of Ostroh Academy

**SUMMARY**

The article highlights the key aspects of understanding the international legal acts of the International Labor Organization as sources of social security law. The role of the International Labor Organization in providing social rights is considered. The key features of international legal acts of the International Labor Organization as sources of social security law are described. The peculiarities of separate acts of the International Labor Organization as sources of social security law are considered. Conclusions and recommendations are made.

**Key words:** International Labor Organization, sources of social security law, international legal acts of the International Labor Organization, Social Protection, social rights, social guarantees, sources of social security law.

**REZUMAT**

Acest articol evidențiază aspectele cheie ale înțelegerii instrumentelor internaționale ale OIM ca surse ale drepturilor de securitate socială. Este luată în considerare rolul OIM în asigurarea drepturilor sociale ale omului. Sunt caracterizate trăsăturile cheie ale instrumentelor juridice internaționale ale OIM ca surse ale dreptului de securitate socială. Sunt luate în considerare particularitățile unor acte ale OIM ca surse ale dreptului de securitate socială. Sunt făcute concluzii și recomandări.

**Cuvinte cheie:** OIM, sursele de drept social, instrumentele juridice internaționale ale OIM, protecție socială, drepturile sociale, garanții sociale, surse ale dreptului de securitate socială.

**Постановка проблеми.** Просування України по шляху розбудови як демократичної, соціальної та правової держави потребує системного реформування соціального забезпечення й на цій основі посилення системи соціальних прав, підвищення їх ефективності, дієвості та доступності [1, с. 18–20; 2, с. 144–145; 3, с. 376–380]. Варто відзначити, що організація і проведення відповідних соціальних реформ передбачають також урахування міжнародних соціальних стандартів, передусім тих, які формуються в процесі діяльності Міжнародної організації праці (далі – МОП). Як відомо, МОП – провідна міжнародна інституція, яка спрямована на забезпечення міжнародно-правового регулювання відносин із питань праці та соціального забезпечення. Завершення Першої світової війни засвідчило системні кризові явища в соціально-економічному становищі провідних держав світу. Її створення в 1919 році відповідно до положень Версальського мирного договору стало об'єктивним чинником подолання соціальної кризи, яка мала місце на початку XX сторіччя. Ідеться про запровадження міжнародно-правового регулювання відносин із соціального забезпечення, виходячи з важливості забезпечення та гарантування соціальних прав і свобод людини, запровадження системи дієвих соціальних стандартів [4, с. 72]. Як доречно зазначається в юридичній літературі, до завдань МОП, згідно з третім розділом Декларації «Про цілі й завдання Міжнародної організації праці», прийнятої 10 травня 1944 році у Філадельфії, належать повна зайнятість і підвищення життєвого рівня; зайнятість трудящих на роботах, де вони можуть одержати задоволення та проявляти свою майстерність; гарантія навчання й переміщення працівників, включаючи трудову міграцію; справедливий розподіл оплати праці; право на колективні переговори; розширення системи соціального забезпечення; забезпечення охорони праці; всебічний захист материнства й дитинства; забезпечення необхідного харчування та житла; створення рівних можливостей у галузі загального та професійного навчання [5, с. 114]. Водночас основними напрямами діяльності МОП є такі: а) розроблення та

прийняття конвенцій і рекомендацій; б) надання технічної допомоги країнам у тому числі й у створенні їхнього національного законодавства; в) навчання та освіта з питань, зарахованих до її компетенції [5, с. 114].

Слідуючи таким підходам, МОП поряд із ООН здійснює свою діяльність через призму: 1) міжнародно-правового регулювання відносин із соціального забезпечення; 2) вироблення міжнародних соціальних стандартів; 3) формування міжнародно-правового базису для розвитку внутрішнього законодавства держав-членів МОП. Україна як учасник МОП ще з 1954 року має не лише дотримуватись, а й активно виконувати зобов'язання, які випливають зі змісту міжнародно-правових актів МОП. Натомість варто відзначити, що практика імплементації нашою державою положень конвенцій і рекомендацій МОП залишається повною мірою незадовільною. Це пояснюється такими чинниками, як відсутність єдиної ефективної Програми ратифікації міжнародно-правових актів МОП; відсутність достатніх законодавчих механізмів забезпечення реалізації положень конвенцій і рекомендацій МОП; відсутність належних законодавчих механізмів урахування міжнародних соціальних стандартів під час прийняття внутрішнього законодавства про соціальне забезпечення; відсутність дієвого механізму моніторингу виконання Україною зобов'язань за міжнародно-правовими актами МОП; відсутність дієвого механізму державного нагляду, громадського контролю за дотриманням зобов'язань за міжнародно-правовими актами МОП.

**Актуальність теми дослідження.** Ураховуючи те, що Україна перебуває у стані перманентних соціальних реформ, які мають на меті в тому числі реформування соціального забезпечення, вагомого значення набувають питання щодо вироблення дієвих механізмів імплементації положень міжнародно-правових актів МОП [6]. Тому розвиток новітнього законодавства про соціальне забезпечення, насамперед варто розвивати з урахуванням положень конвенцій і рекомендацій МОП і в їх розвиток.

**Стан дослідження.** У юридичній літературі порушені в статті проблеми розглядалася в працях таких учених-юристів, як В.М. Андріїв, Н.Б. Болотіна, С.Я. Вавженчук, В.С. Венедіктов, С.В. Венедіктов, С.В. Вишновецька, Т.З. Герасимів, Л.Л. Денисова, І.В. Зуб, І.П. Жигалкін, М.І. Іншин, В.Л. Костюк, С.С. Лукаш, А.Р. Мацюк, В.П. Мельник, П.Д. Пилипенко, С.В. Попов, С.М. Прилипко, О.І. Процевський, С.М. Синчук, Б.І. Сташків, О.В. Тищенко, Н.М. Хуторян, Г.І. Чанишева, М.М. Шумило, Л.П. Шумна, В.І. Щербина, О.М. Ярошенко та ін. Підтримуючи конструктивні позиції й підходи цих та інших науковців щодо розвитку системи джерел права соціального забезпечення, можемо констатувати, що проблематика щодо імплементації міжнародних соціальних стандартів заслуговує на особливу увагу з позиції організації та проведення реформи соціального забезпечення, утвердження України як демократичної, соціальної й правової держави.

**Метою й завданням статті** є науково-теоретичне дослідження особливостей міжнародно-правових актів МОП у системі джерел права соціального забезпечення.

**Виклад основного матеріалу.** За змістом ст. 9 Конституції України [7], чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. При цьому укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України. У розвиток норм Конституції України Закон України «Про міжнародні договори України» [8] установлює, що міжнародний договір України, укладений у письмовій формі з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права, регулюється міжнародним правом, незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, і незалежно від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо). Цим Законом також установлено, що чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства й застосовуються в порядку, передбаченому для норм національного законодавства. Якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору.

У юридичній літературі підкреслюється, що під міжнародним договором України варто розуміти угоду між Українською державою, яка є посередником волі Українського народу, та державами, міжнародними організаціями й іншими суб'єктами міжнародного права, що регулює відносини між ними та породжує взаємні права й обов'язки щодо предмета конституційно-правового регулювання, насамперед щодо прав і свобод людини та громадянина. Утім міжнародні договори є одним із видів нормативно-правових договорів, тому для характеристики міжнародного договору як джерела національного конституційного права важливо підкреслити, що міжнародний договір є угодою про встановлення за взаємною згодою сторін (Української держави та іншими державами, міжнародними організаціями) принципів і норм, які будуть застосовуватися в національній правовій системі для регулювання конституційно-правових відносин [9, с. 12]. Також ученими наголошується, що в більшості випадків загальновизнані принципи й норми міжнародного права характеризуються через категорію джерела міжнародного права у значенні зовнішньої форми закріплення, вираження або існування правил поведінки, що визнаються суб'єктами міжнародного права як юридично обов'язкові. Проте йдеться не про форму вираження міжнародно-правових норм, а про самі норми міжнародного права з акцентом на такій їх якості, як загальна обов'язковість. Традиційне уявлення про джерело як форму вираження норми права ззовні не охоплює процесу утворення міжнародно-правових норм, зокрема й загальновизнаних, а тільки фіксує кінцевий результат такого процесу – міжнародно-правову норму як юридично обов'язкове правило поведінки [10, с. 6–7]. Отже, міжнародні договори відображають і закріплюють правила поведінки, що визнаються суб'єктами міжнародного права як юридично обов'язкові.

У системі міжнародних договорів важлива роль належить міжнародно-правовим актам МОП.

За своєю сутністю міжнародно-правові акти МОП у системі джерел права соціального забезпечення – це вид міжнародно-правових актів (конвенції та рекомендації), які ухвалюються в установленому порядку й відповідно до повноважень МОП і спрямовані на міжнародне правове регулювання відносин із соціального забезпечення.

Основними ознаками міжнародно-правових актів МОП як джерел права соціального забезпечення є такі: а) є результатом нормотворчої діяльності МОП; б) зумовлені метою, завданнями та повноваженнями МОП з питань соціального забезпечення; в) мають форму конвенцій і рекомендацій; г) можуть бути частиною національного законодавства; ґ) передбачають міжнародні соціальні стандарти; д) передбачають механізми реалізації права на соціальне забезпечення й тісно пов'язані з ним соціальні права; е) є міжнародно-правовим базисом для розвитку внутрішнього національного законодавства про соціальне забезпечення.

Доречно відзначити, що конвенція МОП – це міжнародно-правовий акт МОП, зобов'язання за яким є обов'язкови-

ми для держав, які його ратифікували. Натомість рекомендація МОП – це міжнародно-правовий акт МОП, який має рекомендаційний характер і, як правило, спрямовується на підвищення ефективності положень конвенцій. Тому в разі ратифікації конвенції МОП стають частиною національного законодавства України. Нині Україною ратифіковано близько 70 конвенцій МОП, значна їх частина стосується сфери соціального забезпечення.

До основних конвенцій МОП із соціального забезпечення варто зарахувати такі: «Про мінімальні норми соціального забезпечення» (Конвенція від 28.06.1952 № 102) [11], «Про основні цілі та норми соціальної політики» (Конвенція від 22.06.1962 № 117) [12], «Про рівноправність громадян, іноземців, осіб без громадянства у галузі соціального забезпечення» (Конвенція від 28.06.1962 № 118) [13], «Про допомоги по інвалідності, по старості, у зв'язку з утратою годувальника» (Конвенція від 29.06.1967 № 128) [14], «Про встановлення міжнародної системи збереження прав у галузі соціального забезпечення» (Конвенція від 21.06.1982 № 157) [15] тощо.

Конвенція МОП «Про мінімальні норми соціального забезпечення» № 102 (далі – Конвенція № 102) [16] включає такі види соціального забезпечення: медичне обслуговування; допомога у зв'язку з хворобою; допомога по безробіттю; допомога по старості; допомога у випадку трудового каліцтва або професійного захворювання; родинна допомога; допомога у зв'язку з вагітністю й пологами; допомога по інвалідності; допомога у зв'язку з утратою годувальника. Так, згідно з розділом II «Медичне обслуговування» (ст. ст. 7–12), кожна держава-член, для якої цей розділ Конвенції є чинним, гарантує захищеним особам, коли їхній стан потребує медичного обслуговування профілактичного або лікувального характеру, надання допомоги. По-перше, охоплювані ризики включають будь-який хворобливий стан, незалежно від його причини, а також вагітність, пологи та їх наслідки. По-друге, захищені особи включають: a) установлені категорії працюючих, які становлять не менше ніж 50 відсотків усіх працюючих, а також їхніх дружин і дітей, або b) встановлені категорії економічно активного населення, які становлять не менше ніж 20 відсотків усіх жителів, а також їхніх дружин і дітей, або c) встановлені категорії жителів, які становлять не менше ніж 50 відсотків усіх жителів, або d) у випадках, коли діє заява, встановлені категорії працюючих, які становлять не менше ніж 50 відсотків усіх працюючих на промислових підприємствах, що мають 20 чи більше працівників, а також їхніх дружин і дітей. По-третє, допомога охоплює щонайменше: a) у випадку хворобливого стану: i) обслуговування лікарем загальної практики, включаючи візити додому; ii) обслуговування спеціалізованим лікарем стаціонарних або амбулаторних хворих у лікарнях і таке саме обслуговування, яке може надаватися поза лікарнями; iii) надання основних фармацевтичних засобів, які приписав лікар або інший кваліфікований практик; iv) госпіталізацію в разі необхідності; b) у випадку вагітності й пологів і їх наслідків: i) обслуговування до, під час і після пологів, що надається або лікарем, або кваліфікованою акушеркою, та ii) госпіталізацію в разі необхідності. По-четверте, бенефіціарій або його годувальник можуть бути залучені до часткової участі в оплаті вартості медичного обслуговування бенефіціарія у випадку його хворобливого стану; правила такої участі визначаються так, щоб вона не виявилась непосильною. Допомога надається з метою збереження, відновлення та поліпшення здоров'я захищеної особи, її працездатності й здатності самостійно задовольняти власні потреби. Установи або урядові відомства, відповідальні за надання допомоги, заохочують захищених осіб способами, які можуть уважатися доцільними, користуватися службами загальної охорони здоров'я, що надаються їм у розпорядження державними органами або іншими службами, які визнані такими органами. По-п'яте, допомога повинна гарантуватися в разі настання охоплюваного ризику щонайменше тій захищеній особі, яка набула або годувальник якої набув такий стаж, що може бути визнаним необхідним для запобігання зловживанням. По-шосте, допомога повинна надаватися протягом усієї тривалості охоплюваного ризику, за винятком того, що вона може бути обмежена 26 тижнями для кожного випадку хворобливого стану; однак медичне обслуговування не повинно призупинятися доти, доки виплачується допомога у зв'язку з хворобою, а для визначених захворювань, визнаних такими, що вимагають тривалого лікування, мають бути прийняті положення про продовження зазначеного вище обмеження.

Розділ V «Допомога по старості» (ст. ст. 25–30) передбачає, що кожна держава-член, щодо якої цей розділ Конвенції є чинним, гарантує захищеним особам допомогу по старості відповідно до наведених нижче статей цього розділу. По-перше, охоплюваним ризиком є перевищення встановленого віку, який не повинен перевищувати 65 років або такої вищої вікової межі, яка може бути визначена компетентними органами державної влади з належним урахуванням працездатності осіб похилого віку в цій країні. У свою чергу, національне законодавство може призупиняти надання допомоги, якщо особа, яка має на неї право, займається будь-якою встановленою оплачуваною діяльністю, а також зменшувати допомогу, яка базується на системі внесків, – коли заробіток бенефіціарія перевищує встановлену суму, а за системою, яка не базується на внесках, – коли заробіток бенефіціарія або його інші кошти чи сукупність таких коштів і заробітку разом перевищують установлену суму. По-друге, захищені особи включають: a) встановлені категорії працюючих, які становлять не менше ніж 50 відсотків усіх працюючих, або b) встановлені категорії економічно активного населення, які становлять не менше ніж 20 відсотків усіх жителів, або c) усіх жителів, кошти яких під час охоплюваного ризику не перевищують меж, установлених так, щоб дотримувалися встановлені вимоги, або d) у випадках, коли діє заява, зроблена відповідно до Конвенції (ст. 3), встановлені категорії працюючих, які становлять не менше ніж 50 відсотків усіх працюючих на промислових підприємствах, які мають 20 чи більше працівників. По-третє, допомога надається у вигляді періодичних виплат, обчислюваних так, щоб: a) у випадку, коли захисту підлягають категорії працюючих чи категорії економічно активного населення, дотримувались установлені вимоги (ст. ст. 65, 66 Конвенції); b) у випадку, коли захисту підлягають усі жителі, кошти яких під час охоплюваного ризику не перевищують установлених меж, дотримувались вимоги (ст. 67 Конвенції). По-четверте, допомога гарантується в разі настання охоплюваного ризику щонайменше: a) захищеній особі, яка набула до настання охоплюваного ризику відповідно до встановлених правил стаж, який може передбачати 30 років сплати внесків або зайнятості чи 20 років проживання, або b) захищеній особі, яка набула встановлений стаж сплати внесків і за яку в період її працездатного віку сплачено встановлене середньорічне число внесків, коли в принципі підлягає захисту все економічно активне населення. По-п'яте, коли допомога (п. 1) ст. 29 Конвенції) обумовлюється мінімальним стажем сплати внесків або зайнятості, скорочена допомога гарантується щонайменше: a) захищеній особі, яка до настання охоплюваного ризику набула відповідно до встановлених правил 15-річний стаж сплати внесків або зайнятості; або b) захищеній особі, яка набула встановлений стаж сплати внесків і за яку в період її працездатного віку сплачено половину середньорічного числа внесків (пп. b)

п. 1) ст. 29 Конвенції), коли в принципі підлягає захисту все економічно активне населення. По-шосте, норми п. 1) ст. 29 Конвенції вважаються дотриманими, якщо допомога, обчислювана відповідно до положень розділу XI, але на 10 відсотків менша від розміру, зазначеного в додатку до розділу XI для відповідного типового бенефіціарія, надається щонайменше тій захищеній особі, яка відповідно до встановлених правил набула 10-річний стаж сплати внесків або зайнятості чи 5-річний стаж проживання. По-сьоме, відсотковий рівень, зазначений у додатку до розділу XI, може бути пропорційно зменшений, коли стаж, необхідний для отримання скороченої у відсотковому рівні допомоги, перевищує 10 років сплати внесків або зайнятості, але є меншим ніж 30 років; якщо такий стаж перевищує 15 років, виплачується скорочена допомога (п. 2) ст. 29 Конвенції). По-восьме, коли виплата допомоги (п. п. 1), 3), 4) ст. 29 Конвенції) обумовлена мінімальним стажем сплати внесків або зайнятості, скорочена допомога виплачується в установлених умовах захищеній особі, яка лише через свій похилий вік під час набрання чинності положеннями щодо застосування цього розділу Конвенції не змогла виконати умов (п. 2 ст. 29 Конвенції), за винятком випадків, коли після досягнення віку, який перевищує звичайний вік, такій особі гарантується допомога (п. п. 1), 3), 4) ст. 29 Конвенції).

Конвенцією МОП «Про основні цілі та норми соціальної політики» № 117 (далі – Конвенція № 117) (ст. 1) [17] передбачено, що вся політика повинна передусім спрямовуватися на досягнення добробуту й розвитку населення, а також на заохочення його прагнення до соціального прогресу. При цьому політика більш загального застосування визначається з належним урахуванням її впливу на добробут населення. Нормами Конвенції № 117 (ст. 2) визначено, що підвищення рівня життя розглядається як основна мета під час планування економічного розвитку. Сьогодні доволі активна позиція МОП стосується й інших сфер соціального забезпечення [17, с. 200–215].

Теоретико-правовий аналіз положень вищезазначених та інших конвенцій МОП дає змогу вказати на таке: містять загальні положення (приписи) про соціальне забезпечення; містять відсильні норми соціального забезпечення; встановлюють міжнародні соціальні стандарти; встановлюють норми права соціального забезпечення, які можуть бути уточнені з позиції національного законодавства.

**Висновки.** Отже, ключова роль у системі джерел права соціального забезпечення належить міжнародно-правовим актам МОП, з огляду на таке: по-перше, такі акти визначають засади співробітництва й партнерства України з МОП, іншими державами у сфері соціального забезпечення; по-друге, вони сприяють розвитку міжнародно-правового регулювання у сфері соціального забезпечення; по-третє, вони містять норми права соціального забезпечення; по-четверте, вони визначають систему міжнародних соціальних стандартів; по-п'яте, вони є базисом розвитку внутрішнього законодавства про соціальне забезпечення, його систематизації, а на перспективу й кодифікації; по-шосте, мають переваги в застосуванні порівняно з актами внутрішнього законодавства (крім Конституції України); по-сьоме, вони поглиблюють систему соціальних прав, які визначено на підставі міжнародно-правових актів ООН; по-восьме, визначають систему основоположних соціальних прав людини; по-дев'яте визначають засади міжнародної правосуб'єктності особи; по-десяте, конкретизуються на підставі двосторонніх міжнародних договорів України та інших держав.

Перспективними напрямами вдосконалення напрямів імплементації міжнародно-правових актів МОП у галузі соціального забезпечення є такі: поглиблення співробітництва України та МОП з гуманітарних і соціальних питань; посилення механізмів щодо належної ратифікації міжнародно-правових актів МОП; визначення дієвих механізмів імплементації міжнародних соціальних стандартів МОП у законодавство про соціальне забезпечення; визначення дієвих механізмів виконання окремих міжнародно-правових актів МОП; забезпечення дієвості й ефективності права на соціальне забезпечення та інших тісно пов'язаних із ним прав; посилення нагляду й контролю за дотриманням права на соціальне забезпечення та інших тісно пов'язаних із ним прав.

**Список використаної літератури:**

1. Іншин М.І., Сіроха Д.І. Соціальна держава: сутність і перспективи. Актуальні проблеми соціального права: збірник матеріалів учасників Всеукраїнських соціальних програм (заходів) ВГОІ «Інститут реабілітації та соціальних технологій» у 2014 р. / за загальною редакцією М.І. Іншина, В.Л. Костюка, В.О. Попелюшка. Київ: ПВГОІ «ІР СТ Україна», 2015. С. 17–21.

2. Костюк В.Л. Право на соціальне забезпечення в умовах соціальної держави: науково-теоретичний аспект. Матеріали III Міжнародної науково-практичної конференції «Малиновські читання», м. Острог, 14–15 листопада 2014 року. Острог: Видавництво Національного університету «Острозька академія», 2014. С. 144–145.

3. Костюк В.Л. Реформа соціального захисту осіб з інвалідністю у контексті сьогодення: проблеми, виклики та перспективи. Напрями розвитку науки трудового права та права соціального забезпечення: матеріали VI Всеукраїнської науково-практичної конференції, присвяченої 25-річчю кафедри трудового та господарського права Харківського національного університету внутрішніх справ (м. Харків, 3 листопада 2017р.) / за заг. ред. К.Ю. Мельника. Харків: Харків. нац. ун-т внутр. справ, 2017. С. 376–380.

4. Трудове право України: підручник / за заг. ред. М.І. Іншина, В.Л. Костюка. Київ: Юрінком Інтер, 2017. 600с.

5. Право соціального забезпечення в Україні: підручник / Т.А. Занфірова, М.І. Іншин, С.М. Прилипко та ін.; за заг. ред. Т.А. Занфірової, М.І. Іншина, С.М. Прилипка, О.М. Ярошенка. 2-ге вид., перероб. і доп. Харків: ФІНН, 2012. 640с.

6. Напрями діяльності Міжнародної організації праці в Україні. Веб-сайт представництва МОП в Україні. URL: http://www.ilo.org.ua/Pages/ProjectsILO.aspx.

7. Конституція України. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

8. Про міжнародні договори України: Закон України Закон України від 29 червня 2004 року. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 50. Ст. 540.

9. Назаренко О.А. Міжнародні договори України в системі джерел конституційного права України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02 / Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Київ, 2006. 20 с.

10. Терлецький Д.С. Конституційно-правове регулювання дії міжнародних договорів в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02 / Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2007. 20 с.

11. Про мінімальні норми соціального забезпечення: Конвенція МОП від 28.06.1952 № 102. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/993_011.

12. Про основні цілі та норми соціальної політики: Конвенція МОП від 22.06.1962 № 117. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/993_016.

13. Про рівноправність громадян, іноземців, осіб без громадянства у галузі соціального забезпечення: Конвенція МОП від 28.06.1962 № 118. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/993_017.

14. Про допомоги по інвалідності, по старості, у зв'язку з утратою годувальника: Конвенція МОП від 29.06.1967 № 128. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/993_326.

15. Про встановлення міжнародної системи збереження прав у галузі соціального забезпечення: Конвенція МОП від 21.06.1982 № 157. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/993_012.

16. Про ратифікацію Конвенції Міжнародної організації праці про мінімальні норми соціального забезпечення № 102: Закон України від 16.03.2016 № 1024-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 16. Ст. 161.

17. Про ратифікацію Конвенції Міжнародної організації праці про основні цілі та норми соціальної політики № 117: Закон України від 16.09.2015 № 692-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2015. № 46. Ст. 419.

18. Костюк В.Л. Міжнародні стандарти прав осіб з інвалідністю умовах правової, соціальної держави: теоретико-правовий аспект. Актуальні проблеми соціального права в Україні: збірник наукових праць / за ред. М.І. Іншина, В.І. Щербини, С.Я. Вавженчука; відпов. ред. І.С. Сахарук. Харків: «Юрайт», 2017. 282 с.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

**Мельник Оксана Ярославівна** – аспірант кафедри муніципального права та адміністративно-правових дисциплін Навчально-наукового інституту права імені Іоаннікія Малиновського Національного університету «Острозька академія»

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Melnyk Oksana Yaroslavivna** – Postgraduate Student at the Department of Municipal Law and Administrative-Legal Disciplines of I. Malynovskyi Institute of Law of National University of Ostroh Academy

*meokya@gmail.com*

УДК 349.2

# ПОНЯТТЯ Й ОЗНАКИ ТРУДОВОЇ ДИСЦИПЛІНИ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ: НАУКОВО-ТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ

**Аліна НЕСЕЛЕВСЬКА,**
аспірант
Інституту законодавства Верховної Ради України,
головний консультант Апарату Верховної Ради України

**АНОТАЦІЯ**

У статті досліджуються ключові науково-теоретичні питання трудової дисципліни на державній службі. Акцентовано увагу на доктринальних підходах до розуміння трудової дисципліни на державній службі, особливостях її законодавчого забезпечення. Визначено, що базовим законодавчим актом у цій сфері є Закон України «Про державну службу», інші нормативно-правові акти, ухвалені відповідно до нього. За результатами проведеного дослідження підготовлено висновки й надано пропозиції. Службово-трудову дисципліну на державній службі варто розглядати в широкому та вузькому значеннях. У широкому значенні службово-трудова дисципліна – це сукупність норм, правил і положень, які регламентують внутрішній трудовий розпорядок, його дотримання на державній службі, а у вузькому – встановлений у відповідному органі державної влади правовий стан (режим) неухильного дотримання Присяги державного службовця, належного виконання державними службовцями покладених на них обов'язків. Теоретико-правовий аналіз законодавства про державну службу дає змогу визначити такі особливості службово-трудової дисципліни державних службовців в органах влади: 1. Службово-трудова дисципліна державних службовців випливає зі змісту права на працю та права на державну службу. Доречно підкреслити, що «державна служба – це публічна, професійна, політично неупереджена діяльність із практичного виконання завдань і функцій держави, зокрема щодо …». Зазначені положення вказують на те, що трудова функція, умови праці державних службовців спрямовані на виконання завдань, функцій і повноважень відповідного державного органу, а отже, по суті, держави. 2. Службово-трудова дисципліна спрямована на забезпечення ефективності правового статусу державного службовця, що включає в себе таке: 1) систему загальних трудових прав та обов'язків відповідно до актів трудового законодавства; 2) систему спеціальних (службово-трудових) прав та обов'язків; 3) систему заборон, обмежень і відповідальності, які покладаються на державного службовця. 3. Службово-трудова дисципліна характеризується специфічним правовим регулюванням. Норми, правила, положення, що включаються до службово-трудової дисципліни, випливають зі змісту Конституції, Кодексу законів про працю України, Закону України «Про державну службу», інших актів законодавства про державну службу, а також правил внутрішнього трудового розпорядку. 4. Суб'єктами службово-трудової дисципліни є державні службовці, уповноважені державні органи та інші уповноважені суб'єкти відповідно до закону. Уразливість і недосконалість інституту трудової дисципліни на державній службі пов'язана з таким: 1) відсутністю ефективних механізмів реалізації права на державну службу; 2) недосконалістю правового регулювання службово-трудових відносин; 3) недосконалістю законодавства про державну службу та неузгодженістю з актами трудового законодавства; 4) відсутністю ефективної, позитивної мотивації праці державних службовців; 5) недосконалістю правового статусу державних службовців; 6) відсутністю ефективних механізмів забезпечення трудової дисципліни; 7) недосконалістю механізмів нагляду та контролю з питань трудової дисципліни на державній службі. Основоположними тенденціями вдосконалення службово-трудової дисципліни державних службовців є такі: 1) формування Національної програми реформування державної служби; 2) формування оптимальної моделі прав, обов'язків, заборон та обмежень державних службовців; 3) посилення мотивації (заохочень) праці державних службовців; 4) підвищення ефективності дисциплінарної відповідальності державних службовців; 5) розроблення та ухвалення відповідних змін до новітньої редакції Закону України «Про державну службу» з урахуванням національного й міжнародного досвіду.

**Ключові слова:** державна служба, державні службовці, трудова дисципліна, Закон України «Про державну службу», заохочення державних службовців.

## CONCEPT AND SYMPTOMS OF LABOUR DISCIPLINES OF CIVIL SERVANTS: SCIENTIFIC AND THEORETICAL ASPECTS

**Alina NESELEVSKA,**
Postgraduate Student of Institute of Legislation of Verkhovna Rada of Ukraine,
Chief Consultant of Verkhovna Rada of Ukraine

**SUMMARY**

The article in question examines the critical scientific and theoretical issues of the labour discipline of civil servants. The focus is made on the doctrinal approaches towards understanding the labour discipline of civil servants and the particulars of its enforcement. The article further identifies that the Law of Ukraine On Civil Service and other respective legal and regulatory acts are the fundamental legislative acts in the area. The conclusions and suggestions are made based on the research results. Service and labour discipline of civil servants should be analysed in both broad and narrow terms. In a general sense, service and labour discipline is a set of norms, rules and regulations governing internal service regulations and the manner in which civil servants adhere to it. In a narrow sense, it means a governmental body's legal requirements to, or regime of, strict compliance with a Civil Servant's Oath and servants' fulfilling their duties in good faith. The following particulars of the service and labour discipline of

civil servants in office were identified in the course of theoretical and legal analysis of civil service laws: 1. Service and labour discipline of civil servants is enshrined in their labour rights and the right to civil service. It is worth noting that "civil service is public, professional and politically neutral activity related to practical implementation of tasks and functions of the state, in particular, in relation to the following …". The above provisions point out to the fact that labour functions and working conditions of civil servants are intended for exercising the functions and objectives of a particular government body and, therefore, that of the state. 2. Service and labour discipline is aimed at effectuating the legal status of a civil servant, including 1) the system of general labour relations and duties in line with the acts of labour laws; 2) the system of specific rights and obligations (service and labour ones); 3) prohibitions, restrictions and responsibility vested in a civil servant. 3. Service and labour discipline is characterized by a distinct legal regulation. Norms, rules and regulations manifested in the very concept of service and labour discipline are embodied in the Constitution, the Labour Code of Ukraine, the Law of Ukraine On Civil Service, other legislative acts on civil service, and internal service regulations. 4. The subjects of service and labour discipline are civil servants, authorised government bodies and other empowered subjects according to the laws. The following factors attribute to weaknesses and limitations of the institute of civil servants' labour discipline: 1) absence of effective mechanisms for effectuating the right to civil service; 2) shortcomings of legal regulation of labour relations; 3) ineffectiveness of civil service laws and their contrariety with the acts of labour laws; 4) absence of efficacious positive motivation of civil servants' work; 5) limitations of the legal status of civil servants; 6) lack of effective instruments for enforcing labour discipline; 7) inadequacy of supervision and control mechanisms related to civil servants' labour discipline. The principal trends for enhancing service and labour discipline of civil servants are as follows: 1) preparing a National program for reforms in the area; 2) laying out the basis for a constructive framework of rights, obligations, prohibitions and restrictions with respect to civil servants; 3) intensifying motivation (incentives) of civil servants' work; 4) boosting the efficacy of imposing disciplinary penalties on civil servants; 5) elaborating and adopting respective amendments to the recent draft Law of Ukraine On Civil Service, with due regard to the domestic and worldwide practices.

**Key words:** civil service, civil servants, labour discipline, Law of Ukraine On Civil Service, motivation (incentives) of civil servants' work.

## REZUMAT

Acest articol explorează principalele aspecte științifice și teoretice ale disciplinei muncii în serviciul public. Atenția se concentrează asupra abordărilor doctrinare în înțelegerea disciplinei muncii în serviciul public, a specificului suportului său legislativ. Se stabilește că actul legislativ de bază în acest domeniu este Legea Ucrainei "Cu privire la serviciul public", alte acte legislative de reglementare adoptate în conformitate cu acesta. Pe baza rezultatelor studiului, au fost pregătite concluzii și propuneri. Serviciul-disciplina muncii în serviciul public ar trebui să fie luată în considerare într-un sens larg și îngust. Într-un larg sens, un serviciu și de muncă disciplina - un set de norme, reguli și reglementări care guvernează programul de muncă intern, respectul pentru serviciul public, cât și în îngust - stabilit în autoritățile de stat competente statutul juridic (modul) respectarea strictă a Jurământul funcționarului public, punerea în aplicare corespunzătoare a funcționarii publici ai atribuțiilor care le-au fost atribuite. Analiza teoretică și juridică a legislației privind serviciul public vă permite să determinați următoarele caracteristici ale disciplinei de serviciu-muncă a funcționarilor publici din guvern. 1. Disciplina serviciu-muncă a funcționarilor publici rezultă din conținutul dreptului la muncă și al dreptului la serviciu public. Trebuie subliniat faptul că „serviciul public - acesta este un profesionist de lucru publică„ imparțială politic cu privire la punerea în practică a sarcinilor și funcțiilor statului, în special ....". Aceste prevederi indică faptul că funcția de muncă, condițiile de funcționari publici care urmăresc îndeplinirea sarcinilor, funcțiile și atribuțiile autorității publice competente, după care, de fapt, statul. 2. Disciplina de serviciu și de muncă are ca scop asigurarea eficienței statutului juridic al funcționarilor publici, care include: 1) un sistem de drepturi și obligații generale de muncă, în conformitate cu reglementările legislației muncii; 2) un sistem de drepturi și îndatoriri speciale (serviciu-muncă); 3) interdicțiile, restricțiile și responsabilitățile impuse funcționarului public. 3. Disciplina de serviciu-muncă este caracterizată de o reglementare juridică specifică. Reguli, regulamente, prevederi incluse în exploatare și de muncă disciplina derivată din conținutul Constituției, Codul Muncii al Ucrainei, Legea Ucrainei „Cu privire la Serviciul de Stat", alte acte legislative cu privire la serviciul public, precum și regulile de lucru. 4. Subiecții serviciului și disciplina de muncă sunt funcționari publici, organisme autorizate de stat și alte entități autorizate în conformitate cu legea. Vulnerabilitatea și imperfecțiunea institutului de disciplină a muncii în serviciul public se referă la următoarele: 1) lipsa mecanismelor eficiente de exercitare a dreptului la serviciu public; 2) imperfecțiunea reglementării legale a relațiilor de serviciu și de muncă; 3) imperfecțiunea legislației privind serviciul public și inconsecvența cu actele legislației muncii; 4) lipsa motivației efective, pozitive a muncii funcționarilor publici; 5) imperfecțiunea statutului juridic al funcționarilor publici; 6) lipsa unor mecanisme eficiente de asigurare a disciplinei muncii; 7) imperfecțiunea mecanismelor de supraveghere și control asupra disciplinei muncii în serviciul public. Tendințele fundamentale în îmbunătățirea serviciului și a disciplinei de muncă a funcționarilor publici sunt: 1) formarea Programului național de reformare a serviciului public; 2) formarea modelului optim de drepturi, obligații, interdicții și restricții ale funcționarilor publici; 3) întărirea motivației (stimulentelor) muncii funcționarilor publici; 4) creșterea eficienței răspunderii disciplinare a funcționarilor publici; 5) dezvoltarea și adoptarea modificărilor relevante în noua ediție a Legii Ucrainei „Cu privire la serviciul public", ținând cont de experiența națională și internațională.

**Cuvinte cheie:** serviciu public, funcționari publici, disciplina muncii, Legea Ucrainei „Cu privire la serviciul public", încurajarea funcționarilor publici.

**Постановка проблеми.** Становлення України як демократичної, соціальної та правової держави на основі утвердження принципів верховенства права, пріоритетності прав і свобод людини щодо діяльності держави, її владних інститутів вимагає організації та проведення інституційного реформування державної служби [1; 2, с. 15–21; 3, с. 26–32]. Серед базових пріоритетів реформи державної служби вагомого значення набувають питання, пов'язані з правовим статусом державних службовців, забезпечення ефективних механізмів мотивації їхньої праці [4, с. 15–16]. Ефективність і дієвість правового статусу державних службовців тісно пов'язані із забезпеченням трудової дисципліни на державній службі, а саме: по-перше, трудова дисципліна спрямована на підвищення ефективності права на працю, механізмів його реалізації; по-друге, трудова дисципліна включає норми, правила, стандарти поведінки державних службовців; по-третє, трудова дисципліна покликана підвищувати ефективність службово-трудових правовідносин, які виникають

під час прийняття на державну службу; по-четверте, трудова дисципліна спрямована на забезпечення внутрішнього трудового розпорядку, посилення мотивації державних службовців у сфері праці; по-п'яте, трудова дисципліна може зумовлювати застосування до державних службовців дисциплінарної відповідальності. Разом із тим справедливим буде наголосити, що норми Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП) [5], проведені в Україні реформи державної служби [6; 7; 8] не сприяли ефективності інституту трудової дисципліни на державній службі.

**Актуальність теми дослідження** підтверджується тим, що КЗпП України містить досить загальне розуміння трудової дисципліни. Зокрема, за змістом КЗпП (ст. 140), «трудова дисципліна на підприємствах, в установах, організаціях забезпечується створенням необхідних організаційних та економічних умов для нормальної високопродуктивної роботи, свідомим ставленням до праці, методами переконання, виховання, а також заохоченням за сумлінну працю». При цьому «у трудових колективах створюється обстановка нетерпимості до порушень трудової дисципліни, суворої товариської вимогливості до працівників, які несумлінно виконують трудові обов'язки. Щодо окремих несумлінних працівників застосовуються в необхідних випадках заходи дисциплінарного і громадського впливу». Очевидно, що такий підхід потребує системного оновлення, виходячи із сучасного стану розвитку суспільства та держави, ринку праці. Прийнятий Верховною Радою України 10 грудня 2015 року новий Закон України «Про державну службу» дещо конкретизує положення КЗпП щодо сфери державної служби, регламентуючи механізми забезпечення службової дисципліни. Водночас предметна увага до інституту трудової дисципліни на державній службі не має належної законодавчої регламентації. До того ж в ухваленій Кабінетом Міністрів України Стратегії реформування державного управління України на 2016–2020 роки [9] передбачено, що «основні проблеми державної служби в Україні пов'язані з недотриманням принципів прийняття на державну службу на основі здобутків, політичної нейтральності, відкритості та прозорості в роботі державних службовців, що супроводжується слабкою дисципліною, відповідальністю та незбалансованими процедурами». Тому уразливість і недосконалість цього інституту пов'язані з таким: 1) відсутністю ефективних механізмів реалізації права на державну службу; 2) недосконалістю правового регулювання службово-трудових відносин; 3) недосконалістю законодавства про державну службу та неузгодженістю з актами трудового законодавства; 4) відсутністю ефективної, позитивної мотивації праці державних службовців; 5) недосконалістю правового статусу державних службовців; 6) відсутністю ефективних механізмів забезпечення трудової дисципліни; 7) недосконалістю механізмів нагляду та контролю з питань трудової дисципліни на державній службі. Варто зауважити, що вдосконалення трудової дисципліни на державній службі пов'язано з новітніми процесами кодифікації трудового законодавства [10], розбудовою новітнього законодавства про державну службу з урахуванням національного та міжнародного досвіду [11].

**Стан дослідження.** У юридичній літературі зазначена проблематика частково розглядалася в працях таких учених-юристів, як В.С. Венедіктов, І.В. Зуб, М.І. Іншин, М.М. Клемпарський, В.Л. Костюк, Д.Є. Кутоманов, О.А. Линдюк, С.С. Лукаш, А.Р. Мацюк, В.Я. Мацюк, В.О. Петришин, П.Д. Пилипенко, С.М. Прилипко, О.І. Процевський, Г.І. Чанишева, В.І. Щербина, Н.М. Хуторян, О.М. Ярошенко та ін. Справедливим буде відзначити, що розроблені зазначеними й іншими вченими доктринальні підходи до розуміння трудової дисципліни заслуговують на підтримку як складник системного реформування ринку праці та державної служби. Разом із тим, ураховуючи сучасні процеси подальшого вдосконалення державної служби, необхідність інституційних змін і новацій, що пов'язані з її професіоналізацією, євроінтеграційними тенденціями, проблематика трудової дисципліни, механізмів її забезпечення набуває важливої актуальності, належного законодавчого розв'язання.

**Метою й завданням статті** є науково-теоретичне дослідження поняття та ознак трудової дисципліни на державній службі через призму новітнього законодавства, проблем, напрямів удосконалення.

**Виклад основного матеріалу.** Насамперед варто відзначити, що термін «трудова дисципліна» (від лат. disciplina – вчення, виховання, розпорядок) включає в себе сукупність правових приписів, установлених на підприємстві, установі або в організації, які є обов'язковими для всіх учасників трудового процесу [12, с. 484].

Характеризуючи сутність трудової дисципліни на державній службі, необхідно відзначити, що вона зумовлена доктринальними підходами, означеними в теорії права і трудового права. По-перше, на думку Д.Є. Кутоманова, трудова дисципліна є складним, соціально-економічним явищем, яке потребує постійного забезпечення з боку учасників трудових правовідносин, що полягає у вольовій поведінці роботодавця й найманого працівника (трудового колективу) з приводу виконання встановлених правил спільної діяльності [13, с. 403]. По-друге, М.І. Іншин, В.Л. Костюк, В.І. Щербина та інші вчені доречно трактують поняття «трудова дисципліна» в широкому й вузькому значеннях. Зокрема, у широкому значенні – як суспільно-правовий стан дотримання та належного виконання внутрішнього трудового розпорядку учасниками правовідносин з питань праці, а у вузькому – встановлений у роботодавця правовий стан (режим) належного виконання працівниками покладених на них обов'язків за трудовим договором [14, с. 344]. По-третє, окремі вчені застосовують суміжний термін «дисципліна праці». Зокрема, Н.Б. Болотіна підкреслює, що дисципліна праці як інститут трудового права – це сукупність правових норм, що регулюють внутрішній трудовий розпорядок, установлюють трудові обов'язки працівників і власника або уповноваженого ним органу, визначають заходи заохочення за успіхи в праці [15, с. 522]. По-четверте, Т.В. Колєснік розглядає поняття «трудова дисципліна» як один із основних принципів та інститутів трудового права; сукупність спеціальних законодавчих і/або договірних правил (правила внутрішнього трудового розпорядку, колективний договір, трудовий договір, контракт та інші локальні нормативно-правові акти, що не суперечать національним нормам чинного законодавства), норм, стандартів поведінки працівників, що підлягають чіткому й усвідомленому дотриманню та визначають права й обов'язки суб'єктів трудових правовідносин, порядок їх взаємодії у сфері внутрішнього трудового розпорядку, а разом із тим заохочення та заходи впливу на винне невиконання або порушення встановлених правил поведінки; фактичну поведінку суб'єктів трудових правовідносин [16, с. 390]. По-п'яте, у контексті державної служби законодавець уживає також термін «службова дисципліна». За змістом ст. 2 чинної редакції Закону України «Про державну службу» (далі – Закон), службова дисципліна – неухильне додержання Присяги державного службовця, сумлінне виконання службових обов'язків і правил внутрішнього службового розпорядку. З таким підходом складно погодитися, оскільки: 1) трудова дисципліна насамперед включає сукупність норм, правил і положень, пов'язаних із поведінкою працівників і роботодавців у сфері праці; 2) у контексті характеристики державної служби як передумови виникнення службово-трудових відносин, доречним було б вести мову про формування службово-трудової дисципліни.

Теоретико-правовий аналіз законодавства про державну службу дає змогу визначити такі особливості службово-трудової дисципліни державних службовців в органах влади:

1. Службово-трудова дисципліна державних службовців випливає зі змісту права на працю та права на державну службу. Доречно підкреслити, що «державна служба – це публічна, професійна, політично неупереджена діяльність із практичного виконання завдань і функцій держави, зокрема щодо ...». При цьому державний службовець – це громадянин України, який займає посаду державної служби в органі державної влади, іншому державному органі, його апараті (секретаріаті), одержує заробітну плату за рахунок коштів державного бюджету і здійснює встановлені для цієї посади повноваження, безпосередньо пов'язані з виконанням завдань і функцій такого державного органу, а також дотримується принципів державної служби (ст. 1 Закону). Зазначені положення вказують на те, що трудова функція, умови праці державних службовців спрямовані на виконання завдань, функцій і повноважень відповідного державного органу, а отже, по суті, держави. У такій ситуації на державного службовця покладаються важливі для суспільства та держави обов'язки, що вимагає, у свою чергу, відповідних професійних, ділових, моральних якостей, підвищеної мотивації й відповідальності.

2. Службово-трудова дисципліна спрямована на забезпечення ефективності правового статусу державного службовця, що включає в себе таке: 1) систему загальних трудових прав та обов'язків відповідно до актів трудового законодавства; 2) систему спеціальних (службово-трудових) прав та обов'язків; 3) систему заборон, обмежень і відповідальності, які покладаються на державного службовця (ст. ст. 7–11 Закону).

3. Службово-трудова дисципліна характеризується специфічним правовим регулюванням. Норми, правила, положення, які включаються до службово-трудової дисципліни, випливають зі змісту Конституції, КЗпП України, Закону України «Про державну службу», інших актів законодавства про державну службу, а також правил внутрішнього трудового розпорядку. Так, загальні засади, норми та приписи щодо службово-трудової дисципліни випливають зі змісту відповідних базових законів України. До підзаконних нормативно-правових актів з питань трудової дисципліни на державній службі належать і Загальні правила етичної поведінки державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування. Такі правила є узагальненням стандартів етичної поведінки державних службовців, якими вони зобов'язані керуватися під час виконання своїх посадових обов'язків, і включають таке: 1) загальні обов'язки державного службовця та посадової особи місцевого самоврядування; 2) використання службового становища; 3) використання ресурсів держави й територіальної громади; 4) використання інформації; 5) обмін інформацією. Крім того, варто зауважити, що вперше згадуються в актах такого рівня такі поняття, як «авторитет державної служби» та «позитивна репутація державних органів». Так, державні службовці й посадові особи місцевого самоврядування мають дбати про авторитет державної служби і служби в органах місцевого самоврядування, а також про позитивну репутацію державних органів та органів місцевого самоврядування, що включає дотримання правил етики, належного зовнішнього вигляду, забезпечення високої якості роботи, встановленого внутрішнього службового розпорядку [17]. Крім того, центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування й реалізує державну політику у сфері державної служби, затверджено Типові правила внутрішнього службового розпорядку. Вони є типовими та затверджуються в кожному державному органі влади окремо загальними зборами (конференцією) державних службовців за поданням керівника державної служби в державному органі й виборного органу первинної профспілкової організації (за наявності). Типові правила внутрішнього службового розпорядку державного органу регламентують таке: 1) загальні правила етичної поведінки в державному органі; 2) робочий час і час відпочинку державного службовця; 3) порядок повідомлення державним службовцем про свою відсутність; 4) перебування державного службовця в органі державної влади у вихідні, святкові, неробочі дні та після закінчення робочого часу; 5) порядок доведення до відома державного службовця нормативно-правових актів, наказів, доручень і розпоряджень зі службових питань; 6) дотримання загальних інструкцій з охорони праці та протипожежної безпеки; 7) порядок прийняття й передачі діловодства (справ) і майна державним службовцем [18].

4. Службово-трудова дисципліна включає в себе сукупність норм, правил і положень, які випливають зі змісту норм Конституції, КЗпП України, Закону України «Про державу службу», інших актів законодавства про державну службу, а також правил внутрішнього трудового розпорядку.

5. Суб'єктами службово-трудової дисципліни є державні службовці, уповноважені державні органи та інші уповноважені суб'єкти відповідно до закону.

6. Службово-трудова дисципліна забезпечується шляхом: 1) дотримання у службовій діяльності вимог Закону України «Про державну службу» й інших нормативно-правових актів у сфері державної служби та виконання правил внутрішнього службового розпорядку; 2) формування керівником державної служби в підпорядкованих державних службовців високих професійних якостей, сумлінного ставлення до виконання своїх посадових обов'язків, поваги до прав і свобод людини та громадянина, їхньої честі й гідності, а також до держави, державних символів України; 3) поєднання керівниками всіх рівнів методів переконання, виховання й заохочення із заходами дисциплінарної відповідальності щодо підпорядкованих державних службовців; 4) поєднання повсякденної вимогливості керівників до підпорядкованих державних службовців з постійною турботою про них, виявленням поваги до їхньої честі й гідності, забезпеченням гуманізму та справедливості (ст. 61 Закону).

7. Службово-трудова дисципліна забезпечується низкою обов'язків державного службовця й керівника державної служби. Зокрема, по-перше, державний службовець зобов'язаний виконувати низку обов'язків щодо забезпечення службово-трудової дисципліни, а саме: 1) не допускати вчинків, несумісних зі статусом державного службовця; 2) виявляти високий рівень культури, професіоналізм, витримку й тактовність, повагу до громадян, керівництва та інших державних службовців; 3) дбайливо ставитися до державного майна й інших публічних ресурсів; по-друге, державний службовець особисто виконує покладені на нього посадові обов'язки; по-третє, керівник державної служби несе відповідальність за неналежний рівень службової дисципліни і здійснює повноваження щодо притягнення державних службовців до дисциплінарної відповідальності; по-четверте, з метою забезпечення належного рівня службової дисципліни керівник державної служби зобов'язаний: 1) створювати умови для виконання державними службовцями своїх посадових обов'язків і підвищення ними професійної компетентності й вимагати належного виконання посадових обов'язків; 2) здійснювати контроль за виконанням державними службовцями посадових обов'язків; 3) під час виконання посадових обов'язків керуватися публічними інтересами, суворо дотримуватися й забезпечувати дотримання Конституції, законів України та інших нормативно-правових актів, чітко формулювати накази (розпорядження) й доручення, перевіряти точність і своєчасність їх виконання; 4) забезпечувати виконання державними службовцями своїх посадових обов'язків, у тому числі шляхом застосування дисциплінарних стягнень; 5) належним чином організовувати роботу державних службовців, забезпечувати

ефективне виконання завдань, що поставлені перед державним органом; 6) виховувати в державних службовців сумлінне ставлення до служби, бережливе ставлення до державного майна, підтримувати їхню ініціативу, а також уживати заходів для додержання ними правил етичної поведінки; 7) забезпечувати прозорість та об'єктивність під час оцінювання результатів службової діяльності державних службовців; 8) організовувати проведення з державними службовцями профілактичних заходів щодо запобігання вчиненню ними дисциплінарних проступків, виявляти та своєчасно припиняти їх учинення; по-п'яте, безпосередній керівник державного службовця має право вносити клопотання керівнику державної служби про притягнення державного службовця до дисциплінарної відповідальності за вчинення дисциплінарного проступку; по-шосте, керівник державної служби, який у встановленому порядку не вжив заходів для притягнення підпорядкованого йому державного службовця до дисциплінарної відповідальності за вчинений дисциплінарний проступок, а також не подав матеріали про вчинення державним службовцем адміністративного проступку, корупційного або пов'язаного з корупцією правопорушення, злочину до органу, уповноваженого розглядати справи про такі правопорушення, несе відповідальність згідно із законом (ст. ст. 62–63 Закону) [19, с. 321–326].

**Висновки.** Отже, службово-трудову дисципліну варто розглядати в широкому та вузькому значеннях. У широкому значенні службово-трудова дисципліна – це сукупність норм, правил і положень, які регламентують внутрішній трудовий розпорядок, його дотримання на державній службі, а у вузькому – встановлений у відповідному органі державної влади правовий стан (режим) неухильного дотримання Присяги державного службовця, належного виконання державними службовцями покладених на них обов'язків. Основними ознаками службово-трудової дисципліни є такі: 1) випливає зі змісту права на працю та права на державну службу; 2) спрямована на забезпечення ефективності правового статусу державного службовця; 3) характеризується специфічним законодавчим, підзаконним і локально-правовим регулюванням; 4) включає в себе сукупність норм, правил і положень, які випливають зі змісту норм Конституції, КЗпП України, Закону України «Про державу службу», інших актів законодавства про державну службу, а також правил внутрішнього трудового розпорядку; 5) має специфічне коло суб'єктів; 6) забезпечується специфічними способами впливу на поведінку державних службовців, а також низкою спеціальних обов'язків державного службовця та керівника державної служби.

Основоположними тенденціями вдосконалення службово-трудової дисципліни державних службовців є такі: 1) формування Національної програми реформування державної служби; 2) формування оптимальної моделі прав, обов'язків, заборон та обмежень державних службовців; 3) посилення мотивації (заохочень) праці державних службовців; 4) підвищення ефективності дисциплінарної відповідальності державних службовців; 5) розроблення й ухвалення відповідних змін до новітньої редакції Закону України «Про державну службу» з урахуванням національного та міжнародного досвіду.

**Список використаної літератури:**

1. Конституція України. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

2. Битяк Ю.П. Державна служба в Україні: проблеми становлення, розвитку та функціонування: автореф. дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.07 / Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2006. 40 с.

3. Костюк В.Л. Інституційні новації державної служби через призму новітнього законодавства: науково-теоретичний аспект. Наукові записки НаУКМА. Серія «Юридичні науки». 2016. Т. 181. С. 26–32.

4. Іншин М.І. Проблеми правового регулювання праці державних службовців України: автореф. дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.05 / Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ, 2005. 39 с.

5. Кодекс законів про працю України від 10 грудня 1971 року № 322-VII (у редакції від 1 січня 2018 року). Відомості Верховної Ради УРСР. 1971. № 50. Ст. 375.

6. Про державну службу: Закон України від 16 грудня 1993 року № 3723-XII. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 52. Ст. 490.

7. Про державну службу: Закон України від 17 листопада 2011 року № 4050-VI. Відомості Верховної Ради України. 2012. № 26. Ст. 273.

8. Про державну службу: Закон України від 10 грудня 2015 року № 889-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 4. Ст. 43.

9. Стратегія реформування державного управління України на 2016–2020 роки: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 24 червня 2016 року № 474-р. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/rada/show/474-2016-%D1%80.

10. Трудовий кодекс: Законопроект від 20 травня 2015 року реєстр. № 1658, унесений В.Б. Гройсманом, Л.Л. Денисовою, М.М. Папієвим, С.І. Кубівим. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=1658&skl=9.

11. Костюк В.Л., Воробйова І.Б. Принципи державної служби в умовах правової держави: науково-теоретичний підхід. Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». 2017. № 2 (16). URL: http://lj.oa.edu.ua/articles/2017/n2/17kvlntp.pdf.

12. Популярна юридична енциклопедія / кол. авт. В.К. Гіжевський, В.В. Головченко, В.С. Ковальський (кер.) та ін. Київ: Юрінком Інтер, 2002. 528с.

13. Кутоманов Д.Є. Методи забезпечення трудової дисципліни: теоретико-прикладні аспекти: монографія. Харків: Диса плюс, 2015. 448 с.

14. Трудове право України: підручник / за заг. ред. М.І. Іншина, В.Л. Костюка. Київ: Юрінком Інтер, 2017. 600 с.

15. Трудове право України: підручник. 5-те вид., перероб. і доп. Київ: Знання, 2008. 860 с.

16. Колєснік Т.В. Забезпечення дисципліни праці в умовах ринкової економіки: теорія та практика: монографія. Харків: У справі, 2017. 428 с.

17. Загальні правила етичної поведінки державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування: Наказ Національного агентства України з питань державної служби від 5 серпня 2016 року № 158. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/rada/show/z1203-16.

18. Типові правила внутрішнього службового розпорядку від 3 березня 2016 року № 50 / Нацдержслужба України. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/rada/show/z0457-16.

19. Науково-практичний коментар до Закону України «Про державну службу» / наук. ред. акад. А.О. Селіванов, акад. М.І. Іншин. Київ: Парламентське вид-во, 2017. 512 с.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

**Неселевська Аліна Анатоліївна** – аспірант Інституту законодавства Верховної Ради України, головний консультант Апарату Верховної Ради України

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Neselevska Alina Anatoliivna** – Postgraduate Student of Institute of Legislation of Verkhovna Rada of Ukraine, Chief Consultant of Verkhovna Rada of Ukraine

*neselevska@gmail.com*

УДК 349.2

# РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТНОШЕНИЙ ПО ПРИМЕНЕНИЮ НЕСТАНДАРТНОЙ ЗАНЯТОСТИ МЕЖДУНАРОДНЫМ КОЛЛЕКТИВНЫМ ДОГОВОРОМ

**Роман ШАБАНОВ,**
доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры гражданско-правовых дисциплин,
хозяйственного и трудового права Харьковского национального педагогического университета имени Г.С. Сковороды

**Денис НОВИКОВ,**
кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин,
хозяйственного и трудового права Харьковского национального педагогического университета имени Г.С. Сковороды

**АННОТАЦИЯ**

В статье авторами рассмотрена проблематика регулирования отношений по применению нестандартной занятости международным коллективным договором. Отмечено, что использование нестандартной занятости (неполной занятости, дистанционной занятости, заемного труда) в современных реалиях означает включение государства в так называемую «гонку на дно», то есть специфическое соревнование, которое ведется между развивающимися государствами для привлечения иностранных инвестиций за счет низких социальных затрат. В этом контексте международный коллективный договор является формой реализации социального партнерства при участии представителей работников, работодателей и правительств стран в процессе принятия решений относительно содействия и обеспечения занятости населения. Авторы констатируют, что легитимация национальным законодательством международного коллективного договора как акта социального партнерства позволит остановить процесс распространения неустойчивой занятости и будет способствовать укреплению социальной защиты трудящихся, увеличению их жизненного уровня, сохранению баланса интересов работников, работодателей и государства на глобальном уровне.

**Ключевые слова:** занятость населения, нестандартная занятость, частные агентства занятости, социальное партнерство, международный коллективный договор, прекариат, гибкость, транснациональные корпорации, глобальные профессиональные союзы, «гонка на дно».

## REGULATION OF RELATIONS ON THE APPLICATION OF NON-STANDARD EMPLOYMENT BY THE INTERNATIONAL COLLECTIVE AGREEMENT

**Roman SHABANOV,**
Doctor of Law, Associate Professor, Professor at the Department of Civil and Legal Disciplines,
Economic and Labor Law of Kharkov National Pedagogical University G.S. Skovoroda

**Denis NOVIKOV,**
Candidate of Law, Associate Professor at the Department of Civil and Legal Disciplines,
Economic and Labor Rights of Kharkov National Pedagogical University G.S. Skovoroda

**SUMMARY**

The authors describe the problems of regulating relations on the use of precarious employment by an international collective agreement. It's noted that the use of precarious employment (underemployment, distance employment, extra work) in modern realities means the inclusion of the state in the so-called "race to the bottom", that is a specific competition between developing countries to attract foreign investment at the expense of low social costs. In this context, the international collective agreement is a form of implementing a social partnership with the participation of representatives of employees, employers and governments in the decision-making process regarding assistance and ensuring employment of the population. The authors conclude that the legitimization of the international collective agreement by the national legislation as an act of social partnership will help to stop the spread of precarious employment and contribute to strengthening the social protection of employees, increasing their living standards, preserving the balance of interests of employees, employers and the state at the global level.

**Key words:** employment, precarious employment, private employment agencies, social partnership, international collective agreement, precariat, flexibility, transnational corporations, global trade unions, „race to the bottom".

**REZUMAT**

Autorii iau în considerare problemele de reglementare a relațiilor cu privire la utilizarea angajării precare prin convenția colectivă internațională. Se remarcă faptul că utilizarea de locuri de muncă non-standard (part-time, ocuparea forței de muncă la distanță, contract de muncă), în realitățile de astăzi înseamnă includerea statului în așa-numita „cursa de la partea de jos", adică, competiția specifică, care are loc între țările în curs de dezvoltare pentru a atrage investiții străine din cauza costurilor sociale reduse . În acest context, un acord colectiv internațional este o formă de realizare a parteneriatului social cu participarea reprezentanților lucrătorilor, angajatorilor și guverne în procesul de luare a deciziilor privind promovarea și menținerea forței de muncă. Autorii au ajuns la concluzia că legitimarea legislației naționale cu un acord internațional colectiv, ca un act de parteneriat social va ajuta la stoparea raspandirii muncii precare, iar procesul va contribui la consolidarea protecției sociale a lucrătorilor, creșterea nivelului lor de viață, să mențină echilibrul intereselor angajaților, angajatorilor și a statului la nivel mondial.

**Cuvinte cheie:** ocuparea forței de muncă, ocuparea forței de muncă precare, agențiile private de ocupare, parteneriat social, un prekariat internațional acord colectiv, flexibilitate, corporații multinaționale, sindicate la nivel mondial, „o cursă la partea de jos".

**Постановка проблемы.** В последние три десятилетия глобализация, транснационализация капитала, деиндустриализация и формирование широкого рынка услуг в развитых странах, экономическая и технологическая диспропорция развития стран Севера и Юга и иные кризисные явления современности поставили под сомнение традиционную парадигму трудовых отношений, в том числе изменился подход к регулированию отношений, связанных с занятостью населения, которые приобрели такие нестандартные формы, как неполная занятость (на условиях «вынужденного» неполного рабочего времени или срочного трудового договора), дистанционная занятость (на условиях «удаленного» рабочего места работника), заемный труд [1]. По мнению Ю.А. Львова, эти нестандартные формы занятости можно назвать «формами адаптации» к нестабильности государственной экономики, имеющими неформальный или полуформальный характер [2, с. 56–58]. В результате данных трансформаций классические правовые инструменты регулирования трудовых отношений не могут удовлетворить в полной мере интересы участников рынка труда.

**Актуальность темы исследования.** Стандартная занятость на протяжении последних двух столетий представляла собой неотъемлемый элемент индустриальной экономики, форму занятости, которая обусловливалась тем, что по окончании своего образования большинство людей устраивались на работу с полным рабочим днем к одному работодателю на все время до достижения пенсионного возраста [3, с. 38]. Стандартная занятость была оформлена жестким нормативно-правовым регулированием государства, а также путем заключения профессиональными союзами работников коллективных договоров и других актов социального партнерства с работодателями. Такие акты были направлены на укрепление и улучшение государственной социальной защиты наемных работников в договорном порядке, а также обеспечение баланса интересов различных слоев общества.

Зарубежные ученые, наблюдая последствия распространения нестандартной занятости в развитых и развивающихся странах, ассоциируют ее с неопределенностью или нерегулярностью применительно к имеющей место занятости относительно продолжительности рабочего времени и размера вознаграждения за труд [4, с. 83], не позволяющего обеспечить достойный уровень жизни и т. д. [5, с. 345]. Поэтому возникает необходимость разработки новых и эффективных теоретических доктрин и практических механизмов регулирования трудовых отношений, направленных на максимальное обеспечение баланса интересов их участников. Одной из таких концепций и практик, имеющих перспективу оказать существенное влияние на объемы и условия применения нестандартной занятости, является международный коллективный договор.

**Состояние исследования.** Ведущие социологи, экономисты и правоведы современности рассматривают нестандартную занятость в качестве способа дерегулирования трудовых отношений (Ю. Хабермас), отказа от стабильного характера трудовых отношений (З. Бауман), тенденции уменьшения экономического благополучия наемных работников (Дж. Стиглиц), постепенной ликвидации отношений наемного труда и перекладывания рисков на трудящегося-предпринимателя (А. Горц), усиления давления рыночной системы на личность (С. Жижек) [6, с. 201]. Международный коллективный договор как акт социального партнерства в сфере регулирования отношений по применению нестандартной занятости обозначен в качестве предмета исследования известным российским правоведом И.Я. Киселевым, а также изучался европейскими учеными и профсоюзными активистами: А. Коленбрандером, Ц. Марзаном, Т. Мюллером, С. Ребом, Ф. Хадвигером, О. Херштадтом и др.

**Целью и задачей статьи** является изучение специфики регулирования отношений по применению нестандартной занятости международным коллективным договором.

**Изложение основного материала.** Один из экспертов Международной организации труда (далее – МОТ) Д. Каниа в 2013 году высказал позицию, что нестандартная занятость вызвана стремлением работодателей избежать исполнения возложенных на них обязанностей, прикрываясь необходимостью обеспечения гибкости и конкурентоспособности, где правительства отказываются от идеи достижения полной занятости и достойного труда, а работники оказываются в условиях, при которых они все более и более оказываются вынужденными соглашаться на формы занятости, предполагающие меньший уровень оплаты труда, меньший уровень трудоправовой защищенности, менее благоприятные условия труда и сложности в осуществлении права на ведение коллективных переговоров [7, с. 5–6].

В докладе генерального директора МОТ Г. Райдера «Перспективы занятости и социальной защиты в мире: тенденции 2016» отмечено, что дефицит достойных рабочих мест приводит людей в нестандартную занятость, для которой характерна низкая производительность труда, низкая заработная плата и отсутствие социальной защиты [8].

Действительно, распространенность нестандартной занятости в современных реалиях означает включение государства в так называемую «гонку на дно», то есть специфическое соревнование, которое ведется между развивающимися государствами для привлечения иностранных инвестиций за счет низких социальных затрат.

Н.Л. Лютов отмечает: «Одно из важнейших направлений этого «соревнования» – установление «гибкого» трудового законодательства, то есть такого законодательства, которое бы в наименьшей мере «связывало» работодателя и максимально сокращало его затраты на рабочую силу. Это, очевидно, приводит к снижению социальных стандартов для работников. В результате государства оказываются в ловушке собственной политики: в условиях международной конкуренции за привлечение капитала они уже не могут себе позволить вводить защищающее работников законодательство, так как это сразу же приведет к «бегству» работодателей в страны, где затраты на рабочую силу остаются низкими» [9, с. 18].

Поэтому «гибкое» трудовое законодательство является фактически синонимом дерегулирования трудовых отношений, отказом от многих элементов социальной и защитной функции трудового права с целью привлечения инвестиций ТНК. По своей сути «гибкое» трудовое законодательство apriori предполагает легализацию нестандартных форм занятости.

Проиллюстрировать негативные последствия нестандартной занятости можно на примере такой ее формы, как заемный труд, который ТНК наиболее часто применяют для уменьшения социальных затрат. В научной литературе под заемным трудом понимается труд, выполняемый работником, нанятым специализированной организацией (частным агентством занятости), которая предоставляет работника в распоряжение третьей стороне – организации-пользователю – для выполнения временной работы в пользу и под руководством последней [10, с. 16].

В сущности, отношения заемного труда являются фиктивными трудовыми отношениями, так как работник заключает трудовой договор с частным агентством занятости, а фактически исполняет работу в организации-пользователе (зачастую ею является ТНК). С одной стороны, заинтересованность частного агентства занятости в таких трехсторонних отношениях заключается в получении до-

хода в виде разницы между заработной платой работника и оплатой по гражданско-правовому договору предоставления наемных работников. С другой стороны, в рамках применения этой формы нестандартной занятости ТНК, используя разницу в экономическом развитии и уровне жизни, могут легко заменить местных работников на трудовых мигрантов, набранных с помощью частных агентств занятости.

Следует отметить, что использование нестандартной занятости в деятельности ТНК породило выделение соответствующей данному явлению социальной прослойки, которая в научных кругах была обобщена термином «прекариат» (от англ. *precarity*, фр. *precarite* – неустойчивый) [11, с. 22]. Как определил британский исследователь Г. Стендинг, прекариат – социально неустроенные люди, которые не имеют полной гарантированной занятости, находятся в нижней части «пирамиды» общества, в минимальной степени идентифицируют себя с профессиональным сообществом, в котором находятся [12, с. 328].

Однако, по нашему мнению, так называемый прекариат никоим образом не представляет новую социально-экономическую прослойку. Это эвфемизм, благодаря которому происходит «международное разделение труда», выстраивается политическая и экономическая вертикаль глобального мира. Как в национальных государствах раннего индустриального общества безработные признавались «резервной армией труда», так безработные и неустойчиво занятые современного мира являются такой же армией глобального корпоративного капитализма: отчасти – резервной, а в значительной степени – постоянной. Как рабочие в XIX в. ожидали с раннего утра предложений работы перед фабриками, так современные прекарии собираются на площадях городов своих государств, готовые приняться за любую грязную работу, которую им предложат международные инвесторы в «гонке на дно». Как директора заводов эпохи индустриализации использовали частные агентства занятости (запрещенные МОТ в 1933 году) для перемещения обедневших, но привязанных к традициям крестьян, так современные ТНК используют аналогичную схему (восстановленную МОТ в 1997 году) для переселения деклассированных работников из развивающихся стран в страны ЕС или США для выполнения работ на условиях, намного более худших, чем у собственных граждан.

Прекариат является тем же пролетариатом, порабощенным классом, которому отвечают отказом в справедливости, но уже не в национальном, а в международном масштабе. Прекарии с точки зрения трудового права должны рассматриваться исключительно в юридическом статусе безработных и потенциальных субъектов социального партнерства, которые нуждаются в достойной работе и социальной защите, в том числе в прекращении практики применения нестандартной занятости.

Именно достижению этой цели служит Международный коллективный договор (далее – МКД) как акт социального партнерства на глобальном уровне.

Следует отметить, что длительное время ТНК пытались самостоятельно сгладить последствия своей деятельности путем принятия Кодексов социального поведения – односторонних актов «доброй воли» ТНК, которые прикрывали реальные последствия отмены или сокращения социальных стандартов.

В такой ситуации в середине 90-х гг. XX в. международными профессиональными союзами разработан собственный кодекс – «Базовый кодекс поведения, охватывающий сферу труда». Этот кодекс-образец должен был не только стать рекомендацией для отдельных профсоюзных организаций при ведении переговоров с ТНК, но и одновременно применяться как «оценочная шкала» для введенных в одностороннем порядке Кодексов социального поведения ТНК. В конечном итоге основной его задачей стало введение в практику работы международных профессиональных союзов заключения МКД.

Ведь в реальности, взывая к «доброй воле» инвесторов, следует учитывать, что ТНК вкладывают свой капитал в развитие определенной территории или предприятия с целью производства нужного продукта, а созданный продукт является их собственностью. Любое государство, которое подвергается инвестиционному влиянию, выступает в качестве средства производства для международного инвестора, никаким образом не заинтересованного в его развитии. После завершения инвестиционного цикла и ухода ТНК на другие рынки все научные разработки окажутся непригодными в целом неразвитой инфраструктуре государства, а подготовленные для выполнения определенного проекта работники не будут иметь никаких перспектив на внутреннем рынке труда.

Поэтому единственным рычагом давления на ТНК в вопросе сохранения устойчивой стандартной занятости в странах с иностранными инвестициями выступает МКД как форма реализации социального партнерства при участии представителей работников, работодателей-ТНК и правительств стран в процессе принятия решений относительно содействия и обеспечения занятости населения.

Следует отметить, что такой признак, как международность коллективного договора, отображает, что в его заключении принимают участие не только ТНК, но и международные профессиональные союзы (такие, например, как наиболее крупный международный профсоюз IndustriALL). Ведь классическое внутринациональное социальное партнерство даже на уровне заключения Генерального соглашения не будет иметь никакого эффекта, кроме одновременного с началом коллективных переговоров закрытия предприятий инвестора в этом государстве.

Ю. Райна, генеральный секретарь IndustriALL, на 2-м Конгрессе международных профессиональных союзов высказал по этому поводу следующую позицию: «Для борьбы с капиталом нам необходимо максимально возможное единство. Трудящимся мира не нужны 600 разных профсоюзов: профсоюзы должны объединять свои силы, чтобы приносить пользу рабочим» [13].

План действий международного профессионального союза IndustriALL на 2016–2020 годы содержит перечень необходимых мер для предупреждения применения нестандартной занятости: 1) взаимодействие с другими глобальными профсоюзами с целью оказывать влияние на Международный валютный фонд, ОЭСР, Всемирный банк, «Группу двадцати» (G20) и на другие институты глобального управления, вынуждая их отказаться от политики, ведущей к росту неравенства, а вместо этого продвигать стабильную занятость; 2) проведение кампаний за повышение информированности профсоюзов и общественности о том, как нестандартная занятость подрывает права трудящихся и сказывается на обществе в целом; 3) искоренение политики государств и законодательства, поощряющих нестандартные формы занятости; 4) обеспечение равного доступа к социальной защите для нестандартно занятых работников; 5) поддержание профсоюзов в политической борьбе против законодательства, позволяющего работодателям расширять использование нестандартной занятости [14].

В своей практике IndustriALL реализует указанные меры, прежде всего, способствуя заключению МКД, ограничивающих применение нестандартной занятости со стороны ТНК.

В 2015 году IndustriALL активно выступил против использования заемного труда на предприятиях ТНК Avon, чьи предприятия работают в 39 странах на пяти континентах.

IndustriALL заявили, что на производственном предприятии Avon на Филиппинах среди всех работников только около 120 прямо наняты компанией, другие 350 – через частные агентства занятости. Те, кто работает по контракту с агентствами, получают минимальную заработную плату – 7 тыс. песо (146 долл.) в месяц, работая вместе с работниками, нанятыми ТНК, которые получают большую заработную плату, выполняя одну и ту же трудовую функцию. При этом работники, нанятые частными агентствами занятости, могут в любой момент (например, в связи с участием в профсоюзной деятельности) быть уволены с работы без законного основания путем прекращения гражданско-правового договора частного агентства занятости с ТНК. Зафиксировав явное нарушение интересов работников, исполнительный комитет IndustriALL стран Азиатско-Тихоокеанского региона принял резолюцию против применения нестандартной занятости на производственном предприятии Avon на Филиппинах [15].

В МКД, заключенном IndustriALL в мае 2010 года с ТНК «Пежо-Ситроен», указывается, что сторона работодателя обязуется содействовать занятости и обучению экономически активного населения, способствуя тем самым экономическому и социальному развитию всех стран, где группа осуществляет свою деятельность, а также отдавать предпочтение принятию на работу местных жителей, таким образом развивая, насколько это возможно, интеграцию на местном уровне [16].

Знаковым для IndustriALL стало заключение МКД с ТНК «Тоталь», охватившего более 50 млн. работников горнодобывающей, топливно-энергетической и обрабатывающей промышленности. Статья 6 данного договора устанавливает, что ТНК «Тоталь» должна поощрять свои подразделения на местах внедрять необходимые решения проблем занятости, возникших в результате изменений, способствуя внутренним и внешним перемещениям персонала, с тем, чтобы было найдено решение для каждого работника, затронутого изменениями [17].

Другие международные профессиональные союзы также активно участвуют в коллективных переговорах, посвященных ограничению применения нестандартной занятости.

30 ноября 2010 года Интернационалом работников строительства и деревообработки и Европейским советом ТНК «Флайдерер АГ» заключен МКД, согласно ст. 12 которого «отношения прямой занятости (нормальной занятости) на «Флайдерер» будут всегда приоритетны по отношению к занятости через третьих лиц. Ограничения в договорах будут применяться только в соответствии с законодательством и только в случае абсолютной необходимости. Поставщики услуг должны обеспечить, чтобы к их работникам относились не как к самозанятым, тогда как налицо прямая занятость (ложная самозанятость)» [18].

За последние годы Международный союз работников пищевой и табачной промышленности, сельского хозяйства, ресторанного и гостиничного обслуживания, общественного питания и смежных областей (IUF) подписал МКД с несколькими ТНК. Так, в конце 2016 года IUF добился постоянной занятости для работников четырех сетей быстрого питания австралийского региона, заключив с ТНК Restaurant Brands, владеющей торговыми марками KFC, Pizza Hut, Starbucks и Carl's Jr, МКД. Этот договор стал одной из побед в борьбе с нестандартной занятостью, которая состояла в том, что, согласно локальным актам ТНК, работник не имел гарантированного объема работы, его приглашали на смены по произвольному решению менеджмента. Теперь, по положениям МКД, ТНК Restaurant Brands обязана вступать в переговоры с работниками и достигать соглашения относительно распределения рабочих смен и фиксированного рабочего времени [19].

**Выводы.** Урегулирование отношений по применению нестандартной занятости составляет важнейшую часть МКД, положения которого направлены на ограничение использования разнообразных «гибких» форм эксплуатации наемных работников. Легитимация национальным законодательством МКД как акта социального партнерства позволит остановить процесс распространения неустойчивой занятости и будет способствовать укреплению социальной защиты трудящихся, увеличению их жизненного уровня, сохранению баланса интересов работников, работодателей и государства на глобальном уровне.

**Список использованной литературы:**

1. Fudge J., Owens R. Precarious Work, Women and the New Economy: The Challenge to Legal Norms. Onati International Series in Law and Society. Oxford, 2006. P. 3–27.

2. Шабанов Р.И. Нестандартные (атипичные) формы занятости в свете нового Закона Украины «О занятости населения». Трудовое право в России и за рубежом. 2013. № 4. С. 56–58.

3. Львов Ю.А. Нестандартная занятость: российские особенности. Человек и труд. 2006. № 7. С. 38–41.

4. The Psychology of Workplace Safety / ed. by J. Barling, M. Frone. Washington: American Psychological Association, 2004. P. 81–106.

5. The Global expansion of precarious employment, work disorganization, and consequences for occupational health: a review of recent research / M. Quinlan, C. Mayhew, P. Bohle. International Journal of Health Services. 2001. № 31(2). P. 335–414.

6. Новіков Д.О., Жуков А.І. Феномен «гнучкості» трудового права у соціальній філософії. Вісник Запорізького національного університету. Серія «Юридичні науки». 2014. Вип. 4. Ч. 2. С. 194–202.

7. Cunniah D. Foreword. International Labour Office International Journal of Labour Research. 2013. Vol. 5 (1). P. 5–6.

8. По прогнозам МОТ, безработица в мире будет расти и в 2016, и в 2017 году. URL: http://www.ilo.org/moscow/news/WCMS_444498/lang--ru/index.htm.

9. Лютов Н.Л., Морозов П.Е. Международное трудовое право: учебное пособие / под общ. науч. ред. К.Н. Гусова. Москва: Проспект, 2011. 216 с.

10. Blanpain R., Graham R. Temporary Agency Work and the Information Society. The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2004. 384 p.

11. Новіков Д.О. Pluralitas non est poneda sine necessiate або місце теорій прекаріату у науці трудового права. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». 2015. Вип. 34. Т. 2. С. 22–26.

12. Стэндинг Г. Прекариат. Новый опасный класс. Москва: Ад Маргинем Пресс, 2014. 328 с. URL: http://fictionbook.ru/static/trials/09/00/36/09003651.a6.pdf.

13. 2-й Конгресс IndustriALL, Рио-де-Жанейро, Бразилия, 3–7 октября 2016 г. URL: http://www.industriall-union.org/ru/2-y-kongress-industriall-rio-de-zhaneyro-braziliya3-7.

14. План действий Глобального союза IndustriALL на 2016–2020 гг. URL: http://www.industrio2016.org/wp-content/uploads/2016/08/Russian/IndustriALL-Global-Union-Action-Plan-2016-2020-RUSSIAN.pdf.

15. IndustriALL: Avon беззастенчиво использует «заёмный труд» женщин. URL: http://left.by/archives/8371.

16. Международное базовое соглашение о социальной ответственности ПСА Пежо-Ситроен от 10 мая 2010 года. URL: http://www.industriall-union.org/psa-peugeot-citroen.

17. Всемирное соглашение «Тоталь» в области корпоративной социальной ответственности от 22 января 2015 года. URL: http://www.industriall-union.org/industriall-signs-global-union-agreement-with-total.

18. Международное рамочное соглашение между Флайдерер АГ, IG Metall Германия, Интернационалом работников строительства и деревообработки и Европейским советом предприятия Флайдерер АГ от 30 ноября 2010 года. URL: http://www.bwint.org/pdfs/Pfleiderer%20RU%20Russian%20Agreement%20Text%20IFA%202010.pdf.

19. Новая Зеландия: Профсоюз добился постоянной занятости для работников четырех сетей быстрого питания. URL: http://iuf.ru/1/1885.html.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРАХ

**Шабанов Роман Иванович** – доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры гражданско-правовых дисциплин, хозяйственного и трудового права Харьковского национального педагогического университета имени Г.С. Сковороды

**Новиков Денис Александрович** – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин, хозяйственного и трудового права Харьковского национального педагогического университета имени Г.С. Сковороды

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Shabanov Roman Ivanovich** – Doctor of Law, Associate Professor, Professor at the Department of Civil and Legal Disciplines, Economic and Labor Law of Kharkov National Pedagogical University G.S. Skovoroda

**Novikov Denis Olexandrovich** – Candidate of Law, Associate Professor at the Department of Civil and Legal Disciplines, Economic and Labor Rights of Kharkov National Pedagogical University G. S. Skovoroda

*roman.kh1978@gmail.com*

# ЗЕМЕЛЬНОЕ, АГРАРНОЕ, ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО

УДК 349.4

## ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТЕРИТОРІАЛЬНОГО ПЛАНУВАННЯ ЗЕМЕЛЬ ДЛЯ РОЗВИТКУ ПОСЕЛЕНСЬКОЇ МЕРЕЖІ В УКРАЇНІ

**Оксана УЩАПОВСЬКА,**
юрист ІІ класу, прокурор відділу нагляду за додержанням законів органами
фіскальної служби правління нагляду у кримінальному провадженні прокуратури міста Києва

**АНОТАЦІЯ**

У статті розглядаються теоретичні і практичні аспекти реалізації конституційних засад територіального планування земель для розвитку поселенської мережі. Розкриваються стан, тенденції й перспективи законодавчого забезпечення планування як функції державного регулювання земельних відносин у сфері розвитку поселенської мережі. Доводиться, що система і структура земельного, містобудівного, екологічного та іншого законодавства в частині планування земель у межах території України на регіональному й місцевому рівнях залишається недостатньо ефективною, що не дає змоги розвивати поселенську мережу відповідно до європейських стандартів якості життя міського та сільського населення. Обґрунтовується необхідність проведення систематизації земельного, містобудівного, аграрного й іншого законодавства відповідно до Конституції України з метою забезпечення планування земель у межах території України згідно з вимогами і стандартами Європейського Союзу.

**Ключові слова:** планування земель, поселенська мережа, земельне законодавство, містобудування, містобудівна діяльність, фермерське господарство, відокремлена садиба, децентралізація влади, розмежування земель, сталий розвиток.

## LEGISLATIVE PROVIDING OF TERRITORIAL PLANNING LAND FOR DEVELOPMENT OF SETTLEMENT NETWORK IN UKRAINE

**Oksana USCHAPOVSKA,**
Prosecutor of the Department for Supervising the Observance of Laws by the Fiscal Authorities of the Supervisory Authority in the Criminal Proceedings of the Kyiv Prosecutor's Office, Lawyer of the 2nd class

**SUMMARY**

The article deals with theoretical and practical aspects of the implementation of the constitutional foundations of territorial planning of lands for the development of the settlement network. The state, tendencies and prospects of legislative support of planning as a function of state regulation of land relations in the sphere of development of the settlement network are revealed. It is proved that the system and structure of land, town-planning, ecological and other legislation in terms of planning of land within the territory of Ukraine at the regional and local levels remains insufficiently effective, which does not allow to develop a settlement network in accordance with European standards of quality of life of urban and rural population. The necessity of systematization of land, town-planning, agrarian and other legislation to the Constitution of Ukraine is substantiated in order to ensure planning of land within the territory of Ukraine in accordance with the requirements and standards of the European Union.

**Key words:** land planning, settlement network, land legislation, urban planning, urban development, farm, isolated farmstead, decentralization of power, delineation of land, sustainable development.

**REZUMAT**

Articolul examinează aspectele teoretice și practice ale implementării principiilor constituționale ale planificării teritoriale a terenurilor pentru dezvoltarea rețelei de decontare. Se prezintă statul, tendințele și perspectivele de susținere legislativă a planificării în funcție de reglementarea de stat a relațiilor funciare în dezvoltarea rețelei de decontare. Este dovedit faptul că sistemul și structura terenului, planificarea urbană, de mediu și alte legi privind amenajarea teritoriului pe teritoriul Ucrainei la nivel regional și local nu este foarte eficient, care nu permite dezvoltarea unei rețele de decontare, în conformitate cu standardele europene de calitate a vieții populației urbane și rurale. Necesitatea de sistematizare a terenurilor, urbane, agricole, precum și alte legi ale Constituției Ucrainei pentru a asigura planificarea terenurilor pe teritoriul Ucrainei, în conformitate cu cerințele și standardele Uniunii Europene.

**Cuvinte cheie:** amenajarea teritoriului, rețeaua de decontare, legislația funciară, urbanismul, dezvoltarea urbană, agricultura, separarea unui conac, descentralizarea puterii, delimitarea terenurilor, dezvoltarea durabilă.

**Постановка проблеми.** За Конституцією України, планування земель є однією з ключових функцій держави й тому охоплює всі сфери життєдіяльності суспільства, включаючи й поселенську мережу, сучасний стан якої поєднується нині більше з негативними, аніж позитивними тенденціями та явищами в соціально-економічному роз-

витку територій. Як зазначається в Генеральній схемі планування території України, затвердженій Законом України від 07.02.2002, відсутність науково обґрунтованої стратегії ефективного використання як території країни загалом, так й окремих населених пунктів і регіонів є основною причиною наявності значних диспропорцій використання території України, незадовільного санітарно-епідемічного та екологічного стану її території, численних недоліків функціонування систем розселення, неузгодженості соціального, економічного, містобудівного й екологічного аспектів розвитку населених пунктів і прилеглих територій [1].

**Актуальність теми дослідження.** У цьому зв'язку особливої актуальності набувають організаційно-правові питання здійснення органами державної влади та місцевого самоврядування планування земель як однієї з основних функцій державного регулювання суспільних відносин у сфері збереження наявної й формування нової поселенської мережі в умовах здійснюваної в Україні децентралізації державного регулювання суспільних відносин шляхом розмежування державної та комунальної власності на землю, розширення повноважень територіальних громад і, відповідно, функцій і повноважень органів місцевого самоврядування у вирішенні ключових питань місцевого й регіонального розвитку [2, с. 188–192].

**Стан дослідження.** У сучасних науках аграрного, земельного, екологічного, містобудівного права України питання щодо планування використання та охорони земель як просторового операційного базису, головного засобу виробництва в сільському й лісовому господарстві, основи ландшафту й екологічної мережі досліджували такі вчені, як В.І. Андрейцев, Г.І. Балюк, А.П. Гетьман, С.В. Єлькін, І.В. Ігнатенко, І.І. Каракаш, П,Ф. Кулинич, О.М. Ковтун, Р.І. Марусенко, А.М. Мірошниченко, В.Л. Мунтян, В.В. Носік, В.М. Правдюк, А.І. Ріпенко, Ю.С. Шемшученко, М.В. Шульга та інші вчені в галузі екологічного, аграрного, адміністративного, конституційного права.

У наукових та освітніх джерелах із земельного права планування земель в Україні розглядається по-різному: а) як одна з функцій державного управління у сфері раціонального використання й охорони земель [3, с. 15–27]; б) як функція державного регулювання земельних відносин у ринкових умовах [4, с. 349–357]; в) як складник організаційно-правових заходів адміністративно-територіального устрою [5, с. 70–73]; г) як функціонально-правове забезпечення формування й розвитку поселенської мережі [6, с. 224–227].

Вивчення наукових праць названих авторів показує, що головна увага вчених зосереджена на правовому аналізі юридичної природи планування як функції державного управління у сфері використання та забудови земель наявних населених пунктів – сіл, селищ, міст. Водночас недостатньо дослідженими залишаються організаційно-правові проблеми планування земель для розвитку нових об'єктів поселенської мережі, які стихійно створюються насамперед на землях приватної власності, а також розвитку поселенської мережі в умовах децентралізації функцій державної влади й розширення повноважень територіальних громад у забезпеченні сталого розвитку сільських територій відповідно до Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020» [7]. Тому правові питання планування земель продовжують привертати увагу вчених у галузі земельного, екологічного, аграрного та інших галузей права, оскільки залишаються недостатньо дослідженими в контексті розвитку поселенської мережі в Україні.

**Мета й завдання статті.** З огляду на актуальність проблеми, мета статті полягає в тому, аби розкрити конституційні й законодавчі основи планування земель для розвитку поселенської мережі з метою забезпечення сталого розвитку територій в умовах децентралізації влади та розширення місцевого самоврядування й на цій основі сформулювати відповідні висновки та рекомендації.

**Виклад основного матеріалу.** В Україні формування, розбудова, розвиток нових і припинення наявних об'єктів поселенської мережі визначаються Конституцією України, а також іншими законодавчими й підзаконними актами, які в системно-структурному вираженні становлять нормативно-правову основу регулювання суспільних відносин у сфері створення, функціонування та припинення сучасної поселенської мережі.

Зокрема, норми Конституції України й інших законів і підзаконних актів закріплюють такі фундаментальні основи формування та розвитку поселенської мережі: визначають адміністративно-територіальний устрій; забезпечують планування території країни в межах державного кордону; гарантують здійснення місцевої державної влади й місцевого самоврядування в населених пунктах; визначають правове становище населених пунктів; регулюють економічний і соціальний розвиток шляхом використання землі та інших природних ресурсів як об'єктів права власності Українського народу, здійснення права приватної, державної й комунальної власності на об'єкти матеріального світу; забезпечують охорону довкілля, екологічну та продовольчу безпеку народу, суверенітет, територіальну цілісність і непорушність кордонів України, охорону землі як основного національного багатства Українського народу.

За Конституцією України (ст. 133) міста, а також селища й села є складником системи адміністративно-територіального устрою України. Відповідно до пп. 13.16 ст. 82 Основного Закону держави, законами, крім іншого, визначаються також територіальний устрій України, статус столиці України і спеціальний статус інших міст. Це означає, що, за Конституцією України, основу поселенської мережі становлять міста, селища й села. Тому інші типи поселень, які історично сформувались на території України, а також які створюються в сучасних умовах, не мають відповідного конституційного і правового статусу як складники системи поселенської мережі, на них не поширюється дія норм Основного Закону держави та законів про місцеве самоврядування, земельного, містобудівного, бюджетного, міграційного й іншого законодавства України. До таких поселень належать хутори, робітничі селища, військові містечка, садівничі товариства, дачні поселення, так звані котеджні містечка, академічні містечка, технополіси, курортні містечка, відокремлені фермерські садиби тощо.

Закріплені в Конституції України (ст. ст. 13, 14, 140) імперативні засади щодо гарантування права власності на землю, набуття й реалізації громадянами, юридичними особами та державою права власності на земельні ділянки безпосередньо впливають на здійснення органами державної влади й місцевого самоврядування планування земель на основі забезпечення балансу приватних і суспільних інтересів у використанні й охороні земель різних категорій з обов'язковим урахуванням результатів громадських слухань щодо проектів містобудівної та іншої планувальної документації.

Названі вище конституційні імперативи щодо планування земель у межах території України згодом були розвинуті в Законі України «Про планування і забудову територій» від 20.04.2000 [8], який визначав правові та організаційні основи планування, забудови й іншого використання територій, поняття, основні завдання, порядок організації та здійснення планування територій, установлював три рівні територіального планування: загальнодержавний, регіональний і місцевий, причому більшість норм цього закону присвячена плануванню на місцевому рівні. Також цим Законом уперше було передбачено застосування цілком нового в місцевих правил забудови населених пунктів на засадах зонування територій.

З метою реалізації конституційних положень щодо забезпечення планування земель на національному рівні у 2002 році прийнято Закон України «Про Генеральну схему планування території України», яким визначено пріоритети й концептуальні вирішення планування й використання території країни, вдосконалення систем розселення та забезпечення сталого розвитку населених пунктів, розвитку виробничої, соціальної й інженерно-транспортної інфраструктури, формування національної екологічної мережі, положення якого з урахуванням містобудівної документації регіонального рівня реалізуються через містобудівну документацію місцевого рівня.

За цим законом, наміри та потреби використання окремих територій, визначені в державних програмах економічного й соціального розвитку, інших державних програмах, схемах розвитку галузей економіки, передбачають необхідність значного збільшення територій природоохоронного, рекреаційного, оздоровчого, історико-культурного призначення, а також житлової та громадської забудови з підвищенням ефективності використання земель населених пунктів, скорочення площі ріллі та виробничих територій (особливо під відкритими розробками, кар'єрами, шахтами, відповідними спорудами транспорту і зв'язку) з передачею вивільнених земель для інших видів використання.

Прийняті відповідно до Конституції України закони з питань планування земель у межах території України на національному, регіональному та місцевому рівнях тривалий час не мали позитивного ефекту й не застосовувались у практиці регулювання земельних відносин, оскільки не узгоджувались із закріпленою в Земельному кодексі (далі – ЗК) України концепцією планування використання та охорони земель відповідно до проектів землеустрою й поділу земель на категорії за основним цільовим призначенням, а також через відсутність коштів на фінансування робіт з розроблення містобудівної документації та її узгодження з проектами внутрігосподарського землеустрою територій, через неузгодженість містобудівного й земельного кадастрів з державною реєстрацією прав на земельні ділянки, закріплення тривалих у часі та витратних у коштах дозвільних і погоджувальних процедур у будівництві тощо. Названі чинники в плануванні земель негативно впливали на залучення інвестицій у розвиток територій, створення якісного життєвого середовища, збереження ландшафтів і сприятливого для життя і здоров'я довкілля.

Суттєві зміни у правовому регулюванні планування територій відповідно до вимог адаптації регуляторної політики України до європейських стандартів установлені Законом України «Про регулювання містобудівної діяльності» від 17.02.2011 [9], із прийняттям якого втратив чинність Закон України «Про планування і забудову територій». За новим Законом, змінюється визначення об'єктів містобудівної діяльності; скорочено перелік містобудівної документації, а також закріплено її новий вид – план зонування території (зонінг); визначено обмеження, передбачені детальним планом території та планом зонування; закріплено принцип безстроковості генеральних планів населених пунктів, а також обмежень щодо внесення змін до нього; закріплюється обов'язковість розроблення землевпорядної документації в складі містобудівної документації; передбачається обмеження участі громадськості в розробленні містобудівної документації тощо. Уперше в Законі України «Про регулювання містобудівної діяльності» зроблена спроба закріпити принцип обов'язковості використання містобудівної документації під час вирішення питань щодо передачі у власність чи надання в користування земельних ділянок.

Незважаючи на чимало позитивних рис цього Закону, закріплені в його нормах положення, які визначають концепцію містобудівної діяльності та планування територій, не сприймаються однозначно так, як убачалось тоді, коли приймали цей Закон, з огляду на факти перенесення строків дії норм Закону щодо вирішення земельних питань відповідно до містобудівної документації, відмови від розроблення правил забудови територій на регіональному й місцевому рівнях, неузгодженості положень ЗК України про цільове призначення земель і нормативних приписів Закону про зонування земель і складання планів земельно-господарського устрою тощо.

Відповідно до п. 4 Закону України «Про Генеральну схему планування території України», з метою вдосконалення систем розселення, створення умов сталого розвитку населених пунктів для забезпечення додержання гарантованих державою соціальних стандартів проживання передбачається: а) для міст зі значним рекреаційним та оздоровчим потенціалом – стимулювання розвитку курортних функцій із забороною будівництва нових і розширення діючих промислових підприємств, не пов'язаних із задоволенням потреб відпочиваючих і місцевого населення, або таких, що можуть негативно вплинути на природні лікувальні фактори; б) для малих міст, селищ і сіл, що мають значний природний та історико-культурний потенціал – розвиток туристичних функцій зі збереженням і припустимим господарським використанням об'єктів культурної спадщини, захистом традиційного характеру середовища, обмеженням господарської діяльності на територіях історичних ареалів населених пунктів. Згідно з п. 5 цього Закону, з метою забезпечення ефективного використання територій, що мають особливу господарську, екологічну, наукову, естетичну цінність, передбачається державна підтримка розвитку територій зі значним природоохоронним, рекреаційним, оздоровчим та історико-культурним потенціалом і низьким рівнем розвитку соціальної й інженерно-транспортної інфраструктури і природно-техногенної небезпеки.

Відповідно до Законів України «Про основи містобудування» [10], «Про регулювання містобудівної діяльності», «Про будівельні норми» від 05.11.2009 [11] а також ДБН 360-92 – «Містобудування. Планування і забудова міських і сільських поселень», проектування нових і реконструкція наявних міських і сільських поселень як елементів єдиної системи розселення має здійснюватися з урахуванням адміністративно-територіального поділу, соціально-економічного і природного містобудівного районування.

Згідно з положеннями названих вище Законів, а також ДБН 360-92 – «Містобудування. Планування і забудова міських і сільських поселень», основою проектування, планування й забудови міських і сільських поселень повинна бути попередньо розроблювана концепція їх соціально-економічного розвитку, яка забезпечить реалізацію прав і свобод населення відповідно до Конституції України. Виходячи з положень Закону України «Про стимулювання розвитку регіонів від 08.09.2005 [12], така концепція має бути узгоджена зі стратегією регіонального розвитку й може мати вигляд Стратегії економічного розвитку міста чи іншого населеного пункту. Розвиток системи розселення повинен спиратися на ту мережу міських і сільських поселень, яка склалася, включаючи агломерації, наявні й ті, що формуються. При цьому варто зазначити, що в чинному законодавстві України правовий статус міських і сільських агломерацій у системі адміністративно-територіального-поділу й у поселенській мережі поки що не визначений. За чинним містобудівним законодавством України, проектування нових поселень може відбуватися з метою задоволення різноманітних усенародних, державних, регіональних, місцевих економічних, соціальних, демографічних, екологічних, рекреаційних, оздоровчих та інших життєвих потреб населення. При цьому перелік таких потреб у законодавстві не визначений.

Оскільки визначальним чинником у прогресивному економічному розвитку України було й залишається сільське господарство, то очевидним є той факт, що планування розвитку сільської поселенської мережі має поєднуватися передусім із забезпеченням сталого розвитку сільських територій [13, с. 224–227].

У схваленій Урядом України Концепції розвитку села від 23.09.2015 [14] передбачається перемістити фокус аграрної політики держави з підтримки аграрного сектору економіки на підтримку сільського розвитку, а саме поліпшення якості життя й економічного благополуччя сільського населення. Зокрема, передбачається впровадження соціальних стандартів і нормативів у сільській місцевості; диверсифікація розвитку малого й середнього підприємництва, розвиток сімейних ферм, розв'язання проблем зайнятості на селі; розвиток транспортного сполучення та зв'язку; удосконалення інженерної інфраструктури; розвиток житлового будівництва й комунального господарства; розвиток культурно-дозвільної діяльності в сільській місцевості, збереження й розвиток традиційної культури регіонів; поліпшення побутового обслуговування сільського населення; розвиток фізичної культури і спорту на селі; розвиток торгівельного обслуговування сільського населення; створення умов для заохочення молоді до роботи і проживання в сільській місцевості; державна підтримка депресивних територій; удосконалення системи управління розвитком сільських територій; фінансове забезпечення здійснення заходів з розвитку соціальної сфери села та сільських територій.

З огляду на те, як у сучасній науці аграрного права, у законодавчих та інших нормативно-правових актах визначається юридична природа соціального розвитку села, можна стверджувати, що планування розвитку сільської поселенської мережі має здійснюватися в таких правових формах планування територій, які б забезпечували, по-перше, збереження та розвиток наявної поселенської мережі сіл і селищ, по-друге, передбачали можливість створення нових сіл, селищ, фермерських садиб, хуторів, рекреаційних або ж курортних сіл і селищ тощо. Відтак актуалізуються теоретичні і практичні питання щодо того, у яких організаційно-правових формах має здійснюватись планування розвитку сільської поселенської мережі, оскільки за чинним земельним, містобудівним, аграрним, екологічним, санітарно-епідеміологічним законодавством планування таких поселень у межах населених пунктів має здійснюватися відповідно до містобудівної документації, а за межами сіл, селищ розвиток сільських територій – відповідно до схем планування територій, природно-сільськогосподарського районування територій і землевпорядної документації. Убачається, що закріплену в чинному законодавстві України дворівневу структуру планування розвитку сільських територій доцільно було б переглянути з огляду на сучасні методологічні засади забезпечення сталого розвитку сільських територій і розвитку сільського господарства в контексті вимог адаптації законодавства України до законодавства ЄС відповідно до Угоди України з Європейським Союзом [15, с. 224–227].

За наслідками проведення в Україні земельної й аграрної реформ із 2000 року товарне сільськогосподарське виробництво ведуть суб'єкти аграрного підприємництва різних організаційно-правових форм, серед яких особливе місце за кількістю і правовим становищем займають фермерські господарства, що використовують на праві власності й праві користування та інших юридичних титулах значні площі сільськогосподарських угідь і мають питому вагу у виробництві валового сільськогосподарського продукту.

У Законі України «Про фермерське господарство» передбачається створення фермерських господарств у формі відокремленої садиби. Відтак очевидним є те, що створення відокремленої садиби потребує вирішення комплексу організаційно-правових питань щодо планування земель для таких господарств. У сучасній доктрині земельного права, а також у науці аграрного права це питання окремо не досліджувалось, унаслідок чого набуття права на земельні ділянки, а також відведення в натурі (на місцевості) земельних ділянок для фермерських господарств у вигляді відокремлених садиб не має належного законодавчого забезпечення і здійснюється традиційно в порядку землеустрою відповідно до ЗК України та Закону України «Про землеустрій» від 22.05.2003 [16]. При цьому практично не застосовуються норми чинного містобудівного, природоресурсного, екологічного, аграрного законодавства в частині планування територій фермерських господарств як відокремлених садиб.

Відповідно до Закону України «Про фермерське господарство» від 19.06.2003 (з наступними змінами й доповненнями) [17], право на створення фермерського господарства мають громадяни України, які досягли 18-річного віку та виявили бажання створити таке господарство. Також Законом передбачається можливість створення фермерських господарств як у межах, так і за межами населених пунктів. Законодавче закріплення такого юридичного факту, як місцезнаходження фермерського господарства, безпосередньо впливає на земельно-правовий статус господарства, особливо в частині освоєння земельної ділянки за цільовим призначенням. Зокрема, у ст. 7 згаданого Закону передбачається, що громадяни, які створили фермерське господарство, мають право облаштувати житло в тій частині наданої для ведення фермерського господарства земельної ділянки, з якої забезпечується зручний доступ до всіх виробничих об'єктів господарства. Виходячи із цього, створення фермерського господарства в межах населеного пункту потребує додержання положень Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» й іншого чинного містобудівного законодавства щодо планування території населеного пункту, врахування зонінгових правил чи планів детального планування територій і планів земельно-господарського устрою земельних ділянок, відведення земельних ділянок за проектами землеустрою відповідно до містобудівної документації тощо.

Водночас Законом України «Про фермерське господарство» передбачено, якщо житло членів фермерського господарства знаходиться за межами населених пунктів, то вони мають право на створення відокремленої фермерської садиби, якій надається поштова адреса. Відокремленою фермерською садибою є земельна ділянка разом із розташованими на ній житловим будинком, господарсько-побутовими будівлями, наземними й підземними комунікаціями, багаторічними насадженнями, яка знаходиться за межами населеного пункту.

Для облаштування відокремленої садиби фермерському господарству надається за рахунок бюджету допомога на будівництво під'їзних шляхів до фермерського господарства, електро- й радіотелефонних мереж, газо- й водопостачальних систем. При цьому в названому Законі нічого не сказано про те, як мають регулюватися питання щодо планування забудови території відокремленої садиби, будівництва необхідної інженерно-транспортної інфраструктури, інших об'єктів виробничого призначення, необхідних для здійснення фермерським господарством виробничої та господарської діяльності, а також задоволення житлово-соціальних та інших потреб членів таких господарств.

**Висновки.** Розглянуті конституційні основи планування земель для розвитку об'єктів поселенської мережі, а також законодавчі положення щодо територіального

планування створення й розвитку адміністративно-територіальних одиниць з урахуванням сучасних негативних тенденцій у розвитку поселенської мережі в умовах децентралізації влади та диверсифікації економіки показують, що в Україні назріла потреба в удосконаленні правових засад планування у сфері використання земель для створення нових і розвитку наявних об'єктів поселенської мережі.

В умовах проведення конституційної, адміністративної, земельної та інших реформ для забезпечення сталого розвитку територій потребують подальшого наукового дослідження питання щодо планування земель у межах території України, оскільки від цього значною мірою залежатиме успіх реформування влади й місцевого самоврядування на основі децентралізації влади, дерегуляції у сфері ведення бізнесу, диверсифікації територій з метою забезпечення сталого розвитку територій, розвитку об'єднаних територіальних громад. Ураховуючи, що система і структура земельного, містобудівного, екологічного та іншого законодавства в частині планування земель у межах території України на регіональному й місцевому рівнях залишається недостатньо ефективною, вбачається за доцільне проведення систематизації земельного, містобудівного, аграрного та іншого законодавства відповідно до Конституції України з метою забезпечення планування земель у межах території України відповідно до вимог і стандартів Європейського Союзу.

**Список використаної літератури:**

1. Відом. Верхов. Ради України. 1999. № 31. Ст. 246.
2. Ущаповська О.І. Децентралізаця планування у державно-правовому регулюванні земельних відносин в Україні. Децентралізація влади як чинник розвитку аграрного, екологічного, земельного та інших природо ресурсних галузей права: матеріали Всеукр. круглого столу (м. Київ, 22 вересня 2017 р.). Київ: Прінт Сервіс, 2017. С. 188–192.
3. Андрейцев В.І. Правовий режим землі як основного національного багатства (коментар до ч. 1 ст. 1 Земельного кодексу України. Законодавство України: Науково-практичні коментарі. Київ: Укр. інф.-прав. Центр, 2002. № 4. С. 15–27.
4. Носік В.В. Право власності на землю Українського народу: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2006. С. 349–357.
5. Кубах С.М. Організація територіального планування на сучасному етапі розвитку земельних відносин. Землевпорядний вісник. 2001. № 4. С. 70–73.
6. Ущаповська О.І. Правові проблеми планування розвитку сільської поселенської мережі. Правові проблеми розвитку сільських територій України: матеріали Круглого столу, присвячені пам'яті відомого вченого-правознавця, члена-кореспондента НАН України, академіка НАПрН України В.І. Семчика (м. Київ, 9 грудня 2015 року). Київ: Прінт-Сервіс, 2015. С. 224–227.
7. Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020»: Указ Президента України від 12 січня 2015 року. Офіційний вісник України. 2015. № 4. Ст. 67.
8. Офіційний вісник України. 2000. № 20. Ст. 813.
9. Офіційний вісник України. 2011. № 18. Ст. 735.
10. Відом. Верхов. Ради України. 1992. № 52. Ст. 683.
11. Відом. Верхов. Ради України. 2010. № 5. Ст. 41.
12. Відом. Верхов. Ради України. 2005. № 51. Ст. 548.
13. Ущаповська О.І. Правові проблеми планування розвитку сільської поселенської мережі. Правові проблеми розвитку сільських територій України: матеріали Круглого столу, присвячені пам'яті відомого вченого-правознавця, члена-кореспондента НАН України, академіка НАПрН України В.І. Семчика (м. Київ, 9 грудня 2015 року). Київ: Прінт-Сервіс, 2015. С. 224–227.
14. Про схвалення розвитку сільських територій: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 23.09.2015. Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: http: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995-2015-%D1%80.
15. Ущаповська О.І. Правові проблеми планування розвитку сільської поселенської мережі. Правові проблеми розвитку сільських територій України: матеріали Круглого столу, присвячені пам'яті відомого вченого-правознавця, члена-кореспондента НАН України, академіка НАПрН України В.І. Семчика (м. Київ, 9 грудня 2015 року). Київ: Прінт-Сервіс, 2015. С. 224–227.
16. Відом. Верхов. Ради України. 2003. № 36. Ст. 282.
17. Відом. Верхов. Ради України. 2003. № 45. Ст. 363.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

**Ущаповська Оксана Іванівна** – юрист II класу, прокурор відділу нагляду за додержанням законів органами фіскальної служби управління нагляду у кримінальному провадженні прокуратури міста Києва

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Uschapovska Oksana Ivanivna** – Prosecutor of the Department for Supervising the Observance of Laws by the Fiscal Authorities of the Supervisory Authority in the Criminal Proceedings of the Kyiv Prosecutor's Office, Lawyer of the 2nd class

*ksyusha1988h@gmail.com*

# УГОЛОВНОЕ ПРАВО, УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

УДК 343.615;617;347.2

## ОСОБЛИВОСТІ КВАЛІФІКАЦІЇ ДЕЯКИХ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ЗДОРОВ'Я ОСОБИ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

**Катерина КАТЕРИНЧУК,**
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права і процесу
Навчально-наукового юридичного інституту
Національного авіаційного університету

**АНОТАЦІЯ**

У статті висвітленні особливості кримінально-правової кваліфікації окремих злочинів проти здоров'я особи за кримінальним законодавством України. Встановленні подібні та відмінні ознаки даних злочинів, які відрізняються за змістом і формою. Ті ознаки, що належать двом або більше кримінально-правовим нормам, є проявом конкуренції, наявної в досліджуваних злочинах проти здоров'я особи. Здійснено аналіз праць науковців, що цікавилися даною тематикою, наведено власне бачення вдосконалення закону про кримінальну відповідальність злочинів проти здоров'я особи.

**Ключові слова:** злочин, склад злочину, побої, мордування, катування, зараження, здоров'я, Кримінальний кодекс України.

## FEATURES OF QUALIFICATION OF SOME CRIMES AGAINST HEALTH OF PERSONS UNDER THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE

**Kateryna KATERYNCHUK,**
Candidate of Law, Associate Professor, Associate Professor
at the Department of Criminal Law and Process
of Educational and Scientific Law Institute of National Aviation University

**SUMMARY**

The article high lights the peculiarities of the criminal-legal qualification of individual crimes against the health of a person under the criminal legislation of Ukraine. Establishing similar and distinctive features of these crimes, which differ in content and form. Those signs belonging to two or more criminal law are the competition that is present in the investigated crimes against the health of a person. The analysis of the works of scientists engaged in this topic was carried out, his own vision was presented regarding the perfection of the law on criminal liability of crimes against the health of a person.

**Key words:** crime, composition of crime, beatings, torture, torture, infection, health, Criminal code of Ukraine.

**REZUMAT**

În articol, caracteristicile de calificare penală și juridică a crimelor individuale împotriva sănătății umane în conformitate cu legislația penală a Ucrainei. Stabilirea unor trăsături similare și distinctive ale acestor infracțiuni, care diferă în conținut și formă. Aceste semne care aparțin două sau mai multe norme penale sunt o competiție care este prezentă în crimele investigate împotriva sănătății umane. Analiza lucrărilor oamenilor de știință implicați în acest domeniu a fost realizată și este dată viziunea lor de îmbunătățire a legii privind răspunderea penală a infracțiunilor împotriva sănătății umane.

**Cuvinte cheie:** criminalitate, criminalitate, bătăi, tortură, infecție, sănătate, Codul penal al Ucrainei.

**Постановка проблеми.** На нашу думку, до злочинів проти здоров'я особи, за Кримінальним кодексом України (далі – КК України), належать такі: ст. 121 (умисне тяжке тілесне ушкодження); ст. 122 (умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження); ст. 123 (умисне тяжке тілесне ушкодження, заподіяне в стані сильного душевного хвилювання); ст. 124 (умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони або в разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця); ст. 125 (умисне легке тілесне ушкодження); ст. 126 (побої і мордування); ст. 127 (катування); ст. 128 (необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження); ст. 130 (зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби); ст. 133 (зараження венеричною хворобою) КК України. Злочини проти здоров'я особи відрізняються між собою однією з ознак об'єктивної сторони складу злочину – наслідками, а саме: тілесними ушкодженнями трьох ступенів (тяжке, середньої тяжкості і легке), а також фізичним болем, сильним фізичним болем, фізичними стражданнями, моральними стражданнями,

зараженням вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби та зараженням венеричною хворобою. За ознаками суб'єктивної сторони складу злочину – умисні та необережні, а також розмежувальною ознакою може слугувати мета злочину (ч. 1 ст. 127 КК України). Наявність спільних ознак потребує встановлення відмінностей між цими складами злочинів. Крім того, іноді під час кваліфікації діяння підпадають під ознаки двох і більше кримінально-правових норм, такі випадки в теорії кримінального права іменуються конкуренцією кримінально-правових норм, яка наявна і в досліджуваних злочинах. Тому і потрібно встановити розмежувальні ознаки деяких норм злочинів проти здоров'я особи.

**Актуальність теми дослідження.** Проблеми досліджуваної тематики вивчали багато науковців (Л.П. Брич, А.Г. Гаркуша, О.В. Грищенко, Н. В. Уварова, Б.А. Чемеренко й інші), але деякі питання кваліфікації злочинів проти здоров'я особи залишаються актуальними та дискусійними дотепер.

**Метою та завданням статті** є аналіз загальних положень кримінально-правової кваліфікації злочинів проти здоров'я особи.

**Викладення основного матеріалу.** Недосконалість норм КК України призводить до різного їх тлумачення і, як наслідок, до неправильного розуміння та застосування. Не є винятком і ст. 126 (побої і мордування) КК України. На думку А.Г. Гаркуши, це «проявляється в тому, що закон не містить чіткого їхнього визначення в диспозиції статті, що значно ускладнює їхнє практичне застосування, зокрема через конкуренцію з такими кримінально-правовими нормами, як умисне легке тілесне ушкодження (ст. 125 КК України), катування (ст. 127 КК України), погроза вбивством (129 КК України), що, у свою чергу, призводить до помилок у кримінально-правовій кваліфікації» [1]. «Удари, побої та інші насильницькі дії не становлять особливого виду ушкоджень, тому неспричинення тілесних ушкоджень є другою умовою їх кваліфікації за ст. 126 КК України. Якщо ж після них на тілі потерпілого залишилися ушкодження, зафіксовані в установленому законом порядку, їх варто оцінювати за ступенем тяжкості, виходячи із звичайних ознак, і залежно від ступеня тяжкості кваліфікувати, відповідно, за ст. ст. 121, 122, 125 КК України. Додатково кваліфікувати завдання удару, побоїв чи вчинення інших насильницьких дій за ст. 126 не потрібно» [2, с. 314].

«Норма про побої (ч. 1 ст. 126 КК України) співвідноситься як частина з нормою про умисне легке тілесне ушкодження, що не спричинило короткочасного розладу здоров'я або незначної втрати працездатності (ч. 1 ст. 125 КК України), яка, у свою чергу, може бути частиною норми про умисне легке тілесне ушкодження, що спричинило короткочасний розлад здоров'я або незначну втрату працездатності (ч. 2 ст. 125 КК України)» [3]. На думку М.І. Галюкової, «обов'язковою ознакою ст. 126 КК України є фізичний біль, у разі, якщо особу не сильно зв'язати мотузкою, фізичний біль не заподіюється, або потерпілій особі заподіюється психічний вплив, дана стаття не застосовується» [4, с. 26]. Але автор не бере до уваги той факт, що перелічені дії можуть утворювати склад злочину – катування (ст. 127 КК України): особі заподіяно фізичні страждання (протягом певного часу вона зв'язана), до неї застосовується «психічний вплив», тобто можна вважати, що наяна мета (будь-яка, що визначена законодавцем у диспозиції статті).

«Спеціальною щодо загальної норми, закріпленої в ч. 1 ст. 126 КК України «Побої і мордування», є норма «Катування» (ч. 1 ст. 127 КК України). Варто звернути увагу на наявність колізії між нормою про основний склад катування та нормою про кваліфікований склад побоїв і мордування в частині такої кваліфікуючої ознаки, як мета залякування потерпілого чи його близьких» [5, с. 42–46; 3]. «Катування (ст. 127 КК України) не може виражатися у бійці, тобто умисному нанесенні ударів один одному, – це у будь-якому випадку односторонні дії, при умові, що потерпілий у силу будь-яких причин не може чинити опір» [6]. «Якщо при кваліфікації катування буде встановлено наявність мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості, винна особа повинна притягуватись до відповідальності за ч. 2 ст. 127 КК України згідно із правилом кваліфікації при конкуренції загальної (ч. 1 ст. 127 КК України) і спеціальної (ч. 2 ст. 127 КК України) норм» [7, с. 147]. «Завдання побоїв і мордування під час катування повністю охоплюється ст. 127 КК» [8, с. 109], із чим ми цілком погоджуємося, бо в ч. 1 ст. 127 КК України передбачені наслідки, що заподіюються шляхом нанесення побоїв, мучення або інших насильницьких дій.

Однак Г.Є. Болдарь [9], О.В. Грищенко [10, с. 13] та інші зазначають, що в разі заподіяння під час катування легких тілесних ушкоджень у формулі кваліфікації злочину також необхідна наявність статті, крім ст. 127 КК України і ст. 125 КК України, тому що саме така формула кваліфікації буде відповідати принципу повноти кваліфікації. Та сама ситуація і щодо інших видів умисних тілесних ушкоджень. «У разі заподіяння потерпілому тяжкого тілесного ушкодження при катуванні, потребує кваліфікації за сукупністю злочинів, передбачених ч. ч. 1 чи 2 ст. 127 і ч. ч. 1 чи 2 ст. 121» [2, с. 316], з урахуванням віку, з якого може настати кримінальна відповідальність (ч. 2 ст. 22 КК України).

Саме за наявності наслідків і спеціальної мети, катування відмежовується від ст. 126 КК України. Таж ситуація стосується і кваліфікуючих ознак складу злочинів, передбачених ч. ч. 2 ст. ст. 121, 122, 126, 127 КК України, за ознакою, що характеризує коло осіб, які залякуються. Крім того, «при кваліфікації цих злочинів, ознаки об'єктивної та суб'єктивної сторін можуть збігатися, і тому слід зазначити, що відповідні положення цих статей конкурують, і така ситуація вимагає законодавчого їх узгодження. Катування, вчинене з метою доведення особи до самогубства, кваліфікується за сукупністю злочинів ст. ст. 120, 127 КК України. А насильницькі дії, які вчинюються з метою: примусити людину до проведення небезпечних для її життя чи здоров'я дослідів над нею, кваліфікуються за ч. 2 ст. 142; примусити людину до вилучення в неї органів чи тканин – за ч. ч. 2, 3 ст. 143» [2, с. 319, 316].

Як підсумок вищезазначеного, стаття катування (ст. 127 КК України) потребує доопрацювання для правильної кваліфікації, не є винятком і ст. 130 **(зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби)** та ст. 133 (зараження венеричною хворобою) КК України.

Як зазначалося нами раніше, є випадки зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби та венеричною хворобою, які унеможливлюють відповідальність за ст. 130 та/або 133 КК України. До них можна віднести самозараження або створення загрози особистого зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби або венеричною хворобою. Крім кримінальної відповідальності, законодавцем передбачена й адміністративна, ухилення від обстеження осіб, щодо яких є достатні дані про те, що вони хворі на венеричну хворобу, або ухилення від лікування осіб, які були в контакті із хворими на венеричну хворобу і потребують профілактичного лікування, що триває після попередження, зробленого їм органами охорони здоров'я, призводить до адміністративної відповідальності (ст. 45 Кодексу про адміністративні правопорушення)[11].

Особливостями кваліфікації ст. ст. 130 і 133 КК України є те, що вони є спеціальними щодо ст. ст. 121, 122, 125 або 128 КК України, отже, якщо в разі умисного заражен-

ня вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби або венеричною хворобою настали наслідки у вигляді тілесних ушкоджень, додаткова кваліфікація за ст. ст. 121, 122, 125 КК України не потрібна. За ст. 128 КК України особа понесе кримінальну відповідальність, якщо вона не знала про наявність у неї хвороби, хоча повинна була і могла передбачити наслідки – злочинна недбалість (ч. 3 ст. 25 КК України).

Суб'єктивна сторона й ознаки суб'єкта складів злочинів, передбачених ст. ст. 130, 133 КК України, також має велике значення для кваліфікації. Так, якщо відсутній спеціальний суб'єкт складів злочинів за ст. ст. 130, 133 КК України, а особа, що хвора вірусом імунодефіциту людини (далі – ВІЛ) чи іншої невиліковної інфекційної хвороби або венеричною хворобою умисно заразила іншу особу, то її дії кваліфікують за ст. ст. 121 чи 122 КК України залежно від наслідків, що настали. Зараження ВІЛ чи вірусом іншої невиліковної інфекційної хвороби, яке сталося внаслідок неналежного виконання медичним, фармацевтичним або іншим працівником своїх професійних обов'язків внаслідок недбалого чи несумлінного ставлення до них, належить кваліфікувати за ст. 131 КК України. «Але у випадку зараження венеричною хворобою, яке стало результатом неналежного виконання медичним працівником своїх професійних обов'язків (наприклад, лікарем-гінекологом під час проведення медичних оглядів пацієнтів або внаслідок переливання потерпілому зараженої крові), [злочин] слід кваліфікувати за ст. 140 або статтею КК України про відповідальність за певне тілесне ушкодження» [2, с. 332]. «Поняттям «тяжкі наслідки» охоплюється не тільки «проста» шкода життю або здоров'ю пацієнта, а й спеціальні види наслідків, передбачені ст. ст. 130, 131, 133 КК України, тому такі види спеціальних наслідків обумовлюють необхідність кваліфікації незаконної лікувальної діяльності за сукупністю із зазначеними статтями КК України лише тоді, коли за заподіяну шкоду санкція ст. 138 КК України передбачає менш суворе покарання» [12, с. 12].

Якщо в особи наявний умисел (суб'єктивна сторона) на заподіяння смерті іншій людині через зараження ВІЛ чи іншою невиліковною інфекційною хворобою або венеричною хворобою, дії винної особи кваліфікуються як умисне вбивство без додаткової кваліфікації за ст. ст. 130, 133 КК України.

«У випадку свідомого поставлення особи в небезпеку зараження венеричною хворобою, дії винної особи до виявлення клінічних проявів захворювання потрібно кваліфікувати за ст. ст. 15, 133 КК України. Якщо особа діяла із прямим умислом заразити іншу особу венеричною хворобою, однак потерпілий не захворів, вчинене має кваліфікуватися за відповідними частинами ст. 15 і ч. ч. 1 або 2 ст. 133» [2, с. 331].

**Висновки.** Для успішного вирішення досліджуваних у статті проблем, тобто для повної, точної та правильної кваліфікації деяких злочинів проти здоров'я особи, обов'язкове встановлення всіх об'єктивних (об'єкт складу злочину, об'єктивна сторона складу злочину) та суб'єктивних (суб'єкт складу злочину, суб'єктивна сторона складу злочину) ознак складу злочину. Потрібне редагування деяких статей КК України в частині конкретизації суспільно небезпечних наслідків (фізичний біль, сильний фізичний біль, фізичні страждання, моральні страждання, зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби та зараження венеричною хворобою, тяжкі наслідки).

**Список використаної літератури:**

1. Гаркуша А.Г. Кримінальна відповідальність за побої та мордування: постановка проблеми. Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: матеріали міжнародної науково-практичної конференції. Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. С. 114–116.

2. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 9-е вид., переробл. та допов. К.: Юридична думка, 2012. 1184 с.

3. Грищенко О.В. Проблеми кваліфікації та відмежування побоїв та мордувань від суміжних злочинів. Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. 2013. № 2. С. 87–98. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/VKhnuvs_2013_2_13.

4. Галюкова М.И. Преступления против здоровья человека: учебное пособие. Омск: Омская академия МВД России, 2009. 96 с.

5. Брич Л.П. Розмежування складів злочинів, спільною ознакою яких є суспільно небезпечні наслідки у вигляді шкоди здоров'ю людини. Львів, 2009. С. 42–46.

6. Чемеренко Б.А. Окремі питання кваліфікації побоїв, мордувань та катувань за чинним кримінальним законодавством України. Вісник Кримінологічної асоціації України; 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 Харківського національного університету внутрішніх справ 12 травня 2012 р. МВС України; Харківський нац. ун-т внутр. справ; Кримінологічна асоціація України. Том 2. Х.: Золота миля, 2012. С. 241 – 245.

7. Уварова Н.В. Кримінальна відповідальність за злочини проти життя та здоров'я особи, вчинені з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості: дис. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право і кримінологія; кримінально-виконавче право». Дніпропетровськ, 2012. 213 с.

8. Анісімов Г.М., Володіна О.О., Зінченко І.О. та ін. Кваліфікація злочинів: навч. посіб. / за ред. М.І. Панова. Вид. 2-ге, допов. та випр.Х.: Право, 2017. 360 с.

9. Болдарь Г.Є., Старик Ю.О. Проблемні питання відмежування катування від інших злочинів проти життя та здоров'я особи. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2009. Спеціальний випуск № 1: Захист прав людини в контексті сучасного громадянського суспільства. С. 58–64.

10. Грищенко О.В. Кримінально-правова характеристика побоїв і мордування (ст. 126 КК України): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08; Нац. акад. прав. наук України, НДІ вивч. проблем злочинності ім. В.В. Сташиса. Харків, 2014. 200 с.

11. Кодекс України про адміністративні правопорушення (ст. ст. 1–212-21) від 7 грудня 1984 р. № 8073–X. Верховна Рада УРСР.; Кодекс України, Закон, Кодекс від 07.12.1984. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/80731-10/page3.

12. Байда А.О. Відповідальність за незаконну лікувальну діяльність за КК України (аналіз складу злочину, питання кваліфікації): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. Х., 2006. 224 с.

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

**Катеринчук Катерина Володимирівна** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального права і процесу Навчально-наукового юридичного інституту Національного авіаційного університету;

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Katerynchuk KaterynaVolodymyrivna** – Candidate of Law, Associate Professor, Associate Professor at the Department of Criminal Law and Process of Educational and Scientific Law Institute of National Aviation University

*k_katerinchuk@ukr.net*

УДК 343.8

# СУБ'ЄКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ

**Юлія КЕРНЯКЕВИЧ-ТАНАСІЙЧУК,**
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри трудового, екологічного та аграрного права
Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

**АНОТАЦІЯ**

У статті розглядається питання суб'єктів реалізації кримінально-виконавчої політики України. Аналізується їх роль у механізмі реалізації кримінально-виконавчої політики. Визначається система суб'єктів реалізації кримінально-виконавчої політики України та досліджується їхній правовий статус.

**Ключові слова:** суб'єкти реалізації кримінально-виконавчої політики, механізм реалізації кримінально-виконавчої політики, органи державної влади, громадські організації.

## SUBJECTS OF IMPLEMENTATION OF THE CRIMINAL-EXECUTIVE POLICY OF UKRAINE

**Yuliia KERNIAKEVYCH-TANASIICHUK,**
Candidate of Law Sciences, Associate Professor, Associate Professor at the Department of Labor, Environmental and Agricultural Law of Vasyl Stefanyk Precarpathian National University

**SUMMARY**

The article deals with the subjects of implementation of the criminal-executive policy of Ukraine. Their role in the mechanism of implementing criminal-executive policy is analyzed. The system of subjects of implementation of the criminal-executive policy of Ukraine is determined and its legal status is investigated.

**Key words:** the subjects of implementation of the criminal-executive policy, the mechanism of implementing criminal-executive policy, bodies of state power, public organizations.

**REZUMAT**

În articol este examinată chestiunea subiectelor de realizare a politicii de executare penală a Ucrainei. Este analizat rolul acestora în mecanismul de implementare a politicii de executare penală. Se determină sistemul de subiecte de realizare a politicii executivă penală a Ucrainei și se investighează statutul lor juridic.

**Cuvinte cheie:** subiecte de implementare a politicii executivului penal, mecanismul de implementare a politicii executivului penal, autoritățile publice, organizațiile publice.

**Постановка проблеми.** Утілення в життя кримінально-виконавчої політики України здійснюється за допомогою відповідного інструментарію, механізму. Механізм реалізації кримінально-виконавчої політики доцільно тлумачити як систему заходів і засобів, а також суб'єктів, відповідальних за втілення їх у життя, за допомогою яких забезпечується вплив на кримінально-виконавчі правовідносини з метою досягнення цілей і завдань кримінально-виконавчого законодавства. Як випливає з наведеного визначення, однією з невід'ємних складових частин цього механізму є суб'єкти реалізації кримінально-виконавчої політики.

**Метою й завданням статті** є визначення кола суб'єктів, відповідальних за реалізацію кримінально-виконавчої політики України.

**Виклад основного матеріалу.** З огляду на те, що кримінально-виконавча політика є елементом політики у сфері боротьби зі злочинністю, яка є складником правової політики, що входить до системи державної політики, найважливішу роль у її реалізації відіграють органи державної влади, які уповноважені здійснювати політику від імені держави.

Серед органів державної влади, які відповідальні за реалізацію кримінально-виконавчої політики, першочергове значення належить Міністерству юстиції України. Його завдання характеризуються бінарною правовою природою. Це зумовлюється тим, що Міністерство юстиції України належить до суб'єктів формування кримінально-виконавчої політики. Водночас одним із основних завдань Мін'юсту названо, окрім забезпечення формування, також і реалізацію державної політики у сфері виконання кримінальних покарань і пробації [1]. Крім Міністерства юстиції України, до суб'єктів реалізації кримінально-виконавчої політики належить Державна кримінально-виконавча служба, на яку, відповідно до п. 1 ст. 1 Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України», покладається завдання щодо здійснення державної політики у сфері виконання кримінальних покарань [2].

Виходячи з ч. 1 ст. 6 Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України», Державна кримінально-виконавча служба України, відповідно до закону, здійснює правозастосовні та правоохоронні функції й складається з:

- центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань,
- його територіальних органів управління,
- кримінально-виконавчої інспекції,
- установ виконання покарань,
- слідчих ізоляторів,
- воєнізованих формувань,

• навчальних закладів,
• закладів охорони здоров'я,
• підприємств установ виконання покарань,
• інших підприємств, установ та організацій, створених для забезпечення виконання завдань Державної кримінально-виконавчої служби України.

До моменту передачі повноважень щодо реалізації кримінально-виконавчої політики Міністерству юстиції України (18.05.2016) функції центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань, виконувала Державна пенітенціарна служба України.

Відповідно до п. 1 Положення про Державну пенітенціарну службу України, затвердженого Указом Президента України від 6 квітня 2011 року, до основних завдань, утілення в життя яких покладалося на Державну пенітенціарну службу України, належали такі:

1) реалізація державної політики у сфері виконання кримінальних покарань;

2) унесення пропозицій щодо забезпечення формування державної політики у сфері виконання кримінальних покарань;

3) забезпечення формування системи наглядових, соціальних, виховних і профілактичних заходів, які застосовуються до засуджених та осіб, узятих під варту;

4) контроль за дотриманням прав людини та громадянина, вимог законодавства щодо виконання й відбування кримінальних покарань, реалізацією законних прав та інтересів засуджених та осіб, узятих під варту [3].

Як слушно зазначають П.В. Гламазда й М.М. Яцишин, створення Державної пенітенціарної служби України, яка уособлює всі функції центрального органу виконавчої влади, підпорядковується безпосередньо Кабінету Міністрів України (Міністерству юстиції України), дає підстави стверджувати про поліфункціональність цього органу: з одного боку, серед його функцій чітко виділяються напрями діяльності, які характеризують Державну пенітенціарну службу України тільки як орган виконання покарань, з іншого – він виконує значно ширше коло функцій, притаманних сучасній кримінально-виконавчій службі й пов'язаних із дотриманням правового статусу засуджених; порядком застосування до них заходів впливу з метою виправлення та профілактики асоціальної поведінки; удосконаленням системи органів та установ виконання покарань, їхніх функцій і порядку діяльності (нормотворчий процес); звільнення від відбування покарань, ресоціалізацією тощо. Разом із тим, згідно з вимогами сучасної кримінально-виконавчої політики, пріоритетним завданням Державної пенітенціарної служби України й надалі залишається реалізація персоналом установ виконання покарань такого елемента мети і завдання кримінально-виконавчого законодавства України, що зазначений у ч. 1 ст. 1 Кримінально-виконавчого кодексу України, як запобігання вчиненню нових злочинів засудженими та іншими особами, а також запобігання тортурам і нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню із засудженими [4, с. 77].

Водночас не можна не згадати про проблемні питання, які мали місце в період існування Державної пенітенціарної служби України (далі – ДПтСУ), і протиріччя, що виникали між цією службою та Мін'юстом. Їх можна проілюструвати сентенціями І.С. Яковець, яка зазначала, що в Україні головним центральним органом виконавчої влади у сфері виконання покарань є Міністерство юстиції України, проте й ДПтСУ визначений у нормативних актах як такий же центральний орган виконавчої влади. Тобто в Україні існує два центральні органи виконавчої влади, що забезпечують процес виконання кримінальних покарань. А це призводить до певної плутанини в розподілі повноважень і відповідальності. На думку вченої, виконавча гілка влади повинна бути представлена в цій сфері лише однією основною структурою – Міністерством юстиції України [5, с. 125]. Крім того, не дає змоги забезпечити ефективну взаємодію й та обставина, що ДПтСУ та Міністерство юстиції перебувають у певній негласній протидії, що виникла внаслідок незгоди ДПтСУ з установленням контролю за власною діяльністю цієї служби [5, с. 130].

З метою оптимізації діяльності центральних органів виконавчої влади системи юстиції, раціонального використання бюджетних коштів Постановою Кабінет Міністрів України ліквідовано Державну пенітенціарну службу, покладено на Міністерство юстиції завдання й функції з реалізації державної політики у сфері виконання кримінальних покарань і пробації [6].

За інформацією, розміщеною на офіційному сайті Міністерства юстиції України, керівництво Державною кримінально-виконавчою службою здійснюють заступник міністра юстиції, директор Департаменту державної кримінально-виконавчої служби, директор Департаменту пробації та директор Департаменту ресурсного забезпечення Державної кримінально-виконавчої служби [7].

До структури Державної кримінально-виконавчої служби входять такі підрозділи:

1. Сектор мобілізаційної роботи й територіальної оборони.

2. Відділ інспектування дотримання прав людини в пенітенціарних закладах.

3. Управління планово-фінансової діяльності й соціально-трудових відносин кримінально-виконавчої служби та пробації.

4. Управління персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України.

5. Департамент ресурсного забезпечення Державної кримінально-виконавчої служби України.

6. Департамент Державної кримінально-виконавчої служби.

7. Управління медичного забезпечення.

8. Департамент пробації Міністерства юстиції України [8].

Не зовсім логічним є функціонування в структурі Державної кримінально-виконавчої служби Департаменту державної кримінально-виконавчої служби. Видається за доцільне паралельно з існуванням Департаменту пробації або ж, як нами пропонується, пробаційної політики створення Департаменту пенітенціарної політики замість Департаменту державної кримінально-виконавчої служби.

Одночасно під гаслом оптимізації функціонування Державної кримінально-виконавчої служби України прийнято Постанову Кабінету Міністрів України «Про ліквідацію територіальних органів управління Державної пенітенціарної служби та утворення територіальних органів Міністерства юстиції» від 18 травня 2016 року № 348, відповідально до якої утворено як юридичні особи публічного права територіальні органи Міністерства юстиції – міжрегіональні управління з питань виконання кримінальних покарань та пробації, а саме:

1) Західне міжрегіональне управління з питань виконання кримінальних покарань та пробації Міністерства юстиції;

2) Південне міжрегіональне управління з питань виконання кримінальних покарань та пробації Міністерства юстиції;

3) Південно-Східне міжрегіональне управління з питань виконання кримінальних покарань та пробації Міністерства юстиції;

4) Північно-Східне міжрегіональне управління з питань виконання кримінальних покарань та пробації Міністерства юстиції;

5) Центральне міжрегіональне управління з питань виконання кримінальних покарань та пробації Міністерства юстиції;

6) Центрально-Західне міжрегіональне управління з питань виконання кримінальних покарань та пробації Міністерства юстиції [9].

Наступним суб'єктом реалізації кримінально-виконавчої політики є органи пробації, які є правонаступниками ліквідованих кримінально-виконавчих інспекцій.

Зауважимо, що в Законі України «Про Державну кримінально-виконавчу службу» в структурі державної кримінально-виконавчої служби досі передбачено кримінально-виконавчі інспекції. Тому необхідно внести зміни до названого Закону задля забезпечення уніфікації кримінально-виконавчого законодавства.

Відповідно до Закону України «Про пробацію», орган пробації – це центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері пробації [10]. Таким органом є Міністерство юстиції, у структурі якого створено Департамент пробації, а також відповідні територіальні органи – міжрегіональні управління з питань виконання кримінальних покарань та пробації Міністерства юстиції України.

Як цілком справедливо вказує В.О. Туляков, заміна службою пробації системи органів кримінально-виконавчої інспекції не може бути зведеною до термінологічних проблем [11]. Тому, оскільки зміна терміна не змінює сутності явища, увага має бути сконцентрована на внутрішньому наповненні, тобто на завданнях новоствореного органу пробації, які повинні бути якісно новими й зорієнтованими на досягнення кінцевої мети механізму реалізації кримінально-виконавчої політики.

Аналіз ст. 6 Закону України «Про пробацію» дає нам змогу виділити такі завдання пробації, які мають бути втілені в життя в процесі реалізації кримінально-виконавчої політики:

– здійснення нагляду за засудженими до покарань у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, громадських робіт, виправних робіт особами, яким покарання у вигляді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк замінено покаранням у вигляді громадських робіт або виправних робіт, особами, звільненими від відбування покарання з випробуванням, звільненими від відбування покарання вагітними жінками й жінками, які мають дітей віком до трьох років;

– виконання певних видів покарань, не пов'язаних із позбавленням волі;

– направлення засуджених до обмеження волі для відбування покарання до виправних центрів;

– реалізація пробаційних програм стосовно осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням;

– проведення соціально-виховної роботи із засудженими;

– здійснення заходів з підготовки осіб, які відбувають покарання у вигляді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк, до звільнення;

– реалізація інших заходів, спрямованих на виправлення засуджених і запобігання вчиненню ними повторних кримінальних правопорушень.

Стаття 13 Кримінально-виконавчого кодексу України до повноважень уповноваженого органу з питань пробації зараховує такі:

– здійснення нагляду за засудженими, звільненими від відбування покарання з випробуванням, звільненими від відбування покарання вагітними жінками й жінками, які мають дітей до трьох років;

– виконання покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, громадських і виправних робіт;

– реалізацію пробаційних програм стосовно осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням;

– проведення соціально-виховної роботи із засудженими, до яких застосовано пробацію;

– здійснення заходів з підготовки осіб, які відбувають покарання у вигляді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк, до звільнення;

– направлення засуджених до обмеження волі для відбування покарання до виправних центрів у порядку, визначеному ст. 57 Кримінально-виконавчого кодексу;

– здійснення інших визначених законодавством заходів, спрямованих на виправлення засуджених і запобігання вчиненню ними повторних кримінальних правопорушень [12].

Як висновок можна стверджувати, що для стадії реалізації кримінально-виконавчої політики характерними є:

1) наглядова пробація – це здійснення наглядових і соціально-виховних заходів щодо засуджених до покарань у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, громадських робіт, виправних робіт, осіб, яким покарання у вигляді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк замінено покаранням у вигляді громадських робіт або виправних робіт, осіб, звільнених від відбування покарання з випробуванням, звільнених від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років, а також направлення засуджених до обмеження волі для відбування покарання до виправних центрів (ч. 1 ст. 10 Закону України «Про пробацію»);

2) пенітенціарна пробація – це підготовка осіб, які відбувають покарання у вигляді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк, до звільнення з метою трудового й побутового влаштування таких осіб після звільнення за обраним ними місцем проживання (ч. 1 ст. 11 Закону України «Про пробацію»).

Чільне місце в системі суб'єктів реалізації кримінально-виконавчої політики посідають установи виконання покарань.

Виходячи з положення ч. 2 ст. 11 Кримінально-виконавчого кодексу України, установами виконання покарань є:

1) арештні доми;

2) кримінально-виконавчі установи;

3) спеціальні виховні установи (далі – виховні колонії);

4) слідчі ізолятори у випадках, передбачених Кримінально-виконавчим кодексом України.

Арештні доми покликані виконувати покарання у вигляді арешту.

Кримінально-виконавчі установи поділяються на кримінально-виконавчі установи відкритого типу (виправні центри) і кримінально-виконавчі установи закритого типу (виправні колонії).

Виправні колонії, у свою чергу, поділяються на колонії мінімального, середнього й максимального рівнів безпеки. Виправні колонії мінімального рівня безпеки поділяються на колонії мінімального рівня безпеки з полегшеними умовами тримання й колонії мінімального рівня безпеки із загальними умовами тримання. У виправних колоніях середнього рівня безпеки можуть створюватися сектори максимального рівня безпеки для відбування покарання чоловіками, засудженими до довічного позбавлення волі. У виправних колоніях мінімального рівня безпеки із загальними умовами тримання можуть створюватися сектори середнього рівня безпеки для відбування покарання жінками, засудженими до довічного позбавлення волі.

Виправні колонії виконують покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк, довічного позбавлення волі, а виправні центри виконують покарання у вигляді обмеження волі стосовно осіб, засуджених за злочини невеликої та середньої тяжкості, а також засуджених, яким

цей вид покарання призначено відповідно до ст. ст. 82, 389 Кримінального кодексу України.

Завданням виховних колоній є виконання покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк стосовно засуджених неповнолітніх.

Слідчі ізолятори виконують функції виправних колоній мінімального рівня безпеки із загальними умовами тримання й виправних колоній середнього рівня безпеки стосовно засуджених, які залишені для роботи з господарського обслуговування.

Виконувати окремі кримінальні покарання уповноважені також органи державної виконавчої служби, військові частини, гауптвахти і дисциплінарний батальйон.

Так, органи державної виконавчої служби виконують покарання у вигляді конфіскації майна.

Військові частини, гауптвахти виконують покарання у вигляді позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу, службового обмеження для військовослужбовців, засуджених за злочини невеликої тяжкості, арешту з утриманням засуджених на гауптвахтах, а також здійснюють контроль за поведінкою засуджених військовослужбовців, звільнених від відбування покарання з випробуванням.

Дисциплінарний батальйон виконує покарання у вигляді тримання в дисциплінарному батальйоні засуджених військовослужбовців строкової служби, військовослужбовців, які проходять військову службу за контрактом, осіб офіцерського складу, які проходять кадрову військову службу, осіб офіцерського складу, які проходять військову службу за призовом, військовослужбовців, призваних на військову службу під час мобілізації, на особливий період (крім військовослужбовців-жінок).

Виходячи з ч. 8 ст. 11 Кримінально-виконавчого кодексу України, яка закріплює положення, що територіальні органи управління, уповноважені органи з питань пробації, арештні доми, виправні центри, виправні та виховні колонії, слідчі ізолятори організовуються й ліквідуються центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань і пробації, а військові частини, гауптвахти і дисциплінарний батальйон – Міністерством оборони України, можна зробити висновок, що до суб'єктів реалізації кримінально-виконавчої політики також належатиме Міністерство оборони України.

Наказом Міністерства юстиції України від 10 травня 2017 року № 1519/5 визначено перелік органів, установ виконання покарань, слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України з прив'язкою до конкретного міжрегіонального управління з питань виконання кримінальних покарань і пробації Міністерства юстиції загальною кількістю 183 одиниці.

Хоча реальна кількість органів, установ виконання покарань і слідчих ізоляторів є значно меншою, оскільки у вищеназваному Наказі Міністерства юстиції України до загального переліку включені й ті органи та установи, СІЗО, які знаходяться на територіях окупованої Автономної Республіки Крим та ОРДЛО й фактично не підконтрольні Державній кримінально-виконавчій службі України. Так, на сайті ДПтС України розміщена інформація про установи управління ДПтС України в Донецькій області, а також про установи управління ДПтС України в Луганській області, які розташовані на тимчасово окупованій території (станом на 15.10.2015) [13]. Наприклад, у межах Луганської області лише Старобільський слідчий ізолятор знаходиться на території, що контролюється українською владою, а всі інші 15 установ виконання покарань перебувають на тимчасово окупованій території.

Незважаючи на те що ця інформація датується 2015 роком, вона не втратила, на жаль, своєї актуальності, так як тимчасовість окупованості українських територій набула триваючого характеру.

На думку І.С. Яковець, органи й установи виконання покарань становлять основу ДКВС України як структури, на яку покладається безпосереднє здійснення процесу виконання кримінальних покарань. Інші ж структурні елементи, будучи причетними до процесу виконання покарань (слідчі ізолятори, навчальні заклади ДПтСУ, власне організації й підприємства забезпечення), також уносять свою частку в досягнення глобального ефекту кримінально-виконавчої системи, формуючи умови здійснення кримінально-виконавчої діяльності [5, с. 61].

Звідси очевидно, що до суб'єктів реалізації кримінально-виконавчої політики можемо зарахувати також навчальні заклади, зокрема відомчі, а саме:

1) Академію Державної пенітенціарної служби, яку доцільно перейменувати у зв'язку з ліквідацією ДПтСУ на Академію Державної кримінально-виконавчої служби;

2) Інститут кримінально-виконавчої служби;

3) Білоцерківський центр підвищення кваліфікації персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України;

4) Дніпровський центр підвищення кваліфікації персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України;

5) Хмельницький центр підвищення кваліфікації персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України.

Крім того, в Національному юридичному університеті імені Ярослава Мудрого є окремий факультет підготовки кадрів для Державної пенітенціарної служби України (тепер – Державної кримінально-виконавчої служби України).

Завданнями зазначених навчальних закладів є підготовка кадрів для Державної кримінально-виконавчої служби та підвищення кваліфікації персоналу Державної кримінально-виконавчої служби, а тому вони (навчальні заклади) також опосередковано впливають на реалізацію кримінально-виконавчої політики.

Серед суб'єктів реалізації кримінально-виконавчої політики варто ще назвати підприємства установ виконання покарань, які, відповідно до ч. 1 ст. 13 Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України», є державними підприємствами, що здійснюють господарську діяльність і професійно-технічне навчання засуджених.

Не варто забувати, що такі суб'єкти формування кримінально-виконавчої політики, як Президент України, Верховна Рада України, під час здійснення окремих своїх повноважень відіграватимуть водночас роль суб'єктів реалізації кримінально-виконавчої політики.

Так, Президент України наділений правом помилування (п. 27 ч. 1 ст. 106 Конституції України).

Помилування засуджених здійснюється відповідно до Положення про порядок здійснення помилування, затвердженого Указом Президента України від 21 квітня 2015 року, у вигляді:

– заміни довічного позбавлення волі на позбавлення волі на строк не менше ніж двадцять п'ять років;

– повного або часткового звільнення від основного й додаткового покарань [14].

Є.І. Огородник зауважує, що повноваження Верховної Ради України у сфері саме реалізації кримінально-виконавчої політики пов'язані передусім із декриміналізацією та депеналізацією (під час того, коли особа відбуває покарання), а також оголошенням амністії [15, с. 35].

Зважаючи на принцип зворотної дії кримінального закону в часі, під час декриміналізації та депеналізації відбувається «масоване» вторгнення законодавця в механізм реалізації кримінально-виконавчої політики. Так, відповідно до ч. ч. 2 і 3 ст. 74 Кримінального кодексу України, особа, засуджена за діяння, караність якого законом усунена, підлягає негайному звільненню від призначеного судом покарання; призначена

засудженому міра покарання, що перевищує санкцію нового закону, знижується до максимальної межі покарання, встановленої санкцією нового закону. Якщо така межа передбачає більш м'який вид покарання, відбуте засудженим покарання зараховується з перерахуванням за правилами, встановленими ч. 1 ст. 72 Кримінального кодексу України [15, с. 35].

Відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону України «Про застосування амністії в Україні», амністією є повне або часткове звільнення від відбування покарання осіб, які визнані винними в учиненні злочину або кримінальні справи стосовно яких розглянуті судами, але вироки стосовно цих осіб не набрали законної сили [16].

Амністія оголошується законом про амністію, а тому Верховна Рада України в результаті прийняття названого закону трансформується в суб'єкта реалізації кримінально-виконавчої політики.

Крім того, об'єднання громадян і засоби масової інформації, релігійні та благодійні організації, окремі особи в порядку, встановленому Кримінально-виконавчим кодексом і законами України, можуть надавати допомогу органам та установам виконання покарань у виправленні засуджених і проведенні соціально-виховної роботи (ч. 1 ст. 25 Кримінально-виконавчого кодексу України), що свідчить про допустимість їхньої участі в реалізації кримінально-виконавчої політики.

**Висновки.** Підсумовуючи, можна окреслити таке коло суб'єктів реалізації кримінально-виконавчої політики. У системі органів державної влади, які відповідальні за реалізацію кримінально-виконавчої політики, першочергову роль відіграє Міністерство юстиції України. Крім Міністерства юстиції України, до суб'єктів реалізації кримінально-виконавчої політики належить Державна кримінально-виконавча служба України. Керівництво Державною кримінально-виконавчою службою здійснюють заступник міністра юстиції, директор Департаменту державної кримінально-виконавчої служби, директор Департаменту пробації та директор Департаменту ресурсного забезпечення Державної кримінально-виконавчої служби. Суб'єктами реалізації кримінально-виконавчої політики на територіальному рівні є міжрегіональні управління з питань виконання кримінальних покарань і пробації.

Чільне місце в системі суб'єктів реалізації кримінально-виконавчої політики посідають установи виконання покарань, а саме: арештні доми; кримінально-виконавчі установи; спеціальні виховні установи; слідчі ізолятори у випадках, передбачених Кримінально-виконавчим кодексом України. Виконувати окремі покарання уповноважені також органи державної виконавчої служби, військові частини, гауптвахти й дисциплінарний батальйон.

До суб'єктів реалізації кримінально-виконавчої політики можемо зарахувати також навчальні заклади, зокрема відомчі, які здійснюють підготовку кадрів для Державної кримінально-виконавчої служби та підвищення кваліфікації персоналу Державної кримінально-виконавчої служби. Серед суб'єктів реалізації кримінально-виконавчої політики варто ще назвати підприємства установ виконання покарань, які є державними підприємствами, які здійснюють господарську діяльність і професійно-технічне навчання засуджених.

Такі суб'єкти формування кримінально-виконавчої політики, як Президент України, Верховна Рада України, під час здійснення окремих своїх повноважень відіграватимуть водночас роль суб'єктів реалізації кримінально-виконавчої політики, наприклад, під час здійснення Президентом України помилування та оголошення Верховною Радою України амністії.

Надаючи допомогу органам та установам виконання покарань у виправленні засуджених і проведенні соціально-виховної роботи, представники інститутів громадянського суспільства також беруть участь у реалізації кримінально-виконавчої політики України.

**Список використаної літератури:**

1. Про затвердження Положення про Міністерство юстиції України: Постанова Кабінету Міністрів України від 2 лип. 2014 р. № 228. Офіц. сайт Верховної Ради України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/228-2014-п.

2. Про Державну кримінально-виконавчу службу України: Закон України від 23 черв. 2005 р. № 2713-IV. Офіц. сайт Верховної Ради України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2713-15.

3. Положення про Державну пенітенціарну службу України: Указ Президента України від 6 квіт. 2011 р. № 394/2011. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/394/2011.

4. Гламазда П.В., Яцишин М.М. Цілі, завдання та функції Державної пенітенціарної служби України щодо реалізації кримінально-виконавчої політики. Правова інформатика. 2011. № 3–4 (31). С. 74–80.

5. Яковець І.С. Теоретичні та прикладні засади оптимізації процесу виконання кримінальних покарань: монографія. Харків: Право, 2013. 392 с.

6. Деякі питання оптимізації діяльності центральних органів виконавчої влади системи юстиції: Постанова Кабінету Міністрів України від 18 трав. 2016 р. № 34. Офіц. сайт Верховної Ради України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/343-2016-п.

7. Керівництво Державної кримінально-виконавчої служби. Офіц. сайт Міністерства юстиції України. URL: https://minjust.gov.ua/dkvs/about/direction.

8. Структура Державної кримінально-виконавчої служби. Офіц. сайт Міністерства юстиції України. URL: https://minjust.gov.ua/dkvs/about/structure.

9. Про ліквідацію територіальних органів управління Державної пенітенціарної служби та утворення територіальних органів Міністерства юстиції: Постанова Кабінету Міністрів України від 18 трав. 2016 р. № 348. Офіц. сайт Верховної Ради України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/348-2016-п.

10. Про пробацію: Закон України від 5 лют. 2015 р. № 160-VIII. Офіц. сайт Верховної Ради України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/16019?test=NOaMfL2dtr58Lry6ZiEWNJ7fHI48Us80msh8Ie6.

11. Туляков В.О. Шляхи гармонізації кримінального законодавства. URL: http://dmytro-yagunov.at.ua/news/2009-06-04-84.

12. Кримінально-виконавчий кодекс України від 11 липн. 2003 р. № 1129-IV. Офіц. сайт Верховної Ради України. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1129-15/page.

13. Інформація про установи з непідконтрольних владі територій. URL: http://www.kvs.gov.ua/peniten/control/main/uk/publish/category/798760.

14. Положення про порядок здійснення помилування: Указ Президента України від 21 квіт. 2015 року № 223/2015. Офіц. сайт Верховної Ради України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/223/2015.

15. Огородник Є.І. Механізм реалізації кримінально-виконавчої політики України та її реформування на сучасному етапі: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2017. 215 с.

16. Про застосування амністії в Україні: Закон України від 1 жовт. 1996 р. № 392/96-ВР. Офіц. сайт Верховної Ради України. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/392/96-вр.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

**Кернякевич-Танасійчук Юлія Володимирівна** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри трудового, екологічного та аграрного права Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Kerniakevych-Tanasiichuk Yuliia Volodymyrivna** – Candidate of Law Sciences, Associate Professor, Associate Professor at the Department of Labor, Environmental and Agricultural Law of Vasyl Stefanyk Precarpathian National University

*jyliag@ukr.net*

УДК 343.126.1

# ВОПРОСЫ ОБОСНОВАННОСТИ СОДЕРЖАНИЯ ПОД СТРАЖЕЙ В СВЕТЕ ПРЕЗУМПЦИИ НЕВИНОВНОСТИ

**Елена СОЛДАТЕНКО,**
кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедры уголовного процесса
Днепропетровского государственного университета внутренних дел

**Валерия ОЛЕФИР,**
курсант
Днепропетровского государственного университета внутренних дел

**АННОТАЦИЯ**

В статье анализируются вопросы взаимосвязи положений презумпции невиновности и требования обоснованности применения заключения под стражу как одной из мер пресечения.

**Ключевые слова:** презумпция невиновности, мера пресечения, содержание под стражей, обоснованность содержания под стражей, процессуальные нарушения.

## ISSUES OF REASONABLENESS OF DETENTION IN CUSTODY IN TERM OF PRESUMPTION OF INNOCENCE

**Elena SOLDATENKO,**
Candidate of Law Sciences, Associate Professor,
Associate Professor at the Department of Criminal Procedure of Dnepropetrovsk State University of Internal Affairs

**Valeria OLEFIR,**
Cadet of Dnepropetrovsk State University of Internal Affairs

**SUMMARY**

The article analyzes the issues of interrelation of the presumption of innocence provisions and the requirement of justification of applying detention as one of the preventive measures.

**Key words:** presumption of innocence, measure of restriction, detention in custody, reasonableness of detention in custody, procedural violations.

**REZUMAT**

Articolul analizează problemele de interdependență dintre prevederile privind prezumția de nevinovăție și cerința justificării aplicării detenției ca una dintre măsurile preventive.

**Cuvinte cheie:** prezumția de nevinovăție, măsura preventivă, detenția, validitatea detenției, încălcările procedurale.

**Постановка проблемы.** Право на свободу и личную неприкосновенность является одним из основополагающих прав человека, которое гарантируется Конституцией Украины (ст. 29) [1] и такими международными актами, как Всеобщая декларация прав человека (1948); Конвенция по защите прав человека и свобод человека (1950) (далее – КЗПЧ); Минимальные стандартные правила ООН обращения с заключенными (1955); Международный пакт о гражданских и политических правах (1966); Кодекс поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка (1979); Конвенция ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (1984); Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению любым образом (1988); Минимальные стандартные правила ООН в отношении мер, не связанных с тюремным заключением («Токийские правила», 1990); Основные принципы обращения с заключенными (1990) и др. [2].

Положения ст. 29 Конституции Украины воплощают, прежде всего, международно-правовые стандарты, содержащиеся в ст. 5 КЗПЧ, согласно которой каждый имеет право на свободу и личную неприкосновенность. Никто не может быть лишен свободы, кроме случаев, предусмотренных в этой статье. Каждый арестованный должен быть немедленно проинформирован на понятном ему языке о причинах его ареста и о любых обвинениях, выдвинутых против него. Эти положения нашли свое воплощение также и в ст. 12 Уголовного процессуального кодекса (далее – УПК) Украины [3].

Европейский суд по правам человека (далее – ЕСПЧ) в решении «Гарькавый против Украины» от 18 февраля 2010 г. также отметил, что лицо не может быть лишено или не может лишаться свободы, кроме случаев, установленных в п. 1 ст. 5 КЗПЧ [4]. Этот перечень исключений является исчерпывающим, и только узкое толкование этих исключений соответствует целям этого положения, а именно должен гарантировать, что никто не будет своевольно лишен свободы. Следовательно, право на свободу и личную неприкосновенность не является абсолютным и может быть ограничено, но только на основаниях и в порядке, четко определенных в законе.

**Актуальность темы исследования** объясняется введением в действие нового УПК Украины, которым определены как новые виды мер пресечения, так и новый порядок применения указанных мер.

**Состояние исследования.** В научных трудах Ю. Аленина, В. Бахина, В. Берназ, М. Бойко, В. Маляренко,

М. Мельника, А. Михайленко, М. Михеенко, В. Нора, В. Попелюшко, В. Тертышника, М. Шумило и других ученых вопрос взаимосвязи положений презумпции невиновности и требования обоснованности применения заключения под стражу как одной из мер является предметом исследований уже давно. Однако вопрос обоснованности содержания под стражей в свете презумпции невиновности в контексте нового УПК Украины, учитывая его недавнее принятие, практически не анализировался учеными.

**Целью и задачей статьи** является постановка и решение отдельных теоретических и практических вопросов взаимосвязи положений презумпции невиновности и требования обоснованности применения заключения под стражу как одного из видов мер пресечения.

**Изложение основного материала.** Ограничение права на свободу и личную неприкосновенность в той или иной степени присуще всей системе мер. В системе этих мероприятий наиболее строгим по режиму ограничения прав, прежде всего права на свободу и личную неприкосновенность подозреваемого и обвиняемого, является содержание под стражей, которое заключается в изоляции подозреваемого, обвиняемого от общества, в заключении и содержании его под стражей на установленных законом основаниях и условиях [5, с. 470]. Законодатель, учитывая тяжесть сопряженных с применением данной меры пресечения ограничений прав лица, зачастую являющихся более строгими, чем при применении отдельных уголовных наказаний, определяет ее как меру исключительную (ч. 1 ст. 183 УПК Украины).

Исключительность содержания под стражей вызвана также и тем, что при его применении лишается свободы лицо, не признанное виновным в совершении преступления, а находящееся в статусе подозреваемого или обвиняемого. В соответствии с ч. 1 ст. 17 УПК Украины, подозреваемый и обвиняемый до вынесения судом обвинительного приговора и вступления его в законную силу считаются невиновными и, следовательно, в полной мере обладают всеми принадлежащими им конституционными правами. Невиновность лица, его добропорядочность с точки зрения закона являются социальным и правовым основанием его неприкосновенности. Применение к такому лицу мер пресечения при осуществлении уголовного производства обусловлено, по нашему мнению, отсутствием иного пути для решения возникающих вопросов.

Закон, допуская строгие ограничения для невиновного лица, в то же время устанавливает ряд гарантий защиты его прав, основное место среди которых занимает возведенный в ранг конституционного принципа запрет на применение меры пресечения в виде содержания под стражей без наличия к тому оснований, предусмотренных законом. Значимость требования обоснованности содержания под стражей для законности применения данной меры пресечения и защиты прав лиц, привлекаемых к уголовной ответственности, обусловила рассмотрение этого вопроса Пленумом Верховного Суда Украины [6], а также Высшим специализированным судом Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел [7], которые указали, что применение такой меры пресечения, как содержание под стражей, допустимо только при наличии предусмотренных законом оснований.

Важным для применения содержания под стражей является вопрос о невозможности ограничения права на свободу и личную неприкосновенность в уголовном производстве иначе как на основаниях и в порядке, предусмотренных действующим УПК.

В решении ЕСПЧ «Нечипорук и Йонкало против Украины» указывается на то, что слово «законный» и словосочетание «в соответствии с процедурой, установленной законом» в п. 1 ст. 5 КЗПЧ, по сути, отсылают к национальному законодательству и устанавливают обязательство обеспечивать соблюдение его материально-правовых и процессуальных норм. Хотя именно национальные органы, прежде всего суды, должны толковать и применять национальный закон: в соответствии с п. 1 ст. 5 Конвенции, несоблюдение национального закона приводит к нарушению КЗПЧ и ЕСПЧ [8].

Основанием применения меры пресечения, в том числе и содержания под стражей, является наличие обоснованного подозрения в совершении лицом уголовного преступления, а также наличие рисков, дающих достаточные основания следственному судье, суду считать, что подозреваемый, обвиняемый, осужденный может осуществить определенные действия, предусмотренные ч. 1 ст. 177 УПК Украины. Следователь, прокурор не вправе инициировать применение меры пресечения без наличия к тому оснований, предусмотренных действующим УПК Украины (ч. 2 ст. 177).

Учитывая то, что понятие «обоснованное подозрение» не определено в национальном законодательстве, и учитывая положения, закрепленные в ст. 17 Закона Украины «О выполнении решений и применении практики Европейского суда по правам человека», следственным судьям следует учитывать позицию ЕСПЧ, отраженную, в частности, в п. 175 решения от 21 апреля 2011 по делу «Нечипорук и Йонкало против Украины», согласно которой термин «обоснованное подозрение» означает, что существуют факты или информация, которые могут убедить объективного наблюдателя в том, что лицо, о котором идет речь, могло совершить правонарушение [8]. Аналогичную позицию высказал ЕСПЧ по делу «Фокс, Кэмпбелл и Хартли против Соединенного Королевства» от 30 августа 1990 г. (п. 32, Series A, № 182) [9]. Однако требование, что подозрение должно базироваться на разумных основаниях, является значительной частью гарантии недопущения своевольного содержания под стражей. Более того, при отсутствии обоснованного подозрения лицо не может ни при каких обстоятельствах содержаться под стражей с целью принуждения его признаться в преступлении, свидетельствовать против других лиц или с целью получения от него фактов либо информации, которые могут служить основанием для обоснованного подозрения (п. 48 решения по делу «Чеботарь против Молдовы» от 13 ноября 2007 г. № 35615/06) [10].

Кроме того, согласно ст. 178 УПК Украины, при наличии установленных в ст. 177 УПК Украины оснований при решении вопроса об избрании меры пресечения следственный судья, суд обязаны оценить в совокупности все обстоятельства, в том числе весомость имеющихся доказательств о совершении подозреваемым, обвиняемым уголовного преступления, тяжесть наказания, возраст, состояние здоровья и другие обстоятельства. То есть при наличии перечисленных в ст. ст. 177 и 178 УПК Украины обстоятельств к подозреваемому или обвиняемому можно применить любую меру пресечения, как личное обязательство, так и содержание под стражей. И, как показывает практика, количество ходатайств о применении меры пресечения в виде содержания под стражей в период за 2016–2017 гг. составляло 28 тыс., или 41,5% всех поданных ходатайств о применении меры пресечения [11].

Приведенное дает основания утверждать о наличии тенденции к гуманизации уголовного процесса, однако, несмотря на общее уменьшение, применение меры пресечения в виде содержания под стражей остается довольно распространенным явлением.

Кроме перечисленных в ст. 177 УПК Украины оснований для применения содержания под стражей, уголовный процессуальный закон предусматривает для данной меры пресечения наличие в качестве оснований особых обсто-

ятельств, к которым в ч. 1 ст. 183 УПК Украины отнесена обязанность прокурора доказать, что ни одна из более мягких мер не сможет предотвратить риски, предусмотренные в ст. 177 УПК. Исчерпывающий перечень оснований применения меры пресечения в виде содержания под стражей определен в ч. 2 ст. 183 УПК Украины и расширенному толкованию не подлежит.

Законодатель ограничивает применение содержания под стражей исключительностью и обязанностью прокурора доказать, что ни одна из более мягких мер не сможет отвернуть риски, указанные в ст. 177 УПК Украины, однако законодателем не определено, какая именно совокупность обстоятельств может составить исключительный случай. В то же время, как можно предположить из самого определения, эта совокупность обстоятельств должна случаться достаточно редко, чтобы выход за пределы предоставленных полномочий не превратился из исключения в правило. К сожалению, определения, сформулированные в Постановлении Пленума Верховного Суда, склоняют суды к тенденции применять ссылку на «исключительные случаи» значительно чаще, чем это следует из самого понятия «исключительность».

В то же время при рассмотрении ходатайства о применении меры пресечения в виде содержания под стражей обязательно должна быть выяснена возможность применения других (альтернативных) мер (правовая позиция, изложенная в п. 80 решения ЕСПЧ от 10 февраля 2011 г. по делу «Харченко против Украины») [12].

Мера пресечения в виде содержания под стражей применяется только по ходатайству прокурора или следователя, согласованному с прокурором на основании постановления следственного судьи (ст. ст. 184, 194 УПК Украины).

Качество и обоснованность ходатайств прокуроров и следователей, согласованных с прокурором, имеют важное значение для решения вопроса о применении меры пресечения в виде содержания под стражей. Как усматривается из содержания присланных судам материалов, вышеуказанные ходатайства имеют определенные недостатки. Наиболее распространенными из них являются следующие: подготовка ходатайств по стандартному шаблону, недостаточная их мотивировка и обоснованность. Достаточно распространенным является и то, что в них в основном обращено внимание на тяжесть преступления и риск того, что лицо, его совершившее, может скрываться от органов предварительного расследования и суда, препятствовать уголовному производству другим путем или совершить другое уголовное правонарушение. При этом в подтверждение указанного соответствующие доводы и доказательства не предоставляются. Аналогичную позицию высказал ЕСПЧ по делу «Клишин против Украины», учитывая то, что заключение заявителя под стражу 17 марта 2004 г. и дальнейшее содержание под стражей до 18 мая 2004 г. осуществлялось на основе решений, которые не содержали надлежащего обоснования для применения таких мероприятий. Основанием для избрания меры пресечения в виде содержания под стражей была неявка подозреваемого по вызову следователя. В ходе рассмотрения соответствующих ходатайств о продлении срока содержания под стражей гр. Клишина 19 и 28 апреля 2004 г. Конотопским районным судом Сумской области решения о содержании под стражей содержали простую ссылку на то, что существовали, соответственно, риск уклонения заявителя от следствия или препятствования следствию и подозрение в совершении тяжкого преступления при отсутствии признания, и не содержали ни анализа указанных оснований, ни ссылки на его неявку [13].

В ходатайствах следственных органов досудебного расследования не полностью указываются сведения о возрасте, состоянии здоровья, семейное и материальное положение, вид деятельности, место жительства и другие обстоятельства, характеризующие личность. С такими ходатайствами соглашаются прокуроры, после отказов следственных судов в их удовлетворении обращаются с апелляционными жалобами, чем нарушают как нормы национального законодательства, так и требования Конвенции.

При проведении обобщения Высшим советом юстиции также установлено, что, рассматривая ходатайство о применении меры пресечения в виде содержания под стражей, некоторые суды допускали нарушения требований ст. ст. 177, 178, 184, 194, 206 УПК Украины и ст. ст. 5, 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, поверхностно и невнимательно изучали материалы уголовного производства, а также доводы, изложенные в ходатайствах органов досудебного расследования, выбирая меру пресечения в виде содержания под стражей формально, ссылаясь на тяжесть преступления, при этом не полностью выясняли данные, характеризующие личность подозреваемого или обвиняемого, и другие важные обстоятельства, с которыми связано применение такой исключительной меры пресечения, должным образом не мотивировали свои решения [14].

Еще одним свидетельством формального отношения судов к решению вопроса о применении содержания под стражей может быть статистика «удовлетворения» ходатайств следственных органов досудебного расследования об избрании данной меры пресечения. Как показывает практика, количество таких ходатайств в период за 2016–2017 гг. составляла 28 тыс., или 41,5% всех поданных ходатайств о применении меры пресечения, из них удовлетворено 24,3 тыс., или 89,8% рассмотренных [11].

Данные цифры свидетельствуют о некритическом отношении следственных судей к рассмотрению подобных ходатайств, тогда как в личных беседах следственные судьи отмечают низкое качество и необоснованность ходатайств, подаваемых в суд.

Следователи практически в каждом своем ходатайстве указывают основания, перечисленные в п. п. 1-5 ч. 1 ст. 177 УПК Украины, без всякой мотивации каждого основания отдельно, тогда как по смыслу указанной статьи для применения меры пресечения достаточно наличия одного из перечисленных оснований, если оно подтверждено необходимой совокупностью фактических данных, то есть доказательств.

Так, следственный судья Новоукраинского районного суда Кировоградской области по ходатайству следователя применил к В., подозреваемому в совершении уголовного правонарушения, предусмотренного ч. 2 ст. 121 Уголовного кодекса Украины, меру пресечения в виде содержания под стражей. Однако в постановлении не приведено ни одного риска, предусмотренного ст. 177 УПК Украины. Следственный судья ограничился лишь общей формулировкой: «прокурором доказаны риски, предусмотренные ст. 177 УПК» [15].

В то же время проведенными нами обобщениями установлено: возможность того, что подозреваемый или обвиняемый будут скрываться от органов досудебного расследования или суда, обычно мотивируется как следователями, так и следственными судьями тем, что подозреваемый, обвиняемый совершил тяжкое или особо тяжкое преступление (во всех случаях); не проживает по месту регистрации или не имеет регистрации; ранее судим, официально не работает.

ЕСПЧ неоднократно подчеркивал в своих решениях, что опасность уклонения от правосудия не может измеряться только в зависимости от строгости возможного наказания. Она должна определяться с учетом ряда других

факторов, которые могут либо подтвердить существование опасности уклонения от правосудия, или сделать ее настолько незначительной, что это не может служить оправданием содержания под стражей [16]. При этом необходимо учесть характер обвиняемого, его моральные качества, средства, связи с государством, в котором он преследовался по закону, и его международные контакты [17]. Кроме того, ЕСПЧ указал, что при обосновании возможного побега необходимо принять во внимание целый ряд факторов, в том числе и те, которые позволили бы предположить, что последствия и опасность побега являются меньшим злом, чем продолжение заключения.

**Выводы.** Таким образом, если проанализировать вышеизложенные спорные ситуации, то можно резюмировать следующее. Проведенный анализ практики применения к подозреваемым и обвиняемым в качестве меры пресечения содержания под стражей показывает формальное отношение следователей, прокуроров и следственных судей в обоснованности столь строгого ограничения прав лица, еще не признанного виновным в совершении уголовного преступления. Применение содержания под стражей, как указал ЕСПЧ, не должно предусматривать решения вопроса о виновности и применения наказания и не может быть «формой ожидания» обвинительного приговора [18].

Дальнейшие научные изыскания будут касаться системного анализа прав и обязанностей подозреваемого при применении содержания под стражей.

**Список использованной литературы:**

1. Конституція України від 28 червня 1996 року. ВВР України. 1996. № 30. Ст. 141.

2. Права людини: міжнародні договори України, декларації, документи / упоряд. Ю.К. Кучеренко. 2-е вид. Київ, 1992. 200 с.

3. Кримінальний процесуальний кодекс України: із змінами та допов. станом на 4 верес. 2014 р. Київ: Правова єдність, 2014. 288 с.

4. Рішення у справі «Гарькавий проти України» від 18.02.2010 (заява № 25978/07). URL: http://www.minjust.gov.ua.

5. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. Харків: Право, 2012. Т. 1. 768 с.

6. Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 25 квітня 2003 р. № 4. URL: http://www.scourt.gov.ua.

7. Про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу: Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 04.04.2013 № 511-550. URL: http://sc.gov.ua.

8. Рішення у справі «Нечипорук і Йонкало проти України» (Nechiporuk and Yonkalov. Ukraine) від 21 квітня 2011 р. (заява № 42310/04). URL: http://www.minjust.gov.ua.

9. Рішення у справі «Фокс, Кемпбелл і Гартлі проти Сполученого Королівства» від 30 серпня 1990 р. URL: http://www.minjust.gov.ua.

10. Рішення у справі «Чеботарі проти Молдови», від 13 листопада 2007 р. (заява № 35615/06). URL: http://www.minjust.gov.ua.

11. Огляд даних судової статистики щодо застосування окремих норм Кримінального процесуального кодексу України. URL: http://sc.gov.ua/ua/sudova-statistika.html.

12. Рішення у справі «Харченко проти України» від 10.05.2011 (№ 40107/02). URL: http://www.minjust.gov.ua.

13. Рішення у справі «Клішин проти України» від 23.02.2012 (№ 30671/04). URL: http://www.minjust.gov.ua.

14. Висновок тимчасової спеціальної комісії з перевірки суддів судів загальної юрисдикції від 24 вересня 2014 року № 2/02-14. URL: http:// www.vru.gov.ua/2_tsk_24.09_2014_doc.

15. Узагальнення судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження від 07.02.2014 / Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/n0001740-14.

16. Рішення у справі «Томази (Tomasi) проти Франції» від 27 серпня 1992 р. URL: http://www.garant.ru/euro/DOC_2461435.htm.

17. Рішення у справі «Неймастер (Neumeister) проти Австрії» від 27 червня 1968 р. (заява № 1936/63). URL: http://www.garant.ru/euro/DOC_2461412.htm.

18. Рішення у справі «Летелье (Letellier) проти Франції» від 26 липня 1991 р. (заява № 12369/86). URL: http://www.garant.ru/euro/DOC_2461412.htm.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

**Солдатенко Елена Анатольевна** – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного процесса Днепропетровского государственного университета внутренних дел

**Олефир Валерия Валерьевна** – курсант Днепропетровского государственного университета внутренних дел

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Soldatenko Elena Anatolievna** – Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Associate Professor at the Department of Criminal Procedure of Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs

*soldat-72-21@ukr.net*

**Olefir Valeriya Valerievna** – Cadet of Dnepropetrovsk State University of Internal Affairs

*valerchiklove13@i.ua*

# УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС, КРИМИНАЛИСТИКА

УДК 343.982

## СПЕЦИАЛЬНАЯ ТЕХНИКА В ПРАВООХРАНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ УКРАИНЫ: ИСТОРИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

**Галуст ГАЛСТЯН,**
аспирант кафедры специальной техники, информатики и информационных технологий
Донецкого юридического института Министерства внутренних дел Украины, помощник судьи
хозяйственного суда Донецкой области

**АННОТАЦИЯ**

В данной статье анализируются история развития и становления специальной техники и опыт ее использования в Украине. Описывается формирование, становление и использование специальных технических средств на всех этапах реформирования правоохранительной системы Украины и создание структурных подразделений, использующих технические средства для противодействия преступности. Показано, что необходимость применения и развития специальной техники связана с постоянным совершенствованием преступной деятельности, в том числе и с помощью использования современных технических средств. Подчеркивается, что необходимость усовершенствования специальной техники, используемой в правоохранительной деятельности, связана также с европейским вектором развития Украины.

**Ключевые слова:** специальная техника, криминалистическая техника, оперативно-технические средства, генезис, правоохранительная деятельность.

## SPECIAL EQUIPMENT IN LAW ENFORCEMENT ACTIVITY OF UKRAINE: HISTORICAL ASPECT

**Halust HALSTYAN,**
Postgraduate Student at the Department of Special Technique Informatics and Information Technologies
of Donetsk Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine,
Judge Assistant
of Economic Court of Donetsk region

**SUMMARY**

This article analyzes the aspect of the formation of special equipment, the experience of its use in world history. It's described the formation and use of special technical means at all stages of reforming the law enforcement system of Ukraine and the creation of structural units using technical means for countering crime are described. It is shown that the need for the application and development of special equipment is associated with the continuous improvement of criminal activity, including through the use of modern technical means. It is emphasized that the need to improve the special equipment used in law enforcement is also linked to the European vector of development of Ukraine.

**Key words:** special technology, forensic technology, operational and technical means, genesis, law enforcement, criminalistics, scientific and technical potential.

**REZUMAT**

Acest articol analizează istoria dezvoltării și dezvoltării echipamentelor speciale și experiența utilizării acestora în Ucraina. S-au descris formarea, formarea și utilizarea mijloacelor tehnice speciale în toate etapele reformării sistemului de aplicare a legii din Ucraina și crearea unităților structurale folosind mijloace tehnice pentru combaterea criminalității. Se demonstrează că necesitatea aplicării și dezvoltării echipamentelor speciale este asociată cu îmbunătățirea continuă a activității criminale, inclusiv prin utilizarea mijloacelor tehnice moderne. Se subliniază faptul că necesitatea de a îmbunătăți echipamentul special utilizat în aplicarea legii este, de asemenea, legată de vectorul european al dezvoltării Ucrainei.

**Cuvinte cheie:** echipament special, tehnică criminalistică, mijloace operaționale și tehnice, geneză, activitate de aplicare a legii.

**Постановка проблемы.** Сегодня без учета технического фактора проведение правоохранительной деятельности стало не только тяжелым, но в некоторых случаях и невозможным. В первую очередь это касается вопросов сбора и закрепления доказательств, получения оперативной информации, проведения экспертных исследований, осуществления профилактических, процессуальных и оперативно-разыскных действий, в которых необходимо подробное аудиовизуальное документирования происходящих событий, а также выявление следов, недоступных простому человеческому восприятию.

Необходимость использования и применения специальных технических средств правоохранительными органами возникает не только из объективного стремления упростить свою работу, но и в связи с потребностью расширить возможности человека в восприятии объективной действительности.

Европейская интеграция Украины предусматривает адаптацию советского законодательства к законодательству европейских стран. Очевидно, что реформирование законодательства в сфере использования специальной техники невозможно без научно-технических достижений современности. Проблемы использования специальной техники, постоянно возникающие на рубеже практико-нормативного использования, легче изучать и разрешать, зная историю ее становления и развития.

**Состояние исследования.** Процессом исследования исторического становления и использования научно-технических средств занимались и продолжают заниматься П. Артеменко, А. Бабаев, А. Безруков, Р. Белкин, В. Бутузов, В. Волынский, В. Гончаренко, В. Колдаев, В. Крылов, Е. Низенко, В. Овчинский, Ю. Орлов, А. Пунда, Н. Селиванов, И. Хараберюш, И. Шинкаренко, В. Шепитько и др. Но в настоящее время вопросы возникновения, становления и использования научно-технических средств в правоохранительной деятельности остаются открытыми из-за различных подходов к пониманию специальной техники и представлений о предпосылках возникновения тех или иных криминалистических и правоохранительных органов в разных странах мира.

**Целью и задачей статьи** является изучение процесса возникновения и развития специальной техники в контексте развития правоохранительной деятельности в Украине для определения необходимости использования специальных технических средств в сфере противодействия преступности.

**Изложение основного материала.** Проблеме правоохранительных функций Украины и деятельности по их реализации на современном этапе особое внимание уделял П. Онопенко. В своем исследовании «Правоохранительные функции Украинского государства: содержание и реализация» он доказал, что применение права как форма реализации правоохранительных функций государства состоит из учредительной, регулятивной, охранительной деятельности. При этом под охранной правоприменительной деятельностью он понимает форму реализации правоохранительных функций государства, которая заключается в воздействии на неправомерное поведение субъектов права в сфере осуществления функций государства на основании охранительных норм права [1, с. 13]. Реализация этой функции государства осуществляется путем применения уполномоченными органами различных средств, в том числе и технических.

Объективная необходимость применения технических средств в уголовном производстве, оперативно-разыскной и административной деятельности определена не только стремлением правоохранителей упростить и ускорить процесс раскрытия и расследования преступлений, повысить уровень общественной безопасности, надежность охраны объектов, но и свойствами последних значительно расширять диапазон возможностей человеческого восприятия [2, с. 7]. Учитывая изложенное, возникает потребность в прослеживании становления и развития специальной техники, в том числе и криминалистической, как отрасли юридической науки.

Уже в 1576 г. во Франции была организована корпорация экспертов, члены которой выполняли экспертизы документов. В 1888 г. в г. Лейпциге была опубликована работа Ф. Шольца «Почерк и его характерные особенности». Научная ценность этой и подобных публикаций невысокая, но в то время они имели важное практическое значение. Одной из практических проблем того времени было создание технических средств, которые позволили бы быстро и точно регистрировать и устанавливать преступников по внешности и факту привлечения их в прошлом к ответственности [3, с. 28].

Специальными техническими средствами полицейские органы изначально не обладали. Они использовали приемы визуального описания преступников [4, с. 29].

Первый научно обоснованный способ криминалистической регистрации преступников с использованием специализированных технических средств был разработан А. Бертильйоном – антропометрический метод идентификации и регистрации (метод измерения и фиксации анатомических признаков и особенностей осужденного). В его основу были положены научные методы антропологии и статистики с учетом положения, что размеры тела человека и их соотношение никогда полностью не совпадают с размерами тела другого. Ускоряя и совершенствуя этот трудоемкий процесс, А. Бертильйон модернизировал известные в то время измерительные инструменты (линейку, циркуль), приделав их на различные устройства для измерения роста, ступни ноги, головы, длины руки и т. д. [5].

В конце XVII в. (1687 г.) итальянец М. Мальпиги подготовил научный трактат о папиллярных узорах ладоней рук и пальцев, где отмечалась их уникальность и связь с судьбой человека. Позже Б.З. Альбинус (1764 г.) и Я. Туркинье (1823 г.) уже с позиции биологии рассматривали особенности папиллярных узоров и сделали попытку их классификации, однако снова без четко определенной цели их использования в противодействии преступности. И только в середине XIX в. В. Гершель (1853 г.) смог обобщить соотношение практической потребности (в условиях роста и качественного изменения преступности) и научно-технических возможностей использования отпечатков пальцев в борьбе с преступностью. Причем это был результат не целевых исследований, а только практики и некоторых знаний о «необычных» свойствах папиллярных узоров [6].

Сформировавшись в XIX – XX вв., криминалистика создала отрасль знаний о «криминальной технике», «научной технике раскрытия преступлений». Впервые о криминалистике как системе специальных знаний упоминает Ганс Гросс в 1892 г. в фундаментальном труде «Руководство для судебных следователей как система криминалистики».

Возникновение криминалистики как самостоятельной отрасли научного знания связано с понятием криминалистической техники (в то время она называлась «криминальной» или «полицейской») [7].

Первое определение понятия «криминалистическая техника» сформулировал в 1959 А. Винберг: «<…> совокупность научно-технических приемов и средств, применяемых при расследовании преступлений для обнаружения, хранения, фиксации, изъятия и исследования различных судебных доказательств» [8]. При этом главным недостатком указанного определения является его избыточность, попытка включить в одно понятие все подотрасли.

Задачей введенного в теорию и практику правоохранительной деятельности понятие специальной техники было выделение системы «научно-технических средств» [9], которая бы более правильно отражала совокупность технических средств, используемых в процессуальной, оперативной, административной и охранной деятельности.

В этом контексте мы согласны с Н. Селивановым, отметившим, что знание потребностей практики и технических возможностей позволяет четко определить задачи научных исследований и правильно выбрать пути их решения [10].

В. Гончаренко в своей работе «Научно-технические средства в следственной практике» подчеркивает, что прогресс криминалистики в зависимости от использования достижений естественных и технических наук почти полностью определялся развитием криминалистической техники [11, с. 7].

Появление и внедрение в практику противодействия преступности технических средств для раскрытия и рас-

следования преступлений связаны со структурно-функциональной перестройкой правоохранительной системы государства, произошедшей в 1860 г. Основной задачей модернизации созданной системы полицейских и судебных органов было разграничение следствия и дознания. Эта задача решалась параллельно по двум направлениям: во-первых, это структурная перестройка правоохранительной системы; во-вторых – внедрение в практику раскрытия и расследования преступлений специально разработанных современных научно обоснованных технических средств и методов (антропометрии, дактилоскопии, фотографии) [12, с. 16–21].

В Украине криминалистическая техника начала формироваться уже в начале XX в., когда были созданы первые в мире многопрофильные судебно-экспертные учреждения в городах Киеве и Одессе, которые сначала назывались Кабинетами научно-судебной экспертизы (далее – КНСЕ).

Именно на рубеже XIX и XX вв. разрабатывались теоретические основы использования специальной техники в деятельности правоохранительных органов, которые получили практическое применение и в разыскной работе. И. Лебедев писал, что успешную борьбу с современными преступниками может вести и полиция, располагающая более новой техникой, прикладными знаниями, которыми умело пользуется [13, с. 103].

Исторический опыт милиции доказывает, что применение в ее деятельности научно-технических средств постепенно приобретало важное практическое значение. Так, в 1918 г. уголовно-разыскная милиция была оснащена средствами дактилоскопии и фотографии, что способствовало повышению эффективности противодействия преступности. 15 февраля 1919 г. Коллегия Народного комиссариата внутренних дел (далее – НКВД) приняла решение об организации Кабинета судебной экспертизы, который начал действовать с 1 марта 1919 г. [14, с. 29].

Учитывая исторический аспект внедрения техники в работу органов внутренних дел, стоит отметить, что в марте 1922 г. на Всероссийском съезде руководителей губернских и областных отделов и подотделов уголовного розыска было отмечено, что одним из важнейших методов их работы в ходе расследования и предупреждения преступлений следует считать ее научную организацию. После съезда, в мае этого же года в центральном аппарате был создан научно-технический отдел Управления уголовного розыска, который решал задачи разработки и организации применения научно-технических средств [15, с. 11]. До Великой отечественной войны научно-технические аппараты структурно входили в состав оперативных отделов НКВД Союза Советских Социалистических Республик (далее – СССР) и в основном обслуживали интересы оперативно-разыскной деятельности (далее – ОРД). И хотя в конце 40-х – начале 50-х гг. научно-технические отделы отделились в самостоятельную службу, в их обязанности входило техническое обеспечение оперативно-разыскной деятельности.

В постановлении Центрального комитета Коммунистической партии Советского Союза (далее – ЦК КПСС) и Совета Министров СССР от 10 декабря 1965 г. «О мерах по улучшению работы следственного аппарата органов прокуратуры и охраны общественного порядка» подчеркивалась необходимость повышения уровня технической оснащенности следственного аппарата, внедрение в практику научных методов расследования.

При этом в советском уголовно-процессуальном законодательстве отсутствовала норма о применении научно-технических средств и методов расследования преступлений. В нормах закона (например, ч. 1 ст. 84 Уголовно-процессуального кодекса (далее – УПК) Российской Советской Федеративной Социалистической Республики (далее – РСФСР), ст. 85 УПК Украинской Советской Социалистической Республики (далее – УССР)) средства как таковые не упоминаются, а законодатель оперирует понятиями процессов применения научно-технических средств, но ему (законодателю – Г. Г.) безразлично, какие технические средства будут использоваться в следственной практике.

Н. Селиванов отмечает, что допустимость применения определенных технических средств расследования зависит от научной состоятельности этих средств и определяется возможностью обеспечить точность результатов их применения [16, с. 9].

По оценке Р. Белкина, конец XIX и начало XX вв. ознаменовались прорывом в формировании действительно научных средств и методов борьбы с преступностью, существенно измененной к тому времени и количественно, и качественно [17, с. 8]. Только в результате становления науки криминалистики стало возможным формирование тактических и методических основ проведения негласной работы. Об этом также свидетельствует анализ научных трудов по криминалистике 20-х – 30-х гг., где указано, что научные основы ОРД – это положения криминалистики, составляющие теоретическую основу как гласных, так и негласных действий органов дознания и розыска [18, с. 59].

А. Бабаев подчеркивает, что в последние годы интенсивно разрабатываются все разделы теории оперативно-разыскной деятельности, в том числе и оперативная техника. Многими учеными заложен фундамент теории ОРД и обоснована необходимость самостоятельного предмета этой теории, который отличается от предмета криминалистики, хотя и тесно связан с последним. Предметом теории ОРД является группа специфических объективных закономерностей, определяющих содержание и пути осуществления этой формы противодействия преступности, она раскрывается как система разыскных мероприятий, осуществляемых преимущественно специальными средствами и методами с целью предупреждения и раскрытия преступлений и розыска скрывшихся преступников. Такое общее определение предмета оперативно-разыскной деятельности выходит за рамки криминалистики, предметом которой является исследование других закономерностей объективной реальности. И это дает право определять ОРД как самостоятельную отрасль науки [19, с. 66]. Мы видим становление процесса выделения специальной техники, используемой в ОРД, в отдельный раздел ее теории – оперативную технику.

Такого же мнения придерживались и придерживаются К. Антонов, К. Горяинов, А. Долженков, В. Овчинский, Г. Синилов, А. Шумилов. Они отмечают, что теория ОРД сложилась как самостоятельная отрасль знаний в результате дифференциации системы наук криминального цикла. Получив свое развитие в рамках криминалистики, теория ОРД начала формировать специфическую систему знаний, а именно: изучать тайные действия преступников, типичные признаки латентных преступлений, наиболее эффективные (преимущественно негласные) силы, средства и методы, которые применяют оперативно-разыскные подразделения для своевременного выявления преступлений, их предупреждения и раскрытия, обеспечения неотвратимости ответственности виновных за их совершение [20, с. 30].

В историческом плане важную роль в формировании структуры средств специальной техники играют средства защиты личного состава правоохранительных органов – специальные средства. Полный перечень специальных средств и правила их применения были установлены постановлением Совета Министров УССР № 49 от 27 февраля 1991 г., которым также были утверждены Правила применения специальных средств при охране общественного порядка в Украине. Приказом Министерства внутренних дел (далее – МВД) Украины от 30 марта 1991 г. № 118 был определен порядок применения специальных средств при охра-

не общественного порядка, установленных вышеуказанным постановлением.

Определенным этапом эволюции законодательства по использованию средств специальной техники в Украине можно назвать приказ МВД «О состоянии нормотворческой деятельности МВД Украины» 1992 г. № 404, который отменил действие ряда нормативных актов МВД СССР, некоторые из которых имели универсальный характер (многие из нынешних ведомственных приказов не решают отдельные проблемные вопросы современности – Г. Г.). Например, было приостановлено действие универсального для того времени секретного приказа МВД от 1979 г., которым утверждалась Инструкция о применении оперативно-технических средств в оперативно-разыскной деятельности органов внутренних дел. При этом были утрачены существующие в то время четко регламентированные связи между службами и подразделениями по вопросам использования специальных технических средств (далее – СТС) в борьбе с преступностью, а это, в свою очередь, неизбежно создавало (как и сейчас создает) определенные проблемы при изучении в системе учебных заведений МВД Украины соответствующих дисциплин. Следует отметить, что из пятнадцати тем, изучаемых в высших учебных заведениях МВД, более 70% имеют гриф «секретно» и все они связаны с использованием специальных технических средств, преимущественно в сфере ОРД [21, с. 19].

Определенным этапом в совершенствовании организации использования технических средств было введение в действие 18 февраля 1992 г. Закона Украины «Об оперативно-разыскной деятельности», который предоставил право подразделениям, осуществляющим ОРД, снимать информацию с каналов связи, применять другие технические средства получения информации, контролировать путем отбора по отдельным признакам телеграфно-почтовые отправления и использовать полученные результаты в уголовном процессе [22, ст. ст. 8, 10]. По мнению Ю. Еднарала и М. Кобца, в этом приказе не нашло отражения такое направление применения возможностей специальных технических средств, которое особенно эффективно в плане получения научно обоснованных конкретных результатов, имеющих важное значение в борьбе с преступностью – оперативное дактилоскопирование.

Законодательные положения значительно расширили возможности сотрудников правоохранительных органов по использованию технических средств в противодействии преступности, особенно ее организованным формам. Большим шагом вперед стало принятие Верховной Радой Украины 30 июня 1993 г. Закона «Об организационно-правовых основах борьбы с организованной преступностью». В ст. 15 «Использование специальных технических средств в борьбе с организованной преступностью» этого Закона главное место отведено применению оперативно-технических средств. Кроме того, в п. 3 указанной статьи говорится, что фактические данные, полученные с применением технических средств, могут быть использованы в качестве доказательств в судопроизводстве [23, с. 22].

В период становления независимости Украины только Служба безопасности Украины (далее – СБУ) как правопреемник Комитета государственной безопасности СССР осуществляла мероприятия в сфере оперативно-технического обеспечения оперативно-разыскной деятельности. Важным организационным мероприятием стало создание 20 октября 1993 г. в системе органов внутренних дел Украины оперативно-технических подразделений как эффективного средства противодействия преступности. Основание этих подразделений, вошедших в блок криминальной милиции, нашло нормативное закрепление в соответствующем приказе МВД Украины «О создании оперативно-технических подразделений в системе МВД Украины». В систему оперативно-технических подразделений вошли Оперативно-техническое управление МВД Украины и оперативно-технические подразделения Главного управления МВД Украины в Автономной Республике Крым, Управление МВД Украины в областях и в г. Севастополе.

Социально-экономическое положение в обществе в начале XXI в. косвенно или прямо способствовало распространению различных видов и форм преступной деятельности. Наблюдается рост квалифицированных видов преступлений с использованием самых современных технических средств [2, с. 5]. 10 августа 2002 г. Оперативно-техническое управление МВД Украины получило статус Департамента. Введена новая структура оперативно-технических подразделений и повышен их статус в регионах. А 6 апреля 2007 г. Департамент оперативно-технических мероприятий (далее – ДОТМ) при МВД Украины реорганизован в Департамент оперативно-технических мероприятий центрального аппарата МВД Украины. На эти подразделения возложены задачи по организации и проведению оперативно-технических мероприятий и негласных следственных (разыскных) действий по задачам оперативных подразделений органов внутренних дел (далее – ОВД), других центральных органов исполнительной власти, взаимодействию с операторами и провайдерами телекоммуникаций, информационно-справочными службами, структурными подразделениями ОВД и другими правоохранительными органами.

На современном этапе оперативно-служебной деятельности ОВД Украины усилия ДОТМ МВД Украины во взаимодействии с другими оперативными подразделениями Министерства внутренних дел сосредоточены на повышении эффективности использования специальной техники в противодействии преступности, соблюдении законности проведения оперативно-технических мероприятий и негласных следственных (разыскных) действий, недопущении ограничения прав человека. За последние десять лет средняя эффективность использования оперативно-технических мероприятий по Украине составляет около 40%, а по Донецкой области – более 50% [24, с. 207].

**Выводы.** История возникновения, становления и развития специальных технических средств доказывает их необходимость для противодействия преступности в нашем обществе и наглядно демонстрирует – чем развитие общество, тем больше потребность в современных средствах специальной техники. Только с определением и изучением всех этапов «рождения и жизни» специальных технических средств, используемых в правоохранительной деятельности, мы сможем найти эффективные пути их разработки и модернизации, что позволит соответствовать уровню европейского правового пространства, в которое мы входим.

**Список использованной литературы:**

1. Онопенко П. Правоохоронні функції Української держави: зміст і реалізація: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. I2.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень». К., 2005. 20 с.; Onopenko P. Law-enforcement functions of the Ukrainian state: content and implementation: author's abstract. dis. ... candidate lawyer sciences: special 12.00.01 "Theory and history of state and law; the history of political and legal studies". K., 2005. 20 p.

2. Хараберюш І. Протидія злочинності засобами спеціальної техніки: концептуальний підхід: монографія. Донецьк: Ноулідж, 2011. 362 с.; Kharaberiush I. Protydiia zlochynnosti zasobamy spetsialnoi tekhniky: kontseptualnyi pidkhid: monohrafiia. Donetsk: Noulidzh, 2011. 362 p.

3. Селиванов И. Научно-технические средства расследования преступлений: автореф. дисс. … д. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс; криминалистика; судебная

экспертиза; оперативно-разыскная деятельность». М., 1965. 55 с.; Selyvanov Y. Nauchno-tekhnycheskye sredstva rassledovanyia prestuplenyi: avtoref. dyss. … d. yuryd. nauk: 12.00.09 "Uholovni protsess; krymynalystyka; sudebnaia ekspertyza; operatyvno-razisknaia deiatelnost". M., 1965. 55 p.

4. Волынский А. Технико-криминалистическое обеспечение раскрытия и расследования преступлений: проблемы и пути их решения. Криминалистика: наука – техника – право – специалист: материалы совещания-семинара преподавателей криминалистики. М.: ЮИ МВД РФ, 1994. С. 28–32; Volynskiy A. Tekhniko-kriminalisticheskoe obespechenie raskrytiya i rassledovaniya prestupleniy: problemy i puti ikh resheniya. Kriminalistika: nauka – tekhnika – pravo – spetsialist: materialy soveshchaniya-seminara prepodavateley kriminalistiki. M.: YuI MVD RF, 1994. P. 28–32.

5. Токарев В., Панкратов С., Худяков Ю. Основные недостатки использования научно-технических средств в процессе раскрытия преступлений и пути их устранения. Вопросы теории криминалистики и экспертно-криминалистические проблемы. М.: ВНИИ МВД СССР, 1987. С. 21–28; Tokarev V., Pankratov S., Khudyakov Yu. Osnovnye nedostatki ispolzovaniya nauchno-tekhnicheskikh sredstv v protsesse raskrytiya prestupleniy i puti ikh ustraneniya. Voprosy teorii kriminalistiki i ekspertno-kriminalisticheskie problemy. M.: VNII MVD SSSR, 1987. P. 21–28.

6. Хефлинг Х. Шерлок Холмс в наши дни. Юридическая литература. М., 1991. 348 с.; Khefling Kh. Sherlok Kholms v nashi dni. Yuridicheskaya literature. M., 1991. 348 p.

7. Кузьмічов В., Прокопенко І. Криміналістика: навч. посібник / за заг. ред. В. Гончаренко, Є. Моісеєва. К.: Юрінком-Інтер, 2001. 368 с.; Kuzmichov V., Prokopenko H. Kryminalistyka: Navch. posib. / za zah. red. V. Honcharenko, Ye. Moiseieva. K.: Yurinkom-Inter, 2001. 368 p.

8. Винберг А. Предмет, задачи и система советской криминалистики. М., Госюриздат, 1959. 176 с.; Vinberg A. Predmet, zadachi i sistema sovetskoy kriminalistiki. M., Gosyurizdat, 1959. 176 p.

9. Пунда О.О. Використання даних, одержаних в результаті застосування науково технічних засобів, для доказування в кримінальному процесі: автореф. дис. … д. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза». Львів, 2001. 55 с.; Punda O. Vykorystannia danykh, oderzhanykh v rezultati zastosuvannia naukovo tekhnichnykh zasobiv, dlia dokazuvannia v kryminalnomu protsesi: avtoref. dys. ... d. yuryd. nauk: 12.00.09 "Krymin. protses ta kryminalistyka; sud. ekspertyza". Lviv, 2001. 55 p.

10. Селіванов Н. Про методологію криміналістичної техніки. Криміналістика та судова експертиза. 1969. Вип. 6. С. 65.; Selivanov N. Pro metodolohiiu kryminalistychnoi tekhniky. Kryminalistyka ta sudova ekspertyza. 1969. Vyp. 6. P. 65.

11. Гончаренко В. Науково-технічні засоби в слідчій практиці. Київ: Вища шк., 1984. 149 с.; Honcharenko V. Naukovo-tekhnichni zasoby v slidchii praktytsi. Kyiv: Vyshcha shk., 1984. 149 p.

12. Колдаев В. Из истории практической криминалистики в России: применение научных методов работы в розыске и расследовании преступлений: факты, документы, комментарии. М.: ЛекЭст, 2005. 376 с.; Koldaev V. Iz istorii prakticheskoy kriminalistiki v Rossii: primenenie nauchnykh metodov raboty v rozyske i rassledovanii prestupleniy: fakty, dokumenty, komentarii. M.: LekEst, 2005. 376 p.

13. Волынский В. Криминалистическая техника: наука – техника – общество – человек. М.: Юнити-Дана, 2000. 311 с.; Volynskiy V. Kriminalisticheskaya tekhnika: nauka – tekhnika – obshchestvo – chelovek. M.: Yuniti-Dana, 2000. 311 p.

14. Лисиченко В., Сабуров І. Становлення радянської криміналістики і судової експертизи. Радянське право. 1987. № 9. С. 27–31.; Lysychenko V., Saburov I. Stanovlennia radianskoi kryminalistyky i sudovoi ekspertyzy. Radianske pravo. 1987. № 9. P. 27–31.

15. Артеменко П., Воронин Б., Декшне В. и др. Специальная техника и ее применение: учебное пособие / под ред. Г. Никитина, Е. Толмачева. М.: Типогр. Академии МВД СССР, 1982. 348 с.; Artemenko P., Voronin B., Dekshne V. i dr. Spetsialnaya tekhnika i ee primenenie: uchebnoe posobie / pod red. G. Nikitina, Ye. Tolmacheva. M.: Tipogr. Akademii MVD SSSR, 1982. 348 p.

16. Селиванов Н. Основания и формы применения научно-технических средств и специальных знаний при расследовании преступлений. Вопросы криминалистики. М. 1964. № 12.; Selivanov N. Osnovaniya i formy primeneniya nauchno-tekhnicheskikh sredstv i spetsialnykh znaniy pri rassledovanii prestupleniy. Voprosy kriminalistiki. M. 1964. № 12.

17. Белкин Р. История отечественной криминалистики. М.: Норма, 1999. 486 с.; Belkin R. Istoriya otechestvennoy kriminalistiki. M.: Norma, 1999. 486 p.

18. Дубоносов Е. Основы оперативно-разыскной деятельности: учебное пособие / под ред. Г. Синилова. М.: Высшее образование, Юрайт-Издат, 2009. 350 с.; Dubonosov Ye. Osnovy operativno-rozysknoy deyatelnosti: uchebnoe posobie / pod red. G. Sinilova. M.: Vysshee obrazovanie, Yurayt-Izdat, 2009. 350 p.

19. Бабаев О. Концептуальные основы и тенденции развития криминалистической науки: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09. М., 2003. 150 с.; Babaev O. Kontseptualnye osnovy i tendentsii razvitiya kriminalisticheskoy nauki: dis. kand. yurid. nauk: 12.00.09. M., 2003. 150 p.

20. Оперативно-разыскная деятельность: учебник / под ред. К. Горяинова, В. Овчинского, Г. Синилова, А. Шумилова. М.: Инфра-М, 2004. 150 с.; Operativno-rozysknaya deyatelnost: uchebnik / pod red. K. Goryainova, V. Ovchinskogo, G. Sinilova, A. Shumilova. M.: Inera-M, 2004. 150 p.

21. Єднарал Ю., Кобець М. Деякі проблеми організації застосування спеціальної техніки в ОВС України. Спеціальна техніка в правоохоронній діяльності: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, Ч. 2. НАВСУ, 2005. С. 19–22.; Yednaral Yu., Kobets M. Deiaki problemy orhanizatsii zastosuvannia spetsialnoi tekhniky v OVS Ukrainy. Spetsialna tekhnika v pravookhoronnii diialnosti: Materialy mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii. Ch.2. NAVSU, 2005. P. 19–22.

22. Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18 лютого 1992 р. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 32. Ст. 314.; Pro operatyvno-rozshukovu diialnist: Zakon Ukrainy vid 18 liutoho 1992 r. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2011. № 32. St. 314.

23. Хараберюш І. Спеціальна техніка в органах внутрішніх справ. Загальна частина: навч. посібник. Донецьк, 2002. 203 с.; Kharaberiush I. Spetsialna tekhnika v orhanakh vnutrishnikh sprav. Zahalna chastyna: Navch. posib. Donetsk, 2002. 203 p.

24. Хараберюш І. Використання спеціальної техніки щодо протидії злочинності в Україні: теоретичні, правові та організаційні аспекти: монографія. Донецьк, 2011. 245 с.; Kharaberiush I. Vykorystannia spetsialnoi tekhniky shchodo protydii zlochynnosti v Ukraini: teoretychni, pravovi ta orhanizatsiini aspekty: monohrafiia. Donetsk, 2011. 245 p.

## ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

**Галстян Галуст Гагикович** – аспирант кафедры специальной техники, информатики и информационных технологий Донецкого юридического института Министерства внутренних дел Украины, помощник судьи хозяйственного суда Донецкой области

## INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Halstyan Halust Hagikovich** – Postgraduate Student at the Department of Special Technique, Informatics and Information Technologies of Donetsk Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, Judge Assistant of the Economic court of Donetsk region

*galust-g@ukr.net*

УДК 343.98:343.74

# ОСОБЛИВОСТІ ТАКТИКИ ДОПИТУ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ ВТЯГНЕННЯ НЕПОВНОЛІТНЬОГО В ЗАНЯТТЯ ЖЕБРАЦТВОМ

**Андрій ДОВГАНЬ,**
аспірант юридичного факультету
ПВНЗ «Львівський університет бізнесу і права»

**АНОТАЦІЯ**

У статті досліджуються питання тактики проведення допиту під час розслідування втягнення неповнолітнього в заняття жебрацтвом. Розглянуто особливості тактики проведення допиту окремих категорій осіб, з огляду на їхній процесуальний статус. Проаналізовано етапи проведення допиту та наведені тактичні прийоми, що можуть бути використані слідчим.

**Ключові слова:** допит, неповнолітній, слідча (розшукова) дія, потерпілий, підозрюваний, тактичний прийом.

## FEATURES OF INTERROGATION TACTICS DURING THE INVESTIGATION OF JUVENILE INVOLVEMENT IN BEGGING

**Andrii DOVHAN,**
Postgraduate Student at the Faculty of Law
of Lviv University of Business and Law

**SUMMARY**

The article deals with the issue of interrogation tactics during the investigation of a minor engaging in begging. Features of the tactics of interrogation of certain categories of persons are considered, proceeding from their procedural status. The stages of the interrogation are analyzed, and the tactical methods which can be used by the investigator are given.

**Key words:** interrogation, juvenile, investigation (search) action, victim, suspect, tactical reception.

**REZUMAT**

Articolul examinează problemele de tactică de interogare în timpul anchetei care implică un minor în cerșit. Sunt luate în considerare trăsăturile tactice de interogare a categoriilor separate de persoane, pornind de la statutul lor procedural. Sunt analizate etapele de interogare și sunt date tehnici tactice care pot fi utilizate de investigator.

**Cuvinte cheie:** interogare, acțiune minoră, de investigație (detectiv), recepție tactică, rănită, suspectă.

**Постановка проблеми.** Допит – найпоширеніша слідча (розшукова) дія під час кримінального провадження. Вона полягає в отриманні від допитуваних осіб показань про будь-які обставини, що підлягають встановленню і доведенню в кримінальному провадженні. Це складна слідча (розшукова) дія, що вимагає від слідчого високої професійної підготовки і майстерності. Для того, щоб допит був проведений ефективно, слідчому необхідно добре орієнтуватися в психології допитуваних, вміти встановлювати з ними правильні взаємовідносини, підбирати і використовувати різноманітні методи психологічного впливу і тактичні прийоми, відповідно до ситуації, яка склалася.

Загальним завданням допиту є отримання від кожного допитуваного всіх відомих йому достовірних відомостей про обставини, за яких відбулася розслідувана подія, та осіб, до неї причетних. Складна ситуація під час допиту виникає, коли допитуваний дає неправдиві свідчення, замовчує окремі обставини, відмовляється від показань, прагне будь-якими шляхами перешкодити слідчому у встановленні істини в кримінальному провадженні. Повідомлена на допиті, на перший погляд, малозначна інформація, може в майбутньому дозволити встановити важливих свідків, дані про їхні особи, виявити розбіжності в показаннях інших осіб [1, с. 236].

**Стан дослідження.** Проблеми й особливості проведення різних видів допиту розглядали у своїх працях такі вчені, як: О.М. Васильєв, В.І. Галаган, Ю.М. Грошевий, А.Я. Дубинський, Л.М. Карніїва, Н.С. Карпов, Є.Д. Лук'янчиков, В.Т. Маляренко, В.Т. Нор, В.О. Попелюшко, М.І. Порубов, Є.В. Пряхін, О.Р. Ратінов, С.М. Стахівський, В.М. Тертишник, Л.Д. Удалова, В.Ю. Шепітько, М.П. Яблоков та інші. Незважаючи на це, ступінь наукової розробленості проблем проведення допитів, а саме під час розслідування втягнення неповнолітнього в заняття жебрацтвом, наразі недостатній.

**Метою і завданням статті** є розгляд особливостей допиту різних учасників кримінального провадження під час розслідування втягнення неповнолітнього в заняття жебрацтвом, що значно допоможе слідчим під час розслідування кримінальних правопорушень даного спрямування.

**Виклад основного матеріалу.** Допит – процесуальна дія, яка являє собою регламентований кримінально-процесуальними нормами інформаційно-психологічний процес спілкування осіб, які беруть у ньому участь, спрямований на одержання інформації про відомі допитуваному факти, що мають значення для встановлення істини в кримінальному провадженні [2]. Це засіб збирання і перевірки не лише доказів, а й відомостей про факти й обставини, що мають орієнтуюче значення, і які слідчий чи інша уповноважена особа отримує від допитуваного шляхом проведення бесіди за допомогою вербальної та невербальної комунікації [3, с. 487]. Погоджуємося з В.Ю. Шепітьком у тому, що допит – одна з найскладніших слідчих дій, проведення якої вимагає від слідчого високої професійної культури та глибокого знання психології людини [4, с. 218].

Під час проведення допиту можна виділити три етапи: підготовчий, робочий і заключний. Підготовка до допиту є

передумовою успішного його проведення й охоплює такі конкретні заходи: вивчення матеріалів кримінального провадження; складання плану допиту; ознайомлення з даними про особу допитуваного; визначення кола питань, які необхідно з'ясувати; з'ясування питання про застосування технічних засобів для фіксації проведення допиту.

На робочому етапі слідчий із допитуваним встановлює комунікативний контакт і відбувається вільна розповідь, тобто виклад допитуваною особою того, що їй відомо в даному кримінальному правадженні чи з окремих обставин. Основною формою впливу на допитуваного є переконання, тобто діяльність, спрямована на те, щоб переконати допитуваного, особливо підозрюваного, у безперспективності приховування істини. Виправданим є використання протиріч у показаннях, невідповідності їх реальному перебігу подій, пред'явлення доказів. Також на робочому етапі слідчим використовується такий тактичний прийом, як постановка запитань, зміст яких свідчив би про знання слідчим обставин скоєного кримінального правопрушення. Така обізнаність складається зі знання обстановки місця події, показань очевидців, свідків тощо, а також відомостей про деякі характерні деталі поведінки допитуваного до моменту вчинення кримінального провадження або після нього [1, с. 246]. Слідчому потрібно пам'ятати, що, відповідно до цільового призначення, запитання можуть бути: уточнюючими – спрямовані на найповніше і найточніше з'ясування питань, що мають значення для справи; нагадуючими – мають оживити пам'ять допитуваного, викликати ті чи інші асоціації; контрольними – спрямовані на перевірку даних, що були повідомлені допитуваним, з'ясування джерел одержання фактів.

На заключному етапі слідчий фіксує результати допиту в протоколі, де повинні бути повно й об'єктивно відображені повідомлені допитуваним під час вільної розповіді та запитань дані.

Додатковим методом фіксації допиту може бути аудіо-та/або відеозапис. Доцільно застосовувати його у складних допитах або ж таких, що супроводжуються визнанням підозрюваною особою своєї вини, або для фіксації показань потерпілого, який перебуває в тяжкому стані. Паралельно з аудіо- і відеозаписом слідчий веде протокол [5, с. 437].

Вважаємо за доцільне нагадати про загальні тактичні прийоми, що можуть використовуватися слідчим у допиті під час розслідування втягнення неповнолітнього в заняття жебрацтвом. До них відносять:

1) постановку нагадуючих запитань;
2) пред'явлення доказів;
3) демонстрацію іншої матеріалізованої інформації;
4) оголошення показань інших осіб;
5) допит на місці події.

Визначальним прийомом, спрямованим на актуалізацію забутих обставин, є постановка допитуваному нагадуючих запитань. Дані для нагадуючих запитань слідчий одержує з матеріалів кримінального провадження, показань інших осіб, оперативно-розшукових відомостей. Постановка нагадуючих питань у деяких випадках набуває вирішального значення, коли від можливості відновлення в пам'яті тих чи інших забутих обставин залежить результат розслідування кримінального правопорушення. Позитивний ефект у пригадуванні забутого має постановка запитань у хронологічній або логічній послідовності про попередні, триваючі та наступні за подією злочину обставини [6, с. 201].

Одним із загальних тактичних прийомів, який спрямований на актуалізацію забутого, є пред'явлення допитуваному речових або письмових доказів. Пригадування тут ґрунтується на безпосередніх зорових відчуттях, а не тільки на розумових асоціаціях. У процесі показу тих чи інших доказів допитуваний впізнає предмет, сприйнятий раніше, і пригадує обставини, пов'язані з ним. У розслідуванні втягнення неповнолітнього в заняття жебрацтвом під час допиту можуть пред'являтися різноманітні документи про хвороби (сирітство тощо), одяг, який використовувався для жебракування, нагрудні таблички та плакати зі скаргами на життя, проханнями про допомогу, які були виготовлені втягувачем неповнолітнього в жебрацтво. Слідчому необхідно пам'ятати, що пред'явлені документи, речі мають бути попередньо оглянуті та визнані речовими доказами. Під час пред'явлення документів на допиті можна виділити такі типові запитання: «Що Ви можете сказати щодо цього документа?», «Чи знаєте Ви, ким виданий документ (хто саме підписував, ставив печатку, штамп), на чиє прізвище?», «Чи знаєте Ви особу, на прізвище якої виданий документ?», «Чи знаєте Ви працівників, які видали документи?» тощо.

Також для актуалізації забутого можна під час допиту застосувати тактичний прийом – демонстрацію допитуваному іншої матеріалізованої інформації, яка оживить у його пам'яті обставини баченої ним події. Для актуалізації забутого можна використати різні фотознімки (наприклад, жебракування неповнолітнього, допомога дорослого у виборі місця для жебрацтва, речі, одяг, документи, які використовувалися під час жебрування), схеми, малюнки, а також такі системи, як «фоторобот», мальований портрет, альбом із типовими малюнками елементів зовнішності людини тощо. Якщо допитуваний забув будь-яке прізвище, можна запропонувати йому ту чи іншу довідкову книгу (наприклад, телефонну), щоб він знайшов схоже прізвище (асоціації за схожістю).

Допомогти актуалізації забутого може й такий тактичний прийом, як допит на місці події. Психологічною підставою його є повторне сприйняття допитуваним обстановки, в якій відбувалося кримінальне правопорушення. Слідча практика свідчить про ефективність використання допиту на місці події. Наприклад, на допиті свідок може повідомити, що не пам'ятає, в якому напрямку міг піти правопорушник, який втягнув неповнолітнього в жебрацтво. Слідчому потрібно провести допит на місці події, де свідок може пригадати це і багато інших деталей, які допоможуть у розслідуванні даного кримінального правопорушення [7, с. 210].

Під час застосування тактичного прийму, який сприяє актуалізації забутого, – оголошення свідчень інших осіб, допитуваному необхідно пред'являти протокол допиту не цілком, а зачитувати фрагменти, що стосуються обставин, за яких певний факт мав місце. Наприклад, під час допиту підозрюваного, який не визнає своєї вини у вчиненні даного кримінального правопорушення, можна зачитати ті фрагменти допиту свідка, в яких підтверджується така участь.

Під час розслідування втягнення неповнолітнього в заняття жебрацтвом можна виділити такі категорії осіб, які підлягають допиту: потерпілий, свідок, підозрюваний. Зазвичай вони вже відомі слідчому на початковому етапі розслідування. На нашу думку, доцільно буде детально зупинитися на особливостях допиту різної категорії осіб під час досліджуваного нами кримінального правопорушення.

Допит свідка на робочому етапі розпочинається із пропозиції розповісти все, що йому відомо, про обставини, через які він викликаний на допит. Свідок попереджається про кримінальну відповідальність за відмову від дачі показань і за дачу завідомо неправдивих показань. Важливо пам'ятати, що в ст. 63 Конституції України зазначено: «Особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом» [8].

Під час допиту свідків у кримінальних провадженнях про втягнення неповнолітнього в заняття жебрацтвом повинні бути з'ясовані такі питання:

1) хто, коли і де займався втягненням неповнолітнього в жебрацтво;

2) скільки фактів (епізодів) втягнення йому відомо; чи відомі свідку мотиви дій злочинця;

3) який спосіб (способи) вчинення злочину;

4) час, протягом якого тривала злочинна діяльність підозрюваного;

5) якими відомості про особу підозрюваного та неповнолітнього, якого було втягнено в заняття жебрацтвом, він має, про їхні стосунки, спорідненість;

6) чи відомі йому конкретні причини, що спонукали підозрюваного втягнути неповнолітнього в заняття жебрацтвом.

Достовірність показань свідків як очевидців кримінального правопорушення залежить від низки чинників як об'єктивних, так і суб'єктивних. Серед них можна виділити:

1) відсутність чи наявність в очевидця інтересу до спостережуваної події;

2) час, що минув із моменту сприйняття події;

3) психологічний фон, на якому відбувалося сприйняття;

4) мотиви і почуття, що спонукали особу спостерігати тощо [9, с. 23].

Як показує практика, основним недоліком змісту протоколів допиту свідків у кримінальних провадженнях даної категорії є відсутність дій винного у втягненні неповнолітнього в заняття жебрацтвом. Типовими відомостями про такі дії в протоколах допиту є: «погрожував», «сильно вмовляв», «щось обіцяв», «лякав», «просив», «переконував» тощо.

Специфіку в кримінальних провадженнях про втягнення неповнолітнього в заняття жебрацтвом має допит неповнолітніх як свідків, так і тих, які втягуються. Підготовка і проведення допиту таких осіб вимагає особливої ретельності. Проблемою проведення допиту із вказаною категорією осіб може стати те, що неповнолітній залежно від того, чи усвідомлює, з огляду на свій вік, він характер дій винного, про якого йому належить давати свідчення, може відчувати сором від присутності знайомих, близьких йому осіб (педагога, батьків, родича).

У справах даної категорії винними нерідко є батьки, інші близькі родичі неповнолітнього. Тому слідчому доводиться роз'яснювати неповнолітньому положення ст. 63 Конституції України про право не давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом [8].

Слідчому нерідко доводиться стикатися з відмовою батьків неповнолітнього, який став свідком втягнення іншого неповнолітнього в заняття жебрацтвом, від явки для допиту. Тому пошук компромісу між інтересами слідства і турботою про моральне здоров'я підлітка є завданням слідчого. У даній ситуації перед початком допиту з батьками можна погоджувати зміст і форму запитань, які слідчий має намір поставити допитуваним [10, с. 15].

Велика складність виникає під час допиту втягненого в жебрацтво неповнолітнього. Це пов'язано з:

– необхідністю викривати в скоєнні кримінального правопорушення (нерідко) своїх близьких родичів (необхідно враховувати, що неповнолітній може говорити неправду, щоб догодити батькам, близьким родичам, знайомим, якщо вони зацікавлені в результаті кримінального провадження, у такому разі, якщо неповнолітній досяг 16 років, йому необхідно роз'яснити норму, що визначає відповідальність за дачу неправдивих показань);

– тим, що неповнолітній повинен згадати і розповісти як мінімум про три скоєні стосовно нього факти втягнення його в заняття жебрацтвом за певний період часу (необхідно враховувати, що неповнолітньому нерідко важко пригадати конкретні факти. Це відбувається через те, що він вже брав участь у занятті жебрацтвом, і факти, які цікавлять слідство, нічим не відрізнялися від інших, тому і не запам'яталися неповнолітньому);

– наданням показань про власну поведінку у вчиненні кримінального правопорушення (необхідно зазначити, що багато неповнолітніх самі не відрізняються зразковою поведінкою. Розуміючи, що під час допиту їм доведеться оцінювати свою поведінку, вони будуть замовчувати окремі факти. Цьому ж сприяє страх, що їхня поведінка стане відома батькам, близьким, друзям і буде предметом обговорення. У такому разі слідчому необхідно показати, що йому відомі не тільки основні, але й дрібні факти життя підлітка, що приведе останнього до висновку про необхідність дати правдиві показання).

Під час допиту неповнолітнього, якого було втягнено в заняття жебрацтвом, потрібно з'ясувати: обставини, за яких неповнолітній познайомився із втягувачем (час, місце, обстановка); як поводив себе втягувач із неповнолітнім (пропонував дружбу, пригощав солодощами, спиртними напоями, наркотичними засобами, лікарськими препаратами тощо); чи може неповнолітній впізнати (описати) втягувача (у разі його відсутності); чи відомо місце проживання або місця перебування втягувача; де саме здійснювалися дії зі втягнення в заняття жебрацтвом, чи були присутні інші особи, якщо так, то чи вони знайомі неповнолітньому; чи бачив неповнолітній осіб, які б могли свідчити про злочинні дії зі втягнення його в жебракування (працівники магазинів, двірники, сусіди неповнолітнього тощо); якщо втягувачами в заняття жебрацтвом були батьки чи близькі родичі, то в чому проявлялися їхні дії зі втягнення тощо.

Думки і припущення неповнолітнього, повідомлені ним на допиті, є невід'ємною частиною його показань. Вони повинні бути зафіксовані в протоколі допиту і підлягають обов'язковій перевірці в процесі доказування. Будь-які його показання, перш ніж вони будуть використані для ухвалення слідчим процесуальних рішень, повинні бути перевірені. Перевірка здійснюється шляхом зіставлення з доказами, які є в кримінальному провадженні. Це дозволяє впевнитися в частковому чи повному збігові показань з іншими доказами [11, с. 101].

Допит підозрюваного (втягувача) під час розслідування втягнення неповнолітнього в заняття жебрацтвом вважається однією з важливих, найбільш складних і часто конфліктних слідчих (розшукових) дій. Під час такого допиту головним є послідовне з'ясування епізодів і фактів, що стосуються втягнення. У кримінальних провадженнях цієї категорії дане питання має особливе значення тому, що залучення неповнолітніх у заняття жебрацтвом відбувається не одразу, а протягом певного періоду часу, тому в процесі допиту мають бути з'ясовані окремі етапи злочинної поведінки дорослого [12, с. 13]. Для цього необхідно з'ясувати обставини, що характеризують:

1) знайомство (час, місце, мотиви) дорослого обвинуваченого з неповнолітнім;

2) підготовку підлітка до заняття жебрацтвом;

3) намір підлітка відмовитися від заняття жебрацтвом, причини появи такого наміру;

4) намір приховати свою справжню роль у здійсненні кримінального правопорушення тощо.

Після того, як підозрюваний надасть пояснення, слідчий повинен уточнити всі обставини кримінального правопорушення, запропонувавши більш детально розповісти:

1) де, коли і як він познайомився з неповнолітнім, що послужило основою для знайомства;

2) який характер стосунків між ними, як ставилися батьки і товариші неповнолітнього до їхнього знайомства і дружби;

3) чи довго тривало їхнє знайомство, що їх зв'язувало (інтереси, захоплення);

4) де саме і як часто зустрічалися, чим займалися і про що говорили під час зустрічі, хто був там присутній;

5) чи мало місце пригощання неповнолітнього спиртними напоями, наркотичними засобами, лікарськими препаратами;

6) де і в якій кількості, на чиї гроші були придбані спиртні напої, як ставився неповнолітній до задуму занятися жебрацтвом;

7) коли і в кого виникла думка занятися жебрацтвом;

8) як відбувалася підготовка до заняття жебрацтвом (підшукування одягу для жебракування, що надає вигляд жебрака, викликає жалощі в оточуючих, виготовлення та придбання нагрудних табличок, плакатів зі скаргами на життя, проханнями про допомогу тощо);

9) яка фактична роль дорослого і неповнолітнього в здійсненні дій, пов'язаних із заняттям жебрацтвом.

**Висновки.** Допит – це складна слідча (розшукова) дія, що вимагає від слідчого високої професійної підготовки і майстерності та полягає в отриманні показань від особи, яка володіє даними, що мають значення для розслідування кримінального провадження. Дотримання слідчим під час проведення допиту вимог чинного законодавства є гарантією забезпечення конституційних прав і свобод громадян України.

Під час допиту для отримання максимально позитивного результату слідчий повинен використовувати тактичні прийоми на кожному з етапів проведення цієї слідчої дії. Під час розслідування втягнення неповнолітнього в заняття жебрацтвом найбільш доцільним, на нашу думку, залежно від ситуації, яка склалася під час допиту, слідчим можуть використовуватися такі загальні тактичні прийоми: постановка нагадуючих запитань; пред'явлення доказів; демонстрація іншої матеріалізованої інформації; оголошення показань інших осіб; допит на місці події.

**Список використаної літератури:**

1. Криминалистика: учебник / отв. ред. Н.П. Яблоков. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2001. 718 с.

2. Кримінальний процесуальний кодекс України: набув чинності 19 листопада 2012 р. Х.: Одіссей, 2012. 360 с.

3. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. К.: Юстініан, 2012. 1224 с.

4. Шепітько Ю.В. Теорія криміналістичної тактики.. Х.: Гриф, 2002. 349 с.

5. Глібко В.М., Дудніков А.Л., Журавель В.А. та ін. Криміналістика: підручник / за ред. В.Ю. Шепітька. К.: Ін Юре, 2001. 684 с.

6. Шепітько В.Ю., Коновалова В.О., Журавель В.А. та ін. Криміналістика: підручник / за ред. проф. В.Ю. Шепітька. 4-е вид., перероб. і доп. Х.: Право, 2008. 464 с.

7. Татарин Н.М. Особливості тактики допиту під час самовільного зайняття земельної ділянки та самовільного будівництва. Порівняльно-аналітичне право. 2014. № 3. С. 209–212.

8. Конституція України від 28 червня 1996 р. (зі змінами та доповненнями). URL: http://zakon.rada.gov.ua.

9. Скичко О.Ю. Моральні основи допиту неповнолітніх свідків і потерпілих. Російський слідчий. 2005. № 9. С. 23–24.

10. Воробйов П.Г. Про предмет допиту особливої категорії свідків. Адвокатська практика. 2008. № 1. С. 15–16.

11. Батюк О.В., Благута Р.І., Гумін О.М. та ін. Методика розслідування окремих видів злочинів, підслідних органам внутрішніх справ: навч. посібник / за заг. ред. Є.В. Пряхіна. Львів: ЛьвДУВС, 2011. 324 с.

12. Чупахін Р.В. Тактика допиту обвинувачуваного під час розслідування злочинів, що з залученням неповнолітнього до скоєння злочину. Адвокатська практика. 2008. № 2. – С. 13–15.

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

**Довгань Андрій Ігорович** – аспірант юридичного факультету ПВНЗ «Львівський університет бізнесу і права»

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Dovhan Andrii Ihorovych** – Postgraduate Student at the Faculty of Law of Lviv University of Business and Law

*kovalmr@ukr.net*

УДК 343.140.02

# ОСОБЛИВОСТІ ПРЕДМЕТА ДОКАЗУВАННЯ У СПРАВАХ ПРО ВБИВСТВА НА СЕКСУАЛЬНОМУ ҐРУНТІ

**Олександр ЛЮБЧИНСЬКИЙ,**
аспірант юридичного факультету
Львівського університету бізнесу і права

**АНОТАЦІЯ**

У статті розглянуто проблеми доказування в кримінальному процесі України. Головним елементом доказування є його предмет, який конкретизується щодо кожного злочину. Розглянуто обставини, які підлягають доведенню під час досудового розслідування в справах про вбивства на сексуальному ґрунті.

**Ключові слова:** доведення, предмет доказування, обставини, розслідування, вбивство на сексуальному ґрунті.

## FEATURES OF THE SUBJECT OF EVIDENCE OF SEXUAL ASSASSINATION

**Oleksandr LIUBCHYNSKYI,**
Postgraduate Student at the Department of Faculty of Law
of Lviv University of Business and Law

**SUMMARY**

The article discusses problems of proof in criminal proceedings in Ukraine. Determined that the main element of proof is his subject, who is concretize through in respect of each offense. Discusses the circumstances that are subject to proof during pre-trial investigation in the murder cases of sexual violence.

**Key words:** proof, subject of proof, circumstances, investigation, sexual killing.

**REZUMAT**

Articolul discută problemele de probă în procesul penal al Ucrainei. Principalul element de dovadă este subiectul său, specificat pentru fiecare infracțiune. Se examinează circumstanțele care fac obiectul dovezii în timpul anchetei prealabile în cazurile de agresiune sexuală.

**Cuvinte cheie:** dovezi, subiecte de probă, circumstanțe, investigații, crimă pe motive sexuale.

**Постановка проблеми.** Теорія доказування, яка становить фундаментальний розділ науки кримінального процесу, завжди привертала увагу вчених. Не менш актуальна ця проблема й нині, оскільки одним із основних конституційних положень є те, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в державі найвищою соціальною цінністю. На забезпечення реалізації цього положення Конституції України спрямована діяльність судових і правоохоронних органів у державі шляхом здійснення кримінально-процесуальної діяльності. Тому в ході кримінального провадження особлива увага звертається на дотримання цих гарантій уповноваженими особами, які здійснюють попереднє розслідування та судовий розгляд.

**Актуальність теми дослідження.** Учені відзначають, що основним змістом кримінально-процесуальної діяльності є доведення. Головним елементом доказування є його предмет. У більшості науковцями досліджувалися загальні питання предмета доказування в кримінальному процесі. Крім того, необхідний поглиблений розгляд предмета доказування окремих видів злочинів, у тому числі й у справах про вбивства на сексуальному ґрунті.

**Стан дослідження.** Внесок у дослідження проблем доказування зробили такі вчені: А.В. Баулін, Ю.М. Грошовий, М.М. Михеєнко, В.В. Назаров, В.Т. Нор, Г.М. Омельченко, А.Б. Соловйов, С.М. Стаховський, В.М. Тертишніков, С.А. Шейфер, В.П. Шибіко та ін.

**Метою й завданням статті** є розгляд особливостей предмета доказування у справах про вбивства на сексуальному ґрунті.

**Виклад основного матеріалу.** Одним із основних завдань кримінального судочинства України є забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування й судового розгляду, щоб кожен, хто вчинив кримінальний злочин, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жодному невинному не було незаконно висунуто звинувачення або жодного невинного не було засуджено, ні одну особу не було піддано необґрунтованому процесуальному примусу (ст. 2 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України). Виконання завдань кримінального судочинства покладено на судові і правоохоронні органи в державі. Відповідно до принципу публічності, прокурор, слідчий в разі виявлення ознак кримінального злочину зобов'язані вжити всіх передбачених законом заходів для встановлення події кримінального злочину й особи, яка його вчинила. Як зазначає С.М. Стаховський, розслідуючи та вирішуючи кримінальні справи, органи досудового розслідування й судової влади з метою прийняття щодо них правильного та обґрунтованого рішення прагнуть відновити достовірну картину минулого події, пізнати всі її обставини й факти, встановити істину. Досягнення останньої здійснюється за допомогою кримінально-процесуального доказування [1, с. 3]. Доведення – це діяльність різноманітна, що розпадається на окремі, пов'язані між собою пізнавальні акти стосовно вирішення приватних завдань, до встановлення окремих обставин, що підлягають доказуванню в кримінальній справі [2, с. 4]. Метою кримінально-процесуального доказування є вирішення завдань кримінального судочинства. Досягнення цих завдань передбачає наявність у суб'єктів кримінально-процесуаль-

ного діяльності чіткого уявлення про предмет і межі доказування, які визначають необхідні параметри цієї діяльності. Поняття предмета доказування залишається дискусійнім у теорії доказів. Так, М.М. Михеєнко вважає, що предметом доказування є сукупність передбачених кримінально-процесуальним законом обставин, установлення яких необхідно для вирішення заяв і повідомлень про злочини, кримінальної справи в стадії виконання вироку, а також для прийняття процесуальних профілактичних заходів у справі [3, с. 134]. На думку С.М. Стаховського, предмет доказування включає всі факти й обставини, що підлягають установленню в кожній кримінальній справі [1, с. 19]. А.Б. Соловйов уважає, що під предметом доведення розуміється сукупність обставин, що підлягає доведенню в кримінальній справі [2, с. 22]. Звісно ж, більш вдале поняття предмета доказування подано С.А. Шейфер, який відзначає, що предмет доказування – це дані про реальні обставини події, що відбулася, на встановлення якої спрямована доказова діяльність у кримінальній справі [4, с. 13]. Правильне встановлення предмета доказування під час досудового розслідування має важливе значення. Так, ст. 91 КПК України містить перелік фактичних обставин, які необхідно встановлювати під час розслідування кримінальної справи (в тому числі й у процесах про вбивства, скоєних неповнолітніми), що мають правове значення. Це подія кримінального злочину (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення), винність обвинуваченого в учиненні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета вчинення кримінального злочину, вид і розмір шкоди, заподіяної кримінальним злочином, а також розмір процесуальних витрат; обставини, що впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального злочину, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують або пом'якшують покарання, що виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження; обставини, які є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання [5, с. 69–70].

Обставини, що підлягають доказуванню в кримінальному провадженні, зазначені в ст. 91 КПК України, стосуються будь-яких кримінальних злочинів. Однак очевидно, що стосовно кожного з таких кримінальних правопорушень вони мають свої особливості, адже, будучи орієнтованими на ті ознаки, характерні для конкретного складу кримінального злочину, вони використовуються також і з метою розмежування різних складів кримінальних злочинів. Такого роду особливості обставин, що підлягають доказуванню, на основі узагальнення практики можуть бути визначені й у злочинах – серійних сексуальних убивствах.

На нашу думку, проблема предмета доказування в кримінальних справах щодо запропонованих злочинів вимагає більш активного розроблення, яке має не тільки важливе теоретичне, а й практичне та дидактичне значення. Уважаємо, що особливості предмета доказування в кримінальних справах про серійні сексуальні вбивства можна охарактеризувати так:

1. Установлення обставин, що характеризують подію злочину. Убивство на сексуальному ґрунті є результатом дії, спрямованої на порушення функцій та анатомічної цілісності життєво-важливих органів іншої людини.

2. Установлення способу вчинення злочину. Спосіб учинення злочину як ознака об'єктивної сторони вбивства має істотне значення для його розслідування. Спосіб учинення злочину, за М.І. Пановим, являє собою певний порядок, метод, послідовність рухів і прийомів, застосовуваних особою в процесі вчинення суспільно небезпечного посягання на охоронювані кримінальним законом суспільні відносини в поєднанні з вибірковим використанням засобів учинення злочину [6, с. 44].

3. Установлення причинного зв'язку між поведінкою людини і смертю потерпілого. Під час вирішення питання про наявність або відсутність причинного зв'язку між діянням і наслідками варто виходити з того, що це є об'єктивним, таким, що існує незалежно від свідомості, зв'язком, у силу якого дія породжує виникнення слідства. Цей об'єктивний зв'язок і повинна бути встановлений. Відсутність причинного зв'язку між діянням і смертю потерпілого або виключає повністю кримінальну відповідальність за вбивство, або підлягає іншій кваліфікації діяння.

4. Установлення обстановки скоєння вбивства. Конкретна обстановка вчинення вбивства має значення не тільки для вирішення питання про наявність або відсутність причинного зв'язку, а й за певних обставин для залучення цієї особи до кримінальної відповідальності та для кваліфікації злочину. Як справедливо із цього приводу зазначає І.А. Петін, обстановка скоєння злочину в низці випадків може свідчити про більший чи менший ступінь суспільної небезпеки скоєного [7, с. 118–120]. Установлення часу в цій категорії вбивств може мати й процесуальне значення для доведення винності конкретної особи або, навпаки, виключення її провини, якщо в момент скоєння злочину вона перебувала в іншому місці й не могла бути виконавцем злочину. Час учинення злочину як елемент його криміналістичної характеристики містить важливу інформацію про динаміку механізму злочину.

Для розслідування вбивства важливо також установити місце скоєння злочину, тому що місце виявлення трупа не завжди може збігатися з місцем убивства. Відомо чимало фактів, коли вбивця, щоб перешкодити розкриттю злочину, переміщував труп іноді на значні відстані. Різниця між місцем виявлення трупа й місцем скоєння вбивства дає змогу в деяких випадках зробити певні висновки про особу, що вчинила злочин, і характер злочинної події, про можливість випадкового або навмисного використання певної ділянки місцевості для вчинення або приховування вбивства.

Щоб установити обставини, які характеризують об'єктивну сторону складу злочину, потрібно знайти, яким знаряддям скоєно злочин. У кримінальній справі речовими доказами є матеріальні об'єкти, які були знаряддям учинення кримінального правопорушення, зберегли на собі його сліди або містять інші відомості, що можуть бути використані як доказ факту чи обставин, які встановлюються в ході розслідування кримінальної справи, в тому числі предмети, які були об'єктом кримінально протиправних дій: гроші, цінності й інші речі, придбані кримінально-протиправним шляхом (ст. 98 КПК України).

5. Установлення особи злочинця. Під час розслідування вбивств передусім необхідно встановити безпосередню особу насильника, яка вчинила злочин. Плідною у зв'язку з цим може виявитися робота з аналізу способу вчинення злочину, враховуючи характерність дій, які обираються особою, в тій чи іншій ситуації. Зазвичай це можливо у випадках, коли в слідах злочину відбиваються певні навички, професійні та інші знання, вікові чи інші якості злочинця. Визначення способу злочину дає підставу для припущення, хто міг скоїти злочин, якими особистісними якостями і властивостями він повинен володіти. Крім того, з метою виявлення злочинця необхідно перевірити спосіб скоєння вбивства за інформаційно-пошуковими картками на людину при обласних управліннях МВС України. У цих картах відображені способи вчинення злочинів раніше розслідуваних справ.

6. Установлення винності обвинуваченого в учиненні кримінального правопорушення. Ця вимога закону означає з'ясування під час доведення психічного ставлення особи до скоєного суспільно небезпечного діяння і його наслідків. Винність особи в скоєному злочині існує об'єктивно – поза свідомістю правозастосовувачів (слідчого, прокурора, слідчого судді, судді). Доведення провини здійснюється

за допомогою оцінювання зібраних і перевірених доказів у кримінальній справі. Установлення винності особи, яка вчинила злочин, у кримінальних процесах про серійні сексуальні вбивства і її викриття пов'язано зі значними труднощами. Зумовлено це як об'єктивними труднощами, що виникають у процесі доведення в таких виробництвах, так і недоліками в організації та проведенні досудового слідства. Труднощі в доведенні винності підозрюваного виникають також під час перевірки в ході досудового слідства його алібі. Докази, що підтверджують знаходження підозрюваного під час скоєння злочину в іншому місці, повинні бути ретельно перевірені й ні в якому разі не можуть бути проігноровані слідчим.

7. Установлення наміру. Під час розслідування вбивства необхідно встановити не тільки обставини, які дають підстави для висновку, що злочин скоєно навмисно, а й обставини, на підставі яких можна зробити висновок про його форму. Тільки встановлення прямого або непрямого умислу дає змогу говорити про те, що злочин дійсно мав місце, тому що поза конкретною формою вини діяння не може бути визнано злочином. Розмежування прямого й непрямого умислу має значення для індивідуалізації відповідальності, а в деяких випадках і для відмежування вбивства від інших злочинів. Це стосується, наприклад, кваліфікації замаху на вбивство. Наявність непрямого умислу виключає таку кваліфікацію. Зокрема, в п. 4 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти життя і здоров'я людини» від 07.02.2003 № 2 зазначено, що замах на вбивство можливий лише з прямим умислом [8]. Це роз'яснення має принципове значення для визначення кола обставин, які мають бути з'ясовані не тільки для кваліфікації замаху на вбивство, а й для встановлення змісту прямого або непрямого умислу в кожному окремому випадку. Нерідко заздалегідь продуманий умисел може проявлятися в особливо підступних або витончених способах досягнення злочинної мети, які можуть виражатися в застосуванні хитромудрих пасток для довірливої жертви, використанні для досягнення злочинної мети інших осіб, які не усвідомлюють своєї ролі в скоєному злочині, застосуванні специфічних засобів тощо [9, с. 12–13]. Як справедливо із цього приводу зазначає А.А. Андрєєв, коли на це питання не дають вичерпної відповіді відомості, отримані під час допитів підозрюваного (обвинуваченого), а також осіб, які близько знають його та потерпілого, то використовують документальні джерела. Вивчаючи й зіставляючи дані про минулу трудову діяльність підозрюваного (обвинуваченого) та потерпілого, наявні в трудових книжках, листках з обліку кадрів або в автобіографіях, відомості про службу в армії, покарання, перебування в будинках відпочинку, санаторіях тощо, можна встановити, перетиналися їхні життєві шляхи чи ні [10, с. 79].

8. Установлення мотивів убивства. Мотив злочину є не тільки обставиною, що підлягає доказуванню в кожній кримінальній справі (ст. 91 КПК України), а й структуроутворювальним елементом криміналістичної характеристики злочину, про що говорилося вище. Саме встановлення мотиву дає змогу оптимізувати процес розкриття вбивства, вибрати правильний напрям його розслідування, ефективніше вести пошук винних і формування необхідної для їх викриття системи доказів. Особливо це важливо на початковому етапі розслідування. Мотив як одна з причин убивства має свої характерні ознаки. При цьому кожний різновид мотиву характеризується певною групою ознак [11, с. 63, 33–34]. Ці ознаки й слугують підставами для висунення версій про конкретні мотиви вбивства. Як правило, версії про мотиви вбивства висуваються після виявлення трупа, коли факт насильницької смерті потерпілого достовірно встановлено. Однак з метою приховування злочину окремі злочинці все частіше маскують учинені ними вбивства під безвісти зниклих громадян або нещасні випадки. У цих ситуаціях версії про мотиви необхідно висувати й перевіряти одночасно з висуненням загальної версії про вбивство.

9. Установлення обставин, що характеризують особу обвинуваченого. До обставин, що характеризують особу обвинуваченого, належать соціальний статус обвинуваченого (його належність до певної соціальної групи); соціально-демографічна характеристика (стать, вік, освіта, сімейний стан тощо), соціальні функції особи (виконувані види діяльності в системі суспільних відносин як громадянина, члена трудового колективу, сім'янина тощо); морально-психологічні характеристики особистості, що виражають її ставлення до соціальних цінностей і виконуваних соціальних функцій. Крім того, характеристика особи обвинуваченого повинна враховуватися під час визначення виду й розміру покарання (як обставини, що пом'якшують або обтяжують покарання), вирішення питання про можливість умовного засудження, звільнення від покарання (наприклад, у зв'язку з хворобою). Під час характеристики особистості обвинуваченого потрібно звертати увагу на необхідність з'ясування даних, чи не є він наркоманом, токсикоманом або алкоголіком. З'ясування зазначених обставин має істотне значення, зокрема, для вирішення питання про призначення лікування.

10. Установлення виду й розміру шкоди, заподіяної злочином. Під час розслідування необхідно з'ясувати не тільки наявність і характер шкоди, а й причинний зв'язок між злочином і шкодою, її розмір, наявність майна, яке може бути звернено для компенсації морального й матеріального збитку, а також витрат закладу охорони здоров'я на стаціонарне лікування потерпілого від злочинного діяння. У процесі вирішення питання про відшкодування моральної шкоди за позовами потерпілих осіб судам необхідно керуватися положеннями Цивільного кодексу України та роз'ясненнями, які містяться в Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» від 31.03.1995 № 4 зі змінами, внесеними Постановою Пленуму Верховного Суду України від 25.05.2001 № 5 [12]. Судова практика останніх років послідовно дотримується позиції грошової компенсації моральної шкоди постраждалим у кримінальних процесах про вбивства [8].

11. Установлення обставин, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою для закриття кримінальної справи, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання. Чинним Кримінальним кодексом України (ст. ст. 36–43) передбачені обставини, що виключають злочинність діяння. Їх соціальна природа така, що вони не тільки виключають злочинність діяння, а й роблять відповідне діяння правомірним, суспільно корисним.

12. Установлення обставин, що пом'якшують або обтяжують покарання. Під час з'ясування обставин, що пом'якшують абоі обтяжують покарання, неприпустимо обмежуватися лише загальною констатацією того, що певне питання вирішене, наприклад, «з урахуванням особистості». Пом'якшувальні й обтяжуючі обставини повинні бути не тільки прямо вказані, а й оцінені в обвинувальному акті.

**Висновки.** Отже, в ст. 91 КПК України визначено обставини, які підлягають доказуванню в кожній кримінальній справі, крім того, предмет доказування визначається рамками складу кримінального злочину. З'ясування всіх обставин, які підлягають доведенню, допомагає слідчому, прокурору прийняти правильне рішення про кваліфікацію злочину, а в подальшому й призначення справедливого покарання особі, яка його вчинила. Але в кожному кримінальному провадженні обсяг обставин, що підлягають доведенню, визначається слідчим, прокурором залежно від обставин кримінального

злочину. Отже, встановлення вищевказаних обставин під час розслідування злочинів про вбивства на сексуальному ґрунті має свої особливості, визначення яких допоможе слідчому, прокурору в процесі розслідування кримінальних справ цієї категорій провести більш повне розслідування, визначити, які саме необхідно провести процесуальні дії та оперативно-розшукові заходи.

**Список використаної літератури:**

1. Стаховский С.М. Теория и практика уголовно-процессуального доказывания: монография. Киев, 2005. 272 с.

2. Соловьев А.Б. Доказывание в досудебных стадиях уголовного процесса России: научно-практическое пособие. Москва: ООО Издательство «Юрлитинформ», 2002. 72 с.

3. Уголовный процесс Украины: учебник / М.М. Михеенко, В.Т. Нор, В.П. Шибико. Москва: Просвещение, 1992. 431 с.

4. Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. Тольятти: Волжский университет им. В.Н. Татищева, 1997. 92 с.

5. Уголовный процессуальный кодекс Украины: Закон Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины в связи с принятием Уголовного процессуального кодекса Украины». Москва: Интер 2012. 376 с.

6. Панов Н.И. Способ совершения преступления и уголовная ответственность: монография. Москва: Высшая школа, 1982. 161 с.

7. Петин И.А. Механизм преступного насилия. Санкт-Петербург: Юрид. центр Пресс, 2004. 343 с.

8. О судебной практике по делам о преступлениях против жизни и здоровья человека: Постановление Пленума Верховного Суда Украины от 7 февраля 2003 г. № 2. URL: www.scourt.gov.ua.

9. Яницкая Н.В. Групповая корыстно-насильственная преступность молодежи и ее предупреждение: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08. / Нац. акад. внутр. дел. Киев, 2000. 20 с.

10. Александренко А.В. Основные недостатки при раскрытии и расследовании серийных сексуальных убийств. URL: www.nbuv.gov.ua / Soc… / Aleksandrenko.pdf.

11. Гетьманова И.В. Использование специальных психологических знаний в уголовном процессе. Москва: Изд-во Моск. психолого-социального ин-та, 2006. 208 с.

12. О судебной практике по делам о преступлениях против половой свободы и половой неприкосновенности личности: Постановление Пленума Верховного Суда Украины от 30 мая 2008 г. № 5. URL: urportal.at.ua/blog/2008-07-17-50.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

**Любчинський Олександр Володимирович** – аспірант юридичного факультету Львівського університету бізнесу і права

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Liubchynskyi Oleksandr Volodymyrovych** – Postgraduate Student at the Department of Faculty of Law of Lviv University of Business and Law

*kovalmr@ukr.net*

УДК 343.121

# ВИКОРИСТАННЯ БІОМЕТРИЧНИХ ТЕХНОЛОГІЙ ПІД ЧАС УСТАНОВЛЕННЯ МІСЦЯ ЗНАХОДЖЕННЯ ОСОБИ В ТРАНСПОРТНОМУ ЗАСОБІ В МОМЕНТ ДОРОЖНЬО-ТРАНСПОРТНОЇ ПРИГОДИ

**Юліана НАГОРНЯК,**
аспірант кафедри криміналістики,
судової медицини та психіатрії факультету № 1
Львівського державного університету внутрішніх справ

**АНОТАЦІЯ**

У статті розглянуто можливості використання дактилоскопічних і молекулярно-генетичних методів дослідження під час установлення місця знаходження особи в салоні автомобіля в момент дорожньо-транспортної пригоди. Акцентовано увагу на необхідності виявлення та вилучення слідової інформації, яка була залишена в салоні автомобіля, зокрема відбитків пальців рук і мікрооб'єктів, у тому числі слідів біологічного походження. Підкреслено важливість їх вилучення, а також вплив на проведення досудового розслідування в кримінальних провадженнях указаної категорії.

**Ключові слова:** огляд, слідова картина, особа, кров, волосся, відбитки пальців рук, молекулярно-генетична експертиза, дактилоскопічна експертиза, дорожньо-транспортна пригода.

## USE OF BIOMETRIC TECHNOLOGIES IN ESTABLISHING A PLACE OF INDICATION OF PERSONS IN THE VEHICLE AT THE MOMENT OF ACCIDENT

**Yuliana NAHORNIAK,**
Postgraduate Student at the Department of Criminology,
Forensic Medicine and Psychiatry, Faculty № 1
of Lviv State University of Internal Affairs

**SUMMARY**

The article considers the possibilities of using fingerprinting and molecular genetic research methods in determining the location of a person in a car cabin at the time of a traffic accident. The emphasis is on the need to identify and remove trace information that was left in the car, including fingerprints and micro-objects, including traces of biological origin. It was emphasized the importance of their removal, as well as the impact on pre-trial investigation in criminal proceedings of the specified category.

**Key words:** examination, trace pattern, face, blood, hair, fingerprints, molecular genetic examination, fingerprint examination, road accident.

**REZUMAT**

Articolul se referă la posibilitățile de utilizare a metodelor de amprentă și moleculare genetice de cercetare în determinarea amplasării unei persoane în mașină în timpul unui accident rutier. Atenția este axată pe necesitatea identificării și eliminării informațiilor de urmărire rămase în interiorul mașinii, inclusiv amprentele digitale și microobjecte, inclusiv urme de origine biologică. Sa subliniat importanța confiscării acestora, precum și impactul asupra desfășurării investigației precontencioase în procedurile penale din această categorie.

**Cuvinte cheie:** examinare, trasabilitate, față, sânge, păr, amprentă digitală, examinare genetică moleculară, examen dactiloscopic, accident rutier.

**Постановка проблеми.** Завданням проведення огляду місця події як першочергової слідчої (розшукової) дії є виявлення та фіксація відомостей, які стосуються обставин учинення кримінального правопорушення, зокрема кримінальної дорожньо-транспортної пригоди (далі – ДТП). Об'єкти, які вилучаються в ході проведення огляду місця події, є речовими доказами, які в подальшому під час проведення експертних досліджень допомагають установити обставини ДТП та притягнути до відповідальності винних осіб. У ході проведення огляду місця ДТП важливо звернути увагу не тільки на слідову інформацію, яка наявна на проїзній частині дороги, а й ретельно оглянути салон автомобіля, оскільки в ньому можуть міститися сліди, які будуть мати доказове значення під час проведення досудового розслідування, зокрема на спідометрі стрілка може зупинитися на позначці, яка вказувала на швидкість автомобіля в момент контактної взаємодії з перешкодою, положення коробки передач, біологічні сліди та мікрооб'єкти, папілярні візерунки.

**Актуальність теми дослідження.** Однією з типових слідчих ситуацій, що виникають під час проведення досудового розслідування фактів ДТП, є ситуації, коли слідству не вдається достовірно з'ясувати місце знаходження учасників ДТП в салоні транспортного засобу. У таких випадках виникає необхідність упровадження в ході досудового розслідування інновацій, зокрема біометричних технологій, для виявлення та дослідження слідів пальців рук, мікрооб'єктів, у тому числі й біологічного походження. Це обумовлює актуальність дослідження способів, засобів, методів і технологій установлення місцезнаходження осіб у салоні автомобіля та проведення різного роду судових експертиз.

**Стан дослідження.** Методиці розслідування вищевказаної категорії злочинів присвячені роботи багатьох правознавців, а саме: М.Г. Богатирьова, В.І. Галагана, В.Г. Гончаренка, В.В. Єрьоменка, В.І. Жульова, В.А. Журавля, Б.Л. Золотова, В.Е. Капітанов, П.В. Коляда, І.І. Когутича, Н.І. Клименка, М.В. Костицького, М.А. Кравцова, В.А. Мисливого, О.М. Морозова, Г.А. Мозгових, Г.М. Нагорного, В.Т. Нора, В.Ю. Шепітька, М.Є. Шумила.

Загальним проблемам використання спеціальних знань під час розслідування злочинів присвячені праці таких провідних науковців: Ю.П. Аленіної, В.П. Бахіна, Р.С. Бєлкіна, Т.В. Варфоломеєвої, А.І. Вінберга, В.Г. Гончаренка, Г.І. Грамовича, Ю.М. Грошевого, А.Я. Дубинського, О.О. Ейсмана, А.В. Іщенка, Н.І. Клименко, І.П. Козаченка, В.О. Коновалової, О.В. Кузьмічова, В.К. Лисиченка, Є.Д. Лук'янчикова, М.В. Салтевського, М.Я. Сегая, І.Я. Фрідмана, В.П. Захарова.

Варто зазначити, що питання використання біометричних технологій під час дослідження слідів, залишених на місці ДТП, не розглядалися окремо, а висвітлювалися в загальному контексті розслідування злочинів. Крім того, не висувалося питання встановлення місця знаходження особи в салоні автомобіля на час ДТП.

**Мета й завдання дослідження** – проведення аналізу слідів ДТП, що дають змогу встановити за допомогою біометричних технологій місце знаходження осіб у салоні автомобіля під час порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами.

**Виклад основного матеріалу.** Порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами, характеризується значною суспільною небезпекою. Від своєчасного документування цього виду злочину залежить подальше розслідування кримінального провадження та проведення необхідних експертиз. Іншими словами, якість подальшого розслідування насамперед залежить від початкових слідчих дій, зокрема складання схеми та протоколу огляду місця події, адже на їх основі в подальшому будуть проводитися експертні дослідження.

Огляд місця ДТП – це слідча дія, яка передбачає вивчення слідчим матеріальної обстановки дорожньої події, транспортного засобу, різних слідів та об'єктів. Проведення огляду з метою виявлення й фіксації слідів, необхідних для встановлення обстановки дорожньої події, її механізму та інших обставин, які мають значення для розслідування, потребує застосування слідчим системи науково обґрунтованих прийомів, методів і способів дослідження [1, с. 140–141].

Проведення огляду місця події при ситуації, коли не встановлено місце знаходження осіб у салоні автомобіля, має свої особливості, оскільки такі версії можуть виникнути за умови, коли в автомобілі знаходилося декілька осіб і всі вони отримали різного роду тілесні ушкодження або частина з них взагалі їх не отримала. Показання щодо питання, хто знаходився за кермом автомобіля, суперечливі або зводяться до того, що водієм була особа, яка отримала тілесні ушкодження, що спричинили смерть, однак у слідства є підстави вважати, що відомості, отримані в ході допитів, є неправдивими. За такої ситуації встановити слідчим шляхом місце знаходження учасників ДТП в салоні автомобіля досить важко, проте в ході проведення різноманітних експертиз, у тому числі й комплексних, це можливо. Для уникнення необ'єктивності й усунення сумнівів під час досудового розслідування в процесі проведення першочергових слідчих (розшукових дій), зокрема огляду місця події, необхідно ретельно дослідити слідову картину салону автомобіля.

Слідосприймаючою поверхнею в автомобілі, де можна знайти відбитки пальців рук, є дзеркало заднього виду, регулятори сидіння та коробка передач (як відомо, кожен водій регулює під себе сидіння та дзеркало).

Використання відбитка пальця для ідентифікації особи – один із найзручніших і порівняно дешевих засобів з усіх біометричних ідентифікаційних методів, які застосовуються нині. Імовірність помилки під час ідентифікації користувача є набагато меншою порівняно з іншими методами біометрії та поступається тільки технологіям ідентифікації райдужної оболонки очей (до уваги не береться ДНК-метод, який зараз використовується здебільшого тільки під час проведення експертиз) [2, с. 82].

Детальне дослідження об'єктів дактилоскопічної експертизи проводиться у два етапи, які умовно діляться на роздільне дослідження (докладне, всебічне дослідження всіх слідів і їх ознак) і порівняльне дослідження (проводиться порівняння слідів між собою й із відбитками (відтисками) рук на дактилокарті (проводиться в разі вирішення ідентифікаційних завдань)) [3 с. 176]. На стадії роздільного дослідження встановлюється, придатний об'єкт, наданий на дослідження, для ідентифікації чи ні.

На стадії порівняльного дослідження об'єктів визначається фактичне обґрунтування висновку експерта про наявність чи відсутність тотожності об'єкта. Порівняльне дослідження проводиться тільки за допомогою безпосереднього зіставлення: ідентифікують ознаки шкірного візерунка, відображеного в сліді, та візерунка у відтиску зразка за допомогою найпростіших оптичних приладів [4, с. 293].

Отже, важливо не тільки правильно вилучити відбитки пальців рук, а й детально описати їх у протоколі огляду місця події, зокрема зазначити місце виявлення об'єкта, його характеристики, спосіб вилучення та упакування. У разі правильного проведення слідчих дій, отримавши результати дактилоскопічних експертиз, ми можемо чітко встановити місце знаходження особи в автомобілі. Так, якщо, відповідно до висновку експерта, слід пальця руки № 1, який виявлений і вилучений із дзеркала заднього виду, та слід № 2 – з панелі приладів автомобіля, придатні для ідентифікації та належать особі А, можемо робити висновок, що вказана особа знаходилася за кермом автомобіля. Водночас, якщо слід 3, який виявлено з внутрішньої сторони на лівих задніх дверцятах автомобіля, належить особі Б, можна висувати версію, що вказана особа розмістилася на задньому пасажирському сидінні з лівого боку, тобто позаду водія.

Також важливо на сидіннях виявити та вилучити мікрооб'єкти (нитки, клаптики тканини) або вилучити сидіння чи чохли.

У теорії й на практиці по-різному трактується питання про пошук і дослідження мікрооб'єктів. Деякі науковці вважають, що так робиться, коли немає інших джерел доказової інформації. Крім того, на практиці трапляються випадки відмови від пошуку мікрооб'єктів на предметах-носіях з причин їх запізнього вилучення, неналежного упакування, проведення інших досліджень до експертизи, прання одягу після події. Із цим важко погодитися, оскільки тут не враховуються такі властивості мікрооб'єктів, як здатність акумулюватися на поверхні предмета-носія й залишатися там, незважаючи на несприятливі умови.

Під час розслідування ДТП встановлюється факт взаємного перенесення (або перенесення в одному напрямі) під час контактної взаємодії об'єктів. У цьому випадку мікрооб'єкти слугують лише проміжною ланкою, а їх дослідження спрямоване на ідентифікацію слідоутворюючого об'єкта, встановлення тотожності якого є важливим у процесі доказування [5, с. 247].

Так, указані мікрооб'єкти залишаються внаслідок контактної взаємодії слідоутворюючого об'єкта зі

слідосприймаючим. Варто підкреслити, що під час вилучення чохлів їх необхідно помістити в різні пакети, щоб запобігти перенесенню мікрооб'єктів з одного на інший, крім того, необхідно їх ретельно упакувати й зазначити на бирці місце знаходження об'єкта.

За умови вилучення чохлів або сидінь автомобіля для проведення криміналістичної експертизи щодо встановлення тотожності та ідентифікації об'єктів потрібно вилучити одяг, у якому знаходилися учасники ДТП в салоні автомобіля на момент його вчинення. Так, якщо на сидінні залишилися мікрооб'єкти, волокна чи нитки одягу або їх клаптики, можемо висунути версію про конкретне місцезнаходження особи в салоні автомобіля. Наведемо приклад: з автомобіля вилучено переднє водійське сидіння. У ході експертного дослідження виявлені мікрооб'єкти, а саме ворсинки білого та червоного кольорів, які зосереджені більшою мірою на спинці сидіння в середній його частині. Провівши огляд наданого на дослідження шерстяного светра біло-червоного кольору, який вилучений в особи В, встановили, що вищевказані ворсинки залишені саме цим об'єктом. Відповідно до цього, особа В перебувала на водійському сидінні та могла керувати транспортним засобом на час настання ДТП.

Варто звертати увагу на сліди біологічного походження (кров, волосся, слина) на оббивці салону автомобіля, оскільки на ній також знаходяться об'єкти, які можуть слугувати доказом у кримінальному провадженні.

Сучасні досягнення судово-медичної молекулярно-генетичної експертизи дають змогу одержувати інформацію про визначену особу за допомогою різноманітних слідів біологічного походження, які нерідко виявляються на місці події й мають стосунок до організму людини. Суттєва перевага цього методу під час розслідування кримінальних злочинів полягає саме у швидкому й близькому до абсолютного (ймовірність визначається зазвичай близько 99,999%) виключенні з кола підозрюваних осіб, не причетних до вчинення злочину, в ідентифікації осіб, які вчинили злочин, із високим ступенем вірогідності, в надійності доказів під час розгляду кримінального провадження в суді.

Установлення можливості походження крові, а також слідів інших речовин біологічного походження, що є частками організму людини, від конкретної особи має велике значення для розслідування злочинів. Основними носіями спадкоємної інформації є молекули дезоксирибонуклеїнової кислоти (ДНК), що являють собою речовину в хромосомах, яка зберігає генетичний код людини. У судовій медицині цей метод називають ще ДНК-генотипоскопія, геномна дактилоскопія чи «ДНК − відбитками пальців». За допомогою цього методу, названого за кордоном генетичною «дактилоскопією», можна однозначно встановити джерело походження крові та інших об'єктів біологічного походження, які мають стосунок до організму людини, від конкретної особи [6, с. 472].

Так, після вилучення із салону автомобіля слідів крові, слини, волосся або частини тканини біологічного походження (шкіра, м'яз, частини внутрішніх органів) призначається судово-імунологічна експертиза, однак якщо таким способом неможливо отримати необхідну інформацію по об'єктах, які містять ядро, в найкоротший термін після їх вилучення необхідно призначити молекулярно-генетичну експертизу зі скеруванням не тільки вилучених із місця події об'єктів, а й порівняльних зразків.

Прикладом може слугувати вирок Ніжинського міжрайонного суду Чернігівської області, відповідно до якого встановлено, що в ході проведення досудового розслідування гр. А, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, не справився з керуванням і допустив виїзд автомобіля на зустрічну смугу руху, де відбулося зіткнення з передньою лівою частиною автомобіля 2, який рухався по зустрічній смузі руху. Гр. А в учиненні злочину себе винним не визнав і зазначив, що він знаходився на передньому пасажирському сидінні. У ході проведення огляду місця події встановлено, що в рульовому колесі спрацьована подушка безпеки, яка знаходиться поверх рульового колеса, візуально на подушці безпеки ніяких слідів не виявлено. На спинці сидіння водія в нижній частині виявлено засохлу речовину бурого кольору, схожу на кров. Також на поверхні сидіння водія з правого боку, на поверхні декоративної обшивки тунелю важеля переключення коробки передач з боку місця водія, на задньому сидінні на спинці з правого боку, на поверхні самого сидіння, на внутрішньому боці задніх дверей наявні сліди речовини бурого кольору, схожі на кров. На передньому пасажирському сидінні слідів, схожих на кров, не виявлено, сліди бурого кольору наявні на корпусі бокового дзеркала заднього виду на правій передній стійці ззовні та на правому порозі біля переднього сидіння та заднього сидіння. Крім того, виявлено фрагменти шкіряного покриття зі спинки сидіння, подушку безпеки з рульового колеса з місця водія, проведено змиви бурої речовини з коробки передач, указані сліди вилучено. На підставі висновку судово-медичної експертизи встановлено, що в момент ДТП гр. А знаходився на місці водія. На це також указують результати судово-імунологічної експертизи, згідно з якою в слідах на фрагментах плівки вітрового скла, фрагменті шкіряного покриття спинки сидіння водія виявлена кров, яка, ймовірно, належить до групи А з ізогемаглютиніном анти В і не виключається її походження від гр. А та гр. Б. Ураховуючи, що в гр. Б має місце одне ушкодження у вигляді закритого перелому плечової кістки й відсутні будь-які інші ушкодження, які б могли супроводжуватися зовнішньою кровотечею, експерт уважає, що в момент ДТП на сидінні водія знаходився гр. А, в якого могли мати місце широкі різані рани обличчя та різані рани шиї, які супроводжувалися рясною зовнішньою кровотечею [7].

**Висновки.** Слідова картина на місці ДТП швидко змінюється, а тому часто саме від якості проведення огляду місця події залежить хід досудового розслідування та призначення необхідних експертиз. У разі ефективного проведення огляду місця події, у ході якого виявлено та вилучено сліди, що знаходяться в салоні автомобіля, можна встановити місцезнаходження осіб у салоні автомобіля. Доцільно підкреслити, що для встановлення місцезнаходження особи можна використати сліди біологічного походження, мікрооб'єкти, пошкодження салону автомобіля, характер його деформації. Сучасні біометричні технології дають змогу здійснити ідентифікацію особи, яка керувала транспортним засобом у момент учинення ДТП, з більшою ефективністю, швидкістю й достовірністю. Зафіксувавши таку слідову інформацію, можна в подальшому провести об'єктивне та обґрунтоване досудове розслідування, притягнути винних осіб до кримінальної відповідальності й реалізувати інші завдання кримінального провадження.

**Список використаної літератури:**

1. Пархомчук М.А., Данілін С.С. Особливості огляду місця вчинення дорожньо-транспортної пригоди. Криміналістичний вісник. 2013. № 2 (20). С. 140–143.

2. Захаров В.П., Рудешко В.І. Біометричні технології в XXI столітті та їх використання правоохоронними органами: посібник. 2-ге вид., доп. Львів: ЛьвДУВС, 2015. – 492 с.

3. Логвіненко О.А. Проблеми використання дактилоскопічної інформації в розслідуванні злочинів. Юридичний вісник. 2017. № 1 (42). С. 174–178.

4. Рогатюк І.В. Напрями удосконалення використання дактилоскопічної інформації в діяльності органів досудового роз-

слідування та прокуратури. Часопис Київського університету права. 2014. № 1. С. 292–296.

5. Синєокий О.В. Нанонаука-розвитку судово-експертних технологій. Вісник Запорізького національного університету. 2009. № 2. С. 137–142.

6. Мудрецька Г.В., Цикова О.В. Проблеми використання даних ДНК аналізу під час розслідування злочинів. Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2014. № 26. С. 246–249.

7. Вирок №740/2868/15 Ніжинського міжрайонного суду Чернігівської області. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67333102.

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

**Нагорняк Юліана Василівна** – аспірант кафедри криміналістики, судової медицини та психіатрії факультету № 1 Львівського державного університету внутрішніх справ

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Nahorniak Yuliana Vasylivna** – Postgraduate Student at the Department of Criminology, Forensic Medicine and Psychiatry, Faculty № 1 of Lviv State University of Internal Affairs

*YulianaNagorniak@i.ua*

UDC 349.2

# SEPARATE METHODS OF IMPLEMENTATION OF STATE CONTROL OF THE LEGITIMATE TRAFFICKING OF DRUGS

**Oleksandr SHEVCHUK,**
Doctor of Law, Associate Professor at the Department of Administrative Law and Administrative Activity
of Yaroslav Mudryi National Law University

**SUMMARY**

It is established that the methods of state control over the legal turnover of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors in Ukraine include: information analytical, statistical, sociological, laboratory, documentary, monitoring, examination, and methods of coercion and persuasion. It is noted that the compulsory treatment of persons who are addicted to drug addiction is carried out on the basis of a court decision on a patient evading voluntary treatment or continues to use narcotic drugs without prescribing a doctor, violating the rights of others. The order of such treatment is considered. The monitoring of the state of the narcotics situation is suggested – constant monitoring of the distribution of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors with the purpose of their evaluation and forecasting, and it is established that it consists of 3 blocks – information, analytical and organizational. Proposed under the expertise of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors should be understood – study, verification, analytical study, quantitative or qualitative assessment by a highly qualified specialist or institution of such a device, substance or precursor that requires special knowledge. Types of such examinations are characterized: forensic pharmacological, agrotechnical, judicial biological, chemical-technological, medico-narcological, forensic psychiatric.

**Key words:** state control, legal turnover of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors, methods of state control: information-analytical, statistical, sociological, laboratory, documentary, monitoring, expertise, methods of coercion and persuasion, types of methods of state control over the legal turnover of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors.

## ОКРЕМІ МЕТОДИ ЗДІЙСНЕННЯ ДЕРЖАВНОГО КОНТРОЛЮ ЗА ЗАКОННИМ ОБІГОМ НАРКОТИКІВ

**Олександр ШЕВЧУК,**
доктор юридичних наук, доцент кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

**АНОТАЦІЯ**

Встановлено, що до методів державного контролю за законним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів в Україні віднесені: інформаційно-аналітичний, статистичний, соціологічний, лабораторний, документальний, моніторинг, експертизи, а також методи примусу і переконання. Відзначається, що примусове лікування осіб, хворих на наркоманію, проводиться на підставі судового рішення, щодо хворих, які ухиляються від добровільного лікування або продовжують вживати наркотичні засоби без призначення лікаря, або порушують права інших осіб. Розглянуто порядок примусового лікування осіб, хворих на наркоманію в Україні. Запропоновано моніторинг стану наркоситуації як постійне спостереження за поширенням наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів з метою їх оцінки та прогнозування і встановлено, що він складається з 3-х блоків – інформаційного, аналітичного та організаційного. Запропоновано під експертизою наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів розуміти вивчення, перевірку, аналітичне дослідження, кількісне або якісне оцінювання висококваліфікованим фахівцем або установою такого засобу, речовини або прекурсорів, яке вимагає наявності спеціальних знань. Охарактеризовані різновиди таких експертиз: судово-фармакологічна, агротехнічна, судово-біологічна, хіміко-технологічна, медико-наркологічна, судово-психіатрична.

**Ключові слова:** державний контроль, законний обіг наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, методи державного контролю: інформаційно-аналітичний, статистичний, соціологічний, лабораторний, документальний, моніторинг, експертизи, методи примусу і переконання, види методів державного контролю за законним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів.

**REZUMAT**

Sa constatat că metodele de control ale statului asupra mișcării licită a substanțelor narcotice, psihotrope și precursori clasificate în Ucraina: informational-analitice, statistice, sociologice, de laborator, documentare, monitorizare și evaluare, precum și metodele de constrângere și convingere. Se observă că tratamentul obligatoriu al persoanelor dependente de droguri, efectuate pe baza unei hotărâri judecătorești cu privire la pacienți, tratamentul se sustrage voluntar sau să continue să folosească medicamente fără prescripție medicală, sau încalcă drepturile altor persoane. Se ia în considerare ordinea tratamentului obligatoriu al persoanelor dependente de droguri în Ucraina. monitorizarea situației drogurilor propuse – ca monitorizarea constantă a distribuției de stupefiante și substanțe psihotrope și precursori în scopul estimării și predicție a acestora, și a constatat că acesta este format din 3 blocuri – informații, analitice și instituționale. Propuse în cadrul stupefiante examinare, substanțe psihotrope și precursori trebuie înțelese – studiul, verificarea, un studiu analitic, evaluarea cantitativă sau calitativă a acestor mijloace de înaltă calificare sau instituție, substanța sau precursor care necesită cunoștințe speciale. Caracterizat prin varietatea de expertiză: farmaceutice medico-legală, agrotehnice, medico-legale, biologice, chimice, tehnologice, medicale si Dependentei, psihiatrie medico-legală.

**Cuvinte cheie:** control de stat, cifra de afaceri legală a drogurilor, substanțelor psihotrope și precursori, metodele de control de stat: informații analitice, statistice, sociologice, de laborator, documentare, monitorizare, evaluare, metode de constrângere și convingere, tipurile de metode de control al statului asupra circulației legale a substanțelor narcotice, substanțe psihotrope și precursori.

**Formulation of the problem.** In modern legal science there are various points of view regarding the understanding of the list and types of methods of state control, characterized, as a rule, by the specific nature of the directions of scientific research. In their research, researchers bring different forms of control, identifying them with methods, directions, means, measures and types of control. The current legislation of Ukraine also identifies forms and methods of control [1]. The methods of state control may be different, depending on the subject, the object, the purpose, the means of state control applied.

**Relevance of the research topic.** The state control should be carried out on the basis of the current legislation by authorized bodies, officials, civil servants. He follows, in particular, Art. 19 of the Constitution of Ukraine, according to which the state authorities, local self-government bodies and their officials are obliged to act only on the basis, within the powers and in the manner provided for by the Constitution and laws of Ukraine [2]. Compliance with this provision is decisive regarding the legitimacy of the application of methods of state control over the legal circulation of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors in Ukraine.

**State of the research.** A separate issue of studying the methods of state control was paid attention to by Ukrainian and foreign scientists: V.B. Averyanov, O.F. Andriyko, Yu. P. Bityak, V.M. Garashchuk, V.M. Gorshenev, M.S. Studenikin, I B. Shakhov and others. We have already drawn attention to the notion of the legal design of „methods of state control over the circulation of narcotic drugs and psychotropic substances", and considered their classification [3], but we did not consider the specifics of the implementation of the methods of state control over drug trafficking in Ukraine, and others did not In modern conditions, they studied this issue.

**The purpose and purpose of the article** is the specificity of methods for exercising state control over the legal circulation of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors in Ukraine.

**Statement of the main material.** First, we note that „the legal turnover of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors" are activities for the cultivation of plants included in the List of Narcotic Drugs, Psychotropic Substances and Precursors, as well as activities related to trafficking in narcotic drugs, psychotropic substances and precursors included in the said List, which are resolved and controlled by the legislation in the sphere under consideration on the basis of licensing. It is carried out with the purpose of using these means, substances and precursors for the needs of their own production, in medical practice for the treatment of patients, in veterinary medicine, in research, in expert and operational-search activities, for scientific and educational purposes [4, p. 10, 11].

In order to establish the design of „methods of state control over the legal circulation of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors", as well as for the possible elimination of disagreements, not only in terminology, but also in approaches to the classification of these methods, first of all, the content of the term „method". This category of "methods of state control over the legal circulation of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors" does not contain current legislation of Ukraine. The method (from the Greek Methods – literally „the path to something") in the most general sense is the way to achieve the goal, a certain orderly activity [5, p. 258].

D.N. Bakhrakh interprets this term as a means, means, a method for achieving a certain goal, accomplishing the tasks set. The methods of activity are the means of achieving goals, the methods of management – by means, methods, methods of purposeful influence on the managed social system. „The concept of a method is primarily related to activity, to the process. However, with any activity, but with a purposeful. Such activity acts as a set of methods, ways to achieve the desired result" [6, p. 74,75]. A.D. Ershov believes that this is a set of methods and methods of influencing a managed object to achieve the organization's goals [7, p. 85]. V. K. Kolpakov under the method of any activity understands the methods, techniques, means used to achieve the goal, which constitute the content of this activity [8, p. 182].

E.V. Shorina notes that the methods of exercising control are „tactical techniques that are developed and applied by the control bodies to achieve the goal, to exercise the necessary influence on the controlled entity" [9, p. 258]. O. Andriyenko understands this concept as the means by which the controlling bodies exercise control in order to perform their tasks most effectively. The application of appropriate control methods depends on the body exercising control, on its tasks and powers, the place that the monitoring function takes in its loyalty. The methods of activity, in turn, affect the subject of control [10, p. 196]. In this case, one should proceed from the most stable interpretation of the relevant terms: form (Latin forma – type, species, device, type, type) – is the structure of the corresponding processes, as well as the order of something; method – a way to achieve any goal, solve a specific problem or a set of methods for mastering reality [11, p. 196]. So, most scientists define the method in their publications as a set of methods, methods of control bodies with the purpose of achieving the set goal, providing the necessary impact on the controlled object [3, p. 76]. The methods of state control over the legal turnover of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors are, in our opinion, a combination of means, methods, methods by which state control subjects can purposefully influence the controlled objects in this sphere with a view to the most effective implementation of the tasks assigned to them tasks.

Among the administrative scientists there is no unambiguous opinion on the list of methods of state control. So, EV Shorina refers to them coercion and persuasion, methods of coordination and collegiality, administrative and economic. Serious attitudes-admnistrivistiv not a single-valued thought in the overhaul of methods in state control [9, p. 242]. VV Murza proposes to divide them into groups [12, p.114]: (1) general methods that are widely used in the implementation of all functions of the state, (2) special, possessing only control and supervisory functions – methods of checking, identifying shortcomings and response.

S.S.Vitvitsky shares the methods of state control in the sphere of licensing activity to indirect and direct (conviction, coercion, coordination, collegiality), combining them into 2 groups [13, p. 135]: (1) methods for carrying out control actions to which refer to the means and techniques used in the implementation of the control itself (2) methods, which include measures used by state control bodies in the implementation of the results of the control function. AI Ryabko distinguishes three groups of methods of control [14, p. p. 89]: (1) information-analytical, (2) corrective, (3) integrated, combining the previous ones. To the first group, he includes methods of obtaining control information, its analysis and processing (method of accounting, statistics, reporting), to the second – ways and means of expressing the requirements for eliminating identified errors, violations (appeal, complaint, presentation, communication of information to the competent subject [14, p. 91].

As can be seen from the foregoing, there is clearly no consensus on the classification of methods of state control in legal literature. In most cases, scientists bring the methods of state control depending on the scope of research of control types. It should be noted that AF Andriyenko distinguishes between general and special methods of state control in the sphere of executive power. The bodies exercising general control mainly use information analytical, statistical, sociological and direct examination methods. Special control bodies use special methods, which include documentary analysis, various kinds of

examinations, laboratory data, and the like. When analyzing the methods of state control over the quality of products, organoleptic and laboratory methods are distinguished. The practice of state control increasingly includes methods of mathematical, statistical, system and functional analysis, forecasting, etc. [10, p. 206–208]. From our point of view, information-analytical, statistical, sociological, state coercion, documentary analysis, monitoring, expertise, laboratory methods can be referred to methods of state control over the legal turnover of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors.

We consider it worthwhile to dwell on the main varieties of these methods, in particular, on letters and appeals on the issues of trafficking in narcotic drugs, psychotropic substances and precursors, as well as the analysis of information materials in this sphere as methods of state control. In the legislation, the term „citizens' appeals" refers to the suggestions (comments) stated in written or oral form, statements (petitions) and complaints [15]. For example, the State Service of Ukraine for Drugs and Drug Control in 2014 provided answers to explanations of the legislation of Ukraine on the legal turnover of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors 22 – to law enforcement agencies and 11 – to legal entities and individuals [16, p. 169]. Over the same year, the State Service of Ukraine for Drugs and Drug Control processed more than 3 thousand Quarterly and annual reports that are submitted solely on paper, and the analysis of which shows insufficient knowledge and unsatisfactory fulfillment by licensees of the requirements of the current legislation of Ukraine [16, p. 171], namely: (1) failure to submit in due time documents of mandatory reporting without justifiable reasons, as well as written explanations of the reasons that prevented the establishment of such documents (Chernihiv, Sumy, Poltava, Dnipropetrovsk, Volyn, Ivano-Frankivsk, Kiev, Odessa, Rivne regions); (2) the submission of reports not in accordance with the form prescribed by law or quarterly inventory information that does not contain complete information (a higher percentage falls on health facilities); (3) failure to submit reports of pharmacy establishments in which medicinal psychotropic drugs are manufactured. Accounting is the process of collecting and fixing data of interest (expressed, as a rule, by quantitative indicators), which can then be used in the following management cycles, including monitoring [17, p. 539] .

All operations carried out in the course of activities related to the circulation of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors are subject to registration by the person responsible for this in special journals of legal entities [18]. Thus, in the health care institutions of Ukraine, these forms of primary records are approved: (1) No. 129-6 / o „Journal of Drug, Narcotic Drugs and Precursors in the Departments and Offices of Treatment and Prevention Institutions of Health Care" and instructions for its completion; (2) No. 129-7 / o „Journal of the Registration of Preparations of Narcotic Drugs, Psychotropic Substances and Precursors at the Departments of Health Care Facilities" and the Instruction for its completion; (3) No. 129-8/o „Journal of the Registration of Preparations of Narcotic Drugs, Psychotropic Substances and Precursors in Pharmaceutical (Pharmacy) Institutions" and Instruction for its completion; (4) No. 129-9/o „Journal of the Registration of Preparations of Narcotic Drugs, Psychotropic Substances and Precursors in Health Care Institutions for the Performance of Doctor's Appointments in Inpatient Conditions" and Instruction for filling it out; (4) No. 129-10/o „Journal of Accounting of Drugs of Drugs, Psychotropic Substances and Precursors Returned from Hospitals Established", and Instruction for filling it out.

The same institutions approve: (1) an information letter for the patient or person caring for him (a family member, guardian or curator), on the rules for handling narcotic drugs, psychotropic substances and precursors and on preventing their use for a non-medical purpose; (2) a leaflet for prescribing these drugs to patients receiving treatment in inpatient or outpatient settings and fulfilling these prescriptions; (3) the norms for calculating the storage volumes of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors as a whole in the health care facility, as well as in its departments, offices and posts. [18] Business entities engaged in the turnover of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors are obliged to carry out their inventory on a quarterly basis and draw up an appropriate balance of inventory items. In the event of a discrepancy or inconsistency of the indicators, information is provided within the territory of Ukraine – the National Police of Ukraine, and for export-import operations – to the National Police of Ukraine and the Security Service of Ukraine [18].

What is the specificity of the procedure for the use of compulsory treatment of people with drug addiction? The Law of Ukraine „On Measures to Counteract Illicit Trafficking in Narcotic Drugs, Psychotropic Substances and Precursors and their Abuse" of February 15, 1995, No. 62/95-BP contains a list of grounds for compulsory treatment of these persons (Article 16). Article 1 of this Law treats the latter as treatment on the basis of a court decision on a patient with drug addiction, which evades voluntary treatment or continues to use narcotic drugs without prescribing a doctor, or violates the rights of others. [19] A person who is recognized as a drug addict but who shies away from voluntary treatment or continues after treatment to use narcotic drugs without prescribing a doctor and whose close relatives or other persons have applied to the bodies of the National Police of Ukraine or the prosecutor's office because of her dangerous behavior, is aimed at treatment from drug addiction to a specialized medical institution of the health authorities, and minors who have reached the age of sixteen – in specialized lech BNO-Boc these institutions for up to 1 year. Persons, in relation to whom a request for referral to compulsory treatment was initiated, in case of evasion from appearance in court are subject to the authority of the National Police of Ukraine [19].

Next, we will examine the monitoring of the drug situation as a method of state control over the circulation of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors. In the legal literature, much attention has recently been paid to research on the monitoring of the state of the drug situation [20; 21; 22; 23], but in most cases by foreign scientists. Drug situation is a combination of conditions and circumstances that reflect the state and level of legal and illegal drug trafficking, on the basis of which a set of treatment, prevention, social rehabilitation and law enforcement measures is defined [24]. In practical terms, the monitoring of the drug situation is relevant both for the current and for strategic planning of the actions of the authorities. Therefore, now, monitoring and evaluation of the drug situation are increasingly seen as an effective method of information support for management activities [20, p. 5].

Monitoring the state of the drug situation has an active nature, since it is focused on creating an information basis for influencing its state and dynamics. In the process of its implementation, it becomes possible, on the basis of generalization of information, to obtain an adequate representation, vectors and dynamics of the development of the drug situation and its determinant, and on this basis to develop management decisions, the implementation of which will limit its negative impact or completely prevent it, as well as strengthen the effect of favorable factors and conditions [23, p. 48].

In Ukraine, there is only one such document – the Concept for the establishment of a monitoring system in the sphere of combating illicit trafficking in narcotic drugs, psychotropic substances and precursors, approved by the Cabinet of Ministers of Ukraine from October 17, 2011 to No. 1193-p. Monitoring of the drug situation provides for constant monitoring of the characteristics of the distribution of narcotic drugs, psycho-

tropic substances and precursors with the aim of assessing and predicting them. The study of this situation makes it possible to choose the necessary preventive measures reasonably and to develop a plan for preventive work [24].

In this Concept, it is determined that the main reasons for the absence in Ukraine of a unified system for monitoring the situation in this area are: (1) the lack of objective data on the number of persons admitting the use of narcotic drugs and psychotropic substances for medical purposes, their regional division and socio-demographic characteristics; (2) lack of information on the volume of cultivation of plants included in the List; (3) a low level of control over business entities that carry out their production, production, storage, sale (release), accounting and transportation; (4) the availability of these means, substances and precursors for their medical use, etc.

Monitoring of the situation in the study area is carried out with the aim of [24]: (1) establishing the actual volume and scope of trafficking in narcotic drugs, psychotropic substances and precursors and their illegal distribution; (2) identification of social groups of persons who allow their use not for medical purposes and on which preventive measures should be directed; (3) elucidation of the reasons for the distribution of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors among various social groups of the population, as well as ways to eliminate such causes. In the classical version, the monitoring of the state of drug situations provides for a comprehensive study of 3 types of information [23, p. 48], namely: (a) statistical information; (b) expert assessments of specialized agencies and organizations; and (c) sociological research results. Taking as a basis for this position, we can state that such monitoring in the sphere of control over the circulation of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors should consist of 3 blocks – information, analytical and organizational.

One of the methods (subspecies) of state control over the legal turnover of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors is the examination of these substances and substances (Section 1.2) [25]. To clarify the essence of the term „examination", we present the points of view of a number of scientists. „Expertise is the consideration of any issue by experts to give an opinion" [26, p. 904]. VG Draganova points out that examination is a special type of scientific and practical research conducted by experts with the aim of obtaining a reliable, qualified and independent conclusion necessary for making a motivated decision on problematic or controversial issues arising in various spheres of human activity [27, p. 229].

From our point of view, the definition of E.V. Dodin is quite accurate: examination is a study, a check, an analytical study, a quantitative or qualitative assessment by a highly qualified specialist, institution or organization of a certain subject, requires special knowledge in the relevant sphere of public activity, the results of which are formalized in the form of an expert opinion [28, p. 3]. We tend more to the last scientific position, understanding under the expertise of narcotics, psychotropic substances, their analogs and precursors of study, verification, analytical research, quantitative or qualitative evaluation by a highly qualified specialist, institution or organization of narcotic drugs, psychotropic substances, their analogs and precursors, require availability of special knowledge and formalization of the results of these actions in the form of an expert opinion. According to the procedural legislation of Ukraine, experts perform primary, additional, repeated, commission and complex examinations (paragraph 1.2.11). Expertises and studies are conducted by expert institutions in accordance with the List of Regional Service Zones by forensic science research institutions of the Ministry of Justice of Ukraine. [25]. If there are grounds, different types of expertise of such drugs, substances, their analogs and precursors – forensic pharmacological, agrotechnical, judicial biological, chemical-technological, medico-narcological, forensic psychiatric, etc., can be appointed [29, p.166; 30, p.499,500]. Let us dwell on their detailed characteristics. Forensic chemical and technological expertise is appointed if necessary to address such issues [30, p. 499]: (1) have a special chemical-technological design for the research, if so, which one; (2) such objects may be used for extraction or other actions resulting in their transformation into ready-to-use forms; (3) whether there are traces (remnants, stratifications) of these means and substances on such objects, if so, which ones and what is their weight. Forensic and narcological examination is appointed to find out: (1) the person is in a state of drug intoxication; (2) signs of a recent use or psychotropic substance, and which is the prescription of this process; (3) a narcotic or psychotropic substance was taken [30, p. 499].

Forensic-botanical expertise is appointed when it is necessary to address such issues [30, p. 500]: (1) is the plant in question narcotic, if so, to which species it belongs; (2) or similar plants to the samples of plants seized from the seeding site; (3) where the growth zone of this plant is located. The complex medical-psychiatric examination is appointed for clarification [30, p. 500]: (1) the person has signs of a recent use of a narcotic drug or psychotropic substance, if so, which one; (2) how long a drug addiction has developed in this person; (3) or she was at the time of the offense in a deranged state (acute narcosis psychosis).

Forensic pharmacological examination is appointed to resolve issues: (1) whether the substance in question is medical, if so, which one; (2) whether there are remnants of medicines on the object under consideration, if so, which ones; (3) are any impurities present in the medicinal products provided, if so, which ones and in what quantities; (4) whether these drugs can be used without prescribing a doctor; (5) if the substance in question is a medicinal product, then what is the order of its release; (6) whether it can be issued by pharmacies without a prescription, in what forms and the amount of leave for a single prescription. Forensic-agricultural expertise is appointed in order to obtain an answer to such questions: (1) have a culture of drug or psychotropic cultures of a wild or cultural nature; (2) which is approximately the expected yield of these crops [30, p. 500]. The main methods of conducting forensic examinations in the study of narcotic drugs, psychotropic substances, their analogs and precursors are: (1) to identify and investigate medicinal products containing the above substances; (2) studies of hypnotic and narcotic drugs of barbituric acid (3) determination of chromatographic parameters of the main components of herbal substances; (4) expert study of barbiturates; (5) use of flame photometry to determine the quantitative content of sodium salts of barbiturates in dosage forms; (6) interaction of alkaloids with dyes; (7) photocolorimetric studies of small doses of certain alkaloids [31].

The basis for conducting expert examinations in accordance with the current legislation is a procedural document (decision, determination) on its appointment prepared by the authorized person (body) or written appeal of the victim or the party of protection of administrative proceedings, which necessarily indicates the requisites, a list of questions posed expert, as well as a list of objects to be investigated. The basis for the expert examination is a written application (letter) of the customer (legal or natural person) with a mandatory indication of its details, with a list of issues to be addressed, as well as the objects provided [25].

**Conclusions.** Methods of state control over the legal turnover of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors are a combination of means, methods, techniques by which controlling entities can influence controlled entities and objects in the sphere of trafficking in narcotic drugs, psychotropic substances and precursors in order to most effectively fulfill the assigned on them functions. The main methods of state

control over the legal turnover of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors include the following varieties: sociological, laboratory, information-analytical, statistical, documentary analysis, methods of state coercion and persuasion, and monitoring and examination.

**References:**

1. About the prikordonny control: Law of Ukraine dated 05.11.2009., №. 1710-VI. News of the Supreme Rada of Ukraine. 2010. №. 6. Art. 46.

2. Constitution of Ukraine dated 28.06.1996. № 254к / 96-ВР. Information from the Verkhovna Rada of Ukraine. 1996. №. 30. Art. 141.

3. Shevchuk O.M. Methods of state control in the sphere of drug abuse: it is understood that. News of Kharkiv National University VN Karazina. Серія "The Right". 2014. №.1. P. 74–77.

4. Shevchuk O.M. Administrative and legal regulation of state control over the circulation of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors in Ukraine: dissert. … for Doctor of Law: Specialty. 12.00.07. Kh., 2016. 41 p.

5. Philosophical dictionary / ed. I.T. Frolova. M.: Politizdat, 1991. 560 pp.

6. Bakhra D.N. Basic Concepts of the Theory of Social Management. Perm: Publishing House of Perm University, 1978. 102 pp.

7. Ershov A.D. Fundamentals of Management and Organization in the Customs: A Study Guide. SPb: Izd-o LSU, 1999. 415 pp.

8. Kolpakov V.K., Kuzmenko. O.V. Administrative law of Ukraine: under the leadership. K.: Yurincom Inter, 2003. 736 pp.

9. Shorina E.V. Control over the activities of the bodies of state administration in the USSR: monograph. Moscow: Nauka, 1981. 304 pp.

10. Andryko O.F. Organizational-legal problems of state control in the sphere of executive power: diss. ... Dr. lawyer. Sciences: special 12.00.07. K., 1999. 390 pp.

11. Osovska G.V., Yushkevich O.O., J.S. Zavadsky. Economic Dictionary. K.: Condor, 2007. 358 pp.

12. Murza V.V. Forms and methods of state control and supervision activity. Public law. 2013. № 2 (10). P. 110–116.

13. Vytvitsky S.S. State control in the field of licensing activity: diss. ... candidate lawyer Sciences: special 12.00.07. Kh., 2004. 178 pp.

14. Ryabko A.I. Social control and its legal forms (questions of the theory). Moscow, 1995. 181 pp.

15. On appeals of citizens: Law of Ukraine dated 02.10.1996, №.. 393/96-ВР. Bulletin of the Supreme Court. Council of Ukraine. 1996. №. 47. Art. 257

16. Shevchuk O.M. Legal regulation in the field of drug control: monograph. Kh., Law, 2017. 424 pp.

17. Orekhova I.S. Forms of state control in the field of economic activity. Actual problems of state and law. 2011. Issue. 60. P. 539–541.

18. On certain issues concerning the acquisition, transportation, storage, release, use and destruction of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors in health care institutions: the Order of the Ministry of Health of Ukraine of 07.08.2015, №. 494. Official Bulletin of Ukraine. 2015. №. 73. Art. 2407.

19. On Measures to Counteract Illicit Trafficking in Narcotic Drugs, Psychotropic Substances and Precursors: The Law of Ukraine of 15.02. 1995, №.. 62/95 – V.R. Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine. 1995. №. 10. Art. 62.

20. Karpets A.V., Makhrov I.E., Vinogradov E.M.Monitoring and evaluation of the narcissistic situation: monograph. M .: Justitsinform, 2010. 224 pp.

21. Kolgashkin A. Yu. Creation of a tool for monitoring of new surfactants and development of drug addiction on the basis of news media. Narcology. 2015. №. 10. P. 32–39.

22.Komlev Yu.Yu. Sociological monitoring of narcotisation of the teenage and youth environment: monograph. Kazan: CJSC Novoe Znaniye, 2005. 137 pp.

23.Nevirko D.D., Shinkevich V.E. Sociological research as a component of monitoring of drug situation. Bulletin of the Kazan Institute of Law of the Ministry of Internal Affairs of Russia. 2015. №. 1. P. 47–54.

24. On approval of the Strategy of the state policy on drugs for the period up to 2020: the Cabinet of Ministers of Ukraine from 28.08.2013, № 735-r. // Official Bulletin of Ukraine. 2013. № 76. Art. 2829.

25. On approval of the Instruction on the appointment and conducting of forensic examinations and expert studies and scientific and methodological recommendations on the preparation and appointment of forensic examinations and expert studies: Order of the Ministry of Justice of Ukraine dated 08.10.1998, №. 53. Official Bulletin of the country. 1998. № 46. Art. 172.

26. Ozhegov S.I. Dictionary of the Russian language / in common. Ed. Shvedova N. Yu., 23rd ed. Corrected. M .: Rus. yaz., 1991. P. 904.

27. The basics of the customs: the textbook / in common. ed. V.G. Draganov. M .: JSC "Economics", 1998. 687 pp.

28. Dodin E.V, Peculiarities of Examination of Certain Types of Customs Matters. Customs Affairs. 2004. №.. 3. P. 3–9.

29. Activities of the prosecutor to counteract the violation of legislation in the area of circulation of narcotic drugs, psychotropic substances and precursors: a scientific and practical manual / in the wording of VA Zanfirov. K.: National Academy of Public Prosecutor; Truth, 2012. 215 p.

30. Desk book of the investigator: sci.-Practice. publications for investigators and detectives. – 2nd form, processing. and add / M.I. Panov, V.Yu. Shepitko, V.O. Konovalova and others. K.: View. House "In Yure", 2007. 728 pp.

31. Register of methods of conducting forensic examinations. URL: http://rmpse.minjust.gov.ua/page/53

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Shevchuk Oleksandr Mykhailovych** – Doctor of Law, Associate Professor at the Department of Administrative Law and Administrative Activity of Yaroslav Mudryi National Law University

ДОВІДКА ПРО АВТОРА

**Шевчук Олександр Михайлович** – доктор юридичних наук, доцент кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

*oleksandr-shevchuk@ukr.net*

УДК 347.454

# ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРАВ ДЕРЖАВНОГО СЛУЖБОВЦЯ

**Вікторія ВАСИЛЬКІВСЬКА,**
аспірант кафедри адміністративного і фінансового права
Національного університету «Одеська юридична академія»

**АНОТАЦІЯ**

Стаття присвячена характеристиці прав державного службовця як невід'ємного елемента його правового статусу у контексті Закону «Про державну службу» 2015 р. у порівняльному аналізі із його правами, передбаченими Законами України «Про державну службу» 1993 і 2011 рр. Акцентовано увагу на таких видах прав державного службовця, як загальні, основні, спеціальні, посадові. Охарактеризовано наступні права: на повагу до своєї особистості, честі та гідності, справедливого і шанобливого ставлення до себе з боку керівників, співробітників та інших осіб; чітке визначення посадових обов'язків; належні для роботи умови служби та їх матеріально-технічне забезпечення; професійне навчання, зокрема, за державні кошти, відповідно до потреб державного органу; просування по службі з урахуванням професійної компетентності та сумлінного виконання своїх посадових обов'язків тощо.

**Ключові слова:** права державного службовця, основні права, службові права, право на повагу до своєї честі, чітке визначення посадових обов'язків.

## THEORETICAL AND LEGAL CHARACTERISTICS OF THE RIGHTS OF A CIVIL SERVANT

**Viktoriia VASILKIVSKA,**
Postgraduate Student at the Department of Administrative and Financial Law
of National University "Odessa Law Academy"

**SUMMARY**

The article is devoted to the description of the rights of a civil servant as an integral element of the legal status in the context of the Law "On Civil Service" in 2015 in a comparative analysis with his rights prescribed by the Laws of Ukraine "On Civil Service", 1993 and 2011. The attention is focused on such types of civil servant rights as general, basic, special, official. It is characterized the right to: respect for one's personality, honor and dignity, respectful attitude of oneself by the leaders, employees and other persons is characterized; clear definition of job responsibilities; proper working conditions, conditions of service and their material and technical support; vocational training, in particular for public funds; career advancement taking into account professional competence and conscientious fulfillment of their official duties, etc.

**Key words:** rights of the civil servant, basic rights, service rights, the right to respect for his honor, clear definition of official duties.

**Постановка проблеми.** Перш ніж перейти до характеристики новітніх прав державного службовця, слід зазначити, що питання прав державного службовця загалом досліджувалося у теорії адміністративного права [1–7]. Однак оптимізації системи державного управління, удосконалення чинного законодавства про державну службу потребують нових теоретичних напрацювань щодо правової природи державного службовця загалом та його прав зокрема.

**Метою статті** є теоретико-правова характеристика прав державного службовця.

**Виклад основного матеріалу**. Права державного службовця – це обумовлені Конституцією України, цим Законом, іншими законами та підзаконними нормативними актами можливості і свободи професійної діяльності, які охороняються державою. Слід зазначити, що державні службовці мають права, як громадяни України (суб'єктивні громадянські права) і права як особи, що займають посади в державних органах (службові права). Останні суттєво відрізняються від суб'єктивних громадянських прав своїми цілями і завданнями. Своєю чергою службові права державних службовців можна поділити на два види: основоположні (передбачені Законом «Про державну службу» [8]) і посадові (які передбачаються у професійно-кваліфікаційних характеристиках посад державних службовців та в посадових положеннях та інструкціях. Як зазначалося вище, державні службовці мають право користуватися правами і свободами, які гарантуються громадянам України Конституцією і законами України. Основні права і свободи людини і громадянина закріплено у Конституції України і їх перелік не підлягає обмеженню. Водночас необхідно зазначити, що реалізація окремих прав при зайнятті посади державного службовця є обмеженою, зокрема, державний службовець не має права займатися підприємницькою діяльністю, організовувати страйки тощо.

Під час характеристики основних прав державного службовця необхідно насамперед звернутися до таких його прав.

Ефективне та добросовісне здійснення державним службовцем своїх посадових обов'язків є можливим за умови реалізації ним права на *повагу до своєї особистості, честі та гідності, справедливого і шанобливого ставлення до себе з боку керівників, співробітників та інших осіб*. Це право є похідним від конституційного положення про те, що «людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю». Вчинення державним службовцем правопорушень може бути підставою тільки для притягнення до юридичної відповідальності, однак не може бути підставою для приниження людської гідності, грубого поводження з боку керівника чи інших осіб. Виконуючи свої посадові обов'язки, державний службовець представляє державу, що зумовлює шанобливе відношення до нього інших осіб.

Право на *чітке визначення посадових обов'язків* спрямовано на забезпечення сумлінного виконання державним службовцем своїх посадових обов'язків. Це право забезпечується обов'язком керівника державної служби державного органу чітко окреслити коло службових обов'язків державного службовця, інформувати державного службовця про їх зміни. Чітке визначення посадових обов'язків пов'язано з повноваженнями державного службовця безпосередньо виконувати свої посадові обов'язки та його дисциплінарною відповідальністю – невиконання, неналежне або неповне виконання посадових обов'язків є підставою для притягнення до дисциплінарної відповідальності. Назване право державного службовця безпосередньо пов'язано з його посадовими обов'язками. Питання посадових обов'язків більш детально досліджено у п. 1.2. «Структурно-правова характеристика обов'язків державного службовця». Окрему увагу слід звернути на те, що чітке визначення посадових обов'язків державного службовця безпосередньо пов'язано з підставами його дисциплінарної відповідальності, а точніше – зі створенням умов для недопущення ним порушень трудової дисципліни. Так, п. 5 ч. 2 ст. 65 Закону-2015 передбачає таку підставу дисциплінарної відповідальності, як «невиконання або неналежне виконання посадових обов'язків …» [8].

До того ж слід мати на увазі, що неналежне виконання – це активна поведінка державного службовця, спрямована на реалізацію владного припису керівника, яка водночас забезпечує досягнення тільки часткового результату. Зміст «неналежності» може мати прояв у «несвоєчасності», «частковості», «невідповідності» тощо. Щодо поняття «невиконання» слід зазначити таке: на державного службовця покладається обов'язок виконувати рішення, накази, розпорядження та доручення керівників, тобто здійснювати виконавчо-розпорядчі функції щодо забезпечення реалізації приписів, передбачених нормативно-правовими актами. Іншими словами, «виконання» передбачає активну поведінку державного службовця, у межах службових повноважень, спрямовану на забезпечення певного завдання. Отже, «невиконання» – це пасивна поведінка державного службовця, яка не забезпечує реалізацію субординаційного волевиявлення керівника, тобто це бездіяльність, яка не забезпечує отримання певного результату.

Право на *належні для роботи умови служби та їх матеріально-технічне забезпечення*. Виконання посадових обов'язків є можливим за умови створення державному службовцеві безпечних і здорових умов праці, з урахуванням норм із техніки безпеки, освітлення, опалення, вентиляції, а також усунення шкідливих наслідків шуму та інших факторів, які впливають на здоров'я державного службовця. Цей обов'язок покладається на державний орган і гарантується чинним законодавством, зокрема, п. 12 ст. 17 Закону-2015 визначає, що керівник державної служби у державному органові забезпечує створення належних умов та матеріально-технічного забезпечення для виконання державним службовцем своїх службових обов'язків та іншими нормативно-правовими актами [8]. На керівника державної служби державного органу покладається обов'язок не тільки чітко визначити посадові обов'язки державного службовця, але й створити належні матеріально-технічні умови для забезпечення їхнього виконання. Мова йде про виділення державному службовцю відповідного робочого місця (кабінет, стіл, крісло, комп'ютер, інша необхідна оргтехніка тощо). Саме на керівника державної служби у державному органові серед інших покладається обов'язок «створити належні для роботи умови, їх матеріально-технічне забезпечення» (п. 12 ст. 17 Закону) [9].

Право на *професійне навчання, зокрема, за державні кошти, відповідно до потреб державного органу* [10–13]. Становлення демократичної, правової, соціальної держави, інтеграція України в Європейське співтовариство, проведення адміністративної реформи та реформи системи державної служби передбачають підготовку державних службовців, здатних неухильно відстоювати права і свободи людини і громадянина, таких, що володіють професійними уміннями і навичками, які ґрунтуються на сучасних спеціальних знаннях, аналітичними здібностями та майстерністю застосування засобів і методів управлінської науки, стратегічним мисленням та особистісними якостями, необхідними для прийняття та успішної реалізації управлінських рішень. Пріоритетним напрямом кадрової політики є створення дієвого механізму підготовки та залучення до роботи на державній службі висококваліфікованих фахівців, забезпечення конкурентоспроможності державної служби на ринку праці. Варто зазначити, що у підвищенні рівня професійної компетентності зацікавлені як державний службовець, так і державний орган. Важливим є те, що державний службовець має право на підвищення рівня професійної компетентності за кошти державного бюджету та інших джерел, не заборонених законом (ст. ст. 48, 49 Закону). Це право державного службовця гарантується: а) створенням системи вищих закладів професійного навчання державних службовців; б) наданням відпусток у зв'язку із навчанням; в) визначення рівня професійної компетентності державного службовця однією із кваліфікаційних умов для просування по державній службі, присвоєння рангу, заохочень тощо.

Право на *просування по службі з урахуванням професійної компетентності та сумлінного виконання своїх посадових обов'язків* логічно випливає із права на державну службу і полягає у можливості державного службовця просуватися по державній службі (ст. 40 Закону):

а) за посадами (посадова кар'єра). При просуванні за посадами службовець має на меті зайняття вищої за службовою ієрархією посади державної служби як у тому ж самому державному органові, так і в іншому. Водночас цільова спрямованість службовця на заміщення більш високої посади має співпадати з необхідністю державного органу забезпечити заміщення вакантної посади саме цією кандидатурою. Особливістю цього просування є те, що воно є можливим за наявності таких умов: а) наявності вакантної посади; б) оголошення конкурсу на заміщення вакантної державної посади (ст. 23 Закону); в) визначення вимог до рівня професійної компетентності особи, яка претендує на посаду (ст. 20 Закону);

б) за рангами (професійна кар'єра). Просування за рангами (званнями, класними чинами, спеціальними і військовими званнями) є істотною особливістю кар'єри в державній службі, оскільки, на відміну від просування за посадами, це просування є можливим і за відсутності вакантної посади, оскільки група посади передбачає присвоєння державному службовцю трьох рангів за певних умов: проходження терміну в три роки після присвоєння первинного рангу (вислуга років); отримання позитивної оцінки оцінювання результатів службової діяльності державного службовця (ст. 44 Закону); встановлення системи рангів державних службовців (ст. 39 Закону); визначення співвідношення між рангами державних службовців і рангами службовців органів місцевого самоврядування, дипломатичними рангами, військовими званнями, спеціальними званнями [14].

Важливим є з'ясування того факту, що у державного службовця є право на просування по службі з урахуванням кваліфікації та здібностей; сумлінного виконання своїх службових обов'язків тощо, однак немає жодних правових підстав тлумачити це право як суб'єктивне право державного службовця, тобто він не має права вимагати просування по службі, оскільки призначення на посаду належить до компетенції державного органу або посадової особи. Згідно з основним принципом вирішення питання щодо просування по службі державний інтерес до оптимального заміщення посад державних службовців повинен мати пріоритетне значення перед особистим інтересом державного службовця, який бажає просування по службі. До того ж на державний орган покладається обов'язок,

враховуючи його професійні якості, не перешкоджати йому у просуванні по державній службі у межах державно-службових та фінансових можливостей державного органу.

Право *на участь у діяльності об'єднань громадян, крім політичних партій у випадках, передбачених цим Законом*. Це право державного службовця, обумовлене ст. ст. 35 і 36 Конституції України [15], щодо права громадян на свободу світогляду і віросповідання [24], об'єднання у політичні партії та громадські організації для здійснення і захисту своїх прав і свобод та задоволення інтересів [16]. Важливо зазначити, що право державного службовця на об'єднання у політичні партії є дещо усіченим, оскільки для окремих категорій державних службовців передбачено обмеження цього права. Насамперед це стосується державних службовців, що займають посади державної служби категорії «А»: Державного секретаря Кабінету Міністрів України та його заступників, державних секретарів міністерств; керівників центральних органів виконавчої влади, які не є членами Кабінету Міністрів України, та їх заступників; керівників апаратів Конституційного Суду України, Верховного Суду України, вищих спеціалізованих судів та їх заступників; голів місцевих державних адміністрацій; керівників державної служби в інших державних органах, юрисдикція яких поширюється на всю територію України; (п. 1 ч. 3 ст. 10 Закону). Водночас на період державної служби на посаді категорії «А» особа зупиняє своє членство у політичній партії. Для всіх державних службовців передбачається обмеження щодо обіймання посади у керівних органах політичних партій (п. 2 ч. 3 ст. 10 Закону). Більш детально питання політичної неупередженості досліджується у п. 2.4 роботи.

Право на *оскарження в установленому законом порядку рішень про накладення дисциплінарного стягнення, звільнення з посади державної служби, а також висновку, що містить негативну оцінку за результатами оцінювання його службової діяльності*. Як і попереднє, це право державного службовця є новітнім (не за змістом, а за формою його закріплення). Право на оскарження гарантується ст. 11 Закону, в якій передбачено, що державний службовець має право на оскарження у судовому порядку [18] рішень (нормативно-правові та індивідуальні акти, що впливають на права, свободи та законні інтереси), дій (активна поведінка, яка має вплив на права, свободи та інтереси: надання розпорядження, наказу, доручення; відкликання з відпустки тощо) чи бездіяльності (пасивна поведінка, тобто невчинення тих дій, які мали бути вчинені, що впливає на права, свободи та законні інтереси: неприйняття заходів щодо недопущення конфлікту інтересів; незабезпечення належних матеріально-технічних умов роботи тощо) державних органів та їх посадових осіб, що перешкоджають реалізації прав, наданих державному службовцеві Законом-2015. Водночас вказана стаття передбачає можливість вибору державним службовцем суб'єкта розгляду його скарги: керівник державної служби, комісія, Національне агентство України з питань державної служби або судовий орган, тобто адміністративний суд. Важливо звернути увагу на те, що право на оскарження забезпечується п. 2 «спори з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби», п. 9 «спори щодо оскарження рішень атестаційних, конкурсних, медико-соціальних експертних комісій та інших подібних органів, рішення яких є обов'язковими для органів державної влади, органів місцевого самоврядування, інших осіб», п. 10 «спори щодо формування складу державних органів, органів місцевого самоврядування, обрання, призначення, звільнення їх посадових осіб» ч. 1 ст. 19 «Справи, на які поширюється юрисдикція адміністративних судів» КАС України [18].

Окрім того, слід також акцентувати увагу на такій гарантії реалізації названого права, як обов'язок керівника державного органу щодо скасування рішень або відміну дій щодо державного службовця, які порушують його права та свободи під час реалізації права на державну службу [19].

Право на *захист від незаконного переслідування з боку державних органів та їх посадових осіб у разі повідомлення про факти порушення вимог цього Закону*. Це право державного службовця є новітнім і воно покликане гарантувати державному службовцеві правовий захист під час виконання ним своїх посадових обов'язків, у тому числі й у питаннях законності функціонування державного органу або діяльності посадових осіб цього органу. До того ж слід звернути увагу на те, що мова йде про порушення вимог саме Закону «Про державну службу» як державним органом, так і посадовими особами. Слід зазначити, що це право державного службовця є досить абстрактним, оскільки із його формулювання не визначається, чи мова йде тільки про порушення вимог Закону «Про державну службу» державним органом або його посадовими особами, в якому здійснює свою діяльність державний службовець, чи мова йде про будь-які державні органи та їх посадових осіб.

Право на *отримання від державних органів, підприємств, установ та організацій, органів місцевого самоврядування необхідної інформації з питань, що належать до його повноважень, у випадках, встановлених законом*. Це право передбачає отримання не будь-якої інформації, а тільки стосовно питань, що належать до відання державного службовця. Право на таку інформацію покликане забезпечити можливість добросовісного виконання ним своїх посадових обов'язків, підвищити ефективність діяльності державного органу. Реалізація цього права гарантується обов'язком керівників державних органів, підприємств, установ і організацій надавати відповідну інформацію на вимогу державного службовця у строки, передбачені чинним законодавством. Інколи чинне законодавство передбачає юридичну відповідальність за порушення цього положення. Так, згідно зі ст. 166-4 КпАП України, «Ненадання, несвоєчасне надання інформації посадовими особами органів виконавчої влади Антимонопольному комітету України тягне накладення штрафу» [20] .

Право на *безперешкодне ознайомлення з документами про проходження ним державної служби, у тому числі висновками щодо результатів оцінювання його службової діяльності.* Проходження державної служби документується й відображається в особовій справі державного службовця, яка оформлюється відповідно до Порядку ведення та зберігання особових справ державних службовців [21] (ст. 37 Закону). Державному службовцеві надається право безперешкодного ознайомлення з усіма документами щодо проходження ним державної служби, тобто з документами особової справи. Таке ознайомлення проводиться під розпис державного службовця. У разі, якщо видається наказ (розпорядження) про певні дії щодо державного службовця, він в обов'язковому порядку з ними ознайомлюється. Безперешкодне ознайомлення означає, що державний службовець може, по-перше, у будь-який момент робочого часу побачити документи щодо проходження ним державної служби; по-друге, побачити будь-який документ щодо проходження державної служби; по-третє, дозволу керівника державної служби чи керівника підрозділу на показ документа щодо проходження державної служби не потрібно. Це право дає можливість державному службовцеві контролювати хід документального оформлення проходження ним державної служби та уберегти його від свавілля керівника. Варто також зазначити, що державний службовець має право на ознайомлення з документами щодо проходження ним державної служби, тобто документами особової справи, а не із самою особовою справою. Жоден нормативно-правовий акт не передбачає права державного службовця на ознайомлення зі своєю особовою справою.

Право на *проведення службового розслідування за його вимогою з метою зняття безпідставних, на його думку, звинувачень або підозри* тісно пов'язано з правом на повагу до своєї особистості, гідності, справедливого та шанобливого ставлення до себе з боку керівників, співробітників та інших осіб, оскільки реалізується з метою зняття безпідставних, на

думку державного службовця, звинувачень або підозр щодо нього та своєї реабілітації [22]. Водночас важливо зазначити, що службове розслідування проводиться саме на вимогу державного службовця з метою зняття безпідставних звинувачень або підозр, а не за ініціативи керівника державної служби у державному органові у випадках, передбачених ст. 71 Закону-2015, для притягнення його до дисциплінарної відповідальності. Варто також зазначити, що чинним законодавством не передбачено порядку проведення службового розслідування на вимогу державного службовця, що дає підстави вважати, що таким порядком може бути порядок службового розслідування, передбачений саме ст. 71 Закону-2015.

Окрім вищезазначених основних прав, державний службовець також реалізує інші права – посадові, визначені у положеннях про структурні підрозділи державних органів та посадових інструкціях, затверджених керівниками державної служби у цих органах.

**Висновки**. Таким чином, слід зазначити, що законодавець, визначаючи перелік прав державного службовця, у ст. 7 Закону-2015 [8] іменує ці права «основними». Як уявляється, таке визначення є дещо некоректним, оскільки воно логічно передбачає, що всі інші права державного службовця є «неосновними», тобто «другорядними», що певною мірою нівелює їхнє значення. Видається, що більш прийнятним було б визначення прав державного службовця у названому законі як «загальні права», тобто ті права, які є притаманними для всіх державних службовців державної адміністративної служби. У такому разі інші права слід назвати «спеціальні права», тобто ті права, які визначаються відповідно до заміщуваної державним службовцем посади державної служби спеціальними законами.

**Список використаної літератури:**

1. Балух Д.В. Управління державною службою в Україні: дис. … канд. юрид. наук. Одеса, 2009. 201 с.

2. Біла-Тіунова Л.Р. Службова кар'єра в Україні: монографія. Одеса: Фенікс. 2011. 540 с.

3. Битяк Ю.П. Державна служба в Україні: організаційно-правові засад : монографія. Харків: Право, 2005. 304 с.

4. Іншин М.І. Проблеми правового регулювання праці державних службовців України: автореф. дис. … д-ра юрид. наук. Київ, 2005. 40 с.

5. Ківалов С.В., Біла-Тіунова Л.Р. Закон України «Про державну службу»: наук.-практ. коментар. 2-е вид., змін. Одеса: Фенікс, 2009. 692 с.

6. Ківалов С.В., Біла-Тіунова Л.Р. Публічна служба в Україні: підручник. Одеса: Юрид. л-ра, 2009. 735 с.

7. Корнута Л.М. Дисциплінарна відповідальність державного службовця в Україні: автореф. дис. … канд. юрид. наук. Одеса, 2013. 21 с.

8. Про державну службу: Закон України від 10.12.2015 р. Дата оновлення 21.12.2016 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/889-19 (дата звернення: 17.05.2018).

9. Про затвердження Типових правил внутрішнього службового розпорядку: наказ НАДС від 03.03.2016 р. Дата оновлення 03.03.2016 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0457-16 (дата звернення: 17.03.2018 р.).

10. Про вдосконалення підготовки, спеціалізації та підвищення кваліфікації державних службовців: Постанова КМУ від 16.04.1998 р. Дата оновлення 26.05.2005 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/499-98-%D0%BF (дата звернення: 17.04.2018 р.)

11. Про затвердження Порядку прийому на навчання за освітньо-професійною програмою підготовки магістрів за спеціальністю «Державна служба» галузі знань «Державне управління» та працевлаштування випускників: Постанова КМУ від 29.07.2009 р. Дата оновлення 27.09.2016 р. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/main (дата звернення: 17.03.2018 р.).

12. Про затвердження Положення про систему підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації державних службовців і посадових осіб місцевого самоврядування: Постанова КМУ від 07.07.2010 р. Дата оновлення 27.09.2016 р. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/564-2010-%D0%BF (дата звернення: 17.03.2018 р.).

13. Про схвалення Стратегії підготовки та підвищення кваліфікації державних службовців і посадових осіб місцевого самоврядування і Плану заходів щодо її реалізації: проект постанови КМУ. URL: http://www.nads.gov.ua /page/proekt-rozporyadzhennya-kabinetu-ministriv-ukrayiny-pro-shvalennya-strategiyi-pidgotovky-ta (дата звернення: 17.03.2018 р.).

14. Питання присвоєння рангів державних службовців та співвідношення між рангами державних службовців і рангами посадових осіб місцевого самоврядування, військовими званнями, дипломатичними рангами та іншими спеціальними званнями: Постанова КМУ від 06.04.2016 р. Дата оновлення 06.04.2016 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/306-2016-%D0%BF (дата звернення: 17.03.2018 р.).

15. Конституція України. Із змінами, внесеними Законом України від 08.12.2004 р. № 2222-IV. Дата оновлення 30.09.3016 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 17.03.2018 р.).

16. Про свободу совісті та релігійні організації: Закон України від 23.04.1992 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua (дата звернення: 17.03.2018 р.).

17. Про громадські об'єднання: Закон України від 22.03.2012 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua (дата звернення: 17.03.2018 р.).

18. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. Дата оновлення 05.01.2017 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua (дата звернення: 17.03.2018 р.).

19. Про затвердження Порядку оформлення та направлення (вручення) вимоги про скасування рішень державних органів та їх посадових осіб з питань державної служби, які суперечать законодавству в частині реалізації громадянами права на державну службу, про усунення порушень прав державного службовця або про скасування результатів конкурсу на зайняття вакантної посади державної служби: наказ НАДС від 25.05.2016 р. Дата оновлення 25.05.2016 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0841-16 (дата звернення: 17.03.2018 р.).

20. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.2984 р. Дата оновлення 07.06.2018 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10 (дата звернення: 17.03.2018 р.).

21. Про затвердження Порядку ведення та зберігання особових справ державних службовців: наказ НАДС від 22.03.2016 р. Дата оновлення 22.03.2016 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0567-16 (дата звернення: 17.03.2018 р.).

22. Про затвердження Порядку проведення службового розслідування Національним агентством України з питань державної служби або його територіальними органами стосовно керівника державної служби в державному органі чи державного службовця вищого органу: Постанова КМУ від 24.06.2016 р. Дата оновлення 24.06.2016 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/393-2016-%D0%BF (дата звернення: 17.03.2018 р.).

ІНФОРМАЦІЯ ПРО АВТОРА

**Васильківська Вікторія Владиславівна** – аспірант кафедри адміністративного і фінансового права Національного університету «Одеська юридична академія»

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Vasilkivska Viktoriia Vladyslavivna** – Postgraduate Student at the department of administrative and financial law of National University "Odessa Law Academy"

УДК 343.2

# НОВЫЕ ТЕНДЕНЦИИ ЗАРУБЕЖНОГО ОПЫТА РЕГУЛЯЦИИ СФЕРЫ ПУБЛИЧНЫХ УСЛУГ И УГОЛОВНОЕ ПРАВО

**Роман НИКОЛЕНКО,**
аспирант кафедры уголовного права
Национального университета «Одесская юридическая академия»

**АННОТАЦИЯ**

Современная юриспруденция публичного права должна корректировать и пересматривать классические инструменты, чтобы соответствовать современной многоуровневой системе управления. Следовательно, существует необходимость в специальном наборе правил и принципов, которые могут применяться только в публичном праве, чтобы обеспечить более высокий уровень защиты граждан от правительственных злоупотреблений. Эта юрисдикция может быть довольно упрощенной в контексте чрезвычайно сложных и многогранных государственных структур и ограниченной способности диверсифицировать обязанности. Опыт иностранных государств в области регулирования ответственности за должностные преступления и преступления при предоставлении государственных услуг довольно разнообразен, часто противоречив и изменчив, но поучителен. Для квалификации этих преступлений концепция лица, предоставляющего государственные услуги, или должностного лица имеет первостепенное значение. То есть уголовные кодексы некоторых стран дают общее представление о злоупотреблении властью, а в уголовных кодексах других государств – только ряд специальных видов злоупотреблений. Теперь главная задача – локализовать эти противоправные явления, уменьшить их масштабы и сферы существования.

**Ключевые слова:** коррупционные преступления, должностные преступления, государственные службы, административные службы, злоупотребление полномочиями.

## RECENT TRENDS IN FOREIGN EXPERIENCE IN REGULATION OF PUBLIC SERVICES AND CRIMINAL LAW

**Roman NIKOLENKO,**
Postgraduate Student of the Department of Criminal Law
of the National University “Odessa Academy of Law”

**SUMMARY**

Modern jurisprudence of public law must correct and revise classical instruments in order to comply with the modern multi-level governance system. Hence, there is a need to have a special set of rules and principles that can be applied only in public law so as to ensure a higher level of protection of citizens from government abuses. This jurisdiction can be quite simplistic in the context of extremely complex and multi-faceted state structures and the limited capacity to diversify responsibilities. The experience of foreign states in the area of regulating responsibility for official crime and crimes in the provision of public services is quite diverse, often controversial and changing, but instructive. For the qualification of these crimes, the concept of a person providing public services or an official is of paramount importance. That is, the criminal codes of some countries provides a general view of abuse of authority, in the criminal codes of other states – only a number of special types of abuse. Now the main task is to localize these unlawful phenomena, reduce their scope and spheres of existence.

**Key words:** corruption crime, official crimes, public services, administrative services, abuse of powers.

**Постановка проблемы.** Цель «служения» государства интересам человека хоть и нашла прямое текстуальное воспроизведение в действующем законодательстве, но пока не стала господствующей как в сознании государственных служащих, так и в практической деятельности лиц, оказывающих публичные услуги. Это является сложной задачей, поскольку требует качественно нового подхода к сущности и функциональной ориентации исполнительной власти, введения ее новой идеологии. Сейчас в Украине происходят сложные реформаторские процессы, которые сопровождаются вопросами совершенствования и эффективности уголовного законодательства, что приобретает особое значение. Уголовно-правовое регулирование отношений органов публичной власти с гражданами и юридическими лицами является также одной из актуальных проблем украинского общества и юриспруденции [1]. Несмотря на незначительное количество регистрируемых преступлений в сфере профессиональной деятельности, связанной с предоставлением публичных услуг, а также с учетом большого количества изменений и дополнений, которые вносились в Уголовный кодекс Украины (далее – УК) [2], исследование нормативных предпосылок и методологии компаративного анализа ответственности за злоупотребления полномочиями лицами, предоставляющими публичные услуги, является актуальным.

**Целью и задачей статьи** является анализ новых тенденций зарубежного опыта регуляции сферы публичных услуг в соотношении с уголовным правом.

**Изложение основного материала.** Уголовно-правовая ответственность за злоупотребление профессиональной деятельностью, связанной с предоставлением публичных услуг, является относительно новой формой реализации уголовно-правовой политики Украины по противодействию коррупционным деликтам. В этом смысле под ней понимается система стратегических и тактических мер, обеспечивающих надлежащую разработку, своевременное внедрение и эффективную реализацию норм уголовного права, направленных на охрану общественных отношений от опасных посягательств, которые осуществляются в сфере профессиональной деятельности, связанной с

предоставлением публичных услуг, – ст. ст. 365-2, 368-4, ч. 2 ст. 358 УК Украины. К специальным видам преступлений в сфере служебной деятельности и профессиональной деятельности, связанной с предоставлением публичных услуг (в той части, в которой они совершаются соответствующими субъектами), могут быть отнесены такие деяния: уклонение от уплаты налогов, сборов (обязательных платежей) (ст. 212 УК Украины); нарушение требований законодательства об охране труда (ст. 271 УК Украины); незаконная выдача рецепта на право приобретения наркотических средств или психотропных веществ (ст. 319 УК Украины); заведомо незаконное задержание, привод, арест или содержание под стражей (ст. 371 УК Украины); привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности (ст. 372 УК Украины); неисполнение судебного решения (ч. 2 ст. 382 УК Украины); принуждение давать показания (ст. 373 УК Украины); некоторые воинские служебные преступления (ст. ст. 423–427 УК Украины). Вопрос о соотношении общих и специальных составов преступлений в сфере служебной деятельности и профессиональной деятельности, связанной с предоставлением публичных услуг, решается по правилам конкуренции общих и специальных норм: применению, как известно, подлежит специальная уголовно-правовая норма. Основные же вопросы сводятся к тому, нужна ли в современных условиях дифференциация уголовной ответственности за служебные правонарушения лиц, задействованных в публичной (в частности, государственной и самоуправляющейся) и непубличной управленческих сферах, что должно быть определено в качестве системообразующего элемента при дифференциации этих деликтов.

Понятно, что основным элементом выступают характеристики субъекта коррупционных преступлений [3]. Так или иначе, но именно такой подход к дифференциации уголовной ответственности за правонарушения, связанные с оказанием публичных услуг, в странах обычного и континентального права воплощен в уголовном законодательстве как стран ближнего зарубежья (например, Грузии, Казахстана, Киргизии, Латвии, Литвы, Таджикистана, Туркменистана), так и стран континентальной Западной Европы (например, Австрии, Голландии, Испании, Италии, Германии, Норвегии, Франции, Швейцарии) [4–6].

В свое время М.И. Мельник провел комплексное исследование и обосновал целесообразность употребления термина «коррупционное преступление». Он подчеркнул, что выделение коррупционных преступлений как особого вида преступлений представляется совершенно обоснованным. Раскрывая суть этого вопроса, М.И. Мельник отметил, что такие преступления объединяются в группу на основании общих и обязательных для всех них признаков: субъекта преступления, сферы совершения, особенностей признаков объективной и субъективной стороны состава, личных интересах или интересах третьих лиц [7]. История правовой мысли относительно характеристик служебных преступлений насчитывает большое количество взглядов, касающихся проблем юридической техники конструирования характеристик служебных преступлений (их высказывали такие ученые, как П.П. Андрушко, К.П. Задоя, В.П. Коваленко, Д.Г. Михайленко, А.Я. Светлов, Д.А. Сысоев, Т.И. Слуцкая, В.И. Тютюгин, И.И. Чугуников). Прежде всего мы видим это в характеристиках, качестве структурной и содержательной составляющих построения нормативно-правовых актов, регламентирующих ответственность за служебные преступления. Именно таким образом можно определить отдельные характеристики трансформации института противодействия коррупционным преступлениям в современном мире [8–11].

Ответственность за злоупотребление профессиональной деятельностью субъектов, не являющихся должностными лицами, выступает «дополнительной» нормой в перечне деяний, связанных с коррупционными отношениями. Именно злоупотребление при предоставлении профессиональных публичных услуг является конститутивным элементом объективной стороны диспозиции этой нормы. Однако известно, что в основу криминализации указанных деяний был положен именно субъектный элемент состава преступления (статусно-деятельностная характеристика). При этом сравнительный анализ показывает, что законодатель менял объем криминализации, исходя не из характеристик деятельности, а из характеристик социального статуса отдельных субъектов – исполнителей специфичных профессиональных функций (услуг).

Общепризнано, что уголовно-правовое противодействие злоупотреблению правом в сфере предоставления публичных услуг считается относительно нерешенной проблемой в мировом правовом пространстве [12–13]. Среди двух типичных путей решения последней должны назвать привлечение к ответственности за служебные злоупотребления или формирование специального запрета злоупотребления правом лиц, осуществляющих профессиональную деятельность, связанную с предоставлением публичных услуг [14].

Вместе с тем современный подход к характеристикам общественно опасной деятельности по оказанию публичных услуг и ответственности их субъектов связан с множеством факторов, согласно которым ортодоксальный подход, согласно которому административный акт является актом, производимым только административным органом, не является столь четко выраженным и удовлетворяющим тенденции правового регулирования [15]. Во-первых, все более распространенной является уступка приватным исполнителям важных компетенций, традиционно связанных с обеспечением безопасности (например, мониторинг службами безопасности в аэропортах, службами стюардов на футбольных стадионах и во время проведения спортивных состязаний, создание частных охранных компаний). Во-вторых, тенденции приватизации услуг корреспондирует тенденция выполнения функций государства субъектами публичного права в соответствии с частным правом (в сфере управления недвижимостью). В-третьих, во многих случаях государство добровольно отменяет привилегии и иммунитеты и заключает соглашения с частными концессионерами либо даже с субъектами публичного права, такими как муниципалитеты или организации социального обеспечения. Более того, развитие банковского и страхового права создало «серую зону» государственных услуг, непосредственно затрагивающих частные договорные связи только с косвенным элементом общественного интереса в рамках обеспечения финансовой безопасности вкладчиков.

Специалисты утверждают, что юриспруденция публичного права должна корректировать и пересматривать классические доктрины и инструменты с целью соответствия современной многоуровневой системе управления. Отсюда необходимость иметь особый набор правил и принципов, применимых исключительно в сфере публичного права, чтобы обеспечить более высокий уровень защиты граждан от злоупотреблений государства, которая может быть довольно упрощенной в контексте чрезвычайно сложных и многогранных государственных структур и ограниченных возможностей диверсификации ответственности. К тому же правовой плюрализм и глобальное публичное право снизили материальную юрисдикцию национальных административных органов и призвали к более согласованным решениям на международном либо наднациональном уровне [15].

**Выводы.** Опыт зарубежных государств в сфере регулирования ответственности за должностные преступле-

ния и преступления в сфере предоставления публичных услуг является весьма разнообразным, часто противоречивым и изменчивым, но поучительным. Для квалификации этих преступлений первостепенное значение имеет понятие лица, которое предоставляет публичные услуги, или должностного лица. То есть в уголовных кодексах одних стран предусмотрен общий вид злоупотребления полномочиями, а в уголовных кодексах других государств – только ряд специальных видов злоупотребления. Эти злоупотребления влияют на экономику и политику, право и идеологию не только малоразвитых стран, но и мировых лидеров. Сейчас и практики, и ученые сходятся во мнении о том, что абсолютное искоренение злоупотреблений в этой сфере, как и в служебной, пожалуй, невозможно. Сейчас главной задачей является локализация таких противоправных явлений, уменьшение их объема и сфер существования [16].

Это позволяет сделать вывод о необходимости уточнения понятийно-категориального аппарата, касающегося характеристик диверсификации субъектного состава злоупотребления полномочиями лицами, предоставляющими публичные услуги.

В соответствии с современной практикой формализации нормативных определений субъектами этого преступления целесообразно признавать только лиц, «непосредственно оказывающих публичные услуги», как это определено в наименовании ст. 365-2 УК Украины, а не «связанных с предоставлением таких услуг», о чем говорится в диспозиции ч. 1 ст. 365-2 УК Украины.

**Список использованной литературы:**

1. Стрельцов Є.Л. Деякі роздуми про правову сутність та соціальні завдання кримінального права. Право України. 2010. № 9. С. 102–109.
2. Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III / Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14.
3. Андрушко П.П. Поняття корупційного злочину, ознаки його складу. Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України: матер. міжнар. наук.-практ. конф. Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011. С. 16–29.
4. Жарая С.Б. Досвід надання адміністративних послуг у зарубіжних системах державного управління. Науковий вісник Академії муніципального управління. Серія «Управління». К., 2010. Вип. 1. С. 64–70.
5. Драган І.О. Організація надання публічних послуг населенню органами влади: зарубіжні практики. Державне управління: удосконалення та розвиток. 2014. № 4. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Duur_2014_4_3.
6. Дубич К.В. Великобританська та американська моделі надання соціальних послуг: євроінтеграційні орієнтири трансформації системи соціальних послуг в Україні. Інвестиції: практика та досвід. 2014. № 24. С. 161–165.
7. Мельник М.І. Корупція: сутність, поняття, заходи протидії: монографія. К.: Атіка, 2001. 304 с.
8. Михайленко Д.Г. Теоретичні аспекти трансформації інституту корупційних злочинів. Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць. О.: Юридична література, 2014. Вип. 74. С. 338–346.
9. Чугуніков І.І. Поняття злочинів у сфері службової діяльності: історія питання та сучасний стан проблеми. Актуальні проблеми політики. 2008. Вип. 33. С. 76–83.
10. Рябенко М.В. Кримінально-правова охорона професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. К., 2016. 20 с.
11. Шиндель Ю.І. Кримінально-правова характеристика зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Х., 2014. 19 с.
12. Ківалов С.В. Адміністративні послуги: поняття, види, процедурне регулювання. О.: Фенікс, 2015. 233 с.
13. Тюріна Н.М., Карвацка Н.С., Назарчук Т.В. Розвиток публічного управління: зарубіжний та вітчизняний досвід. Вісник Хмельницького національного університету. Серія «Економічні науки». 2018. № 3. Т. 1. С. 221–228.
14. Тютюгін В.І. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: загальна характеристика. Вісник Асоціації кримінального права України: електронне наукове видання. Х.: Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого; ВГО «Асоціація кримінального права», 2015. Вип. 1(4). С. 272–295.
15. European Legal Dialogs. URL: https://www.elgs.eu/2nd-european-legal-dialogues-in-wolfson-college-cambridge.
16. Tankebe J., Liebling A. Legitimacy and Criminal Justice. Oxford: Oxford University Press, 2013. 363 p.

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

**Николенко Роман Олегович** – аспирант кафедры уголовного права Национального университета «Одесская юридическая академия»

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

**Nikolenko Roman Olegovyc**h – Postgraduate Student of the Department of Criminal Law of the National University "Odessa Academy of Law"

# NOTIȚE