

**ЗАКАРПАТСЬКІ
ПРАВОВІ ЧИТАННЯ**

**TRANSCARPATHIAN
LEGAL READINGS**



МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
Ужгородський національний університет
Інститут законодавства Верховної Ради України
Національна школа суддів України
НДІ порівняльного публічного права та міжнародного права
Ліга студентів Асоціації правників України
Європейська асоціація студентів права
Союз юристів України

ЗАКАРПАТСЬКІ ПРАВОВІ ЧИТАННЯ

*Матеріали XI Міжнародної науково-практичної конференції
(11-13 квітня 2019 року, м. Ужгород)*

Том 2

Ужгород – 2019

MINISTRY OF EDUCATION AND SCIENCE OF UKRAINE
Uzhhorod National University
Legislation Institute of the Verkhovna Rada of Ukraine
National School of Judges of Ukraine
Institute for Comparative Public Law and International Law
Student League of Ukrainian Bar Association
European Law Students' Association
Union of Lawyers of Ukraine

TRANSCARPATHIAN LEGAL READINGS

*Materials of the XI-th International Scholarly Conference
(April 11-13, 2019, Uzhhorod)*

Chapter 2

Uzhhorod – 2019

Закарпатські правові читання. Матеріали XI Міжнародної науково-практичної конференції (11-31 квітня 2019 р., м. Ужгород) / Ужгородський національний університет; За заг. ред. О.Я. Рогача, Я.В. Лазура, М.В. Савчина. Ужгород: РІК-У, 2019. 402 с.

У науковому збірнику опубліковано матеріали XI Міжнародної науково-практичної конференції «Закарпатські правові читання», що відбулася 11-13 квітня 2019 р. на базі Ужгородського національного університету. Матеріали конференції містять матеріали доповідей, які присвячені окремим проблемам сучасної юриспруденції, зокрема, філософсько-правових цінностей та конституційної демократії, порівняльного правознавства та його місця серед юридичних наук, утвердження незалежності судів та впровадження судово-правової реформи, належного урядування та стандартів адміністративних процедур. Також у збірнику можна знайти доповіді, присвячені моделям втручання держави в економічні свободи та стану економічного (господарського) права, розвитку приватного права у контексті європейської інтеграції, сучасних тенденцій кримінального права у світлі гуманізації права, забезпечення справедливого правосуддя та виконання судових рішень.

Для наукових та науково-педагогічних працівників, докторантів, аспірантів, студентів правничого напрямку, юристів-практиків, усіх, хто цікавиться питаннями юриспруденції.

*Рекомендовано до друку Вченою радою юридичного факультету
Ужгородського національного університету
(протокол № 8 від 28 березня 2019 року)*

*Оргкомітет XI Міжнародної науково-практичної конференції
«Закарпатські правові читання» може не поділяти думку учасників.
Матеріали доповідей подано в авторській редакції.*

*Присвячується пам'яті
професора Хоми Михайловича Олексика*



Редакційна колегія:

Смоланка Володимир Іванович – ректор Ужгородського національного університету, доктор медичних наук, професор; **Копиленко Олександр Любимович** – директор Інституту законодавства Верховної Ради України, академік НАН України, доктор юридичних наук, професор; **Оніщук Микола Васильович** – Ректор Національної школи суддів України, доктор юридичних наук, Заслужений юрист України; **Рогач Олександр Янович** – проректор із науково-педагогічної роботи УжНУ, доктор юридичних наук, професор; **Фазикош Ганна Василівна** – голова Закарпатського апеляційного суду, кандидат юридичних наук; **Лазур Ярослав Володимирович** – декан юридичного факультету УжНУ, доктор юридичних наук, професор; **Савчин Михайло Васильович** – директор НДІ порівняльного публічного права та міжнародного права УжНУ, доктор юридичних наук, професор; **Білаш Олександр Володимирович** – заступник декана юридичного факультету УжНУ, кандидат юридичних наук, доцент; **Бисага Юрій Михайлович** – завідувач кафедри конституційного права та порівняльного правознавства УжНУ, доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України; **Бєлов Дмитро Миколайович** – професор кафедри конституційного права та порівняльного правознавства УжНУ, доктор юридичних наук, професор; **Булеца Сібілла Богданівна** – завідувач кафедри цивільного права та процесу УжНУ, доктор юридичних наук, професор; **Галас Володимир Іванович** – завідувач кафедри теорії та історії держави і права УжНУ, кандидат юридичних наук, доцент; **Динис Георгій Георгійович** – завідувач кафедри міжнародного права УжНУ, кандидат юридичних наук, доцент; **Карабін Тетяна Олександрівна** – завідувач кафедри адміністративного, фінансового та інформаційного права УжНУ, доктор юридичних наук, доцент; **Андрушко А.В.** – доцент кафедри кримінального права та процесу, кандидат юридичних наук, доцент; **Менджул Марія Василівна** – доцент кафедри цивільного права та процесу УжНУ, кандидат юридичних наук, доцент; **Рошканюк Вадим Михайлович** – завідувач кафедри господарського права УжНУ, кандидат юридичних наук, доцент; **Сливка Олександр Олександрович** – заступник декана юридичного факультету УжНУ, кандидат юридичних наук; **Ступник Ярослав Валерійович** – завідувач кафедри кримінального права та процесу УжНУ, кандидат юридичних наук, доцент; **Черевко Павло Павлович** – заступник декана юридичного факультету УжНУ, кандидат юридичних наук, доцент; **Фрідманський Роман Михайлович** – заступник декана юридичного факультету УжНУ, кандидат юридичних наук, доцент; **Луцький Володимир Ярославович** – голова Студентської ради юридичного факультету УжНУ.

ЗМІСТ

V. МОДЕЛІ ВТРУЧАННЯ ДЕРЖАВИ В ЕКОНОМІЧНІ СВОБОДИ ТА ЕКОНОМІЧНЕ (ГОСПОДАРСЬКЕ) ПРАВО	14
<i>Blažo Ondrej, Institute of European Law, Comenius University in Bratislava LEGAL CHARACTER OF ACTS OF THE ASSOCIATION AND JOINT BODIES UNDER INTERNATIONAL AGREEMENTS OF THE EUROPEAN UNION.....</i>	<i>14</i>
<i>Вашкович Вікторія ВалеріївнаЮ, кандидат юридичних наук, ст. викладач кафедри господарського права, УжНУ</i>	
<i>Манзюк Василь Васильович, кандидат юридичних наук, доцент кафедри господарського права, УжНУ</i>	
КОНЦЕСІЯ ТА ЛІЦЕНЗІЯ: СПІВВІДНОШЕННЯ ПРАВОВИХ РЕЖИМІВ	25
<i>Гузь Аліна Володимирівна, кандидат юридичних наук, доцентка кафедри господарського права, УжНУ</i>	
ДО ПИТАННЯ УЧАСТІ ОБ'ЄДНАНИХ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАД В МАЙНОВИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ.....	29
<i>Дацюк Віталій Богданович, кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права та процесу, УжНУ, юрист ІТ-Корпорації «ТРАНСОФТГРУПА»</i>	
ТЕНДЕНЦІЇ ПРАВОВОГО СУПРОВОДУ ІТ-БІЗНЕСУ В УКРАЇНІ В КОНТЕКСТІ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ	36
<i>Кравченко Тетяна Сергіївна, аспірантка кафедри цивільного права та процесу Донецького національного університету імені Василя Стуса</i>	
МЕТОДИ ОЦІНКИ ДІЛОВОЇ РЕПУТАЦІЇ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ	43
<i>Логойда Володимир Михайлович, аспірант, кафедра цивільного права та процесу, УжНУ</i>	
ПРАВОВИЙ СТАТУС КРИПТОВАЛЮТИ У КРАЇНАХ ЄС.....	50
<i>Новосельська Ірина Василівна, кандидат юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри цивільного права, Державний університет інфраструктури та технологій</i>	
ДО ПИТАННЯ АДАПТАЦІЇ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ДО СТАНДАРТІВ ЄС	59

Перемот Сергій, *здобувач, відділ міжнародного права, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, LL.M.*

ДОБРОВІЛЬНИЙ ІНТЕРДИКТ: НАСКІЛЬКИ МОДЕЛЬ ПРИВАТНОГО ЗАСТОСУВАННЯ КОНКУРЕНТНОГО ПРАВА, ЩО ІСНУЄ В НАЦІОНАЛЬНІЙ ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ, ЕФЕКТИВНА? 63

Піфко Олександр Олександрович, *кандидат юридичних наук, доцент кафедри адміністративного, фінансового та інформаційного права, УжНУ*
 КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА НА ОБ'ЄДНАННЯ У ПРОФСПІЛКИ У ДРУГІЙ ПОЛЬСЬКІЙ РЕСПУБЛІЦІ (1918–1939 РР.) 72

Поєдинок Валерія Вікторівна, *доктор юридичних наук, професор, професор кафедри господарського права, Київський національний університет імені Тараса Шевченка*
 ЧИ Є СКВІЗ-АУТ ЕКСПРОПІАЦІЄЮ МАЙНА: ПРАКТИКА ЄСПЛ 75

Федоров Г.О., *викладач кафедри економіки та фінансів, Харківський національний університет внутрішніх справ*
 ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ ІНВЕСТИЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНІ 80

Репарюк Володимир Іванович, *студент, юридичний факультет, УжНУ (наук. кер.: викл. Логойда В.М.)*
 КРИПТОВАЛЮТА В УКРАЇНІ: ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ 83

VI. РОЗВИТОК ПРИВАТНОГО ПРАВА УКРАЇНИ В КОНТЕКСТІ ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ 86

Piotr Zakrzewski, *Hab. PhD, University Professor, Chair of the II Department of Civil Law of the John Paul II Catholic University of Lublin*
 ZMIANA INSTYTUCJI PRZEDAWNIEŃ ROSZCZEŃ W PRAWIE POLSKIM Z 2018 R 86

Байрачна М.О., *аспірантка, кафедра цивільного права № 2, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого*
 ТЕОРЕТИЧНИЙ ПІДХІД ДО ВИЗНАЧЕННЯ МАЙНОВИХ ПРАВ ТА ОБОВ'ЯЗКІВ ПОДРУЖЖЯ 93

Булеца Сібілла Богданівна, *доктор юридичних наук, професорка, зав. кафедри цивільного права та процесу, УжНУ*
 ІСТОРІЯ РОЗВИТКУ ТЕЛЕМЕДИЦИНИ ТА ЙОГО ВИЗНАЧЕННЯ 96

Данюк Леся Василівна, *кандидат юридичних наук, доцентка кафедри цивільного права та процесу, УжНУ*
 ОКРЕМІ АСПЕКТИ УКЛАДАННЯ ШЛЮБНИХ ДОГОВОРІВ 100

Крижна Валентина Миколаївна, *кандидат юридичних наук, доцентка кафедри цивільного права № 2, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого*
 МЕЖІ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА НА ТОРГОВУ МАРКУ 103

Лукаsevич-Крутник Ірина Степанівна, кандидат юридичних наук, доцентка кафедри цивільного права і процесу, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України МЕХАНІЗМ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ПАСАЖИРА ВІДМОВИТИСЯ ВІД ПОЇЗДКИ В КОНТЕКСТІ В КОНТЕКСТІ ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ	112
Менджул Марія Василівна, кандидат юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри цивільного права та процесу, УжНУ СІМЕЙНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ ТА ПРИНЦИПИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СІМЕЙНОГО ПРАВА: ПИТАННЯ ВІДПОВІДНОСТІ	117
Надьон Вікторія Валентинівна, доктор юридичних наук, доцентка, кафедра цивільного права № 2, Національний юридичний університет ім. Я. Мудрого ДЕЯКІ АСПЕКТИ ВИНИКНЕННЯ, ЗМІНИ, ПРИПИНЕННЯ, ПРИЗУПИНЕННЯ ТА ПОНОВЛЕННЯ СУБ'ЄКТИВНОГО ЦИВІЛЬНОГО ОBOB'ЯЗКУ	122
Писаренко Марина Олександрівна, аспірантка, кафедра цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія» ДО ПИТАННЯ ПРО УКЛАДЕННЯ, ЗМІНА ТА РОЗІРВАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ	126
Піддубна В.Ф., кандидат юридичних наук, доцент, викладач кафедри цивільного права № 2, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого ЩОДО ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА	130
Ревуцька Ірина Емільівна, кандидат юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри цивільного права та процесу, УжНУ СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ДІТЕЙ В УКРАЇНІ	135
Свадебна Наталія Іванівна, аспірантка, кафедра цивільного права та процесу, УжНУ ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА ОСОБИСТОГО ЖИТТЯ	140
Харитонов Євген Олегович, доктор юридичних наук, професор, зав. кафедри цивільного права, Національний університет «Одеська юридична академія» Харитонova Олена Іванівна, доктор юридичних наук, професор, зав. кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права, Національний університет «Одеська юридична академія» ПРИВАТНЕ ПРАВО В УКРАЇНІ: КОНЦЕПТ, ТРАДИЦІЯ, КОНЦЕПЦІЯ В УМОВАХ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ	143
Чепис Олеся Іванівна, кандидат юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри цивільного права та процесу, УжНУ ПРАВОВА ОХОРОНА ДОМЕНІВ У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ	152
Алексій Руслана Василівна, аспірантка кафедри цивільного права та процесу, УжНУ ПРИНЦИП СВОБОДИ ДОГОВОРУ ТА ЗЛОВЖИВАННЯ НЕЮ: ДОСВІД УКРАЇНИ ТА ЄС	156

Гавриляк Діана, <i>студентка, юридичний факультет, УжНУ</i> ПУБЛІЧНА ОБІЦЯНКА ВИНАГОРОДИ З ОГолошення КОНКУРСУ	163
Гошовський Євгеній Михайлович, <i>студент, Природничо-гуманітарний коледж, УжНУ</i> ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПИТАНЬ ВАКЦИНАЦІЇ В УКРАЇНІ ТА ІНШИХ КРАЇНАХ СВІТУ.....	167
Закаблук Максим Олександрович, <i>студент, Таращанський державний технічний та економіко-правовий коледж</i> РЕПРОДУКТИВНІ ТЕХНОЛОГІЇ В УКРАЇНІ: НАПРЯМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА УНИКНЕННЯ РИЗИКІВ	174
Івженко Діана Андріївна, <i>студентка, Київський національний університет ім. Тараса Шевченка</i> РОЗВИТОК ПРАВА АЛЬТЕРНАТИВНОЇ ЕНЕРГЕТИКИ В КОНТЕКСТІ ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНИЙ ПРОЦЕСІВ: ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ ЄВРОПЕЙСЬКИХ НОРМ В НАЦІОНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ	181
Станкович Олександра Федорівна, <i>студентка, юридичний факультет, УжНУ</i> ШЛЮБ ЗА ДОБУ: УМОВИ ТА ПОРЯДОК РЕЄСТРАЦІЇ.....	185
Сабовчик Антоніна Іванівна, <i>кандидат юридичних наук, доцентка кафедри цивільного права та процесу, УжНУ</i> ЕКОЛОГІЧНІ ПОДАТКИ ІЗ ЗАБРУДНЮЮЧОЇ ПРОДУКЦІЇ В ДЕРЖАВАХ-ЧЛЕНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ.....	189
Федик Є.І., <i>кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедрою цивільного права та процесу Львівського торговельно-економічного університету</i> НОРМАТИВНЕ САМОРЕГУЛЮВАННЯ У ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ (У КОНТЕКСТІ ДОГОВІРНОЇ ДИСЦИПЛІНИ ТА ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ)	192
Федик О. В., <i>к.е.н. ст. викладач Львівський національний аграрний університет</i> ЕКОНОМІКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДЕРЖАВНОЇ ПІДТРИМКИ ГОСПОДАРСТВ НАСЕЛЕННЯ	197
Федик Сергій Євгенович, <i>доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Львівського державного університету внутрішніх справ кандидат юридичних наук, доцент</i> ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ПРАВозАСТОСОВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ.....	199
VII. СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА ГУМАНІТАРНИЙ ВИМІР ПРАВА.....	202
Андрушко Андрій Васильович, <i>кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального права і процесу, УжНУ</i> ЩОДО КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НАСИЛЬНИЦЬКЕ ЗНИКНЕННЯ	202

Бурдін Володимир Миколайович, <i>доктор юридичних наук, професор, Львівський національний університет імені Івана Франка</i> ФЕНОМЕН КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД НЕЇ.....	210
Косаняк Світлана Степанівна, <i>аспірант кафедри кримінального права та процесу, Львівський торговельно-економічний університет</i> КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ОКРЕМІ КОРУПЦІЙНІ ЗЛОЧИНИ: СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ.....	215
Нестерова Ірина Анатоліївна, <i>кандидат юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри кримінального права та процесу, УжНУ</i> МІСЦЕ КРИМІНОЛОГІЧНОГО ПРОФАЙЛІНГУ В ПРОЦЕСІ ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИННОСТІ.....	219
Сливко О.Я., <i>ст. викладач, кафедра історії та теорії держави і права, Брестський державний університет ім. А.С. Пушкіна, Республіка Білорусь</i> ШТРАФ ЯК ОСНОВНИЙ ВИД АДМІНІСТРАТИВНОГО СТЯГНЕННЯ В РЕСПУБЛІЦІ БІЛОРУСЬ ТА УКРАЇНІ	224
Ступник Ярослав Валерійович, <i>кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри кримінального права, УжНУ</i> ЗАКОНОДАВЧІ МЕХАНІЗМИ ПРОТИДІЇ НАРКОЗЛОЧИННОСТІ В УКРАЇНІ..	228
Федотова Ганна Валеріївна, <i>доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, начальник науково-організаційного відділу, Державний науково-дослідний інститут МВС України</i> СПРОЩЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ОКРЕМИХ КАТЕГОРІЙ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ.....	233
Антоник Д. М., <i>студентка, юридичний факультет, УжНУ</i> ФЕНОМЕН СЕРІЙНИХ УБИВСТВ	239
Гальчишак Марія Володимирівна, <i>студентка, юридичний факультет, УжНУ</i> ОСОБЛИВОСТІ РЕЛЕВАНТНОЇ ЛІКАРСЬКОЇ ПОМИЛКИ В КОНТЕКСТІ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА СТАТТЕЮ 140 КК УКРАЇНИ	247
Завзята Анна Віталіївна, <i>студентка, Таращанський державний технічний та економіко-правовий коледж</i> КРИМІНОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ ЗЛОЧИНІВ, ВЧИНЕНИХ НА РЕЛІГІЙНОМУ ГРУНТІ	254
Комаренко Галина Русланівна, <i>студентка, Таращанський державний технічний та економіко-правовий коледж</i> КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ВИКОРИСТАННЯ МАЛОЛІТНЬОЇ ДИТИНИ ДЛЯ ЗАНЯТТЯ ЖЕБРАЦТВОМ: УКРАЇНА І ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД	259

Лихвенко Даніель Олександрівна, студентка, Таращанський державний технічний та економіко-правовий коледж ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗА НАРУГУ НАД ДЕРЖАВНИМИ СИМВОЛАМИ	265
Матій Юлія Едуардівна, студентка, юридичний факультет, УжНУ СПІВВІДНОШЕННЯ СТАНУ СИЛЬНОГО ДУШЕВНОГО ХВИЛЮВАННЯ ТА ОБМЕЖЕНОЇ ОСУДНОСТІ	272
Понзель Ірина Василівна, студентка, юридичний факультет, УжНУ ЗЛОЧИННІСТЬ У МІСЦЯХ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ.....	277
Телеп Юлія Василівна, студентка, юридичний факультет, УжНУ ОСОБА ПОДАТКОВОГО ЗЛОЧИНЦЯ: КРИМІНОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ	283
VIII. ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД ТА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ	288
Биркович Олександр Іванович, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теорії та історії держави і права, УжНУ СУДОУСТРІЙ ТА СУДОЧИНСТВО В УКРАЇНІ (ІХ-Х СТ.).....	288
Добкіна Катерина Робертівна, кандидат юридичних наук, доцент, декан юридичного факультету, Державний університет інфраструктури та технологій АЛЬТЕРНАТИВНЕ ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРІВ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД.....	296
Іванцова Альона Вікторівна, кандидат юридичних наук, доцентка, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ РІЗНИХ КРАЇН ЩОДО ЛІКАРСЬКОЇ ПОМИЛКИ ТА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕЇ В УКРАЇНІ.....	301
Краснопольська Людмила Петрівна, суддя, Новоархангельський районний суд в Кіровоградській області КОМПРОМІС В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ.....	307
Мацола Антоніна, кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права та процесу, УжНУ ПЕРВИННИЙ ДОПИТ СВІДКІВ (ОЧЕВИДЦІВ) ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ ПЕРЕШКОДЖАННЯ ЗАКОННИЙ ПРОФЕСІЙНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ЖУРНАЛІСТІВ.....	312
Оніщук Микола Васильович, д.ю.н., ректор НШСУ ПРОЗОРИСТЬ РІШЕНЬ КОЛЕГІАЛЬНИХ СУБ'ЄКТІВ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ: ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНИЙ АСПЕКТ.....	317
Панкратова Вікторія Олегівна, кандидат юридичних наук, доцент кафедри юридичних дисциплін, Сумська філія Харківського національного університету внутрішніх справ ВИКОНАННЯ СУДОВОГО РІШЕННЯ ЯК ЕЛЕМЕНТ ПРАВОВОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ В КОНТЕКСТІ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ	328

Смірнова Вікторія Володимирівна, кандидат юридичних наук, суддя, <i>Донецький апеляційний суд</i>	
Тетерятник Г.К., кандидат юридичних наук, зав. кафедри кримінального процесу Одеського державного університету внутрішніх справ	
ДОСТУП ДО ПРАВОСУДДЯ В СПРАВАХ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ.....	335
Брезіна Тетяна Миколаївна, аспірантка, кафедра конституційного права та порівняльного правознавства, УжНУ	
ЗАСОБИ СУДОВОГО ЗАХИСТУ ПОРУШЕНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ: ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ТА ЗАСТОСУВАННЯ	343
Потапенко Андрій Вікторович, суддя, Ржищевський міський суд Київської обл.	
ЕФЕКТИВНИЙ ЗАСІБ ЮРИДИЧНОГО ЗАХИСТУ: ЦИВІЛЬНИЙ АСПЕКТ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ.....	350
Тиханський Олександр Богданович, суддя, Обухівський районний суд Київської обл.	
СПІЛЬНІ І ЗАКРИТІ НАРАДИ ЯК ФОРМА ПРОВЕДЕННЯ РЕГУЛЮВАННЯ СПОРУ ЗА УЧАСТЮ СУДДІ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ.....	360
Фулей Тетяна Іванівна, кандидат юридичних наук, начальник відділу, <i>Національна школа суддів України</i>	
ПОМИЛКА ДЕРЖАВНОГО ОРГАНУ ЧИ ВІДСУТНІСТЬ МЕХАНІЗМУ: ЗАСТОСУВАННЯ ПРАКТИКИ ЄСПЛ У СПРАВІ ПРО ОДИН ВІДСОТОК	365
Щербанюк Оксана Василівна, доктор юридичних наук, доцентка, завідувач кафедри процесуального права, Чернівецький національний університет <i>ім. Юрія Федьковича</i>	
ПРЕЗУМПЦІЯ НЕВИНУВАТОСТІ ОСОБИ В СИСТЕМІ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРЕЗУМПЦІЙ	375
Бзова Л.Г., аспірантка, асистент кафедри процесуального права, <i>Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича</i>	
ОБҐРУНТОВАНІСТЬ УХВАЛЕНИХ РІШЕНЬ І ВИСНОВКІВ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ	379
Гартавер Габрієлла, студентка, юридичний факультет, УжНУ	
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ В УКРАЇНІ	382
Стойка А.В., студентка, юридичний факультет, УжНУ	
Заборовський В.В., доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри цивільного права та процесу, УжНУ	
ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПОЛОЖЕНЬ ПРО ВИДАЧУ ТА ПРОДОВЖЕННЯ ОБМЕЖУВАЛЬНОГО ПРИПИСУ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ	388
Заяць Романна Іванівна, студентка, Природничо-гуманітарний коледж, УжНУ	
ДОСУДОВА МЕДІАЦІЯ ЯК АЛЬТЕРНАТИВНА ФОРМА ВИРІШЕННЯ ЦИВІЛЬНИХ СПОРІВ.....	394

V.
МОДЕЛІ ВТРУЧАННЯ
ДЕРЖАВИ В ЕКОНОМІЧНІ СВОБОДИ
ТА ЕКОНОМІЧНЕ (ГОСПОДАРСЬКЕ)
ПРАВО

LEGAL CHARACTER OF ACTS OF THE ASSOCIATION
AND JOINT BODIES UNDER INTERNATIONAL
AGREEMENTS OF THE EUROPEAN UNION ¹

Introduction

Association agreements, as well as deep and comprehensive economic agreements concluded by the European Union contain a lot of common features. Particularly, they share similar institutional framework for the implementation of these treaties, although these bodies bear different names: association council, council with the name of the particular treaty, joint committee, etc. Powers of these bodies usually contain supervisory, monitoring and conciliatory functions, as well as revise or renew certain provisions of the treaties themselves. This paper will analyse acts of these bodies from the point of view the EU law, particularly their effects and position in the system of the EU law, powers of the Court of Justice of the European Union (CJ EU) to interpret or review them and effects of annulment decision of the CJ EU.

From the institutional and comparative point of view, particularly following bodies will serve as examples: the Council of Association (hereinafter also “EC-Turkey Association Council” under Agreement establishing an Association between the European Economic Community and Turkey signed at Ankara, 12 September 1963 (hereinafter also „Ankara Agreement“)², as the oldest association agreement still in force, Association Council (hereinafter also “EU-Ukraine Association Council”) under Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine,

¹ **Blažo Ondrej**. Institute of European Law, Comenius University in Bratislava

² English version: OJ L 361, 31.12.1977, p.29.

of the other part (hereinafter also “EU-UA AA”)¹, as a modern counterpart of a version of the association council, the EEA Council and the EEA Joint Committee under Agreement on the European Economic Area (hereinafter also “EEA Agreement”)², and finally the CETA Joint Committee under Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part³. These bodies together will be labelled in further text as association councils and joint committees or in general, “association bodies”.

Statutory definitions and powers of association councils and joint committees

The EC-Turkey Association Council under Ankara Agreement serves as an oldest example of institutional framework for EU (then time European Communities) external actions establishing close cooperation with the third countries. This framework was maintained in all later association agreements, notwithstanding if the association was established due to prospective membership in the EC/EU or not. Similar approach was then introduced in association process *sui generis* within the EEA that represents the most comprehensive form of association between the EU and non-EU states, as well as trade agreements (e.g. CETA).

The powers of the EC-Turkey Association Council include (1) adoption of decisions in order to attain objectives of the Ankara Agreement⁴, (2) periodical review of the functioning of the association in the light of Ankara Agreement⁵, (3) political meeting point⁶ and (4) dispute-resolution body⁷. The EC-Turkey Association Council can also set its own rules of procedures and establish committees.⁸

The decision-making powers of the EC-Turkey Association Council can be split into two basic groups. The first one contain powers of the council to adjust or implement provisions of Ankara Agreement within the framework and the scope of the agreement (e.g. setting deadlines, adjustment of schedules or technical details of annexes). The second group is much more important because it introduces genuine quasi-legislative power of the association council in areas where no further details or guidelines are provided by Ankara

¹ OJ L 161, 29.5.2014, p. 3.

² OJ L 1, 3.1.1994, p. 3.

³ OJ L 11, 14.1.2017, p. 23.

⁴ Art. 22(1) of Ankara Agreement.

⁵ Art. 22(2) of Ankara Agreement.

⁶ Art. 8 of Ankara Agreement.

⁷ Art. 25 of Ankara Agreement.

⁸ Art. 24 of Ankara Agreement.

Agreement. In this context decision covering free movement of workers can serve as a good example for such decision. Under Art. 12 of Ankara Treaty “The Contracting Parties agree to be guided by Articles 48, 49 and 50 of the Treaty establishing the Community for the purpose of progressively securing freedom of movement for workers between them.” In order to implement Art. 12 of Ankara Treaty the Additional Protocol¹ empowered the EC-Turkey Association Council to decide on the rules necessary to secure free movement of workers between EC and Turkey² as well as adopt social security measures for worker of Turkish nationality moving within the EC³.

From the institutional point of view, the EC-Turkey Association Council (consisting of members of the governments of the EU Member States, the Council of the EU and members of the European Commission on the one hand and members of the Turkish government of the other side) shall act unanimously. Dealing with disputes, it may either settle the dispute itself or, either submit the dispute to the CJ EU or any existing court⁴.

Although the EU-UA AA followed association-council model from the previous eras, the institutional framework is multi-levelled. The highest level of political dialogue is represented by the Summit⁵ that provide overall political guidance for implementation of the EU-UA AA. The EU-Ukraine Association Council (at ministerial level) is the focal point for implementation of the EU-UA AA, assisted by the Association Committee (at senior civil servant level) and the Parliamentary Association Committee and the Civil Society Platform. The EU-Ukraine Association is the only decision-making body in the structure of the institutional framework of the EU-UA AA⁶ and the Association Committee can adopt decision only within the precise scope of the EU-UA AA⁷ and the delegation done by the EU-Ukraine Association Council⁸.

The EU-Ukraine Association Council may adopt several kinds of decisions: (1) on implementation of specific provisions of the agreement⁹, (2) on

¹ Signed at Brussels, 23 November 1970.

² Art. 36 of the Additional Protocol to Ankara Agreement.

³ Art. 39 of the Additional Protocol to Ankara Agreement.

⁴ Art. 25 of Ankara Agreement.

⁵ Art. 460(1) EU-UA AA.

⁶ Art. 463(1) EU-UA AA.

⁷ Art. 29(4), 44(15), 96, 106(3), 145(3), 147(3), 149(3), 153, 154, 222(3), 326, 327(3) and 331(6) EU-UA AA.

⁸ Art. 465(2)and(3) EU-UA AA.

⁹ E.g. Art. 18 EU-UA AA.

organisational and procedural issues¹, (3) on delegation of powers², (4) on extended institutional arrangement of the association³, (e) on dispute resolution⁴, and particularly (f) on amendments and supplements to the agreement itself⁵. Despite these strong powers the EU-Ukraine Association Council is not genuine supranational body⁶ since notwithstanding its composition (members of the Council of the European Union and members of the European Commission, on the one hand, and of members of the Government of Ukraine, on the other⁷) the decisions must be adopted “by agreement between the Parties, following completion of the respective internal procedures”⁸.

The EEA Agreement established two major implementation bodies for the implementation of the EEA Agreement: the EEA Council and EEA Joint Committee⁹, accompanied by the EEA Joint Parliamentary Committee and EEA Consultative Committee. These bodies cannot be confused by decision-making bodies established to overlook implementation of the EEA Agreement by and within EEA non-EU states, i.e. EFTA Court of Justice and EFTA Surveillance Authority. The EEA Council was established as a supreme political body “giving the political impetus in the implementation of this Agreement and laying down the general guidelines for the EEA Joint Committee”¹⁰ and giving merely “political decisions”¹¹. In the EEA implementation structure of association, the EEA Joint Committee is an EEA counterpart to association councils established by EU association agreements. The EEA Joint Committee ensures the effective implementation and operation by exchanges of views and information and decisions in the cases provided for in the EEA Agreement¹², as well as consultation between parties¹³. Similarly to association councils, the EEA Joint Committee have

¹ Art. 462(2) EU-UA AA.

² Art. 465(2) EU-UA AA.

³ Art. 466(2) EU-UA AA.

⁴ Art. 477(4) EU-UA AA.

⁵ Art. 463(2) and (3) EU-UA AA

⁶ E.g. TYUSHKA, Andriy, Empowered to Deliver: The Institutional Model and Implementation Arrangements Under the EU-Ukraine Association Agreement. Romanian Journal of European Affairs, Vol. 15, No. 1, March 2015. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2576130>.

⁷ Art. 462(1) EU-UA AA.

⁸ Art. 463(1) EU-UA AA.

⁹ Art. 89-92 EEA Agreement.

¹⁰ Art. 89(1) EEA Agreement.

¹¹ Art. 89(2) EEA Agreement.

¹² Art. 91(1) EEA Agreement.

¹³ Art. 91(2) EEA Agreement.

power to decide on adjustment of the agreement framework, including changes of the EEA Agreements and its protocols and annexes¹. The EEA Joint Committee may “take decisions by agreement between the Community, on the one hand, and the EFTA States speaking with one voice, on the other”.² The majority of decisions of the EEA Joint Committee represent “follow-up” decisions after changes of the EU legislation relevant for the EEA.³ This adaptation of the EU legal order into EEA framework is not automatic and is subject to decision of the EEA Joint Committee. Furthermore, decision of the EEA Joint Committee can be subject to fulfilment of constitutional requirements by respective parties if the party claims such requirement⁴, thus parties of the EEA Agreement have not conferred legislative powers to the EEA Joint Committee. Similarly to association councils, the EEA Joint Committee is empowered to interpret EEA Agreements as well as settle disputes on interpretation or application of the EEA Agreement⁵.

Comparing to association agreements as well as EEA Agreement, the CETA Joint Committee does not require representation of EU Member States on ministerial level and comprises by the representative of the EU and Canada. The CETA Joint Committee is responsible for implementation of the CETA⁶,

¹ E.g. Art. 61(3)g), 83, 86,98, 101(2) EEA Agreement.

² Art. 93(2) EEA Agreement.

³ Art. 102 EEA Agreement.

⁴ Art. 103 EEA Agreement.

⁵ Art. 111 EEA Agreement.

⁶ Under Art. 26.1(4) and (5) CETA :

“The CETA Joint Committee shall:

(a) supervise and facilitate the implementation and application of this Agreement and further its general aims;

(b) supervise the work of all specialised committees and other bodies established under this Agreement;

(c) without prejudice to Chapters Eight (Investment), Twenty-Two (Trade and Sustainable Development), Twenty-Three (Trade and Labour), Twenty-Four (Trade and Environment), and Twenty-Nine (Dispute Settlement), seek appropriate ways and methods of preventing problems that might arise in areas covered by this Agreement, or of resolving disputes that may arise regarding the interpretation or application of this Agreement;

(d) adopt its own rules of procedure;

(e) make decisions as set out in Article 26.3; and

(f) consider any matter of interest relating to an area covered by this Agreement.”

“The CETA Joint Committee may:

(a) delegate responsibilities to the specialised committees established pursuant to Article 26.2;

interpret CETA¹, amend protocols and annexes to CETA², appoint members of the arbitration tribunal and the appellate tribunal³ or other dispute-settlement bodies⁴. Again, CETA Joint Committee is not a supranational body and its decisions, adopted by mutual consent, are subject “to the completion of any necessary internal requirements and procedures”⁵.

The general scheme for implementation bodies is obvious: (1) the body is and intergovernmental or high-level board in which each party act as with one voice irrespective of number of members, since the adoption of the decision can be reached only in case of mutual agreement of the parties; (2) decisions are binding and can also amend the respective agreement itself or establish brand new rules necessary for implementation of the agreement; (3) decision of the body does not acquire supranational character since it may require approval due to internal procedures of a party.

Decision of association body as an integral part of EU legal order

Question of the character of decision of association bodies within the system of EU law can have crucial effect on rights and duties not only of the EU institution and Member States (pure international-law level), however of the rights and duties of nationals of EU Member States and nationals of associated country. Once the decision of association body is truly integral part of EU legal order, all features and characteristic of EU law may be applicable, e.g. direct effect, indirect effect, supremacy or precedence or

(b) communicate with all interested parties including private sector and civil society organisations;

(c) consider or agree on amendments as provided in this Agreement;

(d) study the development of trade between the Parties and consider ways to further enhance trade relations between the Parties;

(e) adopt interpretations of the provisions of this Agreement, which shall be binding on tribunals established under Section F of Chapter Eight (Resolution of investment disputes between investors and states) and Chapter Twenty-Nine (Dispute Settlement);

(f) make recommendations suitable for promoting the expansion of trade and investment as envisaged in this Agreement;

(g) change or undertake the tasks assigned to specialised committees established pursuant to Article 26.2 or dissolve any of these specialised committees;

(h) establish specialised committees and bilateral dialogues in order to assist it in the performance of its tasks; and

(i) take such other action in the exercise of its functions as decided by the Parties.”

¹ E.g. Art. 8.31 CETA

² Art. 30.2(2) CETA.

³ Art. 8.27 CETA.

⁴ E.g. Art. 13.20 CETA.

⁵ Art. 26.3(1) CETA, similarly Art. 30.2.(2) CETA).

right for damages. The trace of assessment of the decisions of association bodies is quite long.

In Haegmann case¹ the Court had no doubt that international agreement adopted by the Council is an integral part of the then-time EEC legal order from the coming into force². This finding of the Court allowed it to interpret international agreement within the terms of preliminary ruling procedure. Since then, the international agreement can have the same legal quality and powers as EU law itself, including direct effect. The Court of Justice had no doubt regarding this question in Demirel case³: “A provision in an agreement concluded by the Community with non-member countries must be regarded as being directly applicable when, regard being had to its wording and the purpose and nature of the agreement itself, the provision contains a clear and precise obligation which is not subject, in its implementation or effects, to the adoption of any subsequent measure.”⁴ However, in Demirel the Court found not such effect in the pure wording of Art. 12 of Ankara Agreement together with Art. 36 of Additional Protocol due to lack of required criteria for direct effect of the EU law. The requirement of implementation of those provisions by the EC-Turkey Association Council was one of the reasons for denial of their direct effect.

In Greece/Commission⁵ case the Court of Justice furthermore confirmed, that not only association agreement, but also decision of the association council adopted on a basis of such agreement becomes an integral part of then-time EEC legal order: “Since it is directly connected with the Association Agreement, Decision No 2/80 forms, from its entry into force, an integral part of the Community legal system”.⁶ It also stressed the provisions of Ankara Treaty similar to clauses enshrined in Art. 4(3) of the Treaty on European Union: “According to Article 7 of the Association Agreement, the contracting parties are to take all the general or specific measures for ensuring the performance of the obligations arising from the agreement and are to refrain from taking any measures which may jeopardize the attainment of its aims. Article 22 of the Association Agreement provides that both parties are required to take the measures entailed by the implementation of

¹ Judgment of 30 April 1974, Haegemann v Belgian State, 181/73, EU:C:1974:41.

² Haegemann, par. 5 and 6.

³ Judgment of 30 September 1987, Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd, 12/86, EU:C:1987:400.

⁴ Demirel, par. 7

⁵ Judgment of 14 November 1989, Greece/Commission, 30/88, EU:C:1989:422.

⁶ Greece/Commission, par. 13.

decisions adopted by the Association Council.”¹ As it was stated in *Sevince*² case “[i]n order to be recognized as having direct effect, the provisions of a decision of the Council of Association must satisfy the same conditions as those applicable to the provisions of the Agreement itself”³ and therefore the court employed “Demirel” test. The Court found “clear, precise and unconditional terms of Turkish worker” and therefore confirmed direct effect of the provisions in issue: “The finding that the provisions of the decisions of the Council of Association at issue in the main proceedings are capable of direct application to the situation of Turkish workers duly registered as belonging to the labour force of a Member State is confirmed by the purpose and nature of the decisions of which those provisions form part and of the Agreement to which they relate.”⁴

Interpretation of provisions within the exclusive or at least competence of the EU and analysis of their possible direct effects is without any doubt. It must be noted that exclusive competence and shared competence in terms of external relations is completely different question than existence of “mixed” agreements⁵. “Mixed” agreements contain rules that are not in the competence of the EU, neither exclusive, nor share, but that are in the exclusive competence of the Member States. Although case-law confirmed jurisdiction of the CJ EU to interpret mixed agreements, e.g. “[s]ince the Convention and the Protocols thus create rights and obligations in a field covered in large measure by Community legislation, there is a Community interest in compliance by both the Community and its Member States with the commitments entered into under those instruments”⁶, it definitely cannot interpret and identify possible direct effects of provisions within the exclusive competence of the Member States. Assessment of effects of such provisions remain in the competence of the Member States. In the context of decisions of association bodies must be these principles applied *mutatis mutandis*.

Despite being an integral part of Union law, international treaties still remain subject to the rules for the interpretation of in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties and therefore is subject to interpretative standards of public international law. Thus, provisions

¹ Greece/Commission, par. 15.

² Judgment of 20 September 1990, *Sevince v Staatssecretaris van Justitie*, 192/89, EU:C:1990:322.

³ *Sevince*, par. 14.

⁴ *Sevince*, par. 19.

⁵ Cf. Opinion of AG Szpunar, Germany, Council, C-600/14, EU:C:2017:296.

⁶ Judgment of 7 October 2004, *Commission/France*, C-239/03, EU:C:2004:598, paragraph 29.

of the association agreements or decisions of association bodies shall be interpreted under terms of public international law which can be “synchronized” with the interpretation of the EU law only if provisions of the international agreements and EU law have the same wording and also have the same meaning stemming from their purpose and context.¹ Association agreements are exemptional case because they in some provisions explicitly require “synchronized” interpretation and they directly refer to harmonization with the EU law. Nevertheless, although these international agreements are “integral part of EU legal order” they do not bear the same legal character than EU founding treaties and secondary law. Therefore direct effect of the decisions of association bodies shall be examined case-by-case due to meaning and context of the particular agreements. *A fortiori*, horizontal direct effects of association agreements or decisions of association bodies can appear only exceptionally if directly expected by an international agreement, i.e. the right of natural or legal person is construed as “*erga omnes*” right, not only a counterpart to duty of a state or the EU.

Judicial review of a decision of association body

Once international agreements are “integral part” of EU legal order for the purposes of preliminary ruling, there is no reason to treat them for the purposes of action of annulment. Both, provision of Art. 263 and Art. 267 TFEU refer to “act of an institution”, no to “legal act” in general. Therefore there is no reason to exclude actions of EU institutions from the judicial review of the Court of Justice.² On the other hand, the institution of the EU cannot unilaterally annul an international treaty concluded by subjects of international law. The CJEU found an avenue of judicial review of international treaties on the one hand and not to contravene principles and rules of general international law. The Court is empowered to review a procedure of adoption of an international agreement, as well as its content, but it can only annul act of an institution adopting international instrument. In other words, the CJEU may annul a decision of the Council of the EU adopting an international agreement, but cannot annul international agreement itself.

Similar situation occurs in the context of judicial review of decision of association bodies, since these decisions are adopted jointly by several parties, including non-EU party that is completely out of jurisdiction of the CJEU. Hence the decision of a association body is an integral part of EU legal order as an act of EU institution of the purposes of preliminary ruling, as well as it may be reviewed as an act of EU institution under an action for

¹ Judgment of 9. February 1982, Polydor/Harlequin, 270/80, EU:C:1982:43.

² Cf. Judgment of 9 August 1994, France/Commission, C-327/91, EU:C:1994:305.

annulment, it cannot be annulled by this procedure by the CJ EU. A solution for this legal conundrum lies in Art. 218(9) TFEU: “The Council, on a proposal from the Commission or the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, shall adopt a decision suspending application of an agreement and establishing the positions to be adopted on the Union’s behalf in a body set up by an agreement, when that body is called upon to adopt acts having legal effects, with the exception of acts supplementing or amending the institutional framework of the agreement.” Notwithstanding the composition of an association body (whether the EU is represented by Council members, Members States, or members of the European Commission), the Council of the EU is the single body empowered to direct members representing the EU¹. Thus this decision of the Council of the EU may be subject of annulment on a basis of judicial review of procedural questions and the decision of the Council of the EU itself, as well as on a basis of the review of the decision of an association council or other association body.²

The possibility of judicial review of decision adopted according to Art. 218(9) TFEU is is depend from neither the formal legal character of decision of a body established by an international agreement, nor by binding character of the decision of the Council of the EU itself. Legal effects of the decision of an association body are crucial in this context. If the act of the association body produces no legal effects, there is lack of legal basis for judicial review under Art. 263(1) TFEU. On the other hand, even if the act of an association body is called “recommendation” and under the relevant association agreement or other legal instrument is described as non-binding, the decision under Art. 218(9) TFEU may be still under judicial review. This situation can occur if the EU or its institution itself commits to obey “recommendation” of a body established by an international agreement.³

In case of annulment of a decision adopted on a basis of Art. 218(9) TFEU, the question of further “legal life” of the decision of an association body becomes in issue. From the point of view of general international

¹ A maiore ad minus, compare Judgment of 7 October 2014, Germany/Council, C-399/12, EU:C:2014:2258, par. 50: „It follows that there is nothing in the wording of Article 218(9) TFEU to prevent the European Union from adopting a decision establishing a position to be adopted on its behalf in a body set up by an international agreement to which it is not a party”.

² E.g. Judgment of 18 December 2014, United Kingdom/Council, C-81/13, EU:C:2014:2449; Judgment of 7 October 2014, Germany/Council, C-399/12, EU:C:2014:2258.

³ Cf Judgment of 7 October 2014, Germany/Council, C-399/12, EU:C:2014:2258, par. 63.

law, annulment means revocation of approval of international instrument ab initio. However, from the principles of international law is clear that parties to the international agreement cannot rely on violation of their national and internal rules in order to escape from duties under the international agreement.¹ The situation seems to be similar to annulment of a decision concerning approval international treaty in the name of the EU. In this context, it is necessary to examine references included in association agreements making adoption of decision of association bodies subject to completion of the respective internal procedures² or fulfilment of constitutional requirements by respective parties if the party claims such requirement³. These references can be read as suspension clauses or as a will of contracting parties to make decisions of an association body dependent on “legal life” of validity of legal approval of the decision by the parties. The second approach would lead to substantive legal uncertainty. Hence in case of annulment of decision under Art. 218(9) TFEU the EU, or members of an association body are obliged to renegotiate decision of the body in issue. Nevertheless, it must be noted that the CJ EU can still annul decision of the Council of the EU and maintain its effects at the international plane until new decision is adopted.

¹ Art. 46 of Vienna Convention on the Law of Treaties (1969): “1. A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance. 2. A violation is manifest if it would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith.”

Equally, Art. 46 of Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (1986) “1.A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance. 2.An international organization may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of the rules of the organization regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of fundamental importance. 3.A violation is manifest if it would be objectively evident to any State or any international organization conducting itself in the matter in accordance with the normal practice of States and, where appropriate, of international organizations and in good faith.”

² Art. 463(1) EU-UA AA.

³ Art. 103 EEA Agreement.

Conclusions

Association bodies, i.e. association councils or joint committees established by association agreements or other international agreements developed as a specific “semi-EU” legislator. In fact, these bodies allow non-EU states participate in law-making process that has its effects in the EU.

The decisions of these bodies can have binding and also direct effect within the EU and the CJ EU confirmed that they are “integral part” of EU legal order (and thus legal order of the EU Member States. Such decisions may be subject to judicial review by the CJ EU, but they themselves cannot be annulled by the CJ EU (the CJ EU may merely annul decision of the Council of the EU stipulating position of the EU in the association body in issue). In the course of review, the CJ EU cannot rely merely on the EU founding treaties, but predominantly on general international law and association agreement or other international agreement.

Due to this complex net of specific relations regarding decisions of association bodies gives them a unique position within the system of EU law.

КОНЦЕСІЯ ТА ЛІЦЕНЗІЯ: СПІВВІДНОШЕННЯ ПРАВОВИХ РЕЖИМІВ ¹

З метою чіткого усвідомлення шляхів удосконалення правових норм, що визначають об'єкт концесійних правовідносин, слід вдатися до висвітлення питання, пов'язаного зі змістовним розмежуванням термінів «концесія» та «ліцензія».

Зокрема, за підсумками проведеного аналізу наукової літератури, можна стверджувати, що склалися переважно дві наукові течії, одна з яких ототожнює концесію та ліцензію або визнає максимальне наближення їх за сутністю, а інша – закріплює за концесією та ліцензією самостійні юридичні режими.

Перед тим як перейти до висвітлення позицій прибічників відповідних наукових підходів, доцільно звернути увагу на такий документ як «Керівництво для законодавчих органів по проектам у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел», підготовлений Комісі-

¹ **Вашкович Вікторія Валеріївна**, кандидат юридичних наук, ст. викладач кафедри господарського права, УжНУ;

Манзюк Василь Васильович, кандидат юридичних наук, доцент кафедри господарського права, УжНУ.

єю ООН по праву міжнародної торгівлі. У цьому документі відзначається, що дозвіл на надання будь-якої послуги іншим суб'єктом, аніж публічним органом може називатися в національному праві відповідної держави по-різному, зокрема як «концесія», «ліцензія» [1, с. 5]. Таке трактування можна пояснити особливостями правових систем держав, які відповідно належать до англосаксонської чи романо-германської правових сімей.

Так, в окремих наукових джерелах відзначається, що ліцензія є близьким аналогом концесії і що зближення концесійної та ліцензійної систем виступає закономірною тенденцією XXI ст. [2, с. 129]. Як правило наводиться досвід правозастосування країн, що належать до англосаксонської правової системи, у праві яких поняття «концесія» і «ліцензія» традиційно не розмежовуються. Крім того, висновок про тотожність цих категорій будується на припущенні про загальне коріння їх розвитку, а саме це римський прекаріум, під яким розуміється надання будь-якого предмету в користування до витребування його власником речі [3, с. 106].

Професор Веслі Ларсон-Гуд розглядає концесію як право, привілей грант або ліцензію, яка була дарована державою приватній особі, корпорації або іншій державі з метою здійснення економічної діяльності на її території [4, с. 267]. Таким чином, для деяких англосаксонських авторів термін «концесія» охоплює і те, що у французькому праві вважається контрактом, і те, що вважається ліцензією [5, с. 28].

С.А. Д'яченко вказує, що у зарубіжній літературі терміни «концесія» і «концесійна угода» є родовим поняттям, зокрема, для таких форм надкористування, як ліцензія [6, с. 44]. С.А. Сосна також наводить у якості прикладу сучасних «модернізованих» гірських концесій ліцензійні угоди на розробку шельфових родовищ нафти в Північному морі [7, с. 100]. Даний підхід зустрічається не тільки у доктрині, але також і в законодавстві деяких країн, зокрема, законодавство Польщі не розрізняє концесію і ліцензію.

В свою чергу для правових систем, заснованих на французькому праві, характерною є чітка відмінність між ліцензією, як одностороннім актом держави, і концесією, яка є договором, згідно якому публічне утворення відступає приватній особі завдання управління публічною інфраструктурою [8, с. 872-878]. Саме такого підходу, слід вважати дотримується вітчизняний законодавець у Законі України «Про концесії». Тим паче, як вважають окремі дослідники, у вказаному законі основні положення виписані, враховуючи концептуальні положення французької концесійної системи [9, с. 30].

Слід погодитися з думкою тих науковців, які наполягають не тільки на відмінностях ліцензії та концесії, а ще й визначають переваги ос-

танньої. До відмінних ознак вищенаведених категорій, зокрема, можна віднести наступне:

- правовий статус: ліцензія – це односторонній акт, зміст якого може бути змінений компетентним публічним органом, в той час як концесія опосередковується договором, умови якого є обов'язковими для його учасників);
- об'єкт: ліцензія легітимізує можливість зайняття тим або іншим видом господарської діяльності, а у концесію, як правило, передаються об'єкти права державної та комунальної власності;
- тривалість: ліцензія є дійсною до її вилучення державою, а концесія видається на певний термін;
- зміст зобов'язань ліцензіата і концесіонера: ліцензіат має право у будь-який час припинити ліцензійну діяльність, тоді як концесіонер зобов'язаний виконувати контракт до закінчення терміну його дії;
- економічна мета: держава, якщо не брати до уваги відносно незначний розмір ліцензійних платежів, не отримує істотних економічних вигод від ліцензійної системи. Концесія, навпаки, здатна служити серйозним джерелом доходу для держави та територіальної громади, що може виражатися у формі як концесійної плати (натуральної або грошової), так і розвитку власної інфраструктури за рахунок коштів концесіонерів;
- концесія як правило супроводжується певними гарантіями захисту інвестицій, що вкладаються концесіонером у об'єкти державної та комунальної власності, що не є характерним для ліцензій [10, с. 37].

Безсумнівно, доктринальні положення стосовно концесій мають досить важливе значення, оскільки, зрештою, справляють вплив на розвиток законодавства з цього питання. У зв'язку з цим доцільним є показати яким чином отримала закріплення дефініція «концесія» у законодавстві зарубіжних країн.

Як не дивно у Франції – країні, яка має більш ніж 200-річний досвід використання концесій при розбудові громадської інфраструктури та комунальних служб, спеціального закону про концесії не існує. Проте практика правозастосування у Франції виробила своє розуміння концесії, яке знайшло відображення у «Трактаті про адміністративні договори». Зокрема, під концесією у цій роботі розуміється «угода, за якою уповноважений державний орган доручає певній особі експлуатацію певного об'єкту державної або комунальної власності за винагороду, що визначається фінансовими результатами такої діяльності» [11, с. 9].

У Законі Іспанії «Про концесію державної нерухомості» від 23.05.2003 р. існує лише поняття концесійної угоди на державні об'єкти, під якою розуміється угода, по якій орган державної адміністрації або організація, що діє в рамках публічного права, передає концесіонерові на певний термін право будівництва і експлуатації або тільки експлуатації об'єктів, які підлягають експлуатації і необхідні для надання публічних послуг економічного характеру або для здійснення економічної діяльності або послуг, що представляють загальний інтерес [12, с. 2-3].

Отже, вищенаведений аналіз наукових підходів до визначення сутності поняття «концесія» та концесійного законодавства окремих зарубіжних країн яскраво свідчить про те, що концесія отримує юридичний вираз у формі дозволу або договору, за своєю об'єктною спрямованістю стосується державного та муніципального нерухомого майна, спрямована на залучення інвестицій у реконструкцію існуючого чи створення нового нерухомого майна.

Список використаних джерел:

1. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников / подготовлено Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. Нью-Йорк: ООН, 2001. 36 с.
2. Шихата И. Правовая реформа. Теория и практика: учеб. пособие. М. 1998. 256 с.
3. Багдасарова А.В. Концессия и лицензия : современные тенденции развития в праве РФ и зарубежных стран. Вестник Калининградского юридического института МВД России. 2008. № 2 (16). С. 106 – 109.
4. Wesley Larson Gould. Encyclopedia Britannica / Gould Larson Wesley. Edinburgh, 1967. Vol. 6. 267 p.
5. Legal and Administrative Framework for Electricity Enterprises / United Nations. N. Y., 1973.
6. Дьяченко С. Нефтяные концессионные соглашения. Нефть, Газ и Право. 1996. № 4 (10). С. 39 – 47.
7. Сосна С.А. Концессионные соглашения : теория и практика. М. ООО «Нестор Академик Паблицерз», 2002. 256 с.
8. Andre de Laubadere : Repertoire de droit public at administrative. Paris Dalloz, 1959.
9. Дідківська С. Можливості та передумови застосування концесій в Україні. Вісник КНТЕУ. 2002. № 3. С. 28 – 35.
10. Пілігрим Г.С. Правове регулювання концесій : дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.04. НАН України, Ін-т економіко-правових досліджень. Донецьк, 2011. 211 с.

11. Bettinger Ch. Les nouveaux enjeux de la concession. S.I. : Editions EFE, 1995.
12. Испания : технологии для жизни. Концессии на государственные инфраструктурные объекты и оборудование в Испании. Отраслевые тетради. 2006. 45 с

ДО ПИТАННЯ УЧАСТІ ОБ'ЄДНАНИХ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАД В МАЙНОВИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ ¹

Територіальні громади були і залишаються одними з важливих учасників майнових правовідносин в силу того, що володіють значними матеріальними ресурсами на праві власності. В юридичній літературі зазначені суб'єкти прийнято називати публічно-правовими утвореннями, тобто особливими суб'єктами цивільного права, відмінними від громадян і юридичних осіб, що виконують функції публічного управління, саме тому необхідно розібратися в особливостях їх правового статусу.

Для того щоб розібратися в особливостях територіальної громади як учасника цивільних правовідносин і її принципових відмінностях від інших суб'єктів цивільного права, звернемося до норм чинного законодавства.

Для початку зазначимо, що в структурі Цивільного кодексу України (далі – ЦК) [1] норми про участь публічно-правових утворень у цивільних правовідносинах виділені в окрему главу і розташовані в Розділі 2 «Особи» після фізичних і юридичних осіб.

Такий порядок викладу цивільно-правових норм, обраний законодавцем не випадково і має під собою серйозну теоретичну основу, пов'язану з особливим конституційним статусом територіальних громад, що мають дуалістичний характер: одночасно вони виступають суб'єктами публічного права, наділеними владними, в тому числі нормотворчими повноваженнями, і суб'єктами приватного права, що мають у власності майно і здійснюють в публічних цілях розпорядження таким майном.

Крім того, зазначена послідовність викладу правових норм, як здається, свідчить про винятковість участі територіальних громад у ци-

¹ Гусь Аліна Володимирівна, кандидат юридичних наук, доцентка кафедри господарського права, УжНУ.

вільних правовідносинах, так як основною функцією цих утворень залишається державне управління, матеріально-технічне забезпечення якого здійснюється за рахунок стягнутих податків і зборів, а не участь у господарському обороті.

Таким чином, стає очевидним відмінність між цілями і умовами участі територіальних громад у цивільних правовідносин від інших суб'єктів цивільного права. Це завжди задоволення суспільного інтересу. Провадження господарської діяльності є допоміжною функцією, яка обмежується цілями забезпечення функціонування громадських інститутів.

Наприклад, розміщення замовлення на поставку товарів, виконання робіт або надання послуг територіальні громади вправі здійснювати тільки для власних потреб громади, під якими законодавець розуміє потреби України у товарах, роботах і послугах, необхідних для розв'язання соціально-економічних проблем, реалізації державних програм та інших завдань, визначених законодавством, забезпечення функціонування органів державної влади, установ, організацій, що утримуються чи отримують асигнування за рахунок коштів Державного бюджету України та місцевих бюджетів [2].

Конституція України [3] визначила правові основи участі територіальних громад у цивільних правовідносинах, так частина перша статті 142 і частина друга статті 143 на ряду з іншими публічно-правовими утвореннями визнає їх учасниками цивільних правовідносин. Аналогічне підтвердження знаходимо і в акті спеціального законодавства: згідно зі ст. 169 ЦК України до територіальних громад застосовуються норми, що визначають участь юридичних осіб у відносинах, регульованих цивільним законодавством, якщо інше не впливає із закону або особливостей даних суб'єктів. Органи місцевого самоврядування в межах їх компетенції від імені територіальної громади можуть своїми діями набувати майнові та особисті немайнові права і обов'язки та виступати в суді.

Існує ряд проблем, пов'язаних з визначенням обсягу цивільної правоздатності територіальної громад і правового статусу органу місцевого самоврядування, оскільки ЦК України не висвітлює ці питання, а дає лише відсилання до спеціальних законів і особливостей даних суб'єктів. Звісно ж, що частково відповідь на поставлені питання може бути знайдена за допомогою аналізу норм публічного права, в першу чергу, господарського законодавства, бюджетного законодавства, законодавства про приватизацію та оренду державного та комунального майна, про державні закупівлі, а також адміністративного законодавства інших галузей права (наприклад, земельного).

По-перше, законодавством прямо обмежуються права територіальних громад щодо розпорядження майном, що перебуває в їх власності, встановлюється особлива процедура прийняття і виконання рішень з передачі майна в користування або його відчуження, що неминуче впливає на межі їх цивільної правоздатності. Наприклад, територіальна громада не може, скориставшись загальними положеннями Цивільного кодексу про свободу договору, укласти з обраним нею контрагентом договір оренди земельної ділянки для будівництва та обслуговування житлового будинку без проведення торгів, або зробити приватизацію майна іншим способом, не передбаченим Законом України від 18 січня 2018 року № 2269 -VIII «Про приватизацію державного и комунального майна» [4].

З огляду на те, що цілі діяльності публічно-правових утворень обмежені публічними інтересами, в юридичній літературі робиться справедливий висновок про необхідність кваліфікувати правоздатність публічно-правових утворень як спеціальну або цільову [5].

По-друге, якщо в цілому визначення цивільної правоздатності територіальної громади можна вирішити шляхом застосування публічних норм про порядок розпорядження комунальним майном і презумпції про те, що територіальна громада має право здійснювати тільки ті юридично значущі дії, які прямо випливають з закону, то з визначенням правового статусу органів державної влади або органів місцевого самоврядування та межами їх компетенції однозначного розуміння в законодавстві і серед правознавців поки немає.

Існують два основних підходи щодо трактування природи публічного органу в цивільних правовідносинах. Прихильники першої позиції вважають, що такі органи слід розглядати двояко: як представника публічно-правового утворення при здійсненні операцій від імені суб'єктів публічного права і як самостійного суб'єкта права – юридичної особи з організаційно-правовою формою бюджетної установи. Дана позиція має своє підтвердження. Зокрема, територіальним громадам притаманні організаційна єдність, майнова відокремленість, що надає їм можливість виступати від свого імені у цивільному обороті, позивачем та відповідачем у суді. Саме тому вони іноді в єдиному контексті з державою Україна, Автономною республікою Крим кваліфікуються як юридичні особи публічного права [6, с. 168].

Разом з тим, територіальним громадам як суб'єктам цивільного права притаманні певні особливості, за якими вони відрізняються від юридичних осіб приватного права. Зокрема, головною відмінною ознакою територіальних громад є те, що вони вступають у цивільні відносини з метою реалізації покладених на них функцій і завдань

місцевого самоврядування, тобто з метою досягнення публічних (суспільних) цілей, тоді як юридичні особи приватного права вступають у такі відносини з метою досягнення власних приватних цілей [7, с. 55]. Це означає, що територіальні громади виступають (або повинні виступати) у цивільних відносинах як носії публічних інтересів, тоді як юридичні особи приватного права – як носії приватних інтересів.

Однак у цієї точки зору є опоненти, на думку яких визнання органу влади юридичною особою є юридично необґрунтованим і таким, що суперечить Конституції України та Цивільного кодексу. Прихильники цієї точки зору вважають, що необхідно говорити не про статус органу влади як юридичної особи, а про наявність прав юридичної особи для цілей цивільного обороту.

Зі змісту ст. 169 ЦК України випливає, що органи місцевого самоврядування визнаються в якості представників територіальних громад, які є самостійними суб'єктами публічного права. Підтвердження зазначеної позиції ми знаходимо в ст. 173 ЦК України, в якій вказується, що в окремих випадках за дорученням територіальної громади від її імені можуть виступати юридичні та фізичні особи, органи державної влади, органи влади АРК, органи і органи місцевого самоврядування.

Суттєво відрізняється і порядок створення територіальних громад, юрисдикція яких поширюється на певну територію. Йдеться про те, що їх створенню має передувати створення адміністративно-територіальних одиниць та відповідних органів місцевого самоврядування. При цьому система територіальних громад будується виключно на системі адміністративно-територіального устрою України, яка первісно визначена в Конституції України, внаслідок чого вона є відносно стабільною.

Саме тому на територіальні громади не поширюються загальні правила щодо припинення юридичної особи. Оскільки територіальною громадою є жителі, об'єднанні спільним проживанням у межах відповідної адміністративно-територіальної одиниці, то очевидним є те, що територіальна громада не може припинити своє існування за власною ініціативою. Для цього потрібне рішення уповноваженого органу державної влади про створення чи ліквідацію відповідної адміністративно-територіальної одиниці. З огляду на викладене вище виникають сумніви щодо доцільності їх державної реєстрації в єдиному контексті з юридичними особами, як це іноді пропонується деякими авторами. При цьому, на відміну від юридичних осіб, які можуть бути, наприклад, створені у формі товариства однією особою, територіальні громади повинні відповідати певним кількісним параметрам щодо їх чисельності, встановлених законом.

Таким чином, з наведеного вище можна зробити висновок, що поняття «юридична особа публічного права» та «суб'єкт публічного права» або «публічний суб'єкт» співвідносяться як частка і ціле. За традицією вітчизняного права, народ України в особі держави або територіальної громади, як публічний суб'єкт, виступає засновником юридичної особи публічного права, створення якої направлено, у першу чергу, на реалізацію суспільних інтересів [8, с. 359]. Тобто територіальна громада як суб'єкт публічного права може реалізовувати свої функції пов'язані із з участю в господарському обігу шляхом утворення відповідних юридичних осіб публічного права.

По-третє, питання, жителів яких саме сіл, селищ та міст слід вважати територіальними громадами, які мають право на місцеве самоврядування в актах чинного законодавства та в спеціальній літературі наразі залишається дискусійним [9, с. 69-77]. Системний аналіз відповідних положень Конституції та законів України дає підстави дійти висновку, що учасниками цивільних правовідносин можуть бути лише територіальні громади сіл (або їх об'єднань), селищ та міст, які визнаються первинними суб'єктами місцевого самоврядування, тобто є носіями функцій і повноважень місцевого самоврядування, мають право на формування органів місцевого самоврядування та є суб'єктами права комунальної власності, яка становить майнову основу їх участі в цивільних правовідносинах. При цьому таким правом за змістом відповідних положень Конституції України (ст. 133, ст. 140, ст. 141) наділені лише територіальні громади тих сіл (або їх об'єднань), селищ та міст, які є самостійними адміністративно-територіальними одиницями. Такий підхід дістав відображення в Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні» [10], в якому поняття «територіальна громада» визначається як «жителі, об'єднані постійним проживанням у межах села, селища, міста, що є самостійними адміністративно-територіальними одиницями, або добровільне об'єднання жителів кількох сіл, що мають єдиний адміністративний центр».

Відповідно до ч. 1 ст. 140 Конституції України та ч. 2 ст. 6 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» територіальні громади в порядку, встановленому законом, можуть об'єднуватися в одну сільську, селищну, міську територіальну громаду, утворювати єдині органи місцевого самоврядування та обирати відповідно сільського, селищного, міського голову. З метою укрупнення та формування дієздатних територіальних громад Верховною Радою України був прийнятий 5 лютого 2015 р. Закон України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» [11], який передбачив механізм для створення такого суб'єкта цивільного права як об'єднана територіальна громада, яка є правонаступником

всього майна, прав та обов'язків територіальна громад, що об'єдналися (ч. 3 ст. 8). При цьому, на думку Борденюка В.В., жителі сіл селищ та міст, що об'єдналися, втратили статус територіальних громад як первинних суб'єктів місцевого самоврядування, що, зокрема, призвело до позбавлення їх права брати участь у цивільних відносинах [12, с. 38]. Свою позицію автор підкріплює зверненням до положень статті 141¹ Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», згідно якої територіальні громади можуть обирати лише старосту, який представлятиме інтереси жителів села, селища у виконавчих органах сільської, селищної, міської ради, об'єднаної територіальної громади, що породжує низку проблем, розв'язання яких знаходяться поза межами науки цивільного права.

З такою думкою Борденюка В.В. неможливо остаточно погодитися, адже з цього приводу існує експертна думка Міністерства юстиції України, яке в листі від 22 березня 2018 № 10901/1996-32-8.4.4 [13] надає роз'яснення щодо порядку проведення державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень у разі створення об'єднаних територіальних громад.

Абзацом п'ятнадцятим статті 1 Закону України «Про місцеве самоврядування» визначено, що право комунальної власності – право територіальної громади володіти, доцільно, економічно, ефективно користуватися та розпоряджатися на свій розсуд і в своїх інтересах майном, що належить їй, як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування.

Статтею 327 ЦК України встановлено, що у комунальній власності знаходиться майно, у тому числі грошові кошти, яке належить територіальній громаді. Управління таким майно здійснює безпосередньо територіальна громада та утворені нею органи місцевого самоврядування.

Відповідно до частини третьої статті 8 Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» об'єднана територіальна громада є правонаступником всього майна, прав та обов'язків територіальних громад, що об'єдналися, з дня набуття повноважень сільською, селищною, міською радою, обраною такою об'єднаною територіальною громадою.

Тобто у разі об'єднання всіх територіальних громад одного району в одну об'єднану територіальну громаду все майно спільної власності територіальних громад такого району є спільною власністю об'єднаної територіальної громади, а пов'язані з таким майном права та обов'язки належать об'єднаній територіальній громаді з дня набуття повноважень сільською, селищною, міською радою, обраною такою об'єднаною територіальною громадою.

Список використаних джерел

1. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40-44. Ст. 356.
2. Законодавство України. Термін «Державні потреби». URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/term/6559> (дата звернення 01.11.2018 р.)
3. Конституція України / Верховна Рада України: офіц. вид. Київ: Парламентське вид-во, 2014. 104 с.
4. Про приватизацію державного і комунального майна: Закон України від 18 січ. 2018 р. № 2269-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2018. № 12. ст.68.
5. Кузьменков Егор Сергеевич Участие публично-правовых образований в гражданских правоотношениях. Сервис в России и за рубежом. 2010. №2. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/uchastie-publichno-pravovyh-obrazovaniy-v-grazhdanskih-pravootnosheniyah> (дата звернення 29.10.2018 р.)
6. Кузнецова Н. Поняття й класифікація юридичних осіб в цивільному праві України: теорія і практика. Сучасні проблеми приватного права: зб. наук. праць / відп. ред. Н.С. Кузнецова, Р.О. Стефанчук. Київ: ВГО «Асоціація цивілістів України». Кам'янець-Подільський, ТОВ «Друкарня Рута», 2012. С. 159-176.
7. Гусь А.І., Карабін Т.О., Ленгер Я.І., Менджул М.В., Савчин М.В., Сясько М.М., Черевко П.П. Правовий режим публічного майна об'єднаних територіальних громад / за заг. ред. Я.В. Лазура. Ужгород: РІК-У, 2018. 212 с.
8. Гусь А.В. ДВНЗ як учасник відносин публічної власності. Перспективи розвитку європейського університету в контексті широкої інноваційної стратегії : тези доп. XXVII Міжнародна науково-практична конференція. Будапешт, 2013. С. 392–395.
9. Батанов О.В. Конституційно-правовий статус територіальних громад в Україні : монографія. – Київ: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. 512 с.
10. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21 травня 1997 р. № 280/97. Відомості Верховної Ради України. 1997 . № 24. Ст. 170.
11. Про добровільне об'єднання територіальних громад : Закон України від 5 лют. 2015 р. № 157-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2015. № 13 Ст. 91.
12. Борденюк В.В. Територіальні громади сіл, селищ та міст як суб'єкти цивільного права. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2016. 253 с.
13. Лист Міністерства юстиції України, яке в листі від 22 березня 2018 № 10901/1996-32-8.4.4 (додаток щодо державної реєстрації неру-

хомості за об'єднаними територіальними громадами. URL: <https://minjust.gov.ua/files/general/2018/04/03/20180403091810-17.pdf>
(дата звернення 03.11.2018 р.)

ТЕНДЕНЦІЇ ПРАВОВОГО СУПРОВОДУ ІТ-БІЗНЕСУ В УКРАЇНІ В КОНТЕКСТІ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ¹

На сьогодні ІТ-сектор в Україні створює близько 4% ВВП. При цьому кількість ІТ-спеціалістів за останні кілька років зросла майже на 60% - зі 100 тис. у 2016 році до 161 тис. станом на початок 2019 року. Окрім того, згідно з даними Опендатабот (2019), в категорії «Комп'ютерне програмування, консультування та пов'язана з ними діяльність» зареєстровано 129,5 тисяч підприємців. Також підприємці реєструються в категоріях: «Видання іншого програмного забезпечення», «Консультування з питань інформатизації», «Видання комп'ютерних ігор», «Оброблення даних та розміщення інформації на веб-вузлах». Загалом з 2017 по 2019 роки кількість ФОП в ІТ-сфері зросла на 40 676 ІТ-підприємців, тобто на 45%. При цьому їх частка серед інших фізичних осіб-підприємців зросла з 5% до 7,5%.

Вказане свідчить про стрімкий розвиток ІТ-сектору економіки України. Хочемо ми того чи ні, інформаційні технології стали невід'ємною частиною нашого життя (як в роботі, так і у побуті), а ІТ-бізнес є однією із найбільш успішних та перспективних сфер економіки не лише в Україні, а й у світі загалом. Відтак важливо, щоб законодавство та практика правозастосування встигали за такими тенденціями розвитку сучасних економічних відносин, враховуючи їх особливу специфіку, а не перетворювалися на фактор гальмування ІТ-бізнесу, зокрема, та економічного зростання, в цілому.

Про формування ІТ-права в Україні як самодостатньої галузі права, на наш погляд, говорити зарано. Хоча сучасні вчені-юристи уже напручують предмет, систему та методологію ІТ-права. Однак при цьому нерідко застосовується вузький підхід. Зокрема Є.О. Харитонов у 2016 році визначив ІТ-право як сукупність норм та правил, що опосередковують діяльність по забезпеченню безпеки інформаційних технологій та інформаційної активності в мережі Інтернет. Згодом вчений дещо пе-

¹ **Дацюк Віталій Богданович**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права та процесу, УжНУ, юрист ІТ-Корпорації «ТРАНСОФТГРУПА»

реглянув та уточнив визначення ІТ права як відносно визначеної сукупності норм та правил, що опосередковують діяльність щодо забезпечення реалізації інформаційних технологій та інформаційної активності в мережі Інтернет (Харитонов, 2017). Таке визначення, на наш погляд, є більш наближеним до специфіки ведення бізнесу у сфері ІТ, який аж ніяк не обмежується лише безпекою інформаційних технологій.

Вітчизняний вчений А.В. Новицький (2016) характеризує норми права, що регулюють суспільні відносини в сфері ІТ України, теж застосовує досить вузький підхід та констатує такі види формування правових норм: а) ті, що склались історично («Про інформацію»); б) ті, що були прийняті на вимогу світової спільноти (ЗУ «Про електронний цифровий підпис», «Про електронні документи та електронний документообіг»; в) ті, що прийняті на вимогу розвитку індустрії (ЗУ «Про Національну програму інформатизації»). За логікою наведеної класифікації від себе також додамо, що можна виділити ще один вид правових норм – ті, що прийняті для захисту інформаційної безпеки, як складової національної безпеки України (ЗУ «Про правові засади забезпечення кібербезпеки України»). Однак наведена класифікація відображає далеко не всі аспекти відносин, які склалися у практиці ведення ІТ-бізнесу.

На нашу думку, ІТ-право сьогодні слід розглядати у першу чергу як галузь практики, яка виникла і розвивається незалежно від волі законодавця та становить собою сукупність норм різних галузей законодавства, які так чи інакше регулюють специфічні відносини, що складаються у сфері інформаційних технологій. Не дарма практикуючі юристи говорять про правове обслуговування ІТ-бізнесу як про окрему індустрію (галузь) юридичної практики. Відтак ІТ-право як індустрія в праві охоплює такі аспекти правового забезпечення сфери ІТ як: 1) реєстрація ІТ-бізнесу (створення ІТ-компаній, реєстрація ФОП з ІТ-КВЕДами); 2) договірні відносини та ЗЕД-контракти у сфері ІТ; 3) податкове структурування ІТ-бізнесу; 4) особливості валютного регулювання та банківських відносин у сфері ІТ; 5) трудові відносини в ІТ-компаніях; 6) реєстрація авторських прав та реєстрація знаків для товарів та послуг; 7) захист персональних даних; 8) правове забезпечення кібербезпеки тощо. Окрім того суттєвим фронтом для ІТ-юристів є впровадження комплаєнс-стандартів у роботі з іноземними контрагентами (насамперед, із компаніями зі США та ЄС), виходячи з вимог міжнародно-правового регулювання.

Так, під впливом західних стандартів в практику вітчизняного ІТ-бізнесу входять такі специфічні види договорів як NDA (з англ. Non-Disclosure Agreement, тобто договір про нерозголошення) та NCA

(з англ. Non-Competes Agreement, тобто договір про неконкуренцію). Незважаючи на те, що питання щодо правової природи цих договорів, їх ефективності та доцільності укладення є дискусійними, вказаними абрєвіатурами пересічного айтїшника уже важко здивувати. До того ж, українське законодавство містить достатньо положень про захист комерційної таємниці, посилаючись на які ІТ-юристи обґрунтовують можливість функціонування у вітчизняній правовій системі таких видів договорів як NDA та NCA.

Також враховуючи те, що ІТ-компанії в Україні створюються переважно у формі ТОВ, важливими є норми Закону «Про товариства з обмеженою відповідальністю та товариства з додатковою відповідальністю» щодо захисту комерційної таємниці. Так, статтею 42 Закону передбачена пряма заборона для посадових осіб товариства розголошувати інформацію, що стала їм відома у зв'язку з виконанням ними посадових обов'язків та становить комерційну таємницю товариства чи є конфіденційною, крім випадків, коли розкриття такої інформації вимагається законом. Крім того, що за законом порушення таких обов'язків є підставою для розірвання товариством договору (контракту) з посадовою особою без виплати компенсації, це також є підставою для притягнення до кримінальної відповідальності за статтею 232 КК. Передбачається, що таким чином Закон про ТОВ та ТДВ може «розморозити» цю статтю 232 КК, за якою в судовому реєстрі наразі не вдається знайти жодного вироку.

Слід відзначити, що угоди NDA є звичною практикою в питаннях взаємодії між іноземними замовниками (насамперед зі США) та українськими виконавцями ІТ-послуг. Найчастіше у цих договорах дається вказівка про застосовне право – право того чи іншого штату США. Цей пункт часто викликає саркастичну посмішку в українських юристів. Однак питання можливого недотримання зобов'язань за договорами NDA лежить зовсім не у площині судових спорів за американським правом та проблеми механізму виконання рішень судів США в Україні (Бачинський, 2017). Є інший, більш дієвий запобіжник від недобросовісної підприємницької практики з боку українських айтїшників – ризик визнання відповідного суб'єкта господарювання недобросовісним партнером, якому доступ до ринків ІТ-послуг США та ЄС у зв'язку із цим може бути закритий. Такі перспективи є цілком реальними в контексті таких документів як:

1. Федеральний Закон США про податкову звітність за зарубіжними рахунками (англ. Foreign Account Tax Compliance Act, **FATCA**, 2010),

2. Федеральний Закон США про корупцію за кордоном (англ. Foreign Corrupt Practices Act, **FCPA**; 1977)
3. Загальний регламент ЄС про захист даних (англ. General Data Protection Regulation, **GDPR**; Regulation (EU) 2016/679).

Перелічені документи безпосередньо не поширюють свою дію на територію України, однак українські компанії зацікавлені імплементувати закладені у них стандарти у власній господарській практиці з тим, щоб відповідати образу надійного та добросовісного партнера, з яким можна мати справу.

Так, положення FATCA зобов'язують іноземні фінансові організації звітувати перед Службою внутрішніх доходів США про рух коштів американських платників податків. В протилежному разі фінансові організації ризикують отримати санкції у вигляді 30-відсоткових штрафів на рух коштів з їх кореспондентських рахунків в банках США або й навіть закриття таких рахунків. Сьогодні положення FATCA активно впроваджуються українськими банками, кінцевими бенефіціарами яких є закордонні суб'єкти. Все частіше при відкритті банківського рахунку українські компанії стикаються з необхідністю заповнити спеціальну форму FATCA. При чому це стосується не лише компаній, в яких є іноземні засновники. Зазвичай для того, щоб ідентифікувати клієнта, банк просить вказати в анкеті FATCA тип компанії, для якої відкривається рахунок. Такими типами можуть бути або фінансова або нефінансова компанія. Якщо це нефінансова компанія, то вона може бути активною або пасивною нефінансовою компанією. Залежно від типу компанії визначається і обсяг інформації, яку буде збирати банк. Наприклад, пасивна нефінансова компанія повинна надати також відомості про бенефіціарів свого бізнесу, щоб підтвердити, що там немає резидентів США. У свою чергу, вимоги до активної нефінансової компанії значно менші.

GDPR був введений в дію 25 травня 2018 року. Тому практика його застосування ще напрацьовується. Однак уже є перші «жертви» цього регламенту з числа суб'єктів великого ІТ-бізнесу. Зокрема, як повідомляє видання The Verge (Porter, 2019), Національна комісія з питань регулювання інформаційних технологій та прав людини Франції (CNIL) оштрафувала інтернет-гіганта Google на 50 млн євро за порушення GDPR-зобов'язань. Причина полягає в тому, що користувачам «може бути складно знайти інформацію стосовно мети збору даних, термінів зберігання даних та яка інформація використовується для налаштування рекламних оголошень».

Суворі санкції FCPA теж не є чимось надто далеким для українських компаній, особливо тих, які функціонують у сфері великого ІТ-бізнесу. Так, дію антикорупційного законодавства США уже відчула на собі компанія VEON (до 2017 VimpelCom) – глобальний провайдер телекомунікаційних послуг, що базується у Амстердамі та до складу якого входить український оператор мобільного зв'язку ПрАТ «Київстар». Цінні папери компанії VEON котируються на фондових біржах США. У 2016 році стало відомо, що компанія регулярно у період з 2006 по 2012 роки давала хабарі узбецьким чиновникам з метою одержання можливості надання телекомунікаційних послуг на ринку зв'язку Узбекистану. Внаслідок цього та на підставі положень FCPA компанія заплатила штраф у сумі 795 млн доларів (US Department of Justice, 2016).

Вказане свідчить, що вітчизняним ІТ-компаніям слід зникати до стандартів відкритості та прозорості ведення бізнесу, відмовившись від будь-яких сумнівних схем. В інакшому випадку існує дуже значний ризик бути позбавленими доступу до західних ринків ІТ-послуг. Саме напрямок налагодження комплаєнс-стандартів сьогодні є одним із ключових для юристів українських ІТ-компаній.

Об'єктивним фактом також є те, що застаріле трудове законодавство є одним із гальмівних та ризикових чинників розвитку ІТ-бізнесу в Україні. Так вітчизняне законодавство досі невизначене в питаннях фрілансу, що уже давно став звичною практикою в ІТ-галузі. Питання впровадження гнучкого графіку робочого часу передбачені не законом та навіть не підзаконним актом, а Методичними рекомендаціями щодо встановлення гнучкого режиму робочого часу, затвердженими наказом Мінпраці України від 04.10.2006 № 359.

В питаннях офіційного оформлення трудових відносин вітчизняні ІТ-компанії стикаються з проблемою формування власного штатного розкладу, виходячи із посад, передбачених Класифікатором професій ДК 003:2010. Так, сучасні ІТ-спеціалісти звикли до таких загальноновживаних у світі вакансій як «Front-End Developer», «Back-End Developer», «Software Tester», «QA Engineer» тощо, які відображають вузьку специфіку тієї чи іншої роботи в ІТ-сфері. Натомість українські айтішники змушені влаштовуватися на посади «Програміст прикладний», «Програміст системний», «Інженер-програміст», «Програміст (база даних)» специфіка та різниця між якими не зовсім зрозуміла, а формулювання такої посади як «Фахівець із розробки та тестування програмного забезпечення» (тобто програміст та тестувальник в одній особі) взагалі виглядає абсурдно. Варто відзначити, що сам Класифікатор професій є документом, що має доволі сумнівну природу, адже затверджений

наказом Держспоживстандарту України від 28.07.2010 № 327, однак не зареєстрований в Міністерстві юстиції України. У той же час необхідність використання Класифікатора передбачена Інструкцією про порядок ведення трудових книжок працівників. А тому ігнорування Класифікатора професій може спричинити несприятливі наслідки для роботодавця у вигляді накладення штрафу при проведенні перевірки Держпраці.

Над нюансами пострадянської практики ведення кадрової документації в Україні можна не замислюватися, якщо заключити з IT-спеціалістом цивільно-правовий договір, особливо якщо він має статус фізичної-особи підприємця. Однак тут одразу постає дилема «ФОП чи працівник» або співвідношення права на працю та права на заняття підприємницькою діяльністю у сфері надання IT-послуг. У разі якщо Держпраці за формальними критеріями вирішить прирівняти такі відносини до замаскованих трудових, то крім захмарних штрафів за КЗпП українським компаніям також загрожує проведення перевірки податковими органами, донарахування податкових зобов'язань та, ймовірно, навіть відкриття кримінального провадження за ст.212 КК. На щастя, такі прецеденти у вітчизняному IT-бізнесі не є поширеними. До того ж Президент та Прем'єр-міністр України в лютому 2019 року запевнили IT-спільноту, що влада не має намірів заважати IT-бізнесу в Україні розвиватися (Офіційне інтернет-представництво Президента, 2019). Однак законодавство такі можливості передбачає.

Наведена у доповіді характеристика окремих аспектів правового забезпечення IT-бізнесу в Україні далеко не є вичерпною, однак дозволяє зробити висновок, що у практиці вітчизняних IT-відносин гостро відчуються як наявність прогалин у праві, так брак сучасного правового регулювання. Це спричиняє необхідність застосування аналогії в праві та звертання до актів міжнародно-правового характеру, а також впровадження комплаєнс-практик на основі положень зарубіжних нормативно-правових актів (зокрема, законодавства США та ЄС). Відтак IT-право в Україні розвивається здебільшого за принципом «не завдяки, а всупереч» та під впливом проникнення західних практик ведення IT-бізнесу. Тому у контексті глобалізації IT-бізнесу для вітчизняного законодавця важливо встигнути «вскочити у останній вагон» та привести законодавство у відповідність до вимог часу, а не ускладнювати розвиток IT-сектору в Україні.

Список використаних джерел:

1. Porter, J. (2019, Jan 21). Google fined €50 million for GDPR violation in France. *The Verge*. Retrieved from <https://www.theverge.com/2019/1/21/18191591/google-gdpr-fine-50-million-euros-data-consent-cnll>
2. US Department of Justice. (2016, February 18). VimpelCom Limited and Unitel LLC Enter into Global Foreign Bribery Resolution of More Than \$795 Million; United States Seeks \$850 Million Forfeiture in Corrupt Proceeds of Bribery Scheme Retrieved from <https://www.justice.gov/opa/pr/vimpelcom-limited-and-unitel-llc-enter-global-foreign-bribery-resolution-more-795-million>
3. Бачинський, Т.В. (2017). Конфіденційність та способи захисту комерційної таємниці. NDA (договір про нерозголошення). Т.В. Бачинський (Ред.), Основи ІТ-права. (С.144-145). Київ: Юрінком Інтер.
4. Новицький, А.В. (2016). Місце ІТ-права в загальній системі інформаційного права. Збірник матеріалів науково-практичної конференції «ІТ право: проблеми і перспективи розвитку в Україні». (С.116). Львів: НУ «Львівська політехніка»
5. Опендатабот. (2019, Лютий 25). Чому законопроект про ФОП може нашкодити саме ІТ-бізнесу? Відновлено з: <https://opendatobot.ua/blog/294-jesuis-fof>
6. Офіційне інтернет-представництво Президента України. (2019, Лютий 23). ІТ-сектор як наш пріоритет має відчувати себе захищеним. Відновлено з: <https://www.president.gov.ua/news/it-sektor-yak-nash-prioritet-maye-vidchuvati-sebe-zahishhenim-53378>
7. Харитонов, Є.О. (2016). Сутність ІТ-права (ІТ-право як концепт). Збірник матеріалів науково-практичної конференції «ІТ право: проблеми і перспективи розвитку в Україні». (С.274). Львів: НУ «Львівська політехніка».
8. Харитонов, Є.О., Харитонova О.І. (2017). Поняття ІТ-права, сфера його дії та структура. Т.В. Бачинський (Ред.), Основи ІТ-права. (С.144-145). Київ: Юрінком Інтер.

МЕТОДИ ОЦІНКИ ДІЛОВОЇ РЕПУТАЦІЇ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ¹

В умовах стрімкого економічного розвитку невід'ємною складовою господарської діяльності є укладення господарських договорів, спрямованих на виникнення, зміну та припинення прав та обов'язків суб'єктів господарювання. Об'єктом таких договорів є матеріальні активи, нематеріальні активи та ділова репутация. Остання є запорукою сталого та конкурентоспроможного функціонування господарюючого суб'єкта. Разом з тим, невирішеним залишається питання методів оцінки ділової репутации суб'єктів господарювання. Закріплені у законодавстві методи оцінки майна і майнових прав стосуються безпосередньо матеріальних та нематеріальних активів, якими ділова репутация не являється. Тому розробка даного питання сприятиме більш ефективному використанню ділової репутации суб'єктів господарювання і захисту їх прав.

Вартість ділової репутации (гудвіл), згідно п. 14.1.40 ч. 1 ст. 14 Податкового кодексу України², визначається як різниця між ринковою ціною та балансовою вартістю активів підприємства як цілісного майнового комплексу, що виникає в результаті використання кращих управлінських якостей, домінуючої позиції на ринку товарів, послуг, нових технологій тощо. Даний метод оцінки ділової репутации не може бути застосований як універсальний, оскільки, по-перше, розрахований виключно на підприємства, залишаючи поза увагою інших суб'єктів господарювання (зокрема, фізичних осіб-підприємців); а по-друге, різниця між ринковою та балансовою вартістю активів утворюється не лише за рахунок цінності ділової репутации, а через інші чинники. Д. В. Луговський та Т. Г. Белозьорова³, з якими слід погодитися, зазначають, що така оцінка не може бути визнана достатньо надійною в силу різноманітних кон'юктурних коливань, дій фінансових спекулянтів тощо.

У Положенні (стандарті) бухгалтерського обліку 8 «Нематеріальні активи» питання оцінки ділової репутации неврегульоване. Це пов'язано з тим, що для того аби конкретний нематеріальний актив насправді був

¹ **Кравченко Тетяна Сергіївна**, аспірантка кафедри цивільного права та процесу Донецького національного університету імені Василя Стуса.

² Податковий кодекс України: Закон України від 04.10.2018 р. № 2530-VIII/ Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> (дата звернення 18.11.2018);

³ Луговской Д. В., Белозерова Т. Г. Деловая репутация: сложности идентификации, оценки и отражения в учете и отчетности. Проблемы учета. 9 (129). 2009. с. 38 – 39.

визнаний таким (з точки зору бухгалтерського та податкового обліку) для конкретного підприємства, у останнього має бути відповідне підтвердження такого права (наприклад, патент, свідоцтво або документ, що підтверджує право його власника на використання (експлуатацію) цього нематеріального активу). Якщо такого документа немає, то і визнати той чи інший актив, навіть якщо він не має матеріальної форми, саме нематеріальним активом достатніх законних підстав немає¹.

Викладені у науковій літературі (О. Є. Іванов, Є. М. Матвійшина, Л. М. Юдіна) методи оцінки ділової репутації умовно можна поділити на якісні та кількісні методи. До якісних методів оцінки належать метод експертних оцінок, метод соціологічного опитування та порівняльний метод, до кількісних методів – метод надлишкових прибутків, метод Едварса-Белла-Ольсона, метод надлишкових ресурсів і т.д..

Метод експертних оцінок полягає у складенні експертної думки про рейтинги ділової репутації різних компаній. Зазвичай такі рейтинги складають авторитетні незалежні агентства. Недоліком цього методу є його суб'єктивність, адже ті характеристики, які враховуються одним суб'єктом оцінки, зовсім можуть не братися до уваги іншим. Підтвердженням цього є рейтинги компаній, формування яких здійснюється з урахуванням чинників, які на думку оцінюючого суб'єкта є найважливішими. Так, Fortune Global 500, яка щорічно складає рейтинг найбільших компаній світу, враховує 7 чинників, а саме: сукупний дохід, прибуток, активи, акціонерний капітал, динаміка доходу в розрахунку на одну акцію за останні 10 років, сумарний річний дохід всіх інвесторів, середньорічна ставка сумарного доходу інвесторів за останні 10 років², Nau Group – 8, серед яких: інновації, обдарованість персоналу, використання корпоративних активів, соціальна відповідальність, якість управління, фінансова стабільність, довгострокові інвестиції та якість продукції або послуг³, Міжнародна асоціація ІАОР – лише 5, якими є: розмір і зростання компанії, рекомендації замовників, нагороди і сертифікати, інновації в схемі постачання послуг замовнику і рівень корпоративної соціальної відповідальності⁴.

¹ Шевчук С. В. Особливості внесення до спільної господарської діяльності вкладів діловою репутацією, діловими зв'язками та іншими нематеріальними активами. Часопис Київського університету права 2011. № 2. с. 169.

² Рейтинг крупнейших компаний мира Fortune Global 500. URL: <https://gtmarket.ru/ratings/fortune-500/info> (дата звернення 31.12.2018 р.);

³ Деловая неделя. URL: <http://www.kolesa.ru/news/id/32790> (дата звернення 01.12.2018 р.);

⁴ Delo.ua. URL: <https://delo.ua/business/12-ukrainskih-it-kompanij-voshli-v-rejting-luchshih-outsorsingov-328294> (дата звернення 31.12.2018 р.)

Наступним методом оцінки ділової репутації є **метод соціологічного опитування**. При використанні цього методу аналізується думка співробітників, акціонерів, інвесторів, аналітиків, покупців і т.д. про організацію. Вважається, що така оцінка є найправильнішою, а решта методів здатні лише уточнити ситуацію¹. Втім з цим важко погодитися, оскільки, цей метод ґрунтується переважно на суб'єктивній оцінці респондентів. Також слід врахувати, що використання методу соціологічного опитування потребує значних сил та часу для його здійснення; на сам кінець, результати соціологічного опитування характеризують враження про ділову репутацію респондентів, а не дають кількісної інформації про вартість ділової репутації.

Ще одним методом є **порівняльний метод** оцінки ділової репутації. Він полягає у визначенні вартості ділової репутації підприємства, що оцінюється, в порівнянні з діловою репутацією іншого підприємства, як правило, конкурента². Недоліком цього методу є те, що у підприємства, яке оцінюється може й не бути аналогічних чи конкурентних підприємств (наприклад, підприємства, які є монопольними), крім того на результати діяльності суб'єкта господарювання здійснюють вплив різноманітні фактори, які можуть відрізнитися.

Таким чином, розглянуті якісні методи оцінки ділової репутації ґрунтуються здебільшого на суб'єктивних показниках, а від так не дозволяють отримати достовірну інформацію про ділову репутацію.

Кількісні методи, на думку вчених (Юдіна Л.М.), дають більш достовірну інформацію щодо вартості ділової репутації господарюючих суб'єктів.

Метод надлишкових прибутків передбачає визначення вартості ділової репутації шляхом зіставлення рівня прибутковості досліджуваного підприємства з ідентичним показником діючих підприємств-аналогів у відповідній галузі або на ринку³. До прикладу, на місцевому ринку функціонують 4 підприємства, які мають більш-менш однакові: вартість наявних активів (1 млн. грн.), рівень технічного оснащення та асортименту продукції (робіт, послуг). Проте рівень рентабельності їх діяльності є різним, а саме: підприємство А – 22%, підприємство Б – 8%, В і Г – 10 та 18%

¹ Юдіна Л.Н. Современные подходы к определению составляющих и оценке гудвила (деловой репутации) при подготовке слияний и поглощений. журнал «Экономика и менеджмент инновационных технологий». 2014. 9. с. 4;

² Юдіна Л.Н. Современные подходы к определению составляющих и оценке гудвила (деловой репутации) при подготовке слияний и поглощений. журнал «Экономика и менеджмент инновационных технологий». 2014. 9. с. 4;

³ Шкромиди В. В. Ділова репутація підприємства: проблеми оцінки та необхідність обліку. Актуальні проблеми розвитку економіки регіону. 2012. 8 (2). с. 209.

відповідно. Середній відсоток рентабельності на місцевому ринку становить 14,5 $((22+8+10+18)/4)$. Таким чином, ринкова ціна підприємства А становитиме: $1\ 000\ 000 \times 22/14,5 = 1\ 517\ 000$ грн.. Відповідно, вартість дорівнює: $1\ 517\ 000 - 1\ 000\ 000 = 517\ 000$ грн.. Саме цей метод на думку В. В. Шкромиди може застосовуватися й для оцінки вартості ділової репутації створеної власне самим підприємством, адже такий підхід показує додатковий прибуток підприємства від здійснюваної діяльності, що безпосередньо не підтверджується наявними активами фірми. Водночас вчена вказує на те, що «неправильне визначення вибірки підприємств-аналогів у різних ситуаціях може призвести до хибних розрахунків»¹. До того ж для визначення вартості ділової репутації використовуються середньостатистичні показники, від так такі обрахунки є неточними.

Модифікацією методу надлишкових прибутків є **модель Едварса-Белла-Ольсона**. Згідно цього методу ділова репутація дорівнює різниці ймовірного прибутку та щорічного прибутку підприємства. Цей метод дозволяє найбільш достовірно оцінити вартість грошових засобів, вкладених в реальні активи, а також дає уявлення про те, яка частина ринкової вартості компанії обумовлена діловою репутацією². Втім недоліком цього методу є математична складність обрахунків вартості ділової репутації, а також використання середньостатистичних та прогнозованих показників при таких обрахунках.

Наступним методом визначення вартості ділової вартості є **метод надлишкових ресурсів**. При обрахуванні внутрішньо створеної ділової репутації враховується ефект використання як власних, так і залучених ресурсів³ за формулою:

$$G = (R_{\text{ч}} / \text{ROA} - P_{\text{а}}) W,$$

де: $R_{\text{ч}}$ – чистий прибуток, ROA – рентабельність сукупних активів, $P_{\text{а}}$ – вартість сукупних активів, W – частка власних коштів в структурі пасивів підприємства⁴. Цей метод дозволяє враховувати ефективність використання як власних, так і залучених ресурсів. Попри це, при обра-

¹ Шкромиди В. В. Ділова репутація підприємства: проблеми оцінки та необхідність обліку. Актуальні проблеми розвитку економіки регіону. 2012. 8 (2). с. 209.

² Юдина Л.Н. Современные подходы к определению составляющих и оценке гудвила (деловой репутации) при подготовке слияний и поглощений. Экономика и менеджмент инновационных технологий. 2014. 9. с. 6.

³ Там само.

⁴ Алафишвили А.Д. Деловой репутация предприятия в составе нематериальных активов. Фундаментальные исследования. Раздел Экономические науки. 2015. 12(4). с.6;

хуванні вартості ділової репутації використовуються середньостатистичні дані, що може спотворювати достовірність результатів.

В.В. Резнікова, в свою чергу, пропонує три методи оцінки вартості ділової репутації:

- **витратний метод оцінки** - коли вартість визначатиметься як сума витрат на формування ділових зв'язків, створення ділової репутації, на рекламу, розвиток та підтримання такої репутації господарюючого суб'єкта, його рейтингу тощо, за цінами сьогоднішнього дня¹. Враховуючи те, що ділова репутація є невіддільною від суб'єкта господарювання, то й впливати на неї локально не є можливим, від так не можна й чітко визначити, яка саме сума витрат була здійснена на формування ділових зв'язків та створення ділової репутації.
- **ринковий метод оцінки** – коли, наприклад, вартість ділової репутації та ділових зв'язків конкретного господарюючого суб'єкта визначатиметься на основі інформації про ціну відчуження ділової репутації та ділових зв'язків ряду інших конкуруючих суб'єктів господарювання, разом з тим для об'єктивної оцінки за даним методом необхідним є активно функціонуючий ринок купівлі-продажу ділової репутації та ділових зв'язків². Цей метод теж не дає достовірної оцінки через те, що всі підприємства мають різні економічні, фінансові показники, а також можуть здійснювати свою діяльність у різних галузях господарювання.
- **економічний метод** – коли ділова репутація та ділові зв'язки певного суб'єкта господарювання за останні кілька років оцінюватимуться з врахуванням «ринкової стійкості» (стабільності) даного суб'єкта господарювання³. При застосуванні цього методу отримані результати можуть бути не точними, адже стійкість підприємства в більшій мірі залежить від економічної ситуації країни та світу в цілому.

Л. М. Гоц найбільш економічно доцільним для розрахунку вартості ділової репутації вважає **метод дисконтованих грошових потоків**, який являє собою комплексний підхід в оцінці вартості підприємства, тому що містить елементи витратного, доходного й ринкового підхо-

¹ Резнікова В. В. Ділова репутація, ділові зв'язки та інші нематеріальні активи як вклади до спільної господарської діяльності: сучасні проблеми та перспективи правового регулювання. Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. Спецвипуск. 2005. Т 1. с. 517 – 518;

² Там само;

³ Там само.

дів. Поряд з цим вчена виокремлює метод ринкової привабливості, що ґрунтується на показниках ринкової ціни акцій та величини чистого прибутку підприємства. Так, шляхом використання середньогалузевих коефіцієнтів ринкової привабливості підприємств, метод ринкової привабливості доцільно застосовувати для оцінки підприємств різних організаційно-правових форм господарювання без обов'язкового котирування акцій оцінюваного підприємства на фондовому ринку¹. Попри те, що вказані методи є комплексними та об'єднують підходи декількох існуючих методів оцінки, він не завжди дозволяє отримати достовірні дані, оскільки при обчисленні використовуються середньостатистичні дані.

Ю. О. Калугін пропонує ділову репутацію певної організації розглядати як сумарну оцінку таких його складових: самооцінка, оцінка ділової репутації партнерами, оцінка ділової репутації конкурентами. Особливість запропонованого методичного підходу, як зауважує науковець, полягає в тому, що він одночасно виконує як інформаційну, так і організаційну функцію. Тобто часткова присутність у показнику рівня ділової репутації думки конкурентів дозволяє визначити позиції підприємства на певному ринку (інформаційна функція), а думка партнерів та самооцінка дозволяють визначити напрямки подальшого розвитку підприємства з урахуванням можливого ступеню підтримки партнерами у перспективі та оцінки власного потенціалу та обрати відповідні форми управління (організаційна функція) діловою репутацією². Вказаний метод ґрунтується на суб'єктивних враженнях оцінюючих суб'єктів, а від так не дозволяє отримати достовірну інформацію.

Проаналізовані вище методи оцінки спрямовані на визначення вартості ділової репутації суб'єктів господарювання. Вартість є економічною категорією, властивою товарному виробництву, та становить собою втілену і уречевлену в товарі суспільно необхідну працю³. Натомість термін «оцінка» має декілька значень залежно від контексту, в якому він вживається. Так, він означає і діяльність в сфері оцінки, і процес професійного вартісного оцінювання, і прикладну економічну науку, на сам кінець, думку оцінщиків⁴. Таким чином, застосування

¹ Гоц Л. М. Організаційно-економічний механізм оцінки ділової репутації промислового підприємства: Автореф. дис.. канд. ек. наук: 08.00.04. Маріуполь, 2010. с. 17.

² Калугін Ю. О. Методичні підходи до оцінки рівня ділової репутації підприємства. Вісник Національного Хмельницького університету. 2014. 5. Т. 2. с.173.

³ Академічний тлумачний словник в 11 томах. URL: <http://sum.in.ua/s/vartistj> (дата звернення 03.03.2019 року).

⁴ Касьяненко Т. Г. Оценка стоимости бизнеса: учебник для бакалавров. М.

економічної категорії вартості до ділової репутації, яка за своєю правовою природою являється нематеріальним благом, є неоднозначним і завжди умовним. Від так, більш прийнятним по відношенню до ділової репутації є використання терміну оцінка, яке є ширшим за значенням.

Зважаючи на багатозначність поняття «оцінка», методи оцінки ділової репутації можна класифікувати залежно від мети проведення оцінки. Так, їх можна розділити на п'ять груп: методи, що характеризують інноваційність підприємства, до яких належать витратний метод та метод надлишкових ресурсів тощо; методи, що характеризують дотримання суб'єктом господарювання вимог ДСТУ та санітарно-екологічних вимог, якими є метод експертних оцінок тощо; методи, що характеризують ринкові позиції, до яких слід відносити порівняльний метод, економічний метод і т.д.; методи, що характеризують рівень менеджменту, серед яких метод соціологічного опитування тощо та методи, що характеризують фінансово-економічну діяльність, до яких належить витратний метод, метод надлишкових прибутків і т.д. При чому, один і той самий метод одночасно може належати до декількох груп методів оцінки ділової репутації суб'єктів господарювання. Наприклад, метод дисконтованих грошових потоків належить до методів, що характеризують ринкові позиції та методів, що характеризують фінансово-економічну діяльність підприємства; метод експертних оцінок – до методів, що характеризують дотримання підприємством вимог ДСТУ та санітарно-екологічних вимог і до методів, що характеризують ринкові позиції; а метод соціологічного опитування – до методів, що характеризують фінансово-економічну діяльність та методів, що характеризують рівень менеджменту господарюючого суб'єкта.

Таким чином, методи оцінки ділової репутації суб'єктів господарювання є сукупністю прийомів та засобів, спрямованих на оцінку ділової репутації господарюючого суб'єкта. Залежно від мети оцінки їх можна розділити на методи, що характеризують інноваційність підприємства, методи, що характеризують дотримання суб'єктом господарювання вимог ДСТУ та санітарно-екологічних вимог, методи, що характеризують ринкові позиції, методи, що характеризують рівень менеджменту та методи, що характеризують фінансово-економічну діяльність.

Науковий керівник: Коваль Ірина Федорівна, доктор юридичних наук, доцентка, завідувач кафедри цивільного права та процесу Донецького національного університету імені Василя Стуса

Юрайт. 2014. 411 с. URL: https://studme.org/52877/ekonomika/ponyatie_otsenka (дата звернення 03.03.2019 року).

ПРАВОВИЙ СТАТУС КРИПТОВАЛЮТИ У КРАЇНАХ ЄС ¹

Ідея про створення недержавної (децентралізованої) цифрової валюти (криптовалюти) для приватних транзакцій, зокрема в мережі Інтернет, з такими її перевагами, як анонімність, безінфляційний характер, відсутність обтяжливого валютного та фіскального контролю з боку держави, швидкість транзакцій, тільки на перший погляд здається всього лише черговим кроком в напрямку науково-технічного прогресу та цифровізації всіх сфер суспільного життя. Суспільство, що вже давно адаптувалося до використання платіжних карт, систем інтернет-банкінгу і наразі при звичається до безконтактних розрахунків за допомогою NFC-технологій з використанням мобільних телефонів тощо, справді розглядає стрімке поширення криптовалют переважно лише як новий, передовий рівень якості платіжної інфраструктури економіки. Безсумнівно, навіть це, прикладне значення криптовалют, теж потребує чітких відповідей на значну кількість юридичних питань, що виникають у зв'язку з її функціонуванням у відносинах між суб'єктами права, зокрема анонімністю транзакцій, неможливістю їх скасування², незадовільним рівнем правового захисту учасників системи. Та все ж проблема визначення правового статусу криптовалют зумовлена значно глибшими причинами і основна з них – виклик, що його кидає державі і публічній фінансовій системі економічна самоорганізація сучасного суспільства, горизонтальна координація діяльності його членів. Винайдення децентралізованої валюти і швидке здобуття нею популярності в сфері проведення розрахунків поставило під питання не більше і не менше, як монополію центральних банків на емісію грошей, що логічно тягне за собою питання про втрату державами та контролюючими їх політико-економічними групами емісійного доходу (ширше – взагалі контролю за фінансовою системою) та повернення суспільства до економічної свободи періоду XVII століття і раніше, тобто до функціонування економіки за відсутності потреби у такому інституті, як центральний (емісійний) банк. Звичайно, цей процес не буде одномоментним – за дослідженнями Світового еконо-

¹ Логойда Володимир Михайлович, аспірант, кафедра цивільного права та процесу, УжНУ

² Пашенко К. Порівняльний аналіз фінансово-правової сутності електронних грошей та криптовалют. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 7. с. 97-100.

мічного форуму за 2 роки лише до 10% світового ВВП буде обслуговуватися за допомогою криптовалюти¹. Однак, хоча і цей обсяг є суттєвим, вже сама можливість проведення розрахунків за товари / роботи / послуги без посередництва держави і обтяжень, які це посередництво зумовлює (податки, зокрема), з часом призведе, щонайменше, до домінування криптовалюти над фіатними грошима, а отже ставить геоекономічні та геополітичні питання щодо перегляду ролі держави та публічних фінансових інститутів у довгостроковій перспективі.

Саме тому дискусії про правовий статус криптовалюти та, як похідне питання, про технічну можливість та засоби правового регулювання цього інформаційно-економічного інструменту, є ключем до відповіді на питання, чи знайдуть централізована і децентралізована фінансові системи модель співіснування або ж вони є антагоністами і на нас чекає боротьба з криптовалютами (м'яка – шляхом регуляторної і фіскальної політики або жорстка – методом заборон і юридичного переслідування), в результаті чого одна із систем мусить припинити своє існування у сьгоднішньому вигляді.

У цьому контексті та з огляду на задекларований Україною курс на реформування національного законодавства в напрямку його адаптації до права ЄС, важливим є вивчення досвіду правового регулювання статусу криптовалюти в Європейському Союзі та його державах-членах з метою використання такого досвіду українськими суб'єктами нормотворчої діяльності.

Не дивлячись на порівняно коротку історію розвитку криптовалюти, питанням її правового регулювання вже приділялася і продовжує приділятися значна увага дослідників як в галузях фінансового, цивільного, господарського та інформаційного права, так і в галузі економіки та фінансів. На національному рівні це, насамперед, О. Бречко, М. Гребенюк, Т. Желюк, Р. Лук'янчук, К. Пашенко, А. Проценко, В. Селезньов, С. Чаплян, С. Шимон та ряд інших. З-поміж закордонних дослідників певне теоретичне значення мають роботи Б. Бейна, Д. Вахрушева, С. Вепрева, С. ван Вінгердена, А. Вондрачкової, А. Грінспенса, В. Достова, О. Железова, Р. Коена, Е. Мака, В. Перова, Р. Урбана, Ф. Феірбенкса, Р. Фолсома, Л. Фрю, А. Хідзева, П. Шуста та інших.

У роботах вказаних дослідників висловлюються різні концепції щодо правового статусу криптовалют, найбільш поширена з яких від-

¹ Желюк Т., Бречко О. Використання криптовалюти на ринку платежів: нові можливості для національних економік. Вісник Тернопільського національного економічного університету. 2016. №3. с. 50-60.

носить криптовалюти до специфічного різновиду цифрової валюти (відмінного від електронних грошей і віртуальних валют), без державного контролю їх емісії. Тим не менше, як вітчизняна, так і зарубіжна юридична наука, а також суб'єкти владних повноважень, нормативна і правозастосовча практика ще не виробили відносно єдиного підходу до правової оцінки статусу криптовалюти як об'єкту цивільних правовідносин, у зв'язку з чим питання потребує подальшого вивчення і обґрунтування на науковому рівні, закріплення на рівні національного законодавства та, з огляду на транскордонний контекст, міжнародно-правової уніфікації. Тому метою даної статті є спроба визначити найбільш сучасні і перспективні тенденції до унормування цього явища в межах ЄС, а відтак – і сформулювати перспективний напрямок розвитку профільного українського законодавства.

Для цього ми використовуємо, насамперед, спеціально-юридичні методи дослідження, такі як: порівняльно-правовий, метод тлумачення норм права, з належною увагою і до загальнонаукової методології пізнання, насамперед діалектичного та аналітичного підходів.

Як вже зазначалося вище, стрімкий розвиток криптовалют означає спробу витіснення держави і провідних фінансово-банківських груп світу з сфери фінансового посередництва і контролю відносин в сфері цивільного обігу. Держава та місцеве самоврядування внаслідок анонімності транзакцій з криптовалютами ризикують втратою частини податкових надходжень від оподаткування доходів та обороту, що підрве фінансово-ресурсну базу їх функціонування, тоді як фінансово-банківський капітал позбавляється значної (переважної) частини ринку фінансових послуг, зокрема в галузі розрахунково-касового обслуговування, відповідних прибутків та контролю за економічними процесами. Ясна річ, зазначені суб'єкти будуть консервативно підходити до сприйняття криптовалюти як явища об'єктивної дійсності і намагатимуться боротися з цим явищем з посиленням на цілі і завдання держави у сфері протидії корупції, легалізації коштів, здобутих незаконним шляхом, протидії фінансуванню тероризму і розповсюдження зброї масового знищення, ухиленню від сплати податків (штучно перебільшуючи значення останніх в якості справжніх мотивів такої боротьби)¹.

¹ Див., наприклад, фінальне комюніке міністрів фінансів та голів центробанків країн G-20 на зустрічі у Буенос-Айресі (березень 2018 р.) / <https://g20.org/en/news/communique-first-g20-meeting-finance-ministers-and-central-bank-governors-2018>

Проте західна традиція права та сучасний західний конституціоналізм побудовані на засадах лібералізму, демократії, поваги до права власності, свободи підприємницької та іншої не забороненої законом діяльності. Відтак, пряма жорстка заборона криптовалют, як явища, що більш характерна для східних країн на зразок Росії, Китаю, В'єтнаму тощо, не може бути визнана юридично прийнятною у західному суспільстві. Тим більше, що подібна пряма заборона йшла б також всупереч інноваційній моделі економік західних країн. Тому країни ЄС, як і інші провідні країни Західного світу, що не входять до блоку з географічних (США, Канада, Австралія, Японія, Південна Корея) чи політичних (Швейцарія, Норвегія тощо) міркувань¹, обрали поміркований підхід до криптовалюти, т.з. *soft-power*, в основі якого лежать регуляторні, а не заборонні методи впливу, тобто наразі на території жодної з країн блоку криптовалюта не є нелегальним інструментом. Втім це зовсім не означає відсутності у політичних і ділових еліт цих країн наміру вихолостити саму суть ідеї, закладеної у криптовалюту при її створенні – усунути державу та її агентів з системи розрахунків між суб'єктами приватного права. Просто досягнення цих цілей уявляється більш ефективним шляхом бюрократизації і фіскалізації відповідних відносин, а не їх повної заборони, що дозволить, з одного боку, надати традиційній економіці сучасні засоби розрахунків і, з другої сторони, запобігти при цьому негативним (з точки зору держави) наслідкам.

На сьогодні врегулювання статусу криптовалют має значення навіть для дискусії, до чийої компетенції слід (Європейського Союзу та/чи його держав-членів) слід віднести регулювання цього явища. Тобто підлягають застосуванню положення *acquis communautaire*, чи норми національного рівня держав-членів ЄС, чи обидва нормативних масива. Відповідь на це питання слід шукати у ст. 2-6 Римського Договору про функціонування ЄС 1957 р. (в редакції Лісабонського договору 2007 р., що набрала чинності з 2009 р.), згідно з якими :

- до виключної компетенції ЄС відноситься грошова політика в зоні євро - якщо б криптовалюту визнали грошима / електронними грошима;
- до спільної компетенції ЄС та держав-членів відносяться питання внутрішнього ринку та захисту прав споживачів (субсидіар-

¹ Наразі розглядатимемо Сполучене Королівство Великої Британії та Північної Ірландії ще в контексті ЄС, оскільки процедура виходу із співтовариства (т.з. *Brexit*) на момент написання цієї статті ще не фіналізована.

на компетенція держав-членів, якщо немає регулювання з боку ЄС), технологічний розвиток (компетенція ЄС, якщо вона не перешкоджає реалізації компетенції держав-членів), економічної політики (ЄС визначає умови координації політики держав-членів) – якщо б криптовалюту визнали іншим об'єктом цивільних прав (не грошима).

Як вже було зазначено вище, питання правового статусу криптовалюти не лише у світі в цілому, але і в межах Європейського Союзу є дискусійним, тому поточна позиція як на рівні блоку, так і на рівні переважної більшості держав-членів, полягає у тому, що регулювання цього правового явища входить до т.з. спільної компетенції ЄС та його держав-членів. Аналогічної позиції дотримується Селезньов В.Є.¹

Одним з обґрунтувань цього і, ймовірно, найбільш визначальним поки що правовим документом загальноєвропейського рівня стосовно правового статусу криптовалюти, є рішення Суду ЄС від 22.10.2015 р. у справі №C-264/14 *Skatteverket vs David Hedqvist*².

Спір виник у зв'язку з тим, що підданий Швеції Девід Хедквіст звернувся до Податкової юридичної комісії Швеції за індивідуальною податковою консультацією щодо того, чи є об'єктом оподаткування податком на додану вартість обмін фіатних грошей (т.з. традиційних валют різних держав, що перебувають в обігу) на криптовалюту біткоїн і навпаки, що мав проводитися компанією заявника. Він отримав попередню податкову консультацію, що такий обмін звільняється від оподаткування ПДВ згідно п. «е» ст. 135 Директиви Ради ЄС «Про спільну систему податку на додану вартість» №2006/112/ЄС від 28.11.06 р. З таким висновком, однак, не погодився податковий орган Швеції (*Skatteverket*), який оскаржив зазначену індивідуальну податкову консультацію до Вищого адміністративного суду Швеції. Осільки питання потребувало доктринального тлумачення положень *acquis communautaire*, суд у відповідності до ст. 267 Римського Договору про функціонування ЄС 27.05.14 р. вирішив звернутися за попереднім правовим висновком до Суду Справедливості Європейського Союзу. Крім зацікавлених сторін (заявника та податкового органу) у справі в якості зацікавлених осіб взяли участь також Уряди Королівства Швеція, Федеративної Республіки Німеччина та Естонії (шляхом подання до суду власних письмових позицій по суті справи).

¹ Селезньов В. Є. Проблеми правового регулювання цифрових валют у ЄС. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. № 4. с. 189-192.

² *Case C-264/14 Skatteverket vs David Hedqvist*.

Питання, поставлені Вищим адміністративним судом Швеції перед Судом ЄС, звучали наступним чином:

1. Чи вважаються операції з обміну віртуальних валют¹ на традиційні валюти постачанням послуг за винагороду згідно змісту ст. 2 Директиви Ради ЄС Про спільну систему податку на додану вартість №2006/112/ЄС від 28.11.06 р. ?
1. Якщо такі операції вважаються постачанням послуг за винагороду, чи звільняються вони від оподаткування ПДВ згідно ст. 135 Директиви Ради ЄС Про спільну систему податку на додану вартість №2006/112/ЄС від 28.11.06 р. ?

Нагадаємо, що відповідно до вищезгаданої п. е ст. 135 Директиви ЄС² держави-члени звільняють від оподаткування такі операції :

«(е) операції, в тому числі передавальні, що пов'язані з валютою, банкнотами й монетами, котрі використовуються як законний засіб платежу, за винятком предметів колекціонування на кшталт золота, срібла та інших металевих монет і банкнот, котрі зазвичай не використовуються як законний засіб платежу, або нумізматичних монет»

У винесеному 22.10.15 р. рішенні Суд ЄС зробив ряд правових висновків щодо правової природи криптовалюти та оподаткування податком на додану вартість операцій з нею, однак у специфічний спосіб – суд більш чітко визначив, чим вказаний об'єкт цивільних правовідносин не є, водночас залишивши можливість законодавцю як рівня держав-членів, так і загальноєвропейського рівня визначити в перспективі остаточну кваліфікацію криптовалюти з точки зору права. Отже, згідно з висновками суду:

- Біткоїн не можна визнати електронними грошима у їх традиційному розумінні, оскільки не існує єдиного емітента віртуальної валюти (натомість вона створюється мережею за допомогою спеціального алгоритму) і, на відміну від електронних грошей віртуальній валюті притаманні власні одиниці обліку (наприклад, 1 біткоїн) – п. 11, 12 рішення;
- Біткоїн також не можна вважати матеріальним майном в розумінні ст. 14 Директиви Ради ЄС Про спільну систему податку на додану вартість №2006/112/ЄС від 28.11.06 р., оскільки віртуальна валюта може виступати виключно в ролі платіжного засобу – п. 24 рішення;

¹ Як вже зазначалося, поняття «віртуальна валюта» і «криптовалюта» зачасту ототожнюються, в тому числі і у даному рішенні суду, хоча і на рівні інших органів ЄС, і на дослідницькому рівні є заперечення щодо цього.

² Директива Ради ЄС 2006/112/ЄС http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_928/para0656#0656

- Хоча біткоїн-адреси і є аналогами банківських рахунків, однак все ж сама віртуальна валюта біткоїн не може вважатися ані поточним банківським рахунком, ані депозитним рахунком, ані платежем чи грошовим переказом. Перекази віртуальних валют можуть бути здійснені без залучення банків чи інших фінансових установ, а сам біткоїн виступає прямим платіжним засобом між суб'єктами розрахунків, на відміну від грошових чеків, боргових зобов'язань чи інструментів кредитування. Більше того, здійснення розрахунків між суб'єктами відповідних відносин є єдиним призначенням вказаної віртуальної валюти – п. 11, 37, 42, 52 рішення;
- При цьому віртуальна валюта біткоїн також не може вважатися цінним папером або інструментом, що посвідчує право особи на майно – п. 55 рішення.

Стосовно режиму оподаткування ПДВ операцій по обміну фіатних грошей на цифрові валюти, суд зазначив, що операції з обміну платіжних засобів «не відповідають визначенню і ознакам, притаманним операціям з постачання товарів» і повинні вважатися операціями з надання послуг (п. 26 рішення). Таким чином, суд, в розвиток положень висновку п. 24 рішення, знову підкреслив, що віртуальна валюта не є товаром в розумінні матеріального майна. Водночас, суд (п. 49, 53 рішення) по-вважав, що вказані операції охоплюються п. «е» ст. 135 Директиви Ради ЄС Про спільну систему податку на додану вартість №2006/112/ЄС від 28.11.06 р. і звільняються від оподаткування ПДВ. На думку суду: «Операції з нетрадиційними валютними коштами, тобто такими, що не визнані законним платіжним засобом, вважаються фінансовими операціями, допоки такі валютні кошти приймаються учасниками відносин якості альтернативи законним платіжним засобам і не мають жодного іншого призначення крім проведення розрахунків між ними».

З огляду на відсутність достатнього правового регулювання, юридичну прогалину, що виникла, намагається заповнити Єврокомісія, що пропонує унормувати статус криптовалюти через доповнення Директиви Європейського парламенту та Ради ЄС «Про запобігання використанню фінансової системи для відмивання грошей та фінансування тероризму, що вносить зміни до Регламенту (ЄС) № 648/2012 Європейського Парламенту та Ради і припиняє дію Директиви 2005/60/ЄС Європейського Парламенту та Ради і Директиви Комісії 2006/70/ЄС» №2015/849 від 20.05.15 р. Суть пропонованих доповнень полягає у визнанні криптовалюти цифровим виміром вартості та електронним засобом платежу. Однак наразі ці зміни ще не ухвалені, отже говорити

про якусь остаточну позицію зарано. Тому, важливе значення має також правове регулювання статусу криптовалют державами-членами ЄС.

Як вже зазначалося вище, жодна з країн ЄС на національному рівні не визнала використання криптовалюти нелегальним, проте підходи різних держав-членів до правової кваліфікації цього явища суттєво відрізняються, що очікувано спричинить дискусії при розгляді нормативних пропозиції Єврокомісії по доповненню Директиви №2015/849.

Так, у Королівстві Нідерланди та Бельгії криптовалюта прирівняна до електронних грошей. Федеральне управління фінансового контролю ФРН у 2013 р. зробило висновок про те, що криптовалюта є т. з. «приватними грошима», оскільки визнається такими учасниками відповідних правовідносин у розрахунках між собою за цивільно-правовими зобов'язаннями, а отже може використовуватися в якості замінника фіатних грошей при здійсненні платежів¹. Чехія і Австрія розглядають криптовалюту як нематеріальний актив, найперше в цілях податкового регулювання². Фінляндія розглядає транзакції в криптовалютах як фондові контракти на різницю, тобто як фінансовий інструмент. Фінансовим інструментом вважає криптовалюту і влада Болгарії. Швеція, після вищевказаного рішення Суду Справедливості ЄС, розглядає криптовалюту як засіб платежу (розрахунків). Іспанія прирівнює угоди з використанням біткоїнів до бартерних в цілях оподаткування, тобто заперечує грошову природу цього активу, а в ігровому бізнесі криптовалюту у 2014 році визнано електронним засобом платежу. Водночас, Люксембург пішов найдалі в межах ЄС і на рівні фінансового відомства визнав криптовалюту в якості валюти, заявивши про намір активно сприяти розвитку даної технології на державному рівні. Сполучене Королівство, визнаючи нерегульований статус криптовалюти, зауважує, що її слід сприймати в якості приватних грошей та іноземної валюти у більшості випадків, включно з цілями оподаткування. Більшість інших держав-членів наразі законодавчо не регулює питання і навіть не визнає власної компетенції в цьому питанні або потреби у державному втручанні на даному етапі, але на правозастосовчому рівні не визнає за криптовалютами статусу платіжних

¹ Проценко А. Т. Правовий статус віртуальних валют: світовий досвід та українські реалії. Право і суспільство. 2016. № 2 ч. 3. с. 130-134.

Проценко А.Т. Фінансово-правова сутність криптовалют : електронні гроші чи грошовий сурогат? Юридичний науковий електронний журнал. №2/2016. с. 85-89.

² Гребенюк М.В., Лук'янчук Р.В. Правовий режим криптовалют : досвід ЄС. Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. 2017. №4. с. 310-323.

засобів, електронних грошей, фінансових інструментів і, тим більше, статусу фіатних грошей¹. Це, в тому числі, знайшло відображення і у вищезгадуваному фінальному комюніке міністрів фінансів та голів центробанків країн G-20 на зустрічі у Буенос-Айресі (березень 2018 р.), де представлені, зокрема, і передові країни ЄС, - у згаданій заяві взагалі має місце відхід від самого терміну «криптовалюта» (запропоновано термін «криптоактиви»), аби уникнути подібності термінології і, як наслідок, помилкового розуміння правової природи даного об'єкта цивільних прав. Долучився до дискусії і ЄЦБ, який ще у жовтні 2016 р. заявив, що криптовалюта є скоріше засобом обміну, але не платежу².

Таким чином, можна зробити висновки, що правовий статус криптовалют в ЄС та на рівні держав-членів ще недостатньо унормований, про належну правову кваліфікацію цього явища ще тривають дискусії. Найбільш перспективним уявляється позиція регуляторних органів Німеччини: визнання криптовалюти приватними грошима, які не мають загальнообов'язкового (фіатного) характеру, статус яких у віртуальному просторі (допустимість для використання в якості засобу розрахунків по приватних зобов'язаннях) визнається (обумовлюється) виключно домовленістю конкретних учасників цивільних правовідносин. При цьому ЄС та його держави-члени уникатимуть визнання за криптовалютами статусу безготівкових фіатних грошей, оскільки це порушить монополію держави на емісію грошей, і намагатимуться максимально персоналізувати їх використання з метою забезпечення публічних фіскальних інтересів.

¹ Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions. The Law Library of Congress, Global Legal Research Center. 2014. <https://www.loc.gov/law/help/bitcoin-survey/>

² Чаплян С. Правовий статус криптовалют. Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право. 2018. №2. с. 148-165.

ДО ПИТАННЯ АДАПТАЦІЇ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ДО СТАНДАРТІВ ЄС ¹

Впровадження адаптованого законодавства є найважливішим елементом процесу адаптації України у європейський простір та потребує утворення відповідних структур та розроблення дієвих механізмів, належного рівня технічного оснащення, відповідного рівня професійної підготовки працівників різних галузей народного господарства, а також запровадження ефективного механізму роботи державних органів виконавчої влади, судової системи тощо.

Україна - європейська держава, однак не лише виходячи з географічного розташування, а і за своєю суттю. Сьогодні в нашій країні вже номінально сформовані і діють усі необхідні соціальні інститути, однак, безперечно, існує необхідність приведення їх функцій у відповідність до прийнятих світових стандартів. [1].

Стратегія інтеграції України до ЄС є природним наслідком здобуття країною державної незалежності та нестримного розвитку демократичних процесів в житті українського суспільства, а також свідомий вибір громадян нашої держави бути важливою частиною складової розвинутої Європи.

Як стверджує В.С. Венедіктов, «в результаті розширення Європейського Союзу Україна опинилась в сусідах цієї впливової організації, що безумовно створило плацдарм для посилення та поглиблення інтеграційних процесів в євроатлантичний простір.» [2].

В той же час, питання адаптації є доволі складним і суперечливим, у зв'язку з тим, що при його вивченні використовуються різний понятійний апарат, що в свою чергу викликає постійне діалектичне та лексичне вивчення термінів. Як зазначає Ю.С. Шемшученко: "Вихідним пунктом гармонізації законодавства України з європейським правом є уніфікація термінології..." [3]

Загальнодержавна програма адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу визначає механізм досягнення Україною відповідності третьому Копенгагенському та Мадридському критеріям набуття членства в Європейському Союзі. Тому державна політика України щодо адаптації законодавства формується як складова частина правової реформи в Україні та спрямовується на забез-

¹ **Новосельська Ірина Василівна**, кандидат юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри цивільного права, Державний університет інфраструктури та технологій

печення єдиних підходів до нормопроектного, технічного, фінансового забезпечення процесу адаптації законодавства України. Для цього необхідно проводити комплексне дослідження всіх нормативних актів об'єднаної Європи.

Як наголошує Ю.С. Шемчушенко, «незважаючи на достатньо велику кількість наукових досліджень, пов'язаних із характеристикою різних аспектів зближення правової системи України з міжнародним правом, слід наголосити, що наразі є відсутніми комплексні теоретико-правові пошуки». [4].

В той же час, не дивлячись на достатньо велику кількість чинних актів міжнародного і європейського права, «першою сходинкою» їх адаптації із законодавством України є насамперед гармонізація юридичної термінології, вживаної у цих системах. Адже «чіткий понятійно – категоріальний» апарат дуже важливий, якщо законодавець ставить за мету уніфікацію, гармонізацію або зближення законодавства, його відповідність європейським стандартам та традиціям. [5]. І тут першим термінологічним «каменем спотикання» є проблема самого уточнення значення поняття «адаптація законодавства».

Як зазначає Н. М. Хуторян «сутність терміна «адаптація» полягає в узгодженні та пристосуванні нормативно-правових актів національного законодавства до міжнародних, європейських або внутрішньодержавних правових стандартів». [6]. Звичайно ми з цим погоджуємося, враховуючи те, що поняття «адаптація» походить від латинського слова «*adapto*», яке в свою чергу означає «пристосовую».

Метою адаптації законодавства України до законодавства Європейського союзу є досягнення відповідності правової системи нашої держави до *acquis communautaire*, з урахуванням критеріїв, що висувуються Європейським Союзом до держав, які мають намір вступити до нього. [6]. *Acquis communautaire* (спільний доробок) – це французький термін, який використовується в рамках Європейського Союзу та вживається для визначення норм, напрацьованих за час існування Європейського Співтовариства, які мають сприйматися як факт країнами, що вступають до Союзу і підлягають обговоренню і не можуть бути замінені або усунені шляхом переговорів. [7].

Таким чином концептуально адаптація законодавства України до законодавства ЄС полягає у зближенні із сучасною європейською системою права, що забезпечить розвиток політичної, підприємницької, соціальної, культурної активності громадян України, економічний розвиток держави у рамках ЄС і сприятиме поступовому зростанню добробуту громадян, приведенню його до рівня, що склався у державах-членах ЄС.

Адаптація законодавства України передбачає реформування її правової системи та поступове приведення у відповідність із європейськими стандартами і охоплює приватне, митне, трудове, фінансове, податкове законодавство, законодавство про інтелектуальну власність, охорону праці, охорону життя та здоров'я, навколишнє природне середовище, захист прав споживачів, технічні правила і стандарти, транспорт, а також інші галузі, визначені Угодою про партнерство і співробітництво. [8].

На думку Ю.С. Шемчушенка адаптація є одним із методів гармонізації і пояснює, що «це є процес пристосування до умов, які змінюються; у міжнародному праві адаптація є процесом приведення національного законодавства до норм і стандартів міжнародного права шляхом удосконалення національного законодавства (внесення змін і доповнень, прийняття нових нормативно-правових актів), укладання або приєднання до міжнародних договорів. Це планомірний процес, що включає декілька послідовних етапів, на кожному з яких має досягатися певний ступінь відповідності національного законодавства міжнародно-правовим нормам і стандартам». [8].

З правової точки зору адаптація законодавства України до законодавства ЄС - це сукупність взаємопов'язаних організаційних, правових, соціально-економічних, науково-технічних процесів і заходів, спрямованих на зближення законодавства України із сучасною європейською системою права шляхом проектування нового і внесення змін у чинне законодавство України з урахуванням загальних європейських стандартів, що відображені у чинному законодавстві Європейського Союзу та країн - членів ЄС, а також шляхом неухильного дотримання оновленого законодавства. [9].

Враховуючи практику діяльності європейських інтеграційних об'єднань, незважаючи на застосування різних термінів у праві Євросоюзу та в угодах ЄС із третіми країнами, в цих документах ідеться, по суті, про один і той самий процес приведення національного законодавства у відповідність до приписів права спільноти. Тому, на нашу думку, термін "адаптація" найадекватніше виражає мету цього процесу – узгодити національні норми до норм ЄС в такий спосіб, щоби в будь-якому випадку вони створювали однакові правові умови для діяльності суб'єктів господарювання в межах внутрішнього ринку.

Тобто, можна стверджувати, що під адаптація дає можливість усунути суперечності та певних колізій законодавств, і таким чином вони між собою зближуються (пристосовуються). Але, при цьому, не впроваджуються єдині норми до різних правових систем і тому держави мають простір для власного правового регулювання.

Список використаних джерел

1. Венедіктов С.В. Правове регулювання трудових відносин: вітчизняний і зарубіжний досвід. – К.: Алерта, 2012. – С. 113
2. Трудове право України в контексті європейської інтеграції : Матеріали науково-практичної конференції; м. Харків, 25-27 травня 2006 р. / За ред. проф. В.С.Венедіктова. - Харків: Українська асоціація фахівців трудового права, Харківський національний університет внутрішніх справ, 2006.- С.9
3. Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы / Под общ. ред. Е.Б. Кубко, В.В. Цветкова. – К.: Юринком Интер, 2003. – С. 36-37
4. Механізми гармонізації законодавства України з європейським та міжнародним правом : Наукова доповідь / За заг. ред. Академіка НАН України Ю.С. Шемчушенка. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2011. - С. 10
5. Систематизація законодавства України: проблеми та перспективи вдосконалення: Монографія. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2003. – С. 213
6. Гармонізація трудового законодавства України із законодавством Європейського Союзу. Відп. Ред. Н.М. Хуторян.- К.:ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2008.- С.144.
7. Адаптація соціальної політики та трудового законодавства України до стандартів ЄС: Навч. посібник / Сіверський інститут регіональних досліджень.-Чернігів: Деснянська правда, 2007.- С.7.
8. Механізми гармонізації законодавства України з європейським та міжнародним правом : Наукова доповідь / За заг. ред. Академіка НАН України Ю.С. Шемчушенка. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2011.- С.13
9. Право Європейського Союзу: навч. посіб. / В.М. Бесчасний, В.П. Філонов, О.В. Філонов, В.М. Субботін та ін.; за ред. В.М. Бесчасного . – К.: Знання, 2010. – С. 343

ДОБРОВІЛЬНИЙ ІНТЕРДИКТ: НАСКІЛЬКИ МОДЕЛЬ ПРИВАТНОГО ЗАСТОСУВАННЯ КОНКУРЕНТНОГО ПРАВА, ЩО ІСНУЄ В НАЦІОНАЛЬНІЙ ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ, ЕФЕКТИВНА? ¹

У системі конкурентного права, з точки зору теорії, існує дві окремі моделі його застосування – публічна та приватна (англ. *Public* та *Private Enforcement*). Хоч на практиці – зважаючи на специфіку окремих правових систем – жодна за них не існує в чистому вигляді та вони тісно перетинаються (з визнанням домінування однієї з них), тим не менш ключовим залишається те, що ці обидві моделі можуть бути реалізовані відносно самостійно, тобто провадження у справі про порушення конкурентного права може бути ініційоване в межах кожної з них безвідносно до того, чи було таке провадження відкрите (чи навіть завершене) або підтримане в межах іншої моделі².

У найбільш узагальненому сенсі, модель публічного застосування конкурентного права полягає в тому, що застосування цих правил здійснюється виключно спеціально уповноваженими державними

¹ **Перемот Сергій Володимирович**, здобувач, відділ міжнародного права, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, LL.M.

² Побіжно пояснюючи цю тезу слід вказати на те, що в різних правових системах визнають різні концепції співвідношення між моделями приватного та публічного застосування конкурентного права. Це пов'язане з самим розумінням природи конкурентного права як галузі та цілей, які воно переслідує. Наприклад, в конкурентному праві ЄС до 2004 року модель приватного застосування повністю заперечувалась (щодо історії введення моделі приватного застосування в конкурентне право ЄС див. текст нижче). Це, в узагальненому сенсі, було пов'язане з тим, що конкурентне право розглядалось як один з ключових елементів досягнення такої політичної цілі утворення ЄС, як глибока інтеграція національних ринків в єдиний Спільний Ринок ЄС та забезпечення на ньому конкурентного середовища. З огляду на це застосування конкурентного права розглядалось як виключна прерогатива Комісії. З іншого боку, в правовій системі США більшість випадків застосування конкурентного (антитрестівського) права пов'язана з судовими справами про його порушення, розгляд яких ініційовано в межах приватної моделі, та, часто, навіть без втручання державних органів (Федеральної Торгової Комісії США та Департаменту Юстиції США щодо федерального конкурентного права, або відповідних урядових структур окремих Штатів – щодо внутрішнього права таких штатів), уповноважених реалізувати публічну модель його застосування. Більш детально з цього приводу див., наприклад Jones C. A., *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA* (Oxford University Press, Oxford, 1999).

(публічними) органами. Оскільки визнання за державними органами таких концентрованих повноважень пов'язане передусім з міркуваннями про те, що застосування конкурентного права є прямим елементом здійснення державної економічної політики, ця модель (в її рафінованому втіленні) майже повністю заперечує будь-яку можливість застосування конкурентного права приватними особами¹. В цій моделі приватна особа може приймати участь в застосуванні конкурентного права лише на етапі ініціації розслідування компетентними державними органами (шляхом здійснення повідомлення про вірогідне порушення) та, у випадку, якщо в її діях, як учасника певного ринку, констатоване порушення конкурентного права – на етапі оскарження, в судовому порядку, рішення, винесеного в її справі компетентним органом. При цьому навіть можливість особи, яка (прямо чи опосередковано) понесла збитки внаслідок порушення конкурентного права, скоєного іншою особою та підтвердженого рішенням компетентного органу (або суду після спроби оскарження такого рішення), може бути поставлена під сумнів або потребувати додаткового законодавчого чи судового санкціонування².

¹ Щодо політичних міркувань, які лежать в підґрунті моделі публічного застосування конкурентного права та виправдання, в цьому сенсі, виключних повноважень Комісії (як органу, уповноваженого на здійснення конкурентної політики в межах ЄС) див., наприклад, Bebr G., «The European Coal and Steel Community: A Political and Legal Innovation», (1953) 63 *Yale Law Review* 1; Ramirez Perez S., «The Evolution of the Law on Articles 85 and 86 EEC [Articles 101 and 102 TFEU]» в Patel K. та Schweitzer H. (ред), *The Historical Foundations of EU Competition Law* (Oxford, Oxford University Press, 2013), 24 ff.

² З одного боку, вимагаючи (в судовому порядку чи адміністративному провадженні) відшкодування збитків, завданих їй порушенням конкурентного права, вчиненим іншою особою, особа може спиратись на так звану концепцію «генерального делікту», яка, в загальному сенсі, передбачає обов'язок особи, яка своїми діями заподіяла шкоду іншій особі, здійснити відшкодування такої шкоди. З іншого боку, це право може бути обмеженим, знову-таки, з огляду на публічно-правову природу конкурентного права. Коротко кажучи, якщо мету провадження у справі про порушення конкурентного права, яке здійснюється спеціально уповноваженим державним органом, розглядати як відновлення конкурентного середовища на ринку, то штрафи (поєднані з іншими заходами впливу), які таким органом покладаються на порушника, можуть розглядатись як заходи матеріального впливу, достатні для відновлення такого конкурентного стану ринку. В цьому сенсі додаткові заходи фінансової відповідальності, в якості яких виступає відшкодування збитків інших учасників ринку (приватних осіб), може становити собою надмірний захід впливу,

В свою чергу, приватна модель застосування конкурентного права, може бути певною мірою протиставлена публічній моделі. Базовою ознакою приватного застосування є те, що правила конкурентного права застосовуються судом під час розгляду справи, обома сторонами якої є приватні особи¹. Разом з тим, зміст моделей приватного застосування, запроваджених в різних правових системах може різнитись досить істотно, як наслідок, визнаючи за приватними особами принципово різний обсяг прав.

Загалом, в залежності від обсягу процесуальних прав особи, що вступає як приватний позивач у справі², можна виділити два загальні різновиди моделей приватного застосування конкурентного права:

- (i) самостійно ініційоване застосування (англ. Stand-Alone Actions), тобто позов про визнання порушення третьою особою (відповідачем) конкурентного права³, який поданий до того, як компетентним державним органом буде винесене рішення про порушення або навіть розпочате провадження у справі;

який, з точки зору публічної парадигми застосування конкурентного права, несе виключно функцію покарання. При цьому, оскільки публічні інтереси в такій моделі а рїогї превалюють над приватними, як наслідок, інтереси у формуванні певного конкурентного середовища, втілені в рішенні державного органу, можуть, як не парадоксально, повністю превалювати над приватним інтересом у відшкодуванні заподіяної порушенням шкоди.

¹ Разом з тим, це не виключає залучення державного органу, компетентного здійснювати реалізацію конкурентної політики, як сторони справи з певним процесуальним статусом (наприклад, в якості третьої сторони). Крім того, це також не виключає можливості та права державного органу, який діяв як звичайний учасник ринку і постраждав (зазнав збитків) внаслідок вчиненого порушення, ініціювати приватне застосування конкурентного права вимагаючи відшкодування збитків, яких він зазнав внаслідок вчиненого порушення. Щодо подібного застосування приватної моделі в праві ЄС див., наприклад, рішення у справі C-199/11, *Europese Gemeenschap v Otis NV and Others*, [2012] EU C-684.

² Варто, разом з тим, зазначити, що модель приватного застосування конкурентного права може бути використана не лише у випадку подання позову особою, яка зазнала збитків від порушення конкурентного права (так звана *Sword Model*), але також як засіб захисту від позову, поданого у випадку порушення договірних зобов'язань (*Shield Model*). В останньому випадку, наприклад, в праві ЄС такого роду приватне застосування ґрунтується на максимі «угода, яка порушує правила конкурентного права, повинна автоматично бути визнана недійсною», втілений в Статті 101(2) Угоди про Функціонування Європейського Союзу.

³ Цей позов може бути як поєднаний з вимогою про відшкодування, у випадку визнання порушення, збитків, завданих таким порушенням, або не включати цю вимогу.

(ii) субсидіарне застосування (англ. Follow-on Actions), яке становить собою позов приватної особи про відшкодування збитків, завданих порушенням конкурентного права, після того, як таке порушення було визнане рішенням компетентного державного органу¹.

Попри те, що до 2004 року можливість приватного застосування конкурентного права ЄС майже прямо та повністю заперечувалась, з введенням в дію Регламенту 1/2003², який ознаменував собою етап принципової модифікації всієї структури застосування конкурентного права Союзу, вона отримала вкрай потужний поштовх до розвитку. В свою чергу, запроваджена десятьма роками пізніше Директива 2014/104³ досить чітко вказала на те, що саме концепція «самостійно ініційованого» приватного застосування має отримати якомога більшу вагу в конкурентному праві Союзу.

В конкурентному праві ЄС аж до 2004 року, тобто до набуття чинності Регламентом 1/2003, була *de facto* відсутня процедура здійснення його приватного застосування⁴. Не зважаючи на те, що Суд Справедливості в одному зі своїх раних рішень⁵ визнав можливість прямого

¹ Цей різновид моделі приватного застосування може припускати можливість ініціації приватного застосування як безпосередньо після винесення компетентним державним органом рішення про порушення конкурентного права, так і передбачати, в якості обов'язкової умови, вичерпання всіх засобів судового оскарження такого рішення (тобто винесення остаточного судового рішення у справі про оскарження рішення державного органу або втрати можливості такого оскарження).

² Council Regulation 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, [2003] OJ L 1/1.

³ European Parliament and of the Council Directive 2014/104/EU of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, [2014] OJ L 349/1.

⁴ Застосування національними судами конкурентного права ЄС вперше було прямо передбачене правилами Регламенту 1/2003. При цьому правила Статті 3 Регламенту прямо вимагають застосування правил конкурентного права ЄС – а саме статей 101 та 102 Договору про Функціонування Європейського Союзу (Ref. Cit.) – національними компетентними адміністративними органами та судами у тих випадках, коли вірогідні порушення у справі, яку вони розглядають, можуть мати вплив на конкуренцію на Спільному Ринку ЄС.

Ref. Cit: Treaty on the Functioning of the European Union (Consolidated), [2012] OJ L 326/47; скорочено (у відповідних випадках) – «Договір».

⁵ Справа 127-73, *Belgische Radio en Televisie v SV SABAM and NV Fonior*, [1974] ECR 51.

застосування статей 101(1) та 102¹ Договору про Функціонування Європейського Союзу², це не стало поштовхом до розвитку приватної моделі застосування конкурентного права.

Цей, на перший погляд, парадокс, виник через правила Статті 9(3) Регламенту 17/62³, які визнавали виключно за Комісією повноваження застосовувати правила Статті 101(3) Договору, яка передбачає можливість застосування у відношенні порушення Статті 101(1), яке відповідає ряду передбачених в ній критеріїв, так званого «індивідуального вилучення» з-під дії заборони Статті 101(1). В структурі конкурентного права Співтовариства застосування передбаченого Статтею 101(3) вилучення означає, що дії, які становлять собою формальне порушення Статті 101(1), тим не менш можуть бути визнані прийнятними та не отримувати покарання. Відповідно, така «монополія» Комісії на застосування Статті 101(3) виключила цілий аналітичний блок зі сфери аналізу, який міг бути здійсненим на національному рівні в певній справі про вірогідне порушення конкурентного права, що робило неможливою реалізацію приватної моделі застосування, для якої першим (та, очевидно, обов'язковим) етапом є визнання самого факту порушення конкурентного права⁴.

¹ Варто зазначити, що на момент винесення рішення у справі SABAM ці статті, які містились в Договорі про Заснування Європейського Економічного Співтовариства (зміст положень який був предметом розгляд Суду) мали номери 81(1) та 82 відповідно. Разом з тим, для збереження зручності та однорідності в цитуванні, тут та далі номери статей Установчих Договорів ЄС будуть подані у відповідності до Договору про Функціонування Європейського Союзу. Подібним же чином (якщо іншого не буде зазначено окремо), назви договорів, які діяли на момент винесення відповідних судових рішень або запровадження документів з категорії вторинного права ЄС, буде замінено на Договір про Функціонування ЄС.

² Як зазначив з цього приводу Суд в рішенні, винесеному у справі SABAM (para. 16),

16. Оскільки заборони, встановлені Статтями [101(1)] та [102], за самою своєю природою тяжіють до здійснення прямого впливу на відносини між приватними особами, ці Статті створюють прямі права для відповідних приватних осіб, які національні суди повинні захищати.

³ Council Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, [1962] OJ 13/204.

⁴ Загалом, структура аналізу в межах статті 101 Договору зводиться до наступних етапів: (1) перевірка (через аналітичний оціночний тест) наявності в розглядуваних у справі діях порушення, передбаченого Статтею 101(1); (2) перевірка, через застосування безумовних критеріїв, наявності порушення *per se*, передбаченого Статтею 101(2); та (3) перевірка, через тест балансування, мож-

Однак, запровадження Регламенту 1/2003 – який ознаменував собою формування свого роду «спільної культури» застосування конкурентного права на рівні всього простору ЄС принципово змінило нормативний та інституційний контекст в сфері застосування конкурентного права Союзу. Стаття 3 Регламенту визнала за адміністративними та судовими органами Держав-членів повну компетенцію у застосуванні Статей 101 та 102 договору, включаючи правила про застосування щодо порушення процедури вилучення на підставі Статті 101(3). Тим не менш, хоч кількість справ, пов'язаних з приватним застосуванням конкурентного права, після запровадження Регламенту відчутно зросла, в 2014 році Комісія змушена була констатувати недостатню ефективність існуючої моделі¹.

Не зважаючи на те, що в низці рішень Суд Справедливості сформував концепцію «європейського делікту» та визнав за особою, яка постраждала внаслідок порушення конкурентного права Співтовариства (Статей 101 або 102 Договору)², тим не менш істотні відмінності в національних правових системах – і, в тому числі, в процесуальних правилах, які застосовуються на національному рівні³ – змусили Комісію

ливості застосувати до порушення, кваліфікованого на підставі Статті 101(1), вилучення, передбаченого Статтею 101(3). Таким чином заперечення можливості на національному рівні застосувати правила вилучення, передбачені Статтею 101(3), робить висновок про наявність порушення конкурентного права (на рівні Статті 101(1) Договору) як мінімум неповним та незавершеним.

¹ Щодо такого висновку див. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, COM(2013) 404 final.

² Див. рішення у справі C-453/99, *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v Courage Ltd and Others*, [2001] ECR I-6297. Варто підкреслити, що в рішенні у справі *Crehan* Суд лише визнав саму можливість особи, яка постраждала від порушення конкурентного права, отримати від порушника відшкодування завданих таким порушенням збитків. Разом з тим, в цій справі Суд не вдавався до розгляду питання про те, якого розміру може бути таке відшкодування та які категорії збитків (шкоди) можуть бути відшкодовані. Див. також рішення у об'єднаних справах C-295/04 to C-298/04, *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito v Fondiaria Sai SpA and Nicolò Tricarico and Pasqualina Murgolo v Assitalia SpA* ([2006] ECR I-6619), в якому Суд вказав на те, що відшкодуванню підлягають не лише прямі збитки, яких особа зазнала внаслідок порушення конкурентного права, але також неотриманий прибуток та інфляційні втрати.

³ Це пояснюється так званим «принципом процесуальної автономії» Держав-членів при застосування права ЄС на рівні національних судових систем.

ініціювати прийняття Директиви 2014/104, яка врешті гармонізувала правила про відшкодування збитків приватних осіб, завданих їм порушеннями конкурентного права.

Одночасно в практиці Суду ЄС, пов'язаний з застосуванням Статей 101 та 102, було сформовано інший критично важливий для моделі приватного застосування елемент¹ – стандарт перегляду рішень Комісії (як адміністративного органу, який здійснює першу оцінку вірогідного порушення), винесених у справах про порушення конкурентного права².

Як зазначив Суд Справедливості з цього приводу в рішенні, винесеному у справі C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG v Landwirtschaftskammer für das Saarland*, [1976] ECR 1989, 1997:

... за відсутності правил Співтовариства [у цій сфері], [до компетенції] національних правових систем кожної Держави-члена належить визначення судів, які матимуть юрисдикцію [розглядати відповідні справи] та визначення процесуальних правил, які регулюватимуть [судовий розгляд справ], спрямованих на захист тих прав, які [в особі] виникають внаслідок прямого застосування права Співтовариства, [і при цьому слід виходити з того, що] такі правила не можуть бути менш сприятливими ніж ті, які застосовуються у подібних справах, що виникають на національному рівні.

¹ Варто побіжно зазначити, що в структурі застосування конкурентного права вирішальними елементами і, власне, «відправними точками» аналізу є два: (i) визначення меж ринку (товарного чи географічного) на якому відбувається вірогідне порушення та (ii) визначення долі (частки) ринку, якою володіє вірогідний порушник чи порушники. Коротко кажучи (і з певними застереженнями), якщо частка ринку вірогідного порушника незначна і порушення, як наслідок, не впливає на ситуацію на ринку, перехід до наступного етапу конкурентного аналізу – юридична кваліфікація дій (на підставі Статті 101 чи 102) та перевірка на можливість надання індивідуального вилучення – не відбуватиметься. Варто також зазначити, що цей аналіз – а саме аналіз структури ринку та частки потенційного порушника на ньому – пов'язаний з накопиченням, вивченням та інтерпретацією економічних даних, які часто мають досить складну структуру. Самі ці дані, а також їх оцінка (інтерпретація) уповноваженими адміністративними органами, в конкурентному праві зазвичай позначаються як «економічні докази»; для суду у справі їх аналіз становить найбільш складний етап розгляду справи, оскільки вимагає не лише адекватного розуміння теоретичної та практичної економіки (тобто здійснення аналізу, природа якого відрізняється від класичного юридичного аналізу), але також вимагає залучення відносно великих ресурсів (часових або людських або обох) для їх належної оцінки.

² Цей стандарт, *mutatis mutandis*, має безпосереднє застосування і щодо перегляду рішень національних адміністративних органів, винесених ними у справах про порушення конкурентного права, який, відповідно, здійснюється національними судовими органами.

Цей стандарт перегляду загалом зводиться до того, що суд у справі повинен здійснити повний перегляд винесеного Комісією рішення – включаючи накопичення та оцінку економічних доказів у справі – в кожному випадку, коли суд вважає такий перегляд можливим та припустимим¹. Як наслідок, застосовувана модель перегляду повинна включати до свого складу «оцінку інтерпретації економічних доказів, здійснену Комісією» і, таким чином, охоплювати всі без виключення висновки, здійснені Комісією (як адміністративним органом) у справі².

Разом з тим, підхід, який склався в національній системі конкурентного права, досить принципово відрізняється від описаного вище стандарту права ЄС. Ще в 2001 році Верховний Суд України сформулював концепцію виключної компетенції Антимонопольного Комітету України визначати межі товарного ринку у всіх без виключення справах, пов'язаних з вірогідним порушенням національного конкурентного права³. Розвинута в більш пізній судовій практиці, вона призвела до фактично повного заперечення компетенції суду, який здійснює розгляд справи (в тому числі пов'язаної з оскарженням винесеного Антимонопольним Комітетом рішення), здійснювати перегляд таких її «матеріальних»

¹ Власне, в даному випадку йдеться про те, що історично Суд ЄС утримувався від здійснення повного перегляду рішень Комісії – в першу чергу в частині використаних та інтерпретованих нею економічних доказів у справі – з огляду на міркування уникнення від здійснення надто складного економічного аналізу. Як наслідок, перегляд рішень в частині економічних доказів, що лежать в підґрунті рішення, фактично зводився до перевірки того, наскільки Комісією було дотримано вимоги процедури по формуванню масиву економічних доказів, їх інтерпретації та оцінки альтернативних або додаткових – порівняно з точкою зору Комісії – доказів або їх оцінки (тобто перегляд в межах концепції, відомої в західному праві як «стандарт перегляду *Wednesbury*»). Більш детально щодо природи та джерел утворення цього «обмеженого» стандарту перегляду див. висновок Генерального Адвоката Косма у справі C-83/98 (*Advocate General Cosmas Opinion, delivered in Case C-83/98 P, French Republic v Ladbroke Racing Ltd and Commission of the European Communities, [1999] ECR C-577, fn. 4*).

² Див. рішення у справі C-12/03 P, *Commission of the European Communities v Tetra Laval BV, [2005] ECR I-987, para. 39*.

³ Йдеться про Постанову Верховного Суду України від 27 грудня 2001 року у справі № 3-10к01. Щодо узагальненого змісту цієї Постанови а також інших ранніх (за період з 2001 по 2010 роки) рішень вищих національних судових органів, які, в своїй сукупності, сформували стандарт перегляду в справах про порушення конкурентного законодавства, див.: Мельниченко О., Судова практика. Конкурентині (антимонопольні) спори (Юстиніан, Київ, 2010), 8-11.

елементів¹, як визначення меж ринку та визнання наявності, в певного суб'єкта господарювання, монопольного становища на такому ринку². Нарешті, цей підхід трансформувався в повне заперечення самої можливості приватного позову про відшкодування збитків, заподіяних порушенням конкурентного права, без попередньо винесеного (та чинного, тобто не оскарженого) рішення Антимонопольного Комітету, яким таке порушення було б встановлене та підтверджене³.

Разом з тим, в національному конкурентному праві України спостерігаються відверто протилежні тенденції. Хоч приписи позитивного законодавства України про захист економічної конкуренції⁴ досить точно відтворюють ті, якими оперує конкурентне право ЄС, судова практика, пов'язана з їх застосуванням, пішла принципово іншим шляхом аніж та, яка була розвинена в ЄС – як на рівні самого Союзу, так і

¹ В даному випадку, під переглядом «матеріальних елементів» справи йдеться про повноваження суду переглянути або – альтернативно – оцінити по суті ті аспекти справи, які містять безпосереднє підтвердження її юридично-значимих обставин. Власне, в більшості випадків ці елементи або аспекти справи становлять собою ні що інше, як використовувані в ній докази порушення конкурентного законодавства або, *vice versa*, відсутності такого порушення. Натомість, до певної міри на противагу «матеріальному» перегляду, суд у справі може здійснити перегляд її «процесуальних» аспектів; цей перегляд, серед іншого, в загальному сенсі включає в себе оцінку того, наскільки правильно, з точки зору відповідного процесуального законодавства, були «сформовані» (тобто отримані, накопичені або сформульовані) ті її докази, які мають «матеріальний» характер. Більш детально щодо цієї моделі судового перегляду див. тест цих тез нижче, в частині огляду так званого «стандарту обґрунтованості *Wednesbury*», який містить основні елементи перегляду та оцінки процесуальних дій, які призвели до формування матеріальних доказів.

² Постанова Вищого арбітражного суду України від 29 грудня 2000 року у справі № 17-18/4343; Постанова Верховного Суду України від 6 вересня 2005 року у справі № 3-4272к05. Див. також: Мельниченко О., *op. cit.*, 9-10.

³ Йдеться про рішення Київського апеляційного господарського суду у справі № 925/612/15 (від 21 вересня 2015 року), в якому суд, серед іншого, констатував, що «...позивачем не надано відповідного рішення органу Антимонопольного комітету України, яким підтверджується порушення відповідачем конкурентного законодавства. Отже, позивачем не доведено факт протиправної поведінки відповідача та наявності в його діях складу цивільного правопорушення».

⁴ Загалом, в даному випадку йдеться, в першу чергу, про два тісно пов'язані Закони України, які, в своєму поєднанні, формують принциповий законодавчий контекст у сфері захисту економічної конкуренції – Закон України «Про захист економічної конкуренції» (від 11 січня 2001 року, № 2210-III) та Закон України «Про Антимонопольний комітет України» (від 26 листопада 1993 року, № 3659-XII).

на рівні судових та адміністративних органів країн-членів ЄС. Як наслідок, національна модель приватного застосування конкурентного права здається неприйнятно звуженою та критично неефективною.

В національному праві України процедура приватного законодавства фактично зведена до вкрай обмеженого втілення моделі субсидіарного застосування. Відтак, для приведення національної моделі у відповідність до тієї, якою оперує право ЄС, модифікації може зазнати як нормативна (законодавча) структура національного конкурентного права, так і (що вимагає усвідомленого суддівського активізму) практика застосування правил національного конкурентного законодавства на рівні судової практики.

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА НА ОБ'ЄДНАННЯ У ПРОФСПІЛКИ У ДРУГІЙ ПОЛЬСЬКІЙ РЕСПУБЛІЦІ (1918–1939 РР.)¹

Вивчення конституційно-правового регулювання статусу профспілок у Польщі в міжвоєнний період особливо актуальне, оскільки в ці роки частина українських земель перебувала в складі Польщі. Після відновлення державності в 1918 році у Польщі гостро постала необхідність реформування законодавства, оскільки у різних частинах країни продовжували діяти нормативно-правові акти Австро-Угорщини, Росії та Німеччини, котрі й надалі регулювали відповідні сфери суспільного життя². Перший польський уряд у Маніфесті від 7 листопада 1918³ року оголосив, зокрема, про свободу зібрань, свободу об'єднання, свободу утворення профспілок та право на страйк. А 8 лютого 1919 року урядом було прийнято Тимчасове положення про професійні спілки⁴. Відповідно до ст. 2 названого акту, профспілки підлягали реєстрації відповідними

¹ **Піфко Олександр Олександрович**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри адміністративного, фінансового та інформаційного права, УжНУ.

² Przybysz T. Sytuacja prawna stronnictw politycznych w II Rzeczpospolitej. *Studia Iuridica Toruniensia*. 2008. № 4. S. 130.

³ Tymczasowy Rząd Ludowy Republiki Polskiej – manifest. Lublin–Kraków, d. 7 listopada 1918. URL: <http://teatrnn.pl/leksykon/artykuly/lublin-1918-tymczasowy-rzad-ludowy-republiki-polskiej-manifest/>

⁴ Dekret w przedmiocie tymczasowych przepisów o pracowniczych związkach zawodowych. URL: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=W-DU19190150209>

органами Міністерства праці та соціального забезпечення (для реєстрації профспілки необхідно було подати заяву, підписану щонайменше трьома членами-засновниками та дві копії проекту статуту профспілки). Зареєстрована відповідно до зазначеного положення профспілка набувала статусу юридичної особи та могла набувати права і нести обов'язки, набувати у власність нерухомість, отримувати пожертвування, укладати угоди, бути позивачем та відповідачем у суді тощо. Отже, вже на початку ХХ ст. в Польщі встановлювалася обов'язковість державної реєстрації профспілок, регулювалася процедура такої реєстрації, а також визначалася мінімальна кількість засновників профспілки.

Відмова в реєстрації профспілки допускалася тільки з двох підстав: невідповідність статуту профспілки вимогам законодавства; невідповідність статуту профспілки вимогам Тимчасового положення про професійні спілки¹. В Тимчасовому положенні досить детально регламентувалися вимоги до статутів профспілок. Зокрема, статут профспілки повинен був обов'язково містити відомості про: найменування, територію діяльності та місцезнаходження профспілки; завдання і форми діяльності профспілки; умови прийому членів профспілки, порядок їх прийняття та виключення; порядок сплати членських внесків; права та обов'язки органів профспілки; порядок створення та повноваження органів профспілки; розпорядження профспілковою власністю; порядок внесення змін до статуту та припинення діяльності профспілки. Будь-які зміни до статуту підлягали реєстрації в тому ж порядку, що й реєстрація статуту.

Хоча аналізований вище акт і приймався як тимчасовий, проте він (із певними змінами²) успішно регулював створення та діяльність профспілок тривалий час³⁴ (був скасований тільки у 1949 році Законом «Про професійні спілки»⁵). Тимчасове положення про професійні спілки

¹ Dekret w przedmiocie tymczasowych przepisów o pracowniczych związkach zawodowych. URL: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=W-DU19190150209>

² Ustawa z dnia 3 grudnia 1924 r. w przedmiocie zmiany niektórych postanowień o pracowniczych związkach zawodowych, względnie o stowarzyszeniach i związkach, a mianowicie postanowień, dotyczących zrzeszania się pracowników państwowych. <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19241141012>

³ Organiściak W. Prawo pracy II Rzeczypospolitej Szkic dla celów dydaktycznych. Z Dziejów Prawa. 2009. T. 2 (10). S. 248.

⁴ Kazimierczuk M. Wolność zrzeszania się w związkach zawodowych oraz zakres jej ograniczenia w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 roku. *Studia Prawnoustrojowe*. 2005. № 5. S. 101-102.

⁵ Ustawa z dnia 1 lipca 1949 r. o związkach zawodowych. URL: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19490410293>

було доволі прогресивним нормативним актом для свого часу. Зокрема, ним виокремлювалося правове регулювання створення та діяльності профспілок із загального регулювання створення та діяльності об'єднань, чітко прописувався порядок реєстрації профспілок та вимоги до їх статутів, момент набуття профспілкою статусу юридичної особи тощо.

У Конституції Польщі 1921 року¹ статус профспілок не визначався, як і не визначалося окремо право на об'єднання у профспілки. Разом з тим, ст. 108 цієї Конституції гарантувала громадянам право на коаліцію, зібрання та формування асоціацій і спілок. Також було передбачено, що реалізація цих прав регулюється окремими законами Польщі. Схожі положення містилися і в Конституції Польщі від 23 квітня 1935 року², відповідно до ст. 5 якої держава надавала громадянам свободу совісті, слова та асоціації, а межа цих свобод - загальне благо.

Закон Польщі «Про громадські об'єднання»³ був прийнятий лише в 1932 році. Цей закон визначав, що громадяни Польщі, які досягли 18 років мають право об'єднуватися в громадські об'єднання, котрі відповідають вимогам законодавства та не загрожують безпеці або громадському порядку. Заборонялося примушувати будь-кого до вступу до об'єднання, а також обмежувати можливість виходу з об'єднання. Ст. 9 цього закону передбачала, що його дія не поширюється на профспілки, окрім положень ч. 2 ст. 11, ст. 15, ст. 17 та ст. 59 (які регулювали окремі аспекти відносини профспілок з органами державної влади).

Отже, на українській землях, які у міжвоєнний період перебували у складі Польщі право на об'єднання у профспілки було досить детально врегульоване (хоча багато аспектів реалізації цього права й регламентувалися підзаконним нормативно-правовим актом). Положення законодавства Польщі, які регулювали порядок створення та діяльності профспілок у міжвоєнний період були досить прогресивними для свого часу, а окремі з них знайшли своє відображення у чинному нині Законі Польщі «Про професійні спілки».⁴

¹ Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. - Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. URL: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19210440267>

² Ustawa Konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1935 r. URL: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19350300227>

³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1932 r. - Prawo o stowarzyszeniach. URL: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19320940808>

⁴ Ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych. URL: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19910550234>

ЧИ Є СКВІЗ-АУТ ЕКСПРОПРІАЦІЄЮ МАЙНА: ПРАКТИКА ЄСПЛ ¹

Сквіз-аут (англ. squeeze-out, дослівно – витіснення) являє собою примусовий продаж акцій міноритарними акціонерами акціонерного товариства, за які вони отримують справедливу грошову компенсацію.

Зазначений інструмент передбачено Директивою 2004/25/ЄС Європейського парламенту та Ради, від 21 квітня 2004 року, про **пропозиції поглинання, у преамбулі якої, зокрема, зазначається, що держави-члени повинні вжити необхідних заходів для надання акціонеру, який у результаті пропозиції поглинання придбав певний відсоток капіталу компанії, що дає право голосу, можливості вимагати від власників решти цінних паперів продати їх йому/їй** (п.24).

В Україні сквіз-аут було запроваджено Законом України від 23.03.2017 р. №1983-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах» (далі – Закон №1983-VIII) в рамках імплементації Угоди про асоціацію між Україною та ЄС. Зазначеним Законом Закон України «Про акціонерні товариства» було доповнено новою ст. 65², яка надала особі, яка є власником домінуючого контрольного пакету акцій (95 % і більше простих акцій акціонерного товариства), або будь-якій афілійованій особі або уповноваженій особі групи осіб, що діють спільно, право надіслати до товариства публічну безвідкличну вимогу про придбання акцій в усіх власників акцій товариства разом із засвідченою копією договору рахунку умовного зберігання (ескроу). У разі подання публічної безвідкличної вимоги до товариства всі акціонери товариства, крім осіб, що діють спільно з такою особою, та її афілійованих осіб та саме товариство зобов'язані у безумовному порядку продати належні їм акції цього товариства заявнику вимоги. За даними Національного депозитарію України станом на 13 червня 2018 року в Україні було зареєстровано 74 процедури сквіз-аут.

Як відомо, директива є рамковим актом законодавства ЄС, який встановлює лише загальні вимоги, яким повинно відповідати законодавство країн-членів (а в рамках зобов'язань, передбачених Угодою про асоціацію – також і України); тимчасом, «диявол ховається в деталях». Виявилося, що у вітчизняному законі таких деталей більш ніж достатньо, щоб

¹ **Посєдинок Валерія Вікторівна**, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри господарського права, Київський національний університет імені Тараса Шевченка.

перетворити просунутий інструмент розвинуеного корпоративного права на знаряддя обкрадання міноритарних акціонерів українських АТ¹.

О. Кологойда та В. Стафійчук виділяють такі негативні риси вітчизняного сквіз-ауту:

1. У країнах ЄС процедура сквіз-ауту є механізмом виходу публічної компанії з публічного ринку. В Україні ця процедура може бути застосована як у публічних, так і в приватних акціонерних товариствах.
2. Закон №1983-VIII має ретроспективну дію в частині надання права акціонерам, які набули у власність домінуючий контрольний пакет акцій до набрання чинності цим законом, зокрема, у процесі приватизації, протягом двох років з дня набрання чинності законом здійснити **сквіз-аут**. Такий підхід суперечить ст. 58 Конституції України, якою встановлено, що закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії у часі, крім випадків, коли пом'якшують або скасовують відповідальність особи.
3. Відсутні спеціальні вимоги до оцінювачів, а також механізму оцінки ринкової вартості акції. Практично повна відсутність біржового ринку акцій в Україні означає, що ціна викупу визначається суб'єктом оціночної діяльності, залученим наглядовою радою товариства. Це дає змогу наглядовій раді та мажоритарію впливати на результати оцінки, значно її занижуючи.
4. Відсутній обов'язок наглядової ради надсилати всім акціонерам публічну вимогу разом із своїми поглядами щодо ціни викупу акцій та факторів, які можуть впливати на її зміну, а також щодо планів особи, що направляє публічну вимогу, замовляти та розміщувати на власному веб-сайті компанії аудиторськи¹ висновок та документи, що стали підставою визначення ціни викупу.
5. Закон не визначає правової природи публічної вимоги та наслідки її невідповідності вимогам закону, що ускладнює визначення механізму захисту прав акціонерів.
6. Закон передбачає, що публічна вимога направляється заявником до товариства, а не безпосередньо іншим акціонерам, але не визначає механізму взаємодії наглядової ради товариства та заявника вимоги, а також відповідальності наглядової ради за невиконання покладених на неї обов'язків.
7. Закон України «Про державне регулювання ринку цінних па-

¹ Король В. Слуги народу чи прислуга олігархів: кого більше в стінах Верховної Ради. <https://www.epravda.com.ua/columns/2019/03/18/646194/>

перів» передбачає завдання та повноваження НКЦПФР щодо контролю за виконанням встановлених вимог та захисту інтересів акціонерів (інвесторів), проте не передбачає механізму захисту прав міноритарних акціонерів у разі виявлення порушень при застосуванні процедур сквіз-ауту¹.

Залишимо на деякий час неприємні особливості саме українського сквіз-ауту, і звернемося до суті цієї процедури. Законодавство про сквіз-аут є нічим іншим, як уповноваженням, даним державою на користь приватної особи (мажоритарія) вилучати майно (акції) інших приватних осіб (міноритаріїв). Виникає питання, чи є це сумісним з положеннями про захист власності згідно з ст.1 Першого протоколу до Європейської конвенції про права людини (далі – ПП ЄКПЛ).

Зазначена стаття встановлює, що «кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права.

Проте попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів».

У класичній справі *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*² Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) виокремив три правила в структурі ст.1 ПП ЄКПЛ.

Перше речення першого абзацу ст. 1 ПП ЄКПЛ містить загальне правило про мирне володіння майном (*lex generalis*). Потім це загальне правило конкретизується у двох спеціальних правилах (*leges speciales*): друге речення першого абзацу ст. 1 регулює «позбавлення власності», тобто пряму або непряму (де факто) експропріацію, тоді як другий абзац ст. 1 ЄКПЛ регулює втручання держави, яка «здійснює контроль за користуванням майном». ЄСПЛ повинен спершу перевірити, чи застосовується одне з двох спеціальних правил, а якщо ні – то застосовувати загальне правило першого речення.

Доповідь групи експертів високого рівня що передувала Директиві 2004/25/ЄС про пропозиції поглинання, дійсно розглядала сквіз-аут як

¹ Кологойда О., Стафійчук В. Процедура примусового продажу акцій (squeeze-out): законодавство та практика правозастосування. Право України. 2018. №6. С.123-127.

² ECtHR 23 September 1982, nr. 7152/75, *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*.

форму експропріації, яка підпадає під дію другого речення першого абзацу ст. 1 ПП ЄКПЛ. Водночас, експерти визнали, що у випадку сквіз-ауту дотримується вимога здійснення вилучення у публічному інтересі, встановлена цим реченням: «...Це право здійснюється не лише для задоволення приватних інтересів. Насправді існує загальний та публічний інтерес щодо ефективного управління компаніями, з одного боку, і достатньо ліквідних ринків цінних паперів, з іншого боку. До тих пір, поки право сквіз-ауту застосовується лише тоді, коли меншість є досить малою та пропонується належна компенсація, використання сквіз-ауту для задоволення цих публічних інтересів є пропорційним»¹.

Разом з тим, практика ЄСПЛ, хоч вона і не є одноманітною, свідчить, що ЄСПЛ загалом не підтримав визнання сквіз-ауту експропріацією. Визначальним у цьому праві є рішення Європейської комісії з прав людини (далі – Комісія) щодо прийнятності скарги у справі *Bramelid and Malmström v. Sweden*².

Справа стосувалася двох приватних осіб, які володіли акціями у відомому великому універмазі в Стокгольмі, Швеція. Закон про компанії 1977 р. передбачав, що будь-яка особа, яка володіє більш ніж 90% акцій та прав голосу в іншій компанії, має право витиснути решту міноритарних акціонерів, тобто змусити їх продати свої акції за тією ж ціною, яка була б сплачена, якби акції були придбані через публічну пропозицію або за іншою ціною, встановленою арбітрами. Заявники стверджували, що їм довелося віддати свої акції мажоритарним акціонерам за ціною, меншою за ринкову (ціна була встановлена арбітрами). Комісія розглянула питання, чи акції становили «майно» у значенні ст. 1 ПП ЄКПЛ і вирішила його позитивно.

Що стосується питання, яке з трьох правил ст. 1 ПП ЄКПЛ мало бути застосовано, Комісія вважала, що застосування Закону про Компанії до акцій міноритарних акціонерів не підпадає під друге правило («позбавлення майна»), як про це стверджували заявники. Комісія зауважила, що, хоч у ст. 1 ПП ЄКПЛ не зазначається прямо про «експропріацію», її формулювання чітко вказує, що в другому правилі йдеться саме про експропріацію, тобто дію, коли держава «накладає руки – або уповноважує третю особу накласти руки» на певне майно з метою, яка слугує публічному інтересу. Таке тлумачення було підтверджено підготовчими

1 The High Level Group Of Company Law Experts, Report on issues related to takeover bids, 10 January 2012, available at http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/2002-01-hlg-report_en.pdf, 61-62.

2 European Commission of Human Rights 12 October 1982, nr. 8588/ 79 and nr. 8589/79, *Bramelid and Malmström v. Sweden*.

документами до ст. 1 ПП ЄКПЛ. Комісія дійшла висновку, що оскаржуване законодавство є дечим зовсім іншим. Воно «стосується головним чином відносин між акціонерами» і «не має нічого спільного з поняттям публічного інтересу». Отже, друге речення не могло бути застосоване.

Як свідчить законодавство держав-учасниць ЄКПЛ, законодавство, що регулює приватно-правові відносини між особами, включає правила, які визначають наслідки цих правовідносин стосовно власності і, у деяких випадках, змушують особу передавати майно іншому (спадкування, виконавче провадження тощо). На думку Комісії, що цей тип правил, що є необхідним у ліберальному суспільстві, в принципі не може суперечити ст. 1 ПП ЄКПЛ. Однак Комісія вважала за необхідне з'ясувати, чи не створює відповідне законодавство «таку нерівність, коли особа може бути свавільно і несправедливо позбавлена власності на користь іншої». У розглядуваній справі вона не знайшла такої нерівності.

Позиція у справі *Bramelid* була 16 роками пізніше підтверджена рішенням ЄСПЛ про прийнятність скарги у справі *Kind v. Germany*¹. Справа стосувалася перетворення компанії на іншу організаційно-правову форму, внаслідок чого міноритарні акціонери були витіснені (з компенсацією). У міркуваннях, дуже подібних до *Bramelid*, ЄСПЛ знову дійшов висновку, що друге речення першого абзацу ст. 1 ПП ЄКПЛ не застосовується, оскільки це не експропріація. Крім того, ЄСПЛ знову вирішив, що загальне правило першого речення також не було порушено, оскільки акціонери не були свавільно і несправедливо позбавлені свого майна. Міркування *Bramelid* і *Kind* були пізніше підтверджені у справі *Freitag v. Germany*².

Разом з тим, у справі *James and others v. the United Kingdom*³ ЄСПЛ зайняв, на перший погляд, протилежну позицію. Хоч ця справа не стосувалася сквіз-ауту, ситуація була в певному сенсі подібною: йшлося про орендарів за довгостроковими договорами оренди житлових будинків у Сполученому королівстві, яким було надано право на примусове придбання у власність майна, яке вони орендували, згідно з Законом про реформу відносин оренди. По суті, як і при сквіз-ауті, мова йшла про примусову передачу майна від однієї приватної особи до іншої.

¹ ECtHR 30 March 2000, nr. 44324/98, *Kind v. Germany*.

² ECtHR 19 July 2007, nr. 71440/01, *Freitag v. Germany*.

³ ECtHR 21 February 1986, nr. 8793/79, *James and others v. the United Kingdom*.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ СИСТЕМАТИЗАЦІЇ ІНВЕСТИЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНІ ¹

Великий масив нормативно-правових актів призводить до суперечливості та надмірної «завантаженості» у правовому регулюванні інвестиційної діяльності, що не сприяє підвищенню рівня інвестиційної привабливості України. Крім того, чинна законодавча база постійно зазнає численних змін та доповнень. З усього масиву нормативно-правових актів, прийнятих органами влади у сфері інвестиційної діяльності, не існує актів, до яких би не вносилося змін, поправок, уточнень та доповнень. Громіздкий масив законодавства, нестабільність та неузгодженість законодавчих актів, численні й непередбачувані зміни до них, неналежне виконання законів серйозно підривають довіру як вітчизняних, так і іноземних інвесторів, створюють перешкоди для компаній, котрі вже розпочали власний бізнес в Україні, та відлякують тих, хто готовий працювати в нашій країні.

Сьогодні неупорядкованість та неузгодженість законодавства виступає однією з ключових причин, що гальмують процеси розвитку інвестиційної діяльності в Україні, а це, у свою чергу, призводить до негативного впливу на якість та кількість залучення інвестиційних коштів. З огляду на вищезазначене проблема систематизації законодавчого забезпечення інвестиційної діяльності в Україні потребує першочергового вирішення, є актуальною і своєчасною.

У державному управлінні склалося декілька підходів щодо питань систематизації інвестиційного законодавства.

Деякі дослідники, зокрема М. Овчиннікова, класифікують інвестиційне законодавство на спеціальне та загальне [6]. Схожої думки дотримується В. Нагребельний, який виокремлює: комплексні законодавчі й підзаконні акти універсального характеру та предметні законодавчі та підзаконні акти [5].

Деякі автори проводять систематизацію законодавчих актів залежно від рівня державного регулювання інвестиційної діяльності. Наприклад, у дослідженнях Л. Волкович та К. Гуменної виділено чотири ключових рівні правового регулювання інвестиційного законодавства: місцевий, регіональний, національний та міжнародний [2; 4].

Окрім дослідників систематизують інвестиційне законодавство за таким критерієм, як вид нормативно-правових актів. Наприклад,

¹ **Федоров Гліб**, викладач кафедри економіки та фінансів, Харківський національний університет внутрішніх справ.

В. Гаверський говорить про те, що «у сфері інвестиційної діяльності діють положення: конституції, кодексів, законів та підзаконних нормативно-правових актів» [3].

О. Руденко у своїх дослідженнях проводить систематизацію вітчизняного інвестиційного законодавства за етапами його створення й розвитку. Дослідник виокремлює п'ять основних етапів та для кожного з етапів вказує свої проблемні питання із залучення інвестицій [7].

За розділами інвестиційного права систематизує інвестиційне законодавство О. Вінник, виділяючи вісім самостійних розділів законодавства [1]. На подібних позиціях (з окремими розбіжностями) перебувають А. Сухоруков [8] та М. Овчиннікова [6].

Аналізуючи вищенаведені дані, можна стверджувати, що в державному управлінні існують підходи до систематизації інвестиційного законодавства за такими критеріями:

- видами нормативно-правових актів;
- універсальністю;
- етапами формування;
- рівнем державного регулювання;
- об'єктами регулювання.

Інвестиційні нормативно-правові акти міжнародного рівня становлять велику частину вітчизняного законодавства. До таких нормативно-правових актів варто віднести міжнародні угоди про захист та стимулювання інвестицій, у змісті яких закріплено обов'язки держав відповідно до поведження з іноземними інвесторами та механізми врегулювання спорів, виниклих на цій основі.

Іншим видом міжнародних угод, що регулюють інвестиційну діяльність, є угоди з питань уникнення подвійного оподаткування. Досить частими є випадки, коли держава-інвестор та держава-реципієнт інвестицій претендують на прибутки від підприємницької діяльності. У таких випадках виникають проблеми подвійного оподаткування. Одним із напрямів вирішення зазначених проблем є укладання відповідних угод про уникнення подвійного оподаткування. Світова практика має такі моделі подібних угод:

- 1) модель, що передбачає надавати перевагу принципу резидентності, за яким податки сплачуються в державі, яка вкладає інвестиційні кошти;
- 2) модель відносин між розвиненими державами та державами, що розвиваються, за якою надається перевага принципу територіальності, і податки сплачуються в тій державі, яка здійснює підприємницьку діяльність.

Особливість усіх міжнародних угод виявляється у тому, що вони мають відповідні пріоритети перед національним законодавством, як елементи міжнародного права. Це відповідним мотивом в Україні для створення ефективного механізму державного управління такими угодами.

На національному рівні інвестиційна діяльність регулюється окремими законами, положеннями кодексів та підзаконними нормативно-правовими актами. З огляду на велику кількість нормативно-правових актів національного рівня виникає необхідність у відповідній систематизації зазначеного обсягу нормативно-правового забезпечення.

На регіональному та місцевому рівнях нормативно-правове забезпечення державного регулювання інвестиційної діяльності, охоплює здебільшого програми розвитку територій та регіональні стратегії. До зазначеної групи варто віднести також діяльність із поліпшення інвестиційного клімату в областях України та програми залучення інвестицій.

Загалом можна підсумувати, що нормативно-правовій базі інвестиційного законодавства сьогодні не вистачає системності. Основний її недолік виявляється у відсутності законодавчих актів, які б чітко встановлювали роль центральних та місцевих органів виконавчої влади й органів місцевого самоврядування під час здійснення інвестиційної діяльності. Зазначені повноваження дещо нечіткі та визначаються в різних нормативно-правових актах, що знижує ефективність їхнього виконання.

Список використаних джерел:

1. Вінник О. М. Інвестиційне право: навч. посіб. Київ: Правова єдність, 2009. 616 с.
2. Волкович Л. Ю., Жеребятіна І. В. Актуальні питання систематизації інвестиційного законодавства. Порівняльно-аналітичне право. 2016. № 5. С. 187–189.
3. Гаверський В. В. Правова основа державного регулювання інвестиційних процесів в Україні. Актуальні проблеми політики. 2014. № 53. С. 283–289.
4. Гуменна К. Р. Систематизація інвестиційного законодавства України. Демократичне врядування. 2013. № 12. Доступ: також у режимі PDF : <http://www.lvivacademy.com/visnik12/fail/Gumenna.pdf>.
5. Нагребельний В. П. Проблеми розвитку законодавства України про інвестиційну діяльність. Актуальні проблеми правового регулювання фінансово-кредитних відносин в умовах кризи: практика правозастосування і шляхи її вдосконалення : зб. тез доп. за матеріалами Міжнар. наук-практ. конф. (4–5 черв. 2010 р.). Суми, 2010. С. 283–286.

6. Овчиннікова М. А. Аналіз проблем інноваційно-інвестиційного законодавства України. Бізнес-інформ. 2012. № 12. С. 96–104.
7. Руденко О. А. Особливості державного регулювання інвестиційної діяльності в Україні. Науковий вісн. Полтав. ун-ту економіки і торгівлі. 2014. № 1 (63). С. 31–37.
8. Сухоруков А. І. Інституційні засади розвитку інвестиційної діяльності у промисловості України : аналіт. записка НІСД / Нац. ін-т стратег. досліджень. Економіка. 2014. № 24. URL : <http://www.niss.gov.ua/articles/1577>.

КРИПТОВАЛЮТА В УКРАЇНІ: ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ¹

З розвитком інформаційних технологій з кожним днем з'являються нові об'єкти матеріального світу для яких необхідно визначати їх правовий статус, врегульовувати суспільні відносини, що складаються в процесі використання цих об'єктів. Одним з таких нововведень є криптовалюта, яка набуває все більшого поширення.

На даний момент в Україні утворився правовий вакуум. Згідно із чинним законодавством, криптовалюта в якості взаєморозрахунків використовуватися не може, відповідно, біткойни як платіжний засіб – неспроможні.

Перспектива розвитку ринку криптовалют стимулює збільшення кількості користувачів даного сервісу. Як показують дослідження Кембриджського центру альтернативних фінансів (Гаррік Хілеман, Мішель Раучс), кількість користувачів криптовалют на 2017 рік становила приблизно 12 млн унікальних користувачів, в той час, як в 2013 році ця цифра коливалась в межах від 0.6 до 2.6 мільйонів користувачів, а загальна кількість електронних гаманців становила 35 млн та 8.2 млн відповідно. [1, 52-58]

Важливою відмінністю криптовалют є те, що в них немає такого поняття як емітент. Валюта продукується за рахунок обчислень на електронних пристроях.

За оцінкою Сіті, яка були оприлюднена у грудні 2017 року, Україна має один з найвищих в світі показників капіталу в біткойнах у відсо-

¹ **Репарюк Володимир Іванович**, студент, юридичний факультет, УжНУ (Науковий керівник: викл. Логойда В.М.)

ткому відношенні до ВВП, а саме: близько 2,4%⁶⁶ (або 2,2 мільярди доларів).[2]

Згідно з ринковими джерелами, криптовалютою володіють 90 000-95 000 українців. Ядро спільноти складає 25 000 осіб, ці люди володіють більшими сумами. На хвилі ажіотажу 2017- 2018 років, невеликі суми вклали у криптовалюту ще 65 000-70 000 українців.[2]

На даний час, в Україні правовий статус криптовалют ще не визначений. Але над цим ведеться клопітка робота. Згідно Постанови Верховної Ради України №2679 від 07.02.2019 року «Про порядок денний десятої сесії Верховної Ради України восьмого скликання» на розгляд винесено два законопроекти, які повинні регулювати ті суспільні відносини, що виникають в процесі використання криптовалют, а саме, це законопроекти №7183, №7183-1 та зміни до податкового кодексу, згідно з проектом закону «Про стимулювання ринку криптовалют та їх похідних в Україні», № 7246 від 30.10.2017. [5]

Згідно законопроекту «Про обіг криптовалют в Україні», криптовалюта – це програмний код (набір символів, цифр та букв), що є об'єктом права власності, який може виступати засобом міни, відомості про який вносяться та зберігаються у системі блокчейн в якості облікових одиниць поточної системи блокчейн у вигляді даних (програмного коду) [4], а в законопроекті №7183-1 визначення криптовалюти має наступний вигляд:

Криптовалюта – децентралізований цифровий вимір вартості, що може бути виражений в цифровому вигляді та функціонує як засіб обміну, збереження вартості або одиниця обліку, що заснований на математичних обчисленнях, є їх результатом та має криптографічний захист обліку. Криптовалюта для цілей правового регулювання вважається фінансовим активом. [6]

На мою думку, обидва визначення не повністю описують сутність криптовалют. В першому нічого не сказано про криптографічний захист, що є однією з основних вимог до криптовалют. Саме він забезпечує надійність системи блокчейн та підтримує її в робочому стані.

В другому визначенні йдеться, що криптовалюта може бути виражена в цифровому вигляді, тобто, автор не виключає вираження цифрових валют в інших виглядах що, на мою думку, є не цілком вірним.

Обидва законопроекти передбачають створення криптовалютних бірж, які б надавали послуги у сфері криптовалютних операцій. Наступним важливим фактом є державне регулювання ринку криптовалют. В законопроекті «Про обіг криптовалют в Україні» державне управління покладається на Національний Банк України, а в альтернативному – на Регулятора.

Згідно з спільною заявою фінансових регуляторів, незважаючи на існування в світі численних практик використання криптовалют у якості міри вартості, засобу обміну та накопичення, її складна правова природа не дозволяє ототожнити її з будь-яким із суміжних понять (грошові кошти, валюта, валютна цінність, законний платіжний засіб, електронні гроші, цінні папери, грошовий сурогат тощо). [7]

Звідси робимо висновок, що законодавче закріплення правового статусу є необхідною умовою для розуміння методів регулювання у сфері створення та використання криптовалют.

Список використаних джерел

1. GLOBAL CRYPTOCURRENCY BENCHMARKING STUDY, Dr Garrick Hileman & Michel Rauchs, Cambridge Centre for Alternative Finance, 2017
2. КРИПТОВАЛЮТИ В УКРАЇНІ: ТЕХНОЛОГІЯ, РИНОК, РЕГУЛЮВАННЯ [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://zakon.help/article/kriptovalyuta-v-ukraini-tehnologiya-kriptovalyuti/>
3. Про внесення змін до Податкового кодексу України (щодо стимулювання ринку криптовалют та їх похідних в Україні): Законопроект [Подання від 30.10.2017 №7246] http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=7246&skl=9
4. Про обіг криптовалют в Україні: Законопроект [Подання від 06.10.2017 №7183] http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62684
5. Про порядок денний десятої сесії Верховної Ради України восьмого скликання, Постанова ВРУ від 07.02.2019 року, [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2679-viii>
6. Про стимулювання ринку криптовалют та їх похідних в Україні: Законопроект [Подання від 10.10.2017 №7183-1] http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62710
7. Спільна заява фінансових регуляторів щодо статусу

VI. РОЗВИТОК ПРИВАТНОГО ПРАВА УКРАЇНИ В КОНТЕКСТІ ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ

ZMIANA INSTYTUCJI PRZEDAWNIEŃ ROSZCZEŃ W PRAWIE POLSKIM Z 2018 R.¹

Podstawowym celem zmian przepisów dotyczących przedawnienia² roszczeń było wykluczenie dochodzenia przez wierzyciela wobec konsumenta przedawnionego roszczenia. Celem gospodarczym zmian było wykluczenie obrotu drobnymi, przedawnionymi roszczeniami, które wyspecjalizowane przedsiębiorstwa najpierw³ skupowały, a następnie dochodziły od nieświadomych konsumentów, którzy ze względu na brak wiedzy nie podnosili zarzutu przedawnienia.

Kolejnym celem zmian legislacyjnych było skrócenie terminów przedawnienia, mianowicie podstawowego terminu przedawnienia z art. 118 k.c. oraz terminów przedawnienia roszczeń stwierdzonych prawomocnym orzeczeniem sądu (art. 125 k.c.) z 10 do lat 6 . Wiąże się z tym kolejne i nowe rozwiązanie, które określa w sposób szczególny dla roszczeń, których termin przedawnienia wynosi dwa i więcej lat datę końca upływu terminu przedawnienia (art. 118 zd. 2 k.c.).

Aby wykluczyć dochodzenie roszczeń skierowanych przeciwko konsumentom wprowadzono art. 117 § 21 k.c., który przewiduje, że po upływie terminu przedawnienia nie można domagać się zaspokojenia roszczenia przysługującego przeciwko konsumentowi.

¹ **Piotr Zakrzewski**, Hab. PhD, University Professor, Chair of the II Department of Civil Law of the John Paul II Catholic University of Lublin

² Ustawa z 13.04.2018 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 1104.

³ Zob. szerzej P. Machnikowski, Nowelizacja przepisów Kodeksu cywilnego o przedawnieniu roszczeń, PS 2018, nr 9, s. 13-14; D. Bierecki, Nowe regulacje przedawnienia roszczeń, Rejent 2018, nr 10

Pojawia się pytanie, jak oceniać zwrot „nie można domagać się zaspokojenia” z art. 117 § 21 k.c.? Skoro jest to przedawnienie, jak mówi ten przepis, to po upływie terminu przedawnienia roszczenie nie gaśnie, ale upływ terminu przedawnienia następuje i jest uwzględniany *ex lege*. Według zasad ogólnych z art. 117 § 2 k.c. skutki upływu terminu przedawnienia występują tylko w razie podniesienia zarzutu przedawnienia przez dłużnika.

Z nowego art. 117 § 21 k.c. wynika, że skutek przedawnienia roszczenia skierowanego przeciwko konsumentowi w postaci przekształcenia się roszczenia zaskarżalnego w tzw. roszczenie niezupełne, czyli takie które nie może być przymusowo dochodzone, następuje, jak była o tym mowa, *ex lege*, a sąd obowiązany jest brać upływ tego terminu z urzędu. Takie przedawnione roszczenie wobec konsumenta nadaje się do potrącenia, (art. 498 k.c.). Może być także przedmiotem odnowienia (art. 506 k.c.). Utrzymują się także służące zabezpieczeniu roszczenia (przedawnionego) prawo zatrzymania oraz zarzut niewykonania umowy wzajemnej. Przedawnienie roszczenia nie powoduje wygaśnięcia zastawu zwykłego i hipoteki. W przypadku poręczenia poręczyciel będzie musiał powołać się na zarzut wynikający dla niego z art. 117 § 21 k.c. Sąd nie weźmie go pod uwagę z urzędu (art. 883 k.c.)

Natomiast skutek przedawnienia w przypadku pozostałych roszczeń nie zmienił się. Przekształcenie się zobowiązania zaskarżalnego w niezaskarżalne następuje w razie podniesienia przez dłużnika zarzutu przedawnienia, który dłużnik nabywa po upływie terminu przedawnienia.

Ocena nowych przepisów z punktu widzenia prawnoporównawczego i wykładni systemowej nie przedstawia się pozytywnie. Zniekształcono jednolity model przedawnienia. Inne przesłanki skutkują wywołaniem skutku w postaci niemożności przymusowego dochodzenia roszczenia.

Z punktu widzenia prawa procesowego należy zauważyć, że art. 117 § 21 k.c. nie zmienia zasady kontradyktoryjności procesu, tj. sąd może uwzględnić upływ terminu przedawnienia roszczenia skierowanego przeciwko konsumentowi z urzędu w razie, gdy pozwany zgromadzi dowody wskazujące na to, że termin przedawnienia rzeczywiście upłynął. Jeżeli tak nie jest, to sąd nie może go do tego zobowiązać lub przyjąć, że te dowody istnieją albo przeprowadzić je z własnej inicjatywy (pomijam ogólne zasady domniemań faktycznych i prawnych, itp.). Pewną pomocą dla sądu i dłużnika może być dodany art. 187 § 1 pkt. 11 k.p.c. nakazujący w sprawach o zasądzenie roszczenia podawać w pozwie przez powoda daty wymagalności jego roszczenia.

Kolejna ocena nowych przepisów przeprowadzana jest z punktu widzenia Konstytucji RP¹. Artykuł 64 ust. 2 Konstytucji RP stanowi, że własność i inne prawa majątkowe, w tym roszczenia podlegają ochronie. Zatem nowy art. art. 117 § 21 k.c. osłabia tę ochronę roszczeń wierzyciela, które tracą ex lege ochronę prawną po upływie terminu przedawnienia. Pytanie, dlaczego roszczenia przeciwko konsumentowi zasługują na wzmożoną ochronę, a inne, np. roszczenia przeciwko fundacji już nie, pozostaje otwarte? Czy nowe przepisy stanowią naruszenie konstytucyjnej ochrony roszczeń z art. 64 ust. 2 Konstytucji RP w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP formułującym zasadę równego traktowania jest warte rozważania, a odpowiedź może nie wypadać pozytywnie.

W istocie w nowych przepisach ustawodawca przywrócił w części zróżnicowany mechanizm przedawniania art. 117 § 2 k.c. w wersji sprzed 1990 r., który wobec roszczeń wynikających ze stosunków gospodarki społecznej (podlegającej tzw. arbitrażowi gospodarczemu) ustanawiał inny skutek przedawnienia niż wobec pozostałych roszczeń. Było nim wygaśnięcie roszczenia. Z kolei zasady ogólne przedawnienia roszczeń zakładały uwzględnienie upływu terminu przedawnienia z urzędu przez sąd, ale sąd mógł nie uwzględniać upływu tego terminu przedawnienia, jeżeli termin przedawnienia nie przekraczał 3 lat, a opóźnienie w dochodzeniu roszczeń było usprawiedliwione wyjątkowymi okolicznościami i nie było nadmierne. Wówczas przyjmowano, że wszystkie te przesłanki muszą zachodzić łącznie i należy mieć na uwadze całokształt sprawy.

Okazuje się więc, że zbliżone rozwiązanie do dawnego art. 117 § 3 k.c. w wersji obowiązujące sprzed 1990 r. wprowadza nowy art. 117 § 1-2 k.c. Przewiduje on, że w wyjątkowych okolicznościach sąd może rozważyć interesy obu stron i nieuwzględnić upływu terminu przedawnienia wobec konsumenta, który dokonuje się ex lege, jeżeli wymagają tego względy słuszności. Dalej następuje rozwinięcie przepisu, mianowicie sąd podejmując taką decyzję o nieuwzględnianiu upływu terminu przedawnienia powinien rozważyć:

1. długość terminu,
2. długość okresu od upływu terminu przedawnienia, a terminem dochodzenia roszczenia (w mojej ocenie mała różnica między terminami uzasadnia stosowanie art. 117 § 1-2 k.c. przez sąd),
3. charakter okoliczności które spowodowały niedochodzenie roszczenia, zwłaszcza naganne zachowanie dłużnika.

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483, z 2001 r. Nr 28, poz. 319, z 2006 r. Nr 200, poz. 1471, z 2009 r., Nr 114, poz. 946..

Wyżej wymienione okoliczności, które sąd może brać pod uwagę nie tworzą katalogu zamkniętego, a zatem sędzia ma swobodę oceny, tj. nie muszą być spełnione wszystkie te okoliczności, aby sąd nie uwzględnił upływu terminu przedawnienia ex lege.

Pojawia się pytanie o skutki rozstrzygnięcia sądu na podstawie art. 1171 k.c., czyli co oznacza i jakie skutki wywołuje nieuwzględnienie upływu terminu przedawnienia przez sąd?

Odrzucić trzeba pogląd, że przedawnienie następuje wówczas według zasad ogólnych, czyli po podniesieniu zarzutu przedawnienia przez dłużnika, bo roszczenia te nie podlegają art. 117 § 2 k.c., tj. nie przedawniają się na zasadach ogólnych. Tak samo trzeba ocenić pogląd, że roszczenia te nie przedawniają się. Natomiast zaakceptować należy pogląd, że wówczas mimo upływu terminu przedawnienia skutek ex lege przedawnienia nie wystąpił, tj. zobowiązanie przeciwko konsumentowi nie przekształciło się ex lege w zobowiązanie naturalne. Orzeczenie sądu wydane na podstawie art. 1171 k.c. działa z mocą wsteczną i jest konstytutywne. W efekcie od chwili wydania wyroku przez sąd na podstawie art. 1171 k.c. należy liczyć ponowne rozpoczęcie biegu terminu przedawnienia, którego upływ będzie także sąd ponownie uwzględnił ex lege.

W wyniku zmian legislacyjnych z 2018 r. doszło do skrócenia podstawowego terminu przedawnienia z lat 10 do lat 6 (art. 118 k.c.). Ocena tego jest mieszana, ponieważ nie dokonano tych zmian w sposób spójny, tj. nie powiązano skrócenia terminu przedawnienia z momentem wymagalności roszczenia, przez który należałoby rozumieć stan subiektywnej wiedzy wierzyciela, że roszczenie mu przysługuje¹. Jeżeli taka pewność jest, to zasadne jest skrócenie terminu przedawnienia. Na takich założeniach opierały się reformy przedawnienia w prawie niemieckim i ukraińskim. W przypadku omawianych zmian tego zabrakło. W efekcie roszczenia są gorzej chronione przed upływem czasu, co stawia pytanie o celowość przeprowadzonej nowelizacji?

Ostatnia zmiana polega na określeniu daty końca upływu terminu przedawnienia (art. 118 zd. 2 k.c.). Przepis ten stosuje się do każdego roszczenia, którego termin przedawnienia wynosi dwa lub więcej lat. Cel tej zmiany sprawdza się do tego, że nie jest ważne wykazanie przez dłużnika konkretnej daty, w której rozpoczął się bieg terminu przedawnienia. Wystarczy, że dłużnik udowodni, w którym roku bieg terminu przedawnienia się rozpoczął, ponieważ w myśl art. 118 zd. 2 k.c. zakończy się on w ostatnim dniu roku kalendarzowego.

Polski przepisy o przedawnieniu wymagają zmian, ale omówiona nowelizacja stanowi jedynie fragmentaryczną zmianą, a zatem jest nie wystarczająca.

¹ Pozytywnie ocenia zmiany: P. Machnikowski, op. cit., s. 8-9; przeciwnie D. Bierecki, op. cit., s. 22.

Change of the statute of limitations for claims in Polish law of 2018

The primary purpose of the change in the rules on limitation of claims was to exclude the creditor's claim against the consumer of a time-barred claim. The economic objective of the changes was to exclude trading in small, obsolete claims, which specialized enterprises first bought, and then came from unsuspecting consumers who, due to lack of knowledge, did not claim the limitation period.

Another goal of legislative changes was to shorten the limitation periods, namely the basic period of limitation from art. 118 k.c. and time limits for claims established by a final court decision (Article 125 of the Civil Code) from 10 to 6 years. This is connected with the next and new solution, which specifies in a special way for claims whose limitation period is two and more years, the date of the end of expiration of the limitation period (Article 118, part 2 of the Polish Civil Code).

To exclude the pursuit of claims against consumers, Article art. 117 § 21 of the Civil Code, which provides that after the expiration of the limitation period, the claim against the consumer can not be sought.

The question arises how to evaluate the phrase «you can not demand satisfaction» from art. 117 § 21 k.c.? Since this is a limitation, as the provision says, then after the expiration of the limitation period, the claim is not extinguished, but the expiration of the limitation period takes place and is taken into account *ex lege*. According to the general rules of art. 117 § 2 k.c. the effects of expiration of the limitation period occur only when the debtor raises a plea of limitation.

From the new art. art. 117 § 21 k.c. it follows that the effect of limitation of a claim directed against the consumer in the form of a change of the challengable claim in the so-called incomplete claim, i.e. that which can not be compulsorily prosecuted, takes place, as it was referred to, *ex lege*, and the court is obliged to take the term of this term *ex officio*. Such an overdue claim against the consumer is suitable for deduction (Article 498 of the Polish Civil Code). It can also be renewed (Article 506 of the Polish Civil Code). There are also safeguards for securing the claim (prescription) of the right to detain and the charge of non-performance of a reciprocal contract. The limitation of the claim does not result in the expiry of the ordinary pledge and the mortgage. In the case of a surety, the guarantor will have to invoke the plea arising for him from art. 117 § 21 k.c. The court will not take it into account from office (Article 883 of the Polish Civil Code).

However, the effect of limitation in the case of other claims has not changed. The transformation of a compliant obligation into an unjustifiable one occurs when the debtor raises a limitation claim that the debtor acquires after the expiration of the limitation period.

The assessment of new provisions from a legal and comparative perspective and systemic interpretation is not positive. The uniform aging model has been distorted. Other conditions result in the effect of inability to enforce the claim.

From the point of view of procedural law, it should be noted that art. 117 § 21 k.c. does not change the adversarial principle of the trial, i.e. the court may take into account the expiration of the limitation period for a claim against the consumer *ex officio* if the defendant gathers evidence showing that the limitation period has actually expired. If this is not the case, then the court can not oblige him to do so or assume that this evidence exists or be carried out on his own initiative (I ignore the general rules of factual and legal presumptions, etc.). Some help for the court and the debtor may be added art. 187 § 1 point 11 k.p.c. ordering in the cases of adjudication of the claim, indicate in the claimant's claim the due date of his claim.

Another evaluation of the new regulations is carried out from the point of view of the Constitution of the Republic of Poland. Article 64 para. 2 of the Constitution of the Republic of Poland provides that property and other property rights, including claims, are protected. So a new art. Art. 117 § 21 k.c. it weakens this protection of the creditor's claims that lose *ex lege* legal protection after the expiration of the limitation period. The question is, why claims against the consumer deserve enhanced protection, and others, such as claims against the foundation no longer, remain open? Do new regulations constitute a violation of the constitutional protection of claims under art. 64 § 2 art. art. 32 § 1 of the Constitution of the Republic of Poland formulating the principle of equal treatment is worth considering, and the answer may not fall out positively.

In fact, in the new provisions, the legislator restored in part the diversified mechanism of limiting art. 117 § 2 k.c. in the version from before 1990, which in the face of claims resulting from relations of the socialized economy (subject to the so-called commercial arbitration) established a different effect of limitation than other claims. It was the expiration of the claim. On the other hand, the general rules of limitation of claims presupposed the court's expiry of the limitation period, but the court could not take into account the expiry of this limitation period, if the limitation period did not exceed 3 years, and the delay in pursuing claims was justified by exceptional circumstances and was not excessive. It was then assumed that all these premises must be taken together and that the whole matter should be kept in mind.

It turns out that a similar solution to the former art. 117 § 3 k.c. in the pre-1990 version, introduces a new art. 117 § 1-2 k.c. It provides that in exceptional circumstances the court may consider the interests of both parties and not take into account the expiry of the limitation period for the consum-

er, which is carried out *ex lege*, if equity so requires. The next step is the development of the provision, namely the court making such a decision on not taking into account the expiration of the limitation period should consider:

1. length of the deadline,
2. the length of the period from the lapse of the limitation period to the date of pursuing the claim (in my opinion, the small difference between the dates justifies the application of Article 1171 § 1-2 of the Polish Civil Code by the court),
3. the nature of the circumstances that led to the failure to pursue the claim, in particular the debtor's reprehensible conduct.

The above-mentioned circumstances which the court may take into account do not form a closed catalog, and therefore the judge is free to assess, i.e. not all of these circumstances must be met so that the court does not take into account the expiry of the *ex lege* limitation period.

A question arises about the effects of a court decision based on art. 1171 k.c., or what does it mean and what are the consequences of not taking into account the expiry of the period of limitation by the court?

It is necessary to reject the view that the statute of limitations then takes place according to general principles, i.e. after raising the claim of limitation by the debtor, because these claims are not subject to art. 117 § 2 k.c., i.e. they do not expire on general principles. The same view must be taken that these claims are not time-barred. On the other hand, one accepts the view that then, despite the expiration of the limitation period, the effect of *ex lege* limitation did not occur, i.e. the obligation against the consumer did not turn into an obligation to the *ex lege*. A court decision issued on the basis of art. 1171 k.c. works retroactively and is constitutive. As a result, from the moment the judgment was handed down by the court pursuant to art. 1171 k.c. it is necessary to count the re-start of the limitation period, the passage of which will also be taken into consideration by the court *ex lege*.

As a result of legislative changes of 2018, the basic limitation period from 10 years to 6 years has been shortened (Article 118 of the Polish Civil Code). The assessment of this is mixed because these changes have not been made in a coherent way, i.e. no shortening of the limitation period has been associated with the maturity of the claim, which should be understood as the subjective knowledge of the creditor that the claim is due to him. If such certainty is, it is reasonable to shorten the period of limitation. Such assumptions were based on the limitation reforms in German and Ukrainian law. In the case of the discussed changes, this was missing. As a result, claims are less protected before the passage of time, which raises the question about the desirability of the amendment?

The last change consists in determining the date of the end of the expiration of the limitation period (Article 118, part 2 of the Polish Civil Code). This provision applies to any claim whose limitation period is two years or more. The purpose of this change is to check that it is not important for the debtor to show the specific date on which the limitation period began. It is enough for the debtor to prove in which year the course of the limitation period began, because pursuant to art. 118 part. 2 k.c. it will end on the last day of the calendar year.

The Polish provisions on prescription require changes, but the discussed amendment is only a fragmentary change, and therefore is not sufficient.

ТЕОРЕТИЧНИЙ ПІДХІД ДО ВИЗНАЧЕННЯ МАЙНОВИХ ПРАВ ТА ОБОВ'ЯЗКІВ ПОДРУЖЖЯ ¹

Одним з пріоритетних напрямів розвитку правового регулювання інституту сімейного права є законодавча регламентація майнових праввідносин подружжя. ЦК України не містить визначення майнових прав, а в ст. 190 ЦК України сформульовано вказівку на їх отождоження з не споживною річчю і зазначено на визнання майнових прав речовими правами². Згідно із ст. 190 ЦК майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Отже, майнові права є: 1) неспоживною річчю; 2) визнаються речовими правами.

З аналізу чинного законодавства (статті 190, 656, 717 ЦК, Закон України від 2 жовтня 1992 р. № 2654-XII «Про заставу»³, Закон України від 19 червня 2003 р. № 979-IV «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати»⁴, Закон

¹ **Байрачна М.О.**, аспірантка, кафедра цивільного права № 2, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого.

² Сурженко О. А. Способи захисту майнових цивільних прав. Актуальні проблеми приватного права: матеріали XVIII наук.-практ. конф., присвяч.. 97-й річниці з дня народж. В. П. Маслова (Харків, 22 лют. 2019 р.). Харків: Право, 2019. С. 223 (с. 223-226).

³ Про заставу: Закон України від 02.10.1992 р. № 2654-XII; в ред. станом на 04.06.2017 р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/go/2654-12> (дата звернення 24.03.2019).

⁴ Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати: Закон України від 19.06.2003 р. № 979-IV; в ред. станом на 06.12.2012 р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/go/979-15> (дата звернення 24.03.2019).

України від 5 червня 2003 р. № 898-IV «Про іпотеку»¹), а також з урахуванням висновків Верховного Суду України за результатами розгляду спорів з приводу майнових прав (справи № 6-29429св09, 6-52295св10, 6-32594св10)², вбачається, що майнові права, поряд з будь-якими рухомими, нерухомими речами, грошима, цінними паперами, є об'єктами цивільного обороту. До майнових прав належить, зокрема, право вимоги, що виникає з приводу володіння, користування та розпорядження майном (наприклад, спадкові права; права вимоги особи за зобов'язаннями, за якими вона є кредитором; виключні права автора тощо), право вчиняти дії щодо оформлення права власності на майно.

У постанові Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 30 січня 2013 р. у справі № 6-168цс12 зроблено висновок³, що майнове право, яке можна визначити як «право очікування», є складовою частиною майна як об'єкта цивільних прав. Майнове право – це обмежене речове право, за яким власник цього права наділений певними, але не всіма правами власника майна, та яке засвідчує правомочність його власника отримати право власності на нерухоме майно чи інше речове право на відповідне майно в майбутньому. Суб'єктивне право може складати собою майно лише у тому разі, якщо таке право має економічну цінність, яка більш-менш точно може бути виражено в грошовому еквіваленті⁴.

«Майно» - це категорія цивільного права; право на майно – це суб'єктивне цивільне право. Тому, майном може бути лише таке право, що є цивільним за своєю природою⁵. Слід зауважити, що категорії «цивільні права та обов'язки» (civil rights and obligations) в практиці ЄСПЛ, так само як і поняттю майна, - надається автономне тлумачення. Щодо практики цивільних прав особливий інтерес становить справа Феразіні проти

¹ Про іпотеку: Закон України від 05.06.2003 р. № 898-IV; в ред. станом на 19.10.2016 р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/go/898-15> (дата звернення 24.03.2019).

² Аналіз деяких питань застосування судами законодавства про право власності при розгляді цивільних справ. URL: <http://www.scourt.gov.ua/..../1207B66D24762C1DC2257D0E004> (дата звернення 24.03.2019).

³ Про визнання договору іпотеки майнових прав частково недійсним та зобов'язання вчинити певні дії: постанова Верх. Суду України від 30 січня 2013 року по справі № 6-168цс12. URL: <http://www.scourt.gov.ua/.../DF7B0F694375DD61C2257B200035> (дата звернення 24.03.2019).

⁴ Карнаух Б. П. Поняття майна в контексті статті 1 Протоколу № 1 до Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Проблеми законності, 2016, № 132. С. 207.

⁵ Карнаух Б. П. Там само. С. 207.

Італії, в якій Суд зокрема зазначив наступне: «Відносини між індивідом і державою істотно змінилися в багатьох сферах упродовж п'ятдесяти років, що минули від часу прийняття Конвенції, і державне регулювання при цьому дедалі більше втручається в приватноправові відносини. Це спонукало Суд до визнання того, що процедури, котрі згідно з національним правом розглядаються як частина «публічного права», тим не менше можуть підпадати під дію статті 6, у її «цивільному» аспекті за умови, що наслідки (таких процедур) є визначальними для приватних прав та обов'язків. Більше того, дедалі зростаюче втручання держави в повсякденне життя людей, приміром у сфері соціального забезпечення вимагає від Суду оцінювати властивості публічного й приватного права перш ніж робити висновок про те, чи може спірне право бути класифіковане як «цивільне»...»¹. Таким чином, з даної справи можна помітити: 1) поділ права на публічне та приватне; 2) якщо право визнано приватним, то суб'єктивні права розглядаються як цивільні.

Майновими правовідносинами у сімейному праві вважають врегульовані нормами сучасного законодавства відносини між суб'єктами права, в яких об'єктом є будь-які майнові блага (речі індивідуального користування, премії, нагороди, майно, набуте під час перебування у шлюбі, грошові утримання тощо)².

СК України закріплює два види майнових правовідносин подружжя, які будуються на: 1) особистій приватній власності подружжя (гл. 7 СК); 2) спільній сумісній власності подружжя (гл. 8 СК).

Таким чином, майнові права подружжя – це врегульовані нормами цивільного та сімейного законодавства правило можливої поведінки між подружжям щодо майна, набутого за час перебування у шлюбі. Майнові обов'язки подружжя – це врегульовані нормами цивільного та сімейного законодавства міра необхідної (належної) поведінки подружжя відносно майна, набутого за час перебування у шлюбі. Обов'язок існує лише остільки, оскільки існує право³. Характеризуючи правомочність та обов'язок, Є. М. Трубецький зазначав, що коли об'єктивне право складається із сукупності юридичних норм та «являє собою суспіль-

¹ Ferrazzini v. Italy, no. 44759/98&24, 25, 27 ECHR 2001-VII.

² Правове регулювання особистих немайнових та майнових відносин між суб'єктами сімейних правовідносин: Роз'яснення Міністерства юстиції України від 05.07.2011 р. //Законодавство України: //Document. UA. URL:

<https://zakon.rada.gov.ua/go/n0048323-11/n0048323-11> (дата звернення 18.03.2019)

³ Надьон В. В. Суб'єктивний обов'язок як елемент змісту цивільних правовідносин: моногр. Харків: Право, 2017. С. 15.

ний елемент права», то право в суб'єктивному значенні «складається з правомочностей та обов'язків інших». Юридична свобода однієї особи неодмінно містить у собі домагання, вимогу, спрямовану до інших осіб, належних поважати цю свободу¹. Саме правовідносини створюють надійний взаємозумовлений правовий зв'язок між суб'єктами права, коли законним домаганням носія суб'єктивного права відповідає юридичний обов'язок². Суб'єктивне право або право окремої особи є невід'ємним поняттям правової системи та правової науки. Виокремлення суб'єктивного прав в складі правовідносин є невід'ємним, якщо врахувати, що воно виникає як мінімум між двома суб'єктами, де поняття суб'єктивного права сприяє розподілу прав та обов'язків зазначених учасників правовідносин з тим, щоб можливості певної поведінки одного суб'єкта не становили загрози можливостям відповідної поведінки іншого суб'єкта.

ІСТОРИЯ РОЗВИТКУ ТЕЛЕМЕДИЦИНИ ТА ЙОГО ВИЗНАЧЕННЯ³

Витоки еволюції та використання телемедицини відноситься до 1920 року в Нью-Йорку, де релігійна спільнота християнських моряків пропонувала своїм членам телемедицину по радіо. Пізніше в 1950 р. телемедицина застосовувалася у віддалених районах США, а в 1960 р. застосовувалася в просторі для моніторингу здоров'я космонавтів. З іншого боку Атлантики, в Середземномор'ї і, зокрема, в Італії, телемедицина була застосована в Міжнародному центрі радіо медико (Centro Internazionale Radio Medico) з 1935 року для надання медичної допомоги екіпажам суден у межах італійських кордонів, незалежно від національності суден. В даний час він також застосовується на машинах швидкої допомоги в європейських країнах, таких як Німеччина, Швеція, Голландія, Австрія та Великобританія.⁴ В Греції він застосовується протягом ос-

¹ Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права /науч. Ред.. Г. Г. Вернадский, сост. Ю. А. Садулов. СПб.: Лунь, 1998. С. 121. (224 с.).

² Прокопьев А. Ю. Гражданские правоотношения: понятие, элементы и виды: моногр. М.: Юрлитинформ, 2016. С. 3.

³ **Булеца Сібілла Богданівна**, доктор юридичних наук, професорка, зав. кафедри цивільного права та процесу, УжНУ.

⁴ Katzenmeier Schlag-Slavu (2010). Rechtsfragen des Einsatzes der Telemedizin im Rettungsdienst. pp. 151-168.

таних трьох десятиліть або до державних лікарень, таких як Лікарня грецького флоту і лікарні «Sygggos», або приватно, або за допомогою програми Vodafone, або через фінансування Європейської програми телемедицини «Леонардо» да Вінчі.¹ Деякі важливі справи щодо застосування телемедицини у всьому світі варто відзначити. У 1988 р. Радянська Республіка Вірменія постраждала від руйнівних землетрусів. З метою допомоги НАСА застосувала програму медичної допомоги під назвою «Космічний міст» у Вірменії, яка була застосована через супутник. Таким чином було подолано будь-який потенційний політико-економічний конфлікт між США та СРСР щодо зон політичного впливу та фінансових інтересів.²

Ще один, добре відомий інцидент, у квітні 1995 року в Пекіні, Tsou Ling, студентка впала в кому. У лікарні Пекіна лікарі не змогли діагностувати причину цієї раптової втрати свідомості. Студенти Пекінського університету відправили в електронному вигляді SOS-пошту, в якій вказали ознаки та симптоми пацієнта, щоб полегшити пошук хвороби. Вісімдесят чотири лікарі з усього світу відповіли, діагностуючи рідкісну форму енцефаломіокардиту (синдром Гійена-Барре), що дало китайським лікарям можливість правильного лікування.³ Цей інцидент підкреслює внесок телемедицини не тільки в поліпшення здоров'я людей, але й сприяє поширенню медичних знань в ізольованих районах.⁴

Норвегія, країна, в якій вже давно задалися питанням, як надати медичну допомогу людям, що живуть у віддаленій місцевості. І у 1993 році рішення було знайдено. У країні почався процес впровадження технологій телемедицини. Йшли за двома напрямками - консультації лікар-лікар і лікар-пацієнт. У першому випадку, лікарі консультували колег в глибинці, у другому - лікарі надавали допомогу пацієнтам безпосередньо. Стартували вони з 6 чоловік персоналу та локалізації на півночі країни. Зараз це великий загальнодержавний проект. І цілком звично прийти на консультацію до лікаря, викликати його на будинок або проконсультуватися по відеозв'язку.

¹ Details on the Application of Telemedicine in Greece, the three models of telemedicine and the issue of non-fulfillment of personal medical treatment contract" in Laskaridis, Telemedicine and Liability in: Kanellopoulou-Boti/Panagopoulou-Koutnatzi, Bioethics Concerns. 2014. pp. 477- 498 (in Greek).

² Telemedicine Research Centre: What is Telemedicine? History of Telemedicine. URL: <http://208.129.211.511/what'stelemedicine.asp>

³ Zhu Ling's Case. URL: <http://www.rdscl.ucla.edu/telemed/zhu ling>

⁴ Civil liable persons by improperly fulfilled Telemedicine (2017). URL: <https://www.iatrikodikaio.com/en/civil-liable-persons-by-improperly-fulfilled-telemedicine/>

В європейських країнах телемедицина - поняття вже знайоме і звичне. Крім Норвегії успішні проекти є в Данії, Німеччині, Естонії, Фінляндії, Франції та Італії. У багатьох країнах телемедицина працює і в комерційному секторі. Яскравий приклад - Польща. Польські медики кажуть, що 8 з 10 звернень пацієнтів за допомогою вони можуть обробити онлайн.

Успішним вважається також проект в Канаді. У березні цього року представники канадської мережі Ontario Telemedicine Network приїжджали в Україну ділитися досвідом. В їх мережі працює 262 співробітника. Лікарі спілкуються з пацієнтами за допомогою відеодзвінка. У 2017 році вони провели 747 000 онлайн-консультацій. Завдяки телемедицині провінція Онтаріо змогла заощадити 67 млн канадських доларів. Інші провінції також підключаються до проекту.

Зростає попит на телемедицину і в США. Згідно з прогнозом Tractica, кількість телеконсультацій в Штатах зросте з 19,7 млн в 2014 році до 158,4 млн в 2020 році. За даними Mordor Intelligence, глобальний ринок телемедицини в 2017 році склав \$ 32,8 млн. Роком раніше його обсяг був на \$ 4 млн менше - \$ 28,8 млн. За прогнозами цієї дослідницької компанії, до 2023 року, обсяг ринку зросте майже до \$ 90 млн. Наприклад, у багатьох магазинах Walmart роздрібні споживачі можуть підійти до кіоску для консультації лікаря. Лікар не присутній фізично всередині магазину. Замість цього клієнт використовує комп'ютер з сенсорним екраном, щоб вводити свої симптоми і входити у віртуальний зал очікування. Потім вони з'єднуються за допомогою відеозв'язку з лікарем. Цей відеозв'язок захищено для захисту інформації про здоров'я пацієнта.

Проекти телемедицини можна знайти не тільки в розвиненій Європі, Канаді, США, Китаї або Японії, але і в різних варіаціях в Індії, Єгипті, Замбії, Мадагаскарі, Перу, Конго, Бурунді, Західній Африці, Іраку, Афганістані, Пакистані та Кувейті.¹

В загальному вважають, що при впровадженні телемедицини в експлуатацію необхідно вирішити наступні задачі: 1) визначення напрямку медичних консультацій при застосуванні телемедицини; 2) вибір юридичної бази; 3) розробка політики безпеки з визначенням учасників телемедицини, розподілу їх прав та відповідних криптографічних засобів захисту інформації; 4) вибір або розробка нових апаратних та програмних засобів з врахуванням визначених вище характеристик; 5) розробка системи вибору експертів; 6) тестування та

¹ Врач на связи: как работает телемедицина в мире и почему она нужна в Украине. URL: <https://ain.ua/2018/11/19/kak-rabotaet-telemedicina/>

верифікація створеної телемедицини.¹ І мабуть, саме основне це фінансове забезпечення, навчання медичний персонал користуватися інформаційними технологіями, враховуючи, що цей процес потребує збереження інформації про пацієнта і про стан його здоров'я і навпаки, навчання пацієнтів. Запровадження телемедицини в Україні на законодавчому рівні відбулося в 2017 році, і чи воно буде ефективним покаже час. На мою, думку, навряд держава зможе щорічно виділяти необхідну кількість фінансів для забезпечення ефективної роботи телемедицини, щоб вона йшла в крок із розвитком наукових та інформаційних технологій.

Слід зазначити, вперше визначення телемедицини дала Всесвітня асоціація охорони здоров'я (ВООЗ), яка визначає телемедицину як: «надання медичних послуг, де відстань є критичним фактором, усіма медичними працівниками, які використовують інформаційні та комунікаційні технології для обміну достовірною інформацією для діагностики, лікування та профілактики захворювань і травми, дослідження та оцінювання, а також для продовження навчання медичних працівників, все в інтересах поліпшення здоров'я людей та їх спільнот».²

Стаття 35 Основ законодавства про охорону здоров'я в Україні визначає, що телемедицина - комплекс дій, технологій та заходів, що застосовуються під час надання медичної допомоги з використанням засобів дистанційного зв'язку для обміну інформацією в електронній формі.

Таким чином, можемо дати визначення, що телемедицина - це використання телекомунікаційних технологій та інформаційних технологій для клінічних, медичних послуг у різних районах країни, в тому числі віддалених або для допомоги лікарям в разі екстреної ситуації зі швидкого реагування із визначенням правильного діагнозу.

¹ Дубчак Л.О. (2017) Телемедицина: сучасний стан та перспективи розвитку. Системи обробки інформації. Вип. 1 (147). С. 145-146.

² Craig J, Patterson V. (2005) Introduction to the Practice of Telemedicine. Journal Telemedicine and Telecare. №11 (1). P. 3-9.

ОКРЕМІ АСПЕКТИ УКЛАДАННЯ ШЛЮБНИХ ДОГОВОРІВ ¹

На сьогодні правовими актами, що закріплюють норми інституту шлюбного договору є Цивільний кодекс України, та Сімейний кодекс України. Поняття шлюбного договору у світі існує дуже давно. Інститут шлюбного договору, який вже дуже давно існував і успішно застосовувався в країнах західної Європи та США, з'явився в нашому законодавстві більш ніж 10 років тому, коли 23 червня 1992 року Верховна Рада України прийняла Закон «Про внесення змін і доповнень до Кодексу про шлюб і сім'ю України», згідно з яким Кодекс було доповнено статтею 27-1, яка передбачила можливість укладання шлюбного контракту між особами, які вступають у шлюб.

Дослідниця І. Жилінкова визначає шлюбний договір як згоду наречених або подружжя щодо встановлення майнових прав та обов'язків подружжя, пов'язаних з укладенням шлюбу його існуванням та припиненням².

Сьогодні поняття, зміст, правила укладання шлюбного договору визначені главою 10 Сімейного кодексу України.

Шлюбний договір- це угода, укладена особами, які подали заяву про реєстрацію шлюбу, а також між подружжям для регулювання їхніх майнових відносин.

Шлюбний договірний укладається за бажанням сторін як до реєстрації шлюбу, так і в будь-який час після його реєстрації.

Згідно з ст.95 СК якщо шлюбний договір укладено до реєстрації шлюбу, він набирає чинності у день реєстрації шлюбу. Якщо шлюбний договір укладено подружжям, він набирає чинності у день його нотаріального посвідчення.

Зокрема С. Фурса зазначає, що законодавством передбачено реалізацію права на укладання шлюбного договору і неповнолітніми особами у разі наявності засвідченої нотаріусом письмової згоди їхніх батьків або піклувальників³.

Сімейним кодексом України передбачено, що шлюбним договором

¹ **Данюк Леся Василівна**, кандидат юридичних наук, доцентка кафедри цивільного права та процесу, УжНУ.

² Жилінкова І. Концепція шлюбного договору за новим Сімейним Кодексом України. Вісник Акад. правових наук України. 2002. № 3. С.124

³ Фурса С. Шлюбний контракт в нотаріальному процесі. Право України. 2002. № 5. С. 56

регулюються лише майнові відносини між подружжям, визначаються їхні майнові права та обов'язки, а також майнові права та обов'язки подружжя як батьків.

Важливою умовою шлюбного договору є те, що його положення не повинні зменшувати обсягу прав дитини, які встановлені цим Кодексом, а також ставити одного з подружжя у надзвичайно не вигідне для нього матеріальне становище.

Шлюбний договір є правочином, оскільки спрямований на зміну відносин між подружжям, має спеціальний склад суб'єктів якими можуть бути не тільки подружжя, зареєстрували шлюб, але й особи, що вступають до шлюбу, шлюбний договір має спеціальні вимоги до оформлення, а саме укладається у письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню, регулює специфічне коло відносин-тільки майнові відносини подружжя.

Найважливішою особливістю шлюбного договору є те, що ним майнові права й обов'язки подружжя може бути визначено інакше, ніж це передбачено загальними правилами сімейного законодавства. Зокрема, може бути встановлено, що певне майно, яке належало одному з подружжя до шлюбу або буде одержано під час шлюбу в дар, стає їхньою спільною сумісною власністю; може бути визначено на розсуд подружжя розмір часток у праві власності на майно, що буде нажите в період шлюбу; може бути передбачено умови поділу спільного майна в разі розірвання шлюбу, а також порядок погашення боргів кожного з подружжя за рахунок спільного чи роздільного майна. Шлюбний договір може містити також положення про непоширення на майно, набуте ними за час шлюбу, положень про спільну сумісну власність і вважати це майно спільною частковою власністю або особистою приватною власністю кожного з них.

У шлюбному договорі сторони можуть передбачити використання належного їм обом або одному з них майна для забезпечення потреб їхніх дітей, а також інших осіб. Наприклад, можна включити до договору положення про те, що подружжя зобов'язується утримувати непрацездатних батьків, когось з них, або дітей, народжених не в спільному шлюбі, надавати цим особам грошову допомогу або/та надати їм можливість проживати разом з подружжям, виділивши окрему кімнату в будинку чи квартирі тощо.

У шлюбному договорі особи на власний розсуд можуть визначити право на утримання незалежно від непрацездатності та потреби у матеріальній допомозі, умови, розмір та строки, у які будуть здійснюватися такі виплати. При цьому у разі невиконання одним із подружжя свого обов'язку за договором аліменти можуть стягуватися на підставі

виконавчого напису нотаріуса. Шлюбним договором може бути встановлена й можливість припинення права на утримання одного з подружжя у зв'язку з одержанням ним майнової (грошової) компенсації.

У шлюбному договорі може бути встановлено загальний строк його дії, а також строки тривалості окремих прав та обов'язків, чинність договору або окремих його умов і після припинення шлюбу.

Укладаючи шлюбний договір, сторони можуть включити до нього: положення про порядок користування житлом, яке належить одному з подружжя на праві приватної власності; про звільнення після розлучення житлового приміщення тим з подружжя, хто вселився у нього у зв'язку з реєстрацією шлюбу; про проживання в житловому приміщенні родичів когось з подружжя.

У шлюбному договорі особи на власний розсуд можуть визначити право на утримання незалежно від непрацездатності та потреби у матеріальній допомозі, умови, розмір та строки, у які будуть здійснюватися такі виплати. При цьому у разі невиконання одним із подружжя свого обов'язку за договором аліменти можуть стягуватися на підставі виконавчого напису нотаріуса.

Шлюбним договором може бути встановлена й можливість припинення права на утримання одного з подружжя у зв'язку з одержанням ним майнової (грошової) компенсації. Подружжя або особи, що бажають взяти шлюб, можуть включити до шлюбного договору будь-які умови щодо правового режиму майна, якщо вони не суперечать моральним засадам суспільства. Однак ті умови шлюбного контракту, які всупереч волі будь-кого з подружжя погіршують його становище порівняно із законодавством України (мають дискримінаційний характер, позбавляють права на частку в нажитому майні тощо), не можуть бути визнані дійсними, так само як і шлюбний контракт, укладений без додержання порядку, встановленого законодавством України. Укладення шлюбного договору - не обов'язок, а взаємне рішення осіб вирішити питання життя сім'ї на власний розсуд.

На вимогу одного з подружжя договір може бути розірваний за рішенням суду з підстав, що мають істотне значення, зокрема в разі неможливості його виконання. Розірвання шлюбного можливе тоді, коли жодна з його умов не може бути виконана ні у первісному, ні у зміненому вигляді. До цього можуть привести різні обставини, зокрема об'єктивна або суб'єктивна неможливість їх виконання. Об'єктивна неможливість виконання може бути змовлена, знищенням майна, яке давало доходи, а суб'єктивна - каліцтвом, важкою хворобою, що виключає можливість вчинення одним із подружжя дій особистого

характеру. Шлюбний договір на вимогу одного з подружжя або іншої особи, права та інтереси, якої цим договором порушені, може бути визнаний недійсним за рішення суду з підстав, встановлених Цивільним кодексом України.

Одностороння зміна умов шлюбного договору не допускається. Шлюбний договір може бути змінено подружжям. Договір про зміну шлюбного договору, посвідчується в нотаріальному порядку.

МЕЖІ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА НА ТОРГОВУ МАРКУ ¹

Права інтелектуальної власності на торгову марку, як і на будь-якій іншій об'єкт інтелектуальної власності, являються обмеженими. Межі здійснення прав на торгову марку встановлюються законодавством. В зв'язі з цим основна мета цього дослідження – аналіз виключень із майнових прав на торгові марки.

Згідно статті 17 Угоди про ТРИПС члени можуть передбачати обмежені виключення із прав, надаваних товарним знаком, наприклад добросовісне використання описативних виражень, при умові, що такі виключення враховують законні інтереси власника товарного знака і третіх осіб. Ця стаття містить умови, дотримання яких є обов'язковим для встановлення обмежень прав на торгові марки. Якщо їх проаналізувати з позиції тріступеневого тесту, то можна виділити тільки два ступені:

- 1) обмежені виключення із прав, надаваних товарним знаком;
- 2) виключення враховують законні інтереси власника товарного знака і третіх осіб.

Хотілось би звернути увагу на те, наскільки законні інтереси правообладателя товарної марки і третіх осіб впливають на можливість закріплення в законодавстві обмеження прав на торгові марки. Доволі наочно відношення до інтересів цих осіб видно в оригінальному тексті. В англійській версії Угоди про ТРИПС ст.17 виглядає

¹ Крижна Валентина Миколаївна, кандидат юридичних наук, доцентка кафедри цивільного права № 2, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого.

так: «Members may provide limited exceptions to the rights conferred by a trademark, such as fair use of descriptive terms, provided that such exceptions take account of the legitimate interests of the owner of the trademark and of third parties». Как видим «take account of» было переведено как «учитывают» (на украинском языке – «враховують»). Если же сделать перевод с английского языка «take account of» как «принимать во внимание», то сразу видно, насколько и как учитываются интересы правообладателя торговой марки и третьих лиц. Особенно отчетливо видна эта разница при сравнении с требованиями, предъявляемыми к ограничениям прав на другие объекты интеллектуальной собственности.

Исключения из прав возможны, если они применительно к производству «необоснованно не ущемляют» интересы владельца прав, к изобретению – «не будут причинять существенного вреда» законным интересам патентовладельца, промышленному образцу – «не будут необоснованно причинять вред» интересам владельца охраняемого промышленного образца, а законные интересы владельца торговой марки только «принимает во внимание». Что касается необходимости принимать во внимание («taking account of»), то этот оборот используется и при формулировке исключений относительно изобретения и промышленного образца, но касается он не правообладателей, а третьих лиц. Таким образом, можно констатировать, что при установлении исключений из прав на торговые марки требуется меньший стандарт учета законных интересов владельца торговой марки.

Целесообразно также проанализировать, о каких законных интересах идет речь в ст. 17 Соглашения ТРИПС. Ведь фактически противопоставляются законные интересы владельца торговой марки (которые необходимо учитывать), и права, предоставленные торговой маркой (которые ограничиваются при установлении исключений из прав на торговые марки). По мнению группы ВТО, учитывая, что ст. 17 Соглашения ТРИПС создает исключение из прав, предоставляемых торговой маркой, законные интересы владельца торговой марки должны быть чем-то иным, чем полное осуществление этих юридических прав. Обосновывают они эту позицию тем, что законные интересы владельца торговой марки также сравниваются с законными интересами третьих лиц, у которых нет прав, предоставляемых торговой маркой. Таким образом, законные интересы, по крайней мере третьих лиц, являются чем-то иным, чем просто осуществление их законных прав [1].

Статья 17 Соглашения ТРИПС в качестве примера ограниченного исключения из прав, предоставляемых торговой маркой, приводит добросовестное использование описательных выражений. К сожалению,

специальное законодательство Украины относительно торговых марок не содержит прямого указания на такое исключение, а соответственно отсутствует практика его толкования. Помочь пролить свет на это основание может статья 196 Соглашения об ассоциации между Украиной, с одной стороны, и Европейским союзом, Европейским сообществом по атомной энергетике и их государствами-членами, с другой стороны (далее – Соглашение об ассоциации между Украиной и ЕС), которая предусматривает более широкий перечень исключений из прав, связанных с торговой маркой. Согласно ч.1 статьи 196 этого Соглашения, Стороны обеспечивают добросовестное использование описательных терминов, в частности географических указаний, как ограниченное исключение из прав, связанных с торговой маркой, таким образом, что такие ограниченные исключения учитывают законные интересы владельца торговой марки и третьих лиц. Таким образом, Соглашение об ассоциации между Украиной и ЕС также не содержит толкования добросовестного использования описательных терминов, а в качестве примера указывает, что к таковым можно отнести использование географических указаний, делая оговорку, что на таких же условиях Стороны могут вводить другие ограниченные исключения.

Согласно ч. 2 ст. 196 Соглашения об ассоциации между Украиной и ЕС, регистрация торговой марки не предоставляет владельцу право запрещать третьему лицу использовать в торговой деятельности:

- a) собственно наименование или адрес;
- b) данные, касающиеся вида, качества, количества, назначения, стоимости, географического происхождения или времени изготовления товаров или услуг или других характеристик товаров или услуг;
- c) торговую марку, если необходимо отметить назначение продукта или услуги, в форме оборудования и запасных частей, при условии, что лицо использует их добросовестно в соответствии с торгово-промышленной практикой.

В ч. 3 статьи 196 Соглашения об ассоциации между Украиной и ЕС предусмотрено, что регистрация торговой марки не дает владельцу право запрещать третьему лицу использование в торговом обороте прав, возникших ранее, если они используются только в отдельной местности и если эти права признаются законодательством Сторон и в пределах территории, на которой они признаются.

Части 2 и 3 статьи 196 Соглашения об ассоциации между Украиной и ЕС практически дублирует положение ст. 6 Директивы № 2008/95/ЕС Европейского Парламента и Совета «О сближении законодательств

государств-членов в отношении товарных знаков и знаков обслуживания» от 22 октября 2008 года. До принятия этой Директивы аналогичные основания содержались в ст. 6 Первой Директивы Совета 89/104/ЕЭС о сближении законодательств государств-членов в отношении товарных знаков и знаков обслуживания от 21 декабря 1988 года.

В п. 6 ст. 16 Закона Украины «Об охране прав на знаки для товаров и услуг» закреплено, что исключительное право обладателя свидетельства запрещать другим лицам использовать без его согласия зарегистрированный знак не распространяется на: осуществление любого права, возникшего до даты подачи заявки или, если был заявлен приоритет, до даты приоритета заявки; использование знака для товара, введенного под этим знаком в гражданский оборот обладателем свидетельства или с его согласия, при условии, что обладатель свидетельства не имеет веских оснований запрещать такое использование в связи с последующей продажей товара, в частности в случае изменения или ухудшения состояния товара после введения его в гражданский оборот; некоммерческое использование знака; все формы сообщения новостей и комментариев новостей; добросовестное применение ими своих имен или адресов.

Как видно из вышеизложенного, существует определенная несогласованность между международным и внутренним законодательством Украины относительно ограничения прав на торговые марки.

Следует обратить внимание, что, учитывая особенности торговой марки, установленные ограничения прав на нее носят несколько иной характер, чем на другие объекты интеллектуальной собственности. Однако есть и схожие основания. Так, подобно сфере патентного права применительно к правам на торговые марки в п. 6 ст. 16 Закона Украины «Об охране прав на знаки для товаров и услуг» предусмотрено так называемое исчерпание прав на торговые марки.

Также ныне действующий ГК Украины впервые закрепил по аналогии такое ограничение прав на торговые марки как право преждепользователя, которое традиционно используется именно в сфере патентного права.

Согласно ст. 500 ГК Украины, любое лицо, которое до даты подачи заявки на торговую марку или, если был заявлен приоритет, до даты приоритета заявки в интересах своей деятельности добросовестно использовало торговую марку в Украине или осуществило значительную и серьезную подготовку для такого использования, имеет право на безвозмездное продолжение такого использования или использования, которое предполагалось указанной подготовкой (право преждепользователя).

Если закрепление права преждепользователя в патентном праве объясняется возможностью параллельного изобретательства и является своеобразным компромиссом, то применительно к ограничению прав на торговые марки подобная аргументация не применима. Объясняется это, в частности тем, что в законодательстве закреплён принцип не абсолютной, а относительной новизны обозначений, заявляемых как торговые марки. При определении новизны обозначения учитываются: во-первых, торговые марки, зарегистрированные или заявленные для регистрации в Украине; во-вторых, марки, хотя и не зарегистрированы на территории Украины, но охраняемые на ее территории в силу международных договоров. Иной подход применяется при определении новизны объектов патентного права. Так, изобретение и полезная модель признаются новыми, если они не являются частью уровня техники, который включает: все сведения, ставшие общедоступными в мире, а также содержание любой заявки на выдачу в Украине патента (в том числе международной заявки, в которой указанная Украина) в той редакции, в которой эта заявка была подана сначала. Таким образом, поскольку сам факт использования обозначения не порочит новизны торговой марки, то на этом основании в отличие от патента нельзя признать свидетельство недействительным, а поэтому необходимость законодательного компромисса как в патентном праве отсутствует.

Наиболее сложным для установления является критерий использования обозначения потенциальным преждепользователем или совершение им значительной и серьезной подготовки к такому применению. Объясняется это тем, что поскольку согласно ч. 4 ст. 16 Закона Украины «Об охране прав на знаки для товаров и услуг» использованием торговой марки признается нанесение ее на любой товар, упаковку, в которой содержится такой товар, вывеску, связанную с ним, этикетку, нашивку, бирку или другой прикрепленный к товару предмет, хранение такого товара с целью предложения для продажи, предложение его для продажи, продажа, импорт (ввоз) и экспорт (вывоз), применение его во время предложения и предоставления любой услуги, а также применение ее в деловой документации или в рекламе и в сети Интернет, то для проведения указанных действий не требуется значительной и серьезной подготовки. Поэтому достаточно трудно установить факт, что лицо готовилось к использованию, поскольку уже сам факт нанесения обозначения на товар или документацию является использованием торговой марки.

Если в отношении объектов патентного права, в отношении которых законодательное закрепление права преждепользователя ха-

рактарно, существует вполне реальная техническая возможность установить факт использования или значительной подготовки к такому использованию (например, создание опытно-промышленных образцов, приобретение необходимого оборудования и т.п.), то для торговой марки такой критерий не подходит.

Таким образом, когда речь идет о торговых марках, то достаточно трудно очертить границы возможности признания лица преждепользователем и в связи с этим защищать его права. В отличие от объектов патентного права, где существует вполне реальная техническая возможность установить факт использования или значительной подготовки к такому использованию (например, создание опытно-промышленных образцов, приобретение необходимого оборудования и т.п.), применительно к торговой марке значительных капиталовложений не требуется. Поэтому минимальные усилия и смекалка могут дать возможность в случае регистрации торговой марки другим лицом ставить вопрос о наличии права преждепользователя. Достаточно ли, например, для значительной подготовки разработать обозначение и зафиксировать класс товаров и услуг, в отношении которого оно будет использоваться? Теоретически можно дать даже положительный ответ, ведь не существует четких критериев какие действия являются достаточными для возникновения прав преждепользования.

Как следствие в связи с возможными скудными подготовительными действиями достаточно трудно установить факт добросовестности преждепользования торговой марки. Следует отметить, что в также ГК Украины не четко выписаны пределы прав преждепользователя. Ранее принятое специальное законодательство в сфере патентного права содержит уточнение, что преждепользователь «имеет право на безвозмездное продолжение такого использования или использования, которое предполагалось указанной подготовкой». Однако ограничение прав на торговую марку должно быть четко очерчено. Такой позиции придерживаются и некоторые судьи. Так в Постановлении Высшего хозяйственного суда Украины от 28 ноября 2017 года по делу № 910/20050/16 указано, что суды предыдущих инстанций, отмечая о том, что у истца возникло право преждепользователя на знак для товаров и услуг «ЭНТЕРОСГЕЛЬ» для товаров и услуг 16 и 20 классов МКТУ, до даты подачи ответчиком заявки № m 15 20582 от 16.11.2015, не исследовали объем использования соответствующей торговой марки истцом и было ли истцом использовано обозначение «ЭНТЕРОСГЕЛЬ» для всех товаров и услуг 16 и 20 классов МКТУ, что послужило основанием для отмены предыдущих судебных решений [2].

Хотя закрепление права преждепользователя на торговую марку в ст. 500 ГК Украины является новым для сферы средств индивидуализации, однако справедливости ради следует отметить, что законодательству Украины подобный принцип преждепользования на торговую марку уже был известен ранее как определенный компромисс. Речь идет о положении, которыми Закон Украины «Об охране прав на знаки для товаров и услуг» был дополнен 16.06.1999 г. в связи с тем, что в СССР знаки для товаров и услуг использовали разные субъекты, изготавливая однородную продукцию (например, шоколад «Алёнка», водка «Столичная», плавленные сырки «Янтарь» и «Дружба», сигареты «Прима» и т.п.), а после распада СССР возникло большое количество споров, связанных с правом на такие обозначения. Расширили основания для отказа в предоставлении правовой охраны и закрепили, что не может быть зарегистрировано как знак такое обозначение, которое добросовестно использовалось до 1 января 1992 года двумя и более юридическими лицами для обозначения однородных товаров. Что касается лиц, которые до внесения этих изменений уже получили свидетельство на такие обозначения, то было предусмотрено ограничение их прав: не признавалось нарушение прав обладателя такого свидетельства добросовестное использование этого обозначения другими лицами, начатое до 1 января 1992 года. Эта норма, которая была исключена 22.05.2003 года, является своеобразной аналогией права преждепользователя на знак. Однако следует обратить внимание, что значительная и серьезная подготовка к использованию обозначения не была основанием ограничения прав собственника свидетельства.

Если быть логически последовательным, то необходимо решить также вопрос наличия или отсутствия прав послепользователя. Поскольку законодатель вводит возможность восстановления действия досрочно прекращенных исключительных имущественных прав интеллектуальной собственности на торговую марку, то в промежуток между прекращением и восстановлением указанных прав другие лица могут фактически использовать обозначения или сделать подготовку к этому. Рассматривать эту ситуацию уместно при условии, что указанные действия не вводят в заблуждение. Поскольку в нормативных актах ничего не говорится о правах таких лиц, то можно сделать вывод, что они отсутствуют. Если такое право и будет предоставлено, то необходимо будет учитывать положения ст. 22 Закона Украины «Об охране прав на знаки для товаров и услуг», согласно которой никто другой, кроме бывшего обладателя свидетельства, не имеет права на повторную регистрацию знака в течение трех лет после прекращения

действия свидетельства. Представляется, что по аналогии это ограничение необходимо будет распространить и на послепользователя.

Поскольку Украина придерживается регистрационной системы возникновения прав на торговую марку, то наличие права преждепользователя значительно его ограничивает. Похвально, что законодательство Украины пытается защищать права лиц, которые сами не позаботились о своевременной регистрации используемых обозначений, однако необходимо учитывать все последствия подобных нововведений. По факту предоставление права преждепользователю на торговую марку создает проблемы как правообладателю и преждепользователю, так и потребителям, которые в этом случае достаточно легко могут быть введены в заблуждение. Ведь в результате на рынке может появиться два никак не связанных между собой субъекта, которые используют одно и то же обозначение в отношении одних и тех же товаров и услуг. Это может ввести потребителя в заблуждение относительно лица, производящего товары или оказывающего услуги. Также нерешенным остается вопрос относительно качества товаров и услуг обладателя свидетельства и преждепользователя. Как быть в случае их значительного расхождения? Ответ отсутствует. Для решения этого вопроса целесообразно проанализировать, как решаются подобные проблемы в других подобных случаях.

Например, законодательство предусматривает ограничения отчуждения имущественных прав на торговую марку: передача права не допускается, если она может стать причиной введения в заблуждение потребителя относительно товара и услуги или в отношении лица, производящего товар или предоставляемого услуги. Наделяя обладателя свидетельства возможностью выдачи другому лицу лицензии на марку, исходили из того, что для потребителя основной является гарантийная функция марки, суть которой заключается в обеспечении надлежащего качества товаров и услуг. Возможно, как выход из сложившейся ситуации уместно предложить предусмотреть механизм согласования качества товаров и услуг, законодательно закрепив, например, что качество товаров и услуг преждепользователя не должна быть ниже качества товаров и услуг обладателя свидетельства, наделив последнего правом контроля за качеством товаров и услуг.

Однако возможна и обратная ситуация: негативные последствия могут возникнуть для преждепользователя, если наоборот у обладателя свидетельства низкое качество товаров и услуг и это может повлиять на его репутацию. Этот факт еще раз подчеркивает, что введение права преждепользователя не решает проблем даже этого лица, однако создает основания для многочисленных споров. Можно по аналогии восполь-

зоваться зарубежным опытом по урегулированию взаимоотношений между преждепользователем и лицом, имеющим исключительные имущественные права на изобретение, полезную модель или промышленный образец. Так, законодательство некоторых стран предусматривает специальный механизм оформления отношений лица, имеющего право преждепользования, с патентообладателем. Это может выражаться, например, в праве преждепользователя потребовать от патентообладателя выдачи ему специального удостоверения (п. 4 § 23 Патентного Закона Австрии), в выдаче патентообладателем такому лицу простой лицензии (п. 2 ст. 10 Закона о патентах на изобретения Бельгии) и т.п. О праве преждепользования может делаться запись в соответствующем реестре. В случае учета такого подхода автоматически будет решен вопрос согласования качества товаров и услуг, как и при лицензировании.

Представляется, что введение права преждепользователя на торговую марку не является взвешенным, а потому порождает много проблем. При наличии права преждепользователя на торговую марку в законодательстве Украины как минимум необходимо: 1) исключить такое основание возникновения прав у преждепользователя, как значительная и серьезная подготовка для использования торговой марки; 2) законодательно предусмотреть механизм урегулирования взаимоотношений между обладателем свидетельства на торговую марку и преждепользователем относительно качества товаров и услуг.

Кроме вышеизложенных некоторые ученые предлагают к случаям ограничения прав на торговую марку относить также досрочное прекращение правовой охраны торговой марки в связи с неиспользованием [Малахова, 2014, С. 114]. Представляется неуместным рассмотрение этого основания как ограничения прав, поскольку в этом случае права исчезают вообще, а не ограничиваются. К тому же при такой позиции не логично относить только одно основание досрочного прекращения к ограничениям прав на торговую марку, а не рассматривать таковым, в частности, досрочное прекращение прав в связи с преобразованием торговой марки в обозначение, ставшее общеупотребительным как обозначение товаров и услуг определенного вида после даты подачи заявки.

Таким образом, статья 17 Соглашения ТРИПС предусматривает только общие критерии ограниченных исключений из прав, связанных с торговой маркой, на основании которых Страны-участницы устанавливают конкретные основания ограничения прав на торговую марку. Соответственно правообладатель торговой марки может осуществлять свои права с учетом прав иных лиц на использование его торговой марки в предусмотренных законодательством случаях.

Использованные источники

1. World Trade Organization, *European Communities – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs*, Report of the Panel, WT/DS174/R, 15 March 2005, para. 7.662 // https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/174r_e.pdf
2. Постанове́ние Высшего хозяйственного суда Украины от 28 ноября 2017 года по делу № 910/20050/16 [Электронный ресурс] / Режим доступа к ресурсу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/70584964>
3. Малахова Н.Л. Об ограничении исключительного права на товарный знак // Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. – 2014. – № 6.

МЕХАНІЗМ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ПАСАЖИРА ВІДМОВИТИСЯ ВІД ПОЇЗДКИ В КОНТЕКСТІ В КОНТЕКСТІ ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ ¹

З набранням чинності Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, законодавство України в сфері надання транспортних послуг стало на шлях максимального наближення до норм європейських стандартів. В контексті зазначеного видається доцільним проведення ґрунтовного науково-теоретичного аналізу правового регулювання механізму реалізації прав пасажирів, що може стати основою гармонізації національного законодавства з *acquis communautaire*.

Одним із прав пасажирів, які закріплені в кодифікованому акті цивільного законодавства, є право відмовитися від поїздки, повернути квиток і одержати назад повну або часткову вартість квитка - залежно від строку здавання квитка згідно з правилами, встановленими транспортними кодексами (статутами) (п. 6 ч. 1 ст. 911 ЦК). Із положень зазначеної норми випливає, що дане право передусім повинно бути деталізоване в транспортних кодексах та статутах.

Так, реалізації досліджуваного права присвячена окрема стаття 188 КТМ, відповідно до якої пасажир має право в будь-який час до від-

¹ **Лукаsevич-Крутник Ірина Степанівна**, кандидат юридичних наук, доцентка кафедри цивільного права і процесу, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

ходу судна, а після початку рейсу - в будь-якому порту, в який судно зайде для посадки або висадки пасажирів, відмовитись від договору морського перевезення. Пасажир, який повідомив перевізника про відмову від перевезення, має право отримати назад плату за проїзд і провіз багажу в порядку і терміни, встановлені центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері транспорту. Проте Міністерством інфраструктури такі строки не встановлено.

Якщо пасажир відмовився від перевезення не пізніше терміну, встановленого правилами перевезення, або не з'явився до відходу судна через хворобу, або відмовився до відходу судна від перевезення з цієї ж причини з пред'явленням відповідного документа або з причин, що залежать від перевізника, пасажир повертається вся внесена ним плата за проїзд і провіз багажу. Правила перевезення пасажирів морським транспортом не прийнято. Тому механізм реалізації права пасажирів на повернення коштів за невикористаний квиток при перевезенні морським транспортом залишається неврегульованим.

Що стосується автомобільного транспорту, транспортного кодексу для цього виду транспорту, як відомо, не прийнято. Натомість продовжує діяти Статут автомобільного транспорту УРСР, відповідно до підпункту ж) п. 82 якого закріплюється загальне для всіх випадків право пасажирів при поверненні квитка в касу автовокзалу (автостанції) не пізніше ніж за 2 години до відправлення автобуса (маршрутного таксомотора) одержати повну вартість проїзду за вирахуванням сплаченого ним збору за попередній продаж, а при поверненні квитка пізніше цього строку, але до відходу автобуса (таксомотора), одержати вартість проїзду за вирахуванням 15 процентів його вартості і збору за попередній продаж.

Проте Правила надання послуг пасажирського автомобільного транспорту встановлюють інші правила реалізації зазначеного права пасажирів, порівняно з нормами САГ УРСР. Відповідно до п. 136 зазначених Правил у разі повернення квитка на автобус міжміського або міжнародного сполучення у строк за дві години або менш як за одну добу до його відправлення особі повертається сплачена сума, крім плати за продаж квитків, збору за попередній продаж квитків та 10 відсотків вартості проїзду. У разі повернення квитка на зазначений автобус пізніше ніж за дві години, але не пізніше ніж за 10 хвилин до відправлення автобуса, передбаченого розкладом руху, пасажирів повертається сплачена сума, крім плати за продаж квитків, збору за попередній продаж квитків та 20 відсотків вартості проїзду, а у разі повернення квитка

пізніше ніж за 10 хвилин до відправлення автобуса повернення відбувається з вирахуванням 30 відсотків вартості проїзду. Із зазначеного вище прослідковується колізія норм між спеціалізованими нормативно-правовими актами, які регулюють договірні відносини з надання транспортних послуг в сфері одного виду транспорту – автомобільного.

Проте ще більше зауважень викликає визначення на нормативному рівні, що регулює надання транспортних послуг, підстав, за наявності яких пасажир може реалізувати своє право. Так, відповідно до п. 135 Правил надання послуг пасажирського автомобільного транспорту особа, яка придбала квиток, має право на повернення його в касу до відправлення автобуса і виплату суми, що дорівнює повній вартості квитка, у разі: відміни рейсу або відправлення автобуса із запізненням; ненадання пасажиру місця, зазначеного у квитку (у разі відмови пасажирів від іншого запропонованого місця); надання для перевезення автобуса, клас якого нижчий, ніж зазначено у розкладі руху на автостанції. Така норма закріплює можливість здачі пасажиром квитка до відправлення автобуса за наявності обставин з вини перевізника. За власним бажанням пасажир має право на повернення квитка протягом трьох діб з моменту відправлення автобуса у разі хвороби або нещасного випадку, що підтверджується відповідними документами. У такому разі йому відшкодовується сплачена сума, крім плати за продаж квитків, або безоплатно переоформляється квиток на інший автобус (абз. 5 п. 136 Правил). Зазначене виключає можливість реалізації пасажиром права на відмову від проїзду до відправлення автобуса та повернення квитка з особистих причин, що обмежує його право, визначене п. 6 ч. 1 ст. 911 ЦК. Тому вважаємо за доцільне привести положення п. 135 Правил надання послуг пасажирського автомобільного транспорту до норм ЦК.

Особливості механізму реалізації зазначеного права на річковому транспорті визначаються Статутом внутрішнього водного транспорту СРСР, який досі продовжує діяти на території України, відповідно до п. 111 якого при поверненні проїзного квитка в касу порту (пристані) не пізніше, ніж за 6 годин до відходу судна, пасажир повертається повна вартість проїзду. При поверненні квитка пізніше цього терміну, але до відправлення судна, а також при запізненні на судно через хворобу, підтвердженої довідкою лікувального закладу, пасажир повертається вартість проїзду, за вирахуванням вартості плацкарти.

Нормативно-правовим актом, який має юридичну силу статуту на залізничному транспорті, є Статут залізниць України. Проте в ньому механізм реалізації досліджуваного права не закріплюється. В п. 128 міститься бланкетна норма, яка зазначає, що повернення вартості не-

використаних квитків провадиться у порядку, встановленому Правилами перевезень пасажирів.

Правила перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України детально регулюють порядок повернення платежів у разі відмови від поїздки за індивідуальними чи груповими проїзними документами (Розділ 19 -21). Так, повернення платежів за невикористані проїзні документи провадиться у будь-якому пункті продажу проїзних документів залізниць України з пред'явленням у касу повернення платежів проїзного документа та документа, що посвідчує особу (паспорта, військового квитка, студентського квитка, посвідчення водія, службового посвідчення). Повернення проїзних документів до відправлення поїзда може здійснюватись як особисто, так й іншими особами. Розгляд питання про повернення вартості невикористаних проїзних документів без пред'явлення до каси їх оригіналів не здійснюється. Повернення коштів за електронні проїзні/перевізні документи, збережені на електронних носіях (мобільний телефон, компактний персональний комп'ютер тощо), через квиткові каси виконується після їх роздрукування на паперовому носії.

Якщо пасажир відмовився від поїздки з особистих причин в термін: не менше ніж за 24 години до відправлення поїзда, то йому виплачується повна вартість квитка і плацкарти; якщо від 24 до 9 годин до відправлення поїзда, то здійснюються така ж виплата і 50 відсотків вартості плацкарти; менше ніж за 9 годин до відправлення поїзда виплачується – вартість плацкарти не виплачується; після відправлення поїзда, але не більше ніж через годину після його відправлення, виплачується 10 відсотків вартості квитка і плацкарти (п. 19.11 Правил перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України).

Право пасажирів відмовитися від повітряного перевезення і одержати назад плату за послуги закріплено у п. 15 ст. 100 Повітряного кодексу України. Проте норма цієї статті відсилає до порядку, встановленому авіаційними правилами України та правилами авіаперевізника.

Авіаційні правила України «Правила повітряних перевезень та обслуговування пасажирів і багажу» визначають загальну процедуру повернення коштів у Розділі XVIII. Так, повернення коштів за невикористаний квиток (його частину) здійснюється за місцем придбання квитка або в головному офісі перевізника (офісі з продажу перевезень перевізника) і в тій валюті, у якій квиток було оплачено. Повернення коштів перевізником в Україні здійснюється в національній валюті України. Квиток може бути пред'явлений перевізнику для повернення

сплачених сум за частково або повністю не використане перевезення, якщо таке повернення дозволяється правилами застосування тарифів: до початку перевезення, або протягом усього строку чинності квитка для перевезення, або протягом 30 днів після закінчення строку чинності квитка для перевезення (п. 1 Глави 8 Розділу III Правил). Розмір сум коштів, що повертаються за невикористаний квиток (його частину), залежить від виду відмови від перевезення (добровільна чи примусова) та використаного тарифу і тарифних нормативів перевізника (п. 2 Глави 1 Розділу XVIII). Тобто безпосередній механізм реалізації права на відмову від поїздки шляхом повернення квитка визначається правилами конкретного авіаперевізника, а не транспортним кодексом, як це вимагається кодифікованим актом цивільного законодавства.

Проте і в локальних актах не завжди визначені правила повернення коштів залежно від строків здавання квитка. Наприклад, Правила повітряних перевезень пасажирів та багажу Приватного акціонерного товариства «Авіакомпанія «Міжнародні Авіалінії України» (МАУ)¹ у Розділі XX «Повернення коштів за квиток» не відповідають на питання про строки повернення квитків залежно від конкретних тарифів. Останні теж не опубліковані для загального ознайомлення. На сайті визначенні умови повернення коштів лише в окремих випадках. Наприклад, якщо посольство відмовить Вам у видачі в'їзної візи, авіакомпанія МАУ поверне кошти за невикористаний авіаквиток. Гарантія повернення коштів діє за умови повернення квитків не пізніше ніж за 72 години до вильоту рейсу за розкладом (для рейсів з Азербайджану, Казахстану, Вірменії – не пізніше ніж за 24 години до вильоту рейсу за розкладом)².

Така невизначеність розмірів повернення коштів залежно від строків повернення квитків при перевезенні повітряним транспортом може спричинити зловживання перевізника при поверненні коштів. Тому єдиним способом визначення прозорого механізму реалізації права на відмову від перевезення та повернення квитка і одержання коштів є визначення строків повернення пасажирів коштів на рівні Повітряного кодексу України, як це передбачено п. 6 ч. 1 т. 911 ЦК України.

¹ Правила повітряних перевезень пасажирів та багажу Приватного акціонерного товариства «Авіакомпанія «Міжнародні авіалінії України» (МАУ)» (2019). Відновлено з <https://www.flyuia.com/ua/ua/information/rules-and-regulations/carriage-rules>

² Повернення коштів за квитки. Авіакомпанія «Міжнародні авіалінії України» (МАУ) (2019). Відновлено з <https://www.flyuia.com/ua/ua/services/visa-refund>

СІМЕЙНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ ТА ПРИНЦИПИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СІМЕЙНОГО ПРАВА: ПИТАННЯ ВІДПОВІДНОСТІ ¹

В Угоді про асоціацію України з Європейським Союзом визначено обов'язок нашої держави поступово здійснювати адаптацію законодавства до європейського. У зв'язку з цим, виникає питання про відповідність національного сімейного законодавства європейським принципам.

Останні десятиліття в Європейському Союзі відбувається гармонізація сімейного права. Цьому процесу сприяє практика ЄСПЛ, Регламенти Ради ЄС, а також діяльність Комісії з європейського сімейного права (CEFL).

Комісія з європейського сімейного права, створена першого вересня 2001 року, об'єднує провідних європейських науковців з метою розробки принципів сімейного права. На разі нею розроблено та опубліковано «Принципи в сфері розлучення та утримання»², «Принципи батьківської відповідальності»³, та «Принципи майнових відносин подружжя»⁴. На конференції «Плюралізм і різноманітність сімейних відносин у Європі», що відбулася 1 – 3 листопада 2018 року у м. Гамбург були обговорені принципи в сфері фактичних сімейних відносин, які найближчим часом будуть опубліковані.

Виникає питання щодо відповідності Сімейного кодексу України (далі – СК) принципам європейського сімейного права. Розглянемо принципи в сфері розлучення та утримання, розроблені Комісією з європейського сімейного права. Статті 105-107, 109, 110 та 112 СК відповідають європейським принципам 1:1-1:4 зокрема: свободу розірвання шлюбу гарантовано законом; не вимагається певна тривалість шлюбу для його розірвання; процедура визначена законом та здійснюється компетентним органом (як судом, так і адміністративним

¹ **Менджул Марія Василівна**, кандидат юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри цивільного права та процесу, УжНУ.

² Principles of european family law regarding divorce and maintenance between former spouses. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf> (Last accessed: 02.03.2019).

³ Principles of european familylaw regarding parental responsibilities. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf> (Last accessed: 03.03.2019).

⁴ Principles of european family law regarding property relations between spouses. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PRS-English1.pdf> (Last accessed: 04.03.2019).

органом); гарантовано обидва види розлучення (за взаємною згодою, так і без згоди одного з подружжя).

Водночас Комісія з європейського сімейного права рекомендувала визначити період роздумів: «Якщо подружжя має дітей віком до шістнадцяти років, і вони на початку розлучення погодили усі наслідки в угоді, встановлюється тримісячний період роздумів. Якщо вони не погодили усі наслідки, то вимагається шестимісячний період. Якщо подружжя не має дітей віком до шістнадцяти років і вони погодили в угоді усі наслідками розлучення, то період роздумів не вимагається, якщо вони не погодили усі наслідки – встановлюється тримісячний період роздумів. Також період примирення не вимагається, якщо перед розлученням фактично припинилися шлюбні відносини протягом шести місяців».¹

СК України в статті 111, тільки встановлює, що суд вживає заходів щодо примирення подружжя, якщо це не суперечить моральним засадам суспільства. Строк примирення визначено статтею 240 ЦПК, зокрема встановлено, що суд може зупинити розгляд справи і призначити подружжю строк для примирення, який не може перевищувати шести місяців. В Україні склалася різноманітна судова практика щодо призначення строків для примирення. Враховуючи принципи розроблені Комісією з європейського сімейного права, на нашу думку, варто ст. 111 СК України доповнити частиною другою такого змісту: «2. Якщо подружжя має дітей віком до 16 років і до звернення до суду або до початку розгляду справи по суті договором погодили наслідки визначені статтею 112-1 цього кодексу, то строк для примирення становить три місяці, у випадку якщо подружжя не дійшло згоди про правові наслідки розлучення, строк примирення становить шість місяців. Якщо подружжя не має дітей віком до шістнадцяти років і вони не погодили правові наслідки розлучення, передбачені п. в та п. г ч. 2 статті 112-1, встановлюється тримісячний строк на примирення. Період на примирення не встановлюється, якщо перед розлученням було встановлено режим окремого проживання подружжя, що тривав не менше шести місяців, а також у випадку якщо подружжя не має дітей віком до шістнадцяти років і вони погодили правові наслідки розлучення, передбачені п. в та п. г ч. 2 статті 112-1.»

Крім того, необхідно доповнити СК статтею 112-1 такого змісту: «1. До звернення до суду та до початку розгляду справи по суті подружж-

¹ Principles of european family law regarding divorce and maintenance between former spouses. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf> (Last accessed: 02.03.2019).

жа може укласти договір про правові наслідки розірвання шлюбу. 2. Подружжя в договорі повинні дійти згоди щодо: а) здійснення батьківських прав та виконання обов'язків, у тому числі визначення місця проживання дитини після розірвання шлюбу; б) виконання обов'язку по утриманню дитини; в) поділу спільної сумісної власності; г) утримання подружжя. 3. Умови договору, що не відповідають найкращим інтересам дитини є недійсними. 4. Договір укладається у письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню.»

Не зважаючи на те, що принцип 1:8 Принципів в сфері розлучення та утримання Комісії з європейського сімейного права встановлює, що розлучення без згоди одного з подружжя, має бути дозволено, якщо їх відносини фактично припинилися протягом одного року, стаття 112 СК є більш ліберальною, і передбачає розірвання шлюбу без жодних попередніх умов, а тільки на підставі, якщо буде встановлено, що подальше спільне життя подружжя і збереження шлюбу суперечило б інтересам одного з них, інтересам їхніх дітей, що мають істотне значення.

Глава 9 СК загалом відповідає принципам в сфері розлучення та утримання Комісії з європейського сімейного права. Проте принципи європейського сімейного права, на відміну від СК України, не обмежують право на утримання такою умовою як непрацездатність одного з подружжя. Принципами CEFL встановлено що при визначенні утримання на користь одного з колишнього подружжя враховується: потреба одного з подружжя в утриманні, а також здатність іншого надавати таке утримання; здібності, вік та здоров'я; здійснення одним з подружжя догляду за дітьми; розподіл обов'язків під час шлюбу; тривалість шлюбу; рівень життя під час шлюбу; наявність нового шлюбу або довгострокових відносин. На нашу думку, сімейне законодавство України необхідно доповнити відсутніми критеріями.

Принципи батьківської відповідальності Комісії з європейського сімейного права спрямовані на забезпечення добробуту дитини, у зв'язку з цим, необхідно ст. 7 СК доповнити такою загальною засадою як добробут дитини. Крім того, сімейне законодавство України варто доповнити принципами автономії дитини (згідно якого поважається право дитини діяти самостійно у відповідності до рівня розвитку її здібностей та з врахуванням потреб), захисту інтересів дитини при конфлікті її інтересів з інтересами батьків, недискримінації дитини (діти не повинні бути дискриміновані на таких підставах як стать, раса, колір шкіри, мова, релігія, політичні чи інші переконання, національне, етнічне або соціальне походження, сексуальна орієнтація, інвалідність, майновий стан, місце народження та інші).

Для приведення у відповідність сімейного законодавства України до принципу 3:21, необхідно статтю 160 СК доповнити нормою про те, що: «Той з батьків, з яким проживає дитина, про зміну місця проживання дитини повинен заздалегідь повідомити іншого з батьків. При виникненні спору про зміну місця проживання дитини, кожен з батьків може звернутися до органу опіки та піклування або суду». Також необхідно другий абзац частини 1 ст. 161 СК викласти в такі редакції: «Під час вирішення спору щодо місця проживання малолітньої дитини беруться до уваги ставлення батьків до виконання своїх батьківських обов'язків, особиста прихильність дитини до кожного з них, вік дитини, думка дитини, стан її здоров'я, умови проживання батьків, географічна відстань та віддаленість, інші обставини, що мають істотне значення».

Для приведення у відповідність положення статті 177 СК до принципу 3:22, необхідно друге речення частини 1 викласти в такій редакції: «...Батьки зобов'язані з належною увагою та старанністю дбати про збереження, та по можливості, збільшення вартості майна дитини, забезпечувати його використання в інтересах дитини». Положення статті 178 щодо використання доходу від майна дитини відповідає європейським принципам сімейного права.

Сімейне законодавство України відповідає європейським принципам сімейного права щодо гарантування права дитини на контакт з батьками та іншими родичами (принципи 3:25-3:28), а також про позбавлення та відновлення батьківських прав.

Проте СК не містить норми про альтернативний порядок вирішення спорів (наприклад, медіацію), при цьому принцип 3:36 встановлює альтернативне вирішення спорів (у всіх спорах щодо батьківських обов'язків, повинні бути доступні механізми альтернативного вирішення спорів). Аналогічну норму необхідно передбачити і в сімейному законодавстві України.

Крім того, важливим є принцип 3:38 «призначення спеціального представника для дитини», і на нашу думку, його слід закріпити і в сімейному законодавстві, а саме: «У судовому провадженні, що стосується виконання батьківських обов'язків, у яких може виникнути конфлікт інтересів між дитиною та батьками, або ризик добробуту дитини, суд призначає спеціального представника для дитини».

Сімейне законодавство України відповідає таким європейським принципам сімейного права як рівність, визнання повної правоздатності за кожним із подружжя, участі кожного із подружжя у забезпеченні потреб сім'ї відповідно до його (її) здібностей (включає не тільки матеріальний внесок, але і ведення домашніх справ, виховання дітей), укла-

дення договору щодо сімейної власності за згодою іншого з подружжя, свободи укладення договорів між подружжям щодо їх майна та ін.

Водночас законодавство України не містить положень про захист права користування одним із подружжям житлом, орендованим іншим з подружжя. Згідно принципів, розроблених CEFL, якщо договір оренди житла для сім'ї уклав один з подружжя, то права щодо нього належать обом з подружжя, і один з подружжя, не може без згоди іншого розірвати або змінити договір оренди. Орендодавець зобов'язаний повідомити обох з подружжя про припинення договору оренди.¹ На нашу думку аналогічні положення необхідно закріпити і в законодавстві України.

Згідно принципу 4:8 кожен із подружжя зобов'язаний інформувати іншого про свої доходи та борги. Сімейний кодекс України також необхідно доповнити нормою, яка б встановлювала такий обов'язок.

Щодо власності кожного з подружжя та спільної сумісної власності, то глави 7 та 8 СК загалом відповідають принципам європейського сімейного права, розробленим CEFL, за винятком віднесення речей для професійних занять до спільної сумісної власності. При реформуванні законодавства з метою адаптації його до європейського, слід передбачити віднесення речей для професійних занять до власності одного із подружжя.

Принцип 4:21 встановлює, що заборгованість одного з подружжя є його особистими боргами. До особистих боргів відносять борги, які: виникли до вступу у шлюб; пов'язані з отриманими подарунками, спадщиною; пов'язані з особистою власністю; борги, які мають особистий характер; понесені без необхідної згоди іншого з подружжя. Борги, які виникли у зв'язку із задоволенням потреб сім'ї, і які не віднесені до особистих боргів, є спільними боргами. Особисті борги можуть бути стягнуті з особистої власності одного з подружжя. У випадку виникнення боргів у зв'язку із вчиненням правопорушення або злочину, їх вартість може бути стягнена із половини спільної сумісної власності, якщо особистого майна не вистачає. Такі ж норми, на нашу думку, необхідно встановити і в СК України.

Норми про розподіл та підстави припинення спільної власності подружжя національного законодавства відповідають принципам європейського сімейного права. Щодо управління власністю подружжя, то згідно принципів європейського сімейного права, кожен із подружжя має право управляти спільною власністю, крім випадків для яких

¹ Principles of european family law regarding property relations between spouses. URL: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PRS-English1.pdf> (Last accessed: 04.03.2019).

необхідне спільне управління, зокрема: а) придбання, відчуження; б) укладання значних договорів позики, гарантій та поруки. Принципи, розроблені CEFL передбачають право кожного з подружжя звернутися до компетентного органу для отримання права вчиняти певну дію самостійно або оскаржити її. Принципами не визначено, який це повинен бути орган, ми переконані, що компетентним органом повинен бути суд. Сімейний кодекс України, необхідно доповнити нормами про управління майном подружжя, які б відповідали європейським принципам.

Крім того, СК слід доповнити новою статтею такого змісту: «Режим спільної сумісної власності припиняється: а) смертю одного з подружжя; б) розірвання шлюбу чи визнання його недійсним; в) зміною режиму за домовленістю між подружжям, укладеним ними договором; г) рішенням суду про режим окремого проживання подружжя. Режим спільної сумісної власності припиняється щодо майна набутого з дня настання підстав, вказаних у частині 1 цієї статті».

Проведений аналіз, показав, що Сімейний кодекс України загалом побудований на принципах європейського сімейного права, що безумовно сприятиме гармонізації законодавства України та ЄС.

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ВИНИКНЕННЯ, ЗМІНИ, ПРИПИНЕННЯ, ПРИЗУПИНЕННЯ ТА ПОНОВЛЕННЯ СУБ'ЄКТИВНОГО ЦИВІЛЬНОГО ОBOB'ЯЗКУ¹

Однією з основних підстав виникнення, зміни, припинення суб'єктивного обов'язку є юридичний факт. Під юридичним фактом у теорії розуміють передбачені нормами права конкретні обставини, з настанням яких виникають, змінюються та припиняються правові відносини². Найчастіше цивільні права та обов'язки виникають із зобов'язання (договірного, недоговірного), а також із одностороннього правочину. Однак ЦК передбачив можливість виникнення цивільних прав та обов'язків із актів цивільного законодавства (ч. 3 ст. 11 ЦК), а також у випадках, встановлених актами цивільного законодавства, цивільні права та обов'язки можуть виникати за рішенням суду (ч. 5 ст. 11 ЦК).

¹ **Надьон Вікторія Валентинівна**, доктор юридичних наук, доцентка, кафедра цивільного права № 2, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

² Луць А. А. Загальна теорія держави і права: підруч. К.: Атіка, 2008. С. 261.

Під суб'єктивним обов'язком прийнято розуміти належну, необхідну поведінку зобов'язаної особи (боржника) у зобов'язанні. У разі невиконання або неналежного виконання суб'єктивного обов'язку боржником кредитор має право звернутися до суду за захистом свого порушеного права. З моменту звернення до суду суб'єктивний обов'язок, який виник у договірному зобов'язанні, перетворюється на цивільно-правову відповідальність, тобто до боржника застосовуються заходи впливу в примусовому порядку. А з винесеним рішенням суду виникає нова категорія суб'єктивного обов'язку, тобто в даному випадку категорія обов'язку поєднується з категорією цивільно-правової відповідальності. Таким чином, з винесеним рішенням суду виникає новий суб'єктивний обов'язок, який може бути виконаний у добровільному або примусовому порядку.

Головна мета судового рішення – зобов'язати неналежного боржника (відповідача) у добровільному або примусовому порядку виконати покладені на нього обов'язки на користь кредитора (позивача). Отже, судові рішення породжує зобов'язання у випадках, коли на відповідача (боржника) покладається суб'єктивний обов'язок, виконання якого є обов'язковим, та здійснення суб'єктивного права позивачем (кредитором) прийняти виконання у розмірі та за умов, визначених судовим рішенням.

Рішенням суду також можуть змінюватися умови договору, а отже, можуть бути встановлені нові права та обов'язки у зобов'язанні. Підстави для такої зміни встановлено, наприклад ч. 2 ст. 651 ЦК, якою встановлюється, що договір може бути змінено або розірвано за рішенням суду на вимогу однієї із сторін у разі істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом; можливість зміни договору встановлено і ст. 652 ЦК («Зміна або розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин») тощо.

Таким чином, рішення суду є підставою виникнення, зміни зобов'язання тільки в сукупності з іншими юридичними фактами. Наприклад, сторони досягли домовленості про вирішення судом розбіжностей між сторонами при укладенні договору (ст. 649 ЦК), у разі істотного порушення договору однією із сторін (ст. 651 ЦК), у разі істотної зміни обставин (ст. 652 ЦК) тощо. При цьому, в своєму позові до суду сторона повинна визначити, які умови договору вона просить суд змінити або ж які нові умови договору вона просить суд встановити, а суд у своєму рішенні повинен чітко визначити, які конкретно умови договору є зміненими, які нові умови є встановленими і у якій редакції вони повинні бути викладені. Лише за таких обставин рішення суду може змінювати договір, відповідно встановлюючи нові права та обов'язки у вже існуючому зобов'язанні.

Суб'єктивні цивільні права та обов'язки можуть виникати з інших юридичних фактів (ч. 4 ст. 11 ЦК). При цьому рішення суду стає одним з найважливіших фактів, які породжують правові наслідки. Наприклад, фізична особа може бути оголошена померлою (ст. 46 ЦК) при наявності таких юридичних фактів: 1) якщо в місці її постійного проживання немає відомостей про місце її перебування; 2) строк, протягом якого особа відсутня, становить не менше трьох років; 3) є відповідне рішення суду, що набрало законної сили. Після вступу в законну силу рішення суду виникають відповідні юридичні наслідки – відкривається спадщина, визначається коло спадкоємців, кредиторів тощо.

При поданні позову про встановлення батьківства цей факт може бути встановлений тільки за рішенням суду, з встановленням якого на батька чи матір покладаються обов'язки, визначені СК. Аналогічно вирішується питання з усиновленням. Відповідно до ч. 1 ст. 207 СК усиновленням є прийняття усиновлювачем у свою сім'ю особи на правах дочки чи сина, яке здійснене на підставі рішення суду. У теорії сімейного права усиновлення розглядається як: а) інститут сімейного права; б) юридичний акт, що вчиняється судом і викликає виникнення правовідносин між усиновлювачем та усиновленим і одночасно припиняє правовий зв'язок між дітьми, рідними батьками та їх родичами; в) правовідношення, що виникає між усиновлювачем та усиновленою дитиною, яке виникає на підставі рішення суду, що набрало чинності¹; г) певну процедуру – сукупність дій майбутніх усиновлювачів та органу, уповноваженому вчиняти відповідний акт, що породжує виникнення прав та обов'язків між усиновлювачем та усиновленою дитиною. Таким чином, з рішенням суду про усиновлення виникають суб'єктивні права та обов'язки, покладені на усиновлювачів та обов'язкові до виконання.

У деяких випадках реєстрація факту народження дитини відбувається в судовому порядку. Про це свідчить судова практика України, наприклад, потреба у судовому порядку встановлення факту народження може виникати, якщо дитину було народжено поза медичним закладом². З встановленням даного факту відбувається: юридичний факт народження особи, що тягне за собою юридичні наслідки для батьків, тобто покладається спектр суб'єктивних обов'язків відносно їх малолітніх або неповнолітніх дітей.

¹ Антокольская М. В. Семейное право. М., 1999. С. 313.

² Рішення Голосіївського районного суду м. Києва від 20 квітня 2011 року у справі № 2-о-101/11 [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15327128>

Рішенням суду може бути породжено аліментні зобов'язання, тобто зобов'язок батька, матері, які проживають окремо від дитини (малолітньої, неповнолітньої), на її утримання у грошовій, натуральній або змішаній формі (ч. 2 ст. 181 СК України). Відповідно до ст. 198 СК батьки зобов'язані утримувати своїх повнолітніх дочку, сина тільки за наявності передбачених у законі умов. Зобов'язок батьків по утриманню повнолітніх дочки, сина виникає на підставі складу юридичних фактів: а) походження дочки, сина від батьків (кровне споріднення) або наявність між ними інших юридично значущих зв'язків (усиновлення, факт біологічного походження); б) непрацездатність дочки, сина; в) потреба дочки, сина в матеріальній допомозі; г) здатність батьків надавати матеріальну допомогу. Після досягнення дитиною 18-ти років за наявності передбачених у законі умов для виникнення права на утримання необхідно звернутися до суду для примусового стягнення аліментів, якщо матір, батько не виконують свої зобов'язки добровільно.

Згідно з ч. 1 ст. 202 СК повнолітні дочка, син зобов'язані утримувати батьків, які є непрацездатними і потребують матеріальної допомоги. Аліменти на утримання батьків можуть бути стягнені у судовому порядку. З вимогою про стягнення аліментів до суду може звернутися матір, батько або їхні законні представники. Дочка, син крім сплати аліментів зобов'язані брати участь у додаткових витратах на батьків, викликаних тяжкою хворобою, інвалідністю або немічністю (ст. 203 СК). Отже, відповідно до СК повнолітні дочка, син можуть бути притягнуті до участі в додаткових витратах незалежно від того, стягуються з них аліменти за рішенням суду чи ні. Тобто зобов'язок брати участь у додаткових витратах може виникати окремо від зобов'язку по утриманню батьків. Вимога про стягнення додаткових витрат може бути подана до суду й у тому випадку, якщо основна вимога про стягнення аліментів не пред'являлася через відсутність спору про звичайні (щоденні) витрати на утримання батьків¹. При одночасному розгляді вимог про стягнення аліментів і додаткових витрат суд у рішенні окремо визначає розмір коштів, стягуваних як аліменти й додаткові витрати (п. 18 постанови Пленуму Верховного Суду України № 3 «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» від 15.05.2006 р.).

За рішенням суду не тільки можуть виникати та змінюватися суб'єктивні цивільні права та зобов'язки учасників цивільного процесу (учасників зобов'язання), але й рішення суду може бути підставою припинення

¹ Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. І. В. Жилінкової. Харків: Ксилон, 2008. С. 639.

суб'єктивних цивільних прав та обов'язків. Так, наприклад, рішення суду про позбавлення батька (матері) батьківських прав, що набрало законної сили, припиняє суб'єктивні права та обов'язки (визначені СК та обов'язкові для виконання батьками) того з батьків, хто позбавлений батьківського права. З винесенням такого рішення суд припиняє права та обов'язки однієї особи (батька і (або) матері) і автоматично у цьому ж рішенні перекладає ці права та обов'язки на опікуна (піклувальника). Отже, одним рішенням суду можуть припинятися права та обов'язки у однієї особи та виникати в іншій відповідно до актів цивільного законодавства.

Із викладеного можна зробити загальний висновок: рішення суду породжує зобов'язання, у випадках покладення суб'єктивних обов'язків на відповідача (боржника) обов'язкових для виконання та здійснення суб'єктивного права позивачем (кредитором), з належним виконанням якого – зобов'язання припиняється.

ДО ПИТАННЯ ПРО УКЛАДЕННЯ, ЗМІНА ТА РОЗІРВАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ ¹

Договори посідають центральне місце в регулюванні майнового обігу, що зумовлює теоретичний та практичний інтерес до наукового дослідження сутності й змісту цивільно-правових договорів. Велике значення для громадян, розвитку їх правосвідомості, обізнаності в праві і, як результат, можливості юридично грамотного захисту своїх прав та інтересів є обізнаність в питаннях щодо укладення, зміни та розірвання договору. Зазначене свідчить на користь актуальності теми даного дослідження.

Отже, виділення різних способів укладання договорів залежить від критеріїв їх поділу. За способом узгодження змісту договору виділяють загальний, спеціальним і судовий порядок укладення договору².

Загальний порядок укладення договору виявляє себе у формуванні договору в порядку, передбаченому ЦК України (статті 641-646). Спеціальний порядок передбачає укладення договорів, які мають свої

¹ Писаренко Марина Олександрівна, аспірантка, кафедра цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія».

² Харитонов, Є.О., Голубева, Н.Ю. (відп. ред.) (2011) Зобов'язальне право України. К.: Істина, С. 193.

особливості, і залежить від способів укладення договору (аукціон, конкурс, біржовий спосіб). Судовий порядок укладення договору є окремою стадією, що регулюється спільно матеріальними і процесуальними нормами законодавства, з тією особливістю, що волевиявлення сторін затверджується судовим рішенням та вступає в дію з моменту набрання чинності самого рішення суду¹.

За характером формування волевиявлення виділяють неконкурентний і конкурентний. Неконкурентний спосіб укладення договору передбачає визначений суб'єктний склад майбутнього договору, що підтверджується адресованістю оферти конкретному суб'єкту (суб'єктам). Специфіка конкурентного способу укладення договорів обумовлена існуванням механізму ринкової конкуренції при проведенні різного роду торгів (аукціонів, конкурсів), за результатами яких договір укладається з переможцем торгів.

За ступенем свободи волевиявлення договори можуть бути поділені на договори, які укладаються на основі вільного волевиявлення або в обов'язковому порядку.

На основі вільного волевиявлення укладаються договори, сторони яких мають право на свій розсуд будь-які умови договору, що не суперечать законодавству. Законодавство виходить із презумпції права будь-якої особи укласти договір на основі вільного волевиявлення, якщо інше не впливає в силу прямої вказівки закону або сутності зобов'язання, породжуваного договором.

Момент укладення договору – це момент досягнення згоди (домовленості) щодо істотних умов договору. Як спільний вольовий акт домовленість (згода) досягається або шляхом безпосереднього спілкування (контакту) фізичних осіб чи представників юридичних осіб, або вчинення розділених у часі дій сторін (оферти та акцепту). Тому договір вважається укладеним на момент одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір (оферту), відповіді другої сторони про прийняття цієї пропозиції (акцепту). Це правило стосується так званих консенсуальних договорів, які вважаються укладеними в момент досягнення згоди сторін².

Договір має бути укладений в певній формі: усній, письмовій чи шляхом вчинення конклюдентних дій. Коли сторони домовились укласти договір у певній формі, він вважається укладеним з моменту надання

¹ Цивільний кодекс України. <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

² Красавчиков, О.А. (1958) Юридические факты в советском гражданском праве. М.: Госюриздат, С. 156.

йому обумовленої форми, хоч би за законом для даного виду договорів ця форма і не була передбачена. Якщо згідно із законом або згодою сторін договір має бути укладений у письмовій формі, він може бути укладений як шляхом складання одного документа, так і шляхом обміну листами, телеграмами, телефонограмами тощо, підписаними сторонами. Допускається застосування виявлення волі за допомогою факсимільного, електронного чи іншого зв'язку, які дають можливість достовірно встановити, що документ виходить від сторони за договором.

Порушення порядку укладення договору тягне за собою визнання договору не укладеним або недійсним.

Неукладеним вважається договір щодо якого сторонами не досягнуто згоди з однієї чи з усіх істотних умов договору. При цьому йдеться саме про відсутність згоди сторін. Неприпустимо кваліфікувати неоднозначне розуміння сторонами тієї чи іншої умови як відсутність згоди між ними.

Недійсність договору настає у разі наявності умов виникнення нікчемної (абсолютної) та оспорюваної (відносної) недійсності. Недійсність виникає за наявності у разі визнання договірного правочину недійсним і з підстав, визначених ст. 203 ЦК України.

Предбачені договором умови є обов'язковими до виконання сторонами. Водночас можуть виникати ситуації, коли в зміст договору необхідно внести зміни, або ж його треба розірвати.

Актуальність становить, зокрема, вивчення питання про можливість повернення виконаного до моменту зміни або розірвання договору, на відміну від загального правила, встановленого ч. 4 ст. 653 ЦК України.

Із зміною та розірванням договору пов'язаний цілий комплекс важливих правових наслідків, а саме: 1) змінюються або припиняються зобов'язання сторін, які виникли із договору; 2) визначається доля виконаного за договором до моменту його зміни або розірвання; 3) вирішується питання відповідальності сторони, яка припустилася істотно порушення договору, що стало підставою його зміни або розірвання.

Правові наслідки зміни або розірвання договору регулюються ЦК України. У разі зміни або розірвання договору зобов'язання змінюється або припиняється з моменту досягнення домовленості про зміну або розірвання договору, якщо інше не встановлено договором чи не обумовлено характером його зміни. Якщо договір змінюється або розривається у судовому порядку, зобов'язання змінюється або припиняється з моменту набрання рішенням суду про зміну або розірвання договору законної сили.

Сторони не мають права вимагати повернення того, що було виконане ними за зобов'язанням до моменту зміни або розірвання договору, якщо інше не встановлено договором або законом.

Якщо договір змінений або розірваний у зв'язку з істотним порушенням договору однією із сторін, друга сторона може вимагати відшкодування збитків, завданих зміною або розірванням договору.

Зміна або розірвання договору вчиняється в такій самій формі, що й договір, що змінюється або розривається, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає із звичаїв ділового обороту.

Складнішою є правова природа та сутність припинення договору, яка невіддільно пов'язана із сутністю цивільно-правового зобов'язання, у тому числі того, що виникло на підставі договору (договірне зобов'язання). Відтак правові засади припинення зобов'язання багато в чому водночас є і правовими засадами припинення договору.

У цивілістичній літературі питання сутності такої юридичної категорії як припинення зобов'язання є малодослідженим, більше уваги приділяється вивченню питань щодо окремих способів (підстав) припинення зобов'язань. Це, зокрема, пояснюється тим, що в цивільному законодавстві норми про припинення зобов'язання сформульовані таким чином, що не містять достатніх юридичних ознак для всебічного визначення поняття припинення та його правової природи, що очевидно, стало причиною недостатньої уваги науковців до цієї проблеми¹.

Визначення припинення як останньої стадії існування зобов'язання, із завершенням якої первісний юридичний зв'язок між сторонами, виражений у конкретному зобов'язанні, втрачається, поширеною є думка про те, що під припиненням зобов'язань необхідно розуміти припинення прав та обов'язків його учасників, які становлять зміст зобов'язання².

Підставою припинення договору називають життєву обставину чи сукупність обставин, з якими пов'язують припинення існуючих договірних відносин між сторонами договору на майбутнє під час дії договору чи після його закінчення у разі, коли умови договору невиконані зобов'язаною стороною, але строк позовної давності ще не сплинув.

Визначення правових підстав припинення договору допоможе встановити: які саме з них за змістом вважаються правовими підставами при-

¹ Дзера, О.В., Кузнецова, Н.С., Майданик, Р.А. (2010) Цивільне право України. К.: Юрінком Інтер, С. 124.

² Харитонов, Є.О. (2018) Цивільне та сімейне право України. Одеса: Фенікс, С. 245.

пинення договору, тобто які саме обставини викличуть правові наслідки у вигляді припинення договірних відносин між сторонами договору.

Зазначене вище в сукупності дає можливість зробити висновок про необхідність наступного більш ґрунтовного вивчення питань щодо укладення, зміни та розірвання договору. Також виникає необхідність порівняння понять «припинення» та «розірвання» договору, визначення особливостей кожного з них, особливо в умовах активно-го впровадження та використання інформаційних технологій, в тому числі при роботі з договорами.

***Науковий керівник:** Давидова І.В., доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»*

ЩОДО ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА¹

Юридичні особи, залежно від порядку їх створення, поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права (ч.2 ст. 81 ЦК України). Юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування. Порядок утворення та правовий статус юридичних осіб публічного права встановлюються Конституцією України та законом (ч.3 ст.81 ЦК України). Згідно зі ст. ст. 167-169 ЦК України суб'єкти публічного права (держава, АРК Крим, територіальні громади) можуть створювати юридичні особи публічного права (державні підприємства, навчальні заклади).

На сьогодні в вітчизняній доктрині не вироблена концепція юридичних осіб публічного права. Питання, пов'язані з правовою природою, поняттям, ознаками, критеріями класифікації, видами юридичних осіб публічного права викликають численні дискусії серед науковців. Дослідженням інституту юридичної особи публічного права присвячені праці відомих науковців: Кузнецової Н.С., Борисової В.І.,

¹ **Піддубна В.Ф.**, кандидат юридичних наук, доцент, викладач кафедри цивільного права № 2, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Майданик Р.А., Зубар В.М., Сабодаш Р.Б., Первомайського О.О., Жорнокуй Ю.М., Винар Л.В.

Більшість вчених пов'язують поділ юридичних осіб на юридичних осіб приватного права і юридичних осіб публічного права з дуалізмом права (поділ права на публічне і приватне) (Майданик Р.А., 2016). Відомо, що в стародавньому Римі вже існували суб'єкти права, які мали публічну природу і були учасниками цивільного обігу. До таких суб'єктів належала держава і муніципії. Вже за часів принципату держава володіла двома групами правових повноважень: держава була суб'єктом публічного права як носій державної влади (*impetium*) і в той же час виступала суб'єктом приватного права як носій приватно-правових майнових повноважень (*fiscus*) (М.Поленак-Акимовская, 2000, с.92). Також правосуб'єктність здавна визнавалася за місцевими громадами (муніципіями). Майнові відносини муніципій з іншими особами регулювалися нормами приватного права, вони могли виступати позивачами і відповідачами у суді (Покровский И.А., 1998). В літературі є думка про те, що найдавнішими юридичними особами в Римі були саме публічно-правові утворення: держава і муніципії, а вже на їх прикладі статус юридичної особи був перенесений на інші види об'єднань, зокрема корпорації (Суворов Н.С., 1900).

Дореволюційними вченими доводилася позиція про існування суб'єктів особливого роду – юридичних осіб публічного права (Стукалова Ю.В., 2007). Так, відомий цивіліст Шершеневич Г.Ф., поділяв юридичних осіб на публічних і приватних. Публічні юридичні особи виникають поза волею приватних осіб. Вони створюються або історично або в законодавчому порядку. До останніх він відносив державу, органи місцевого самоврядування, університети (Шершеневич Г.Ф., 2001). В радянські часи був відсутній поділ юридичних осіб на публічні і приватні. Так, зокрема Венедиктов А.В., прийшов до висновку про те, що поняття юридичної особи має теоретичну і практичну цінність тільки як цивільно-правове поняття, існування певної специфіки в діяльності організацій публічного права має відношення тільки до норм публічного (адміністративного), але не цивільного (приватного) права (Венедиктов В.Е., 1948). В західній доктрині юридичними особами публічного права є такі, які створюються публічними утвореннями і через них останні приймають участь в обороті (Майданик Р.О., 2011).

Щодо правової природи юридичних осіб публічного права, в літературі існує декілька теоретичних підходів до з'ясування сутності правового феномену юридичної особи: перший, наприклад, розглядає юридичну особу публічного права з позиції загальнотеоретичного

підходу до інституту юридичної особи. Так, Архіпов С.І., пропонує інтегративний підхід, який поєднує різні ракурси дослідження феномена юридичної особи. Виділяє загальносоціальну і загальноправову сутність юридичної особи. Загальносоціальна сутність визначає місце юридичної особи в соціальній системі, суспільні функції. Загальноправова сутність полягає у тому, що юридична особа є формою, в якій формуються і реалізуються соціальні якості людини (Архіпов С.І., 2004). Позиція Архіпова С.І., дала підстави науковцям, зокрема Чіркїну В.Е. сформуванню міждисциплінарний підхід до розуміння сутності юридичної особи, в рамках якого публічне і приватне право є «змішаними» настільки, що досягнути їх чіткого поділу неможливо. В літературі міждисциплінарний підхід до сутності юридичної особи публічного права справедливо піддається критиці. Так, на думку Первомайського О.О., не є цивілістичним за своїм спрямуванням міждисциплінарний підхід Чіркїна В.Е., оскільки вивчення поняття юридичної особи публічного права перебуває в іманентному зв'язку з дослідженням його родового поняття – поняття юридичної особи (Первомайський О.О., 2016, с.35]. Тобто поняття «юридична особа» і «юридична особа публічного права» співвідносяться між собою як род і вид.

Другий підхід розглядає можливість з'ясувати правову сутність юридичної особи публічного права через участь суб'єктів публічного права (держави, територіальних громад) у цивільному обороті (Кравец В.Д., 2016). Щодо питання співвідношення понять «суб'єкти публічного права» і «юридична особа публічного права», в доктрині серед вчених на сьогодні немає єдиної позиції. Перша позиція полягає в ототожненні суб'єктів публічного права і конструкції «юридичної особи публічного права». Так, зокрема Чиркін В.Е. визначає державу як юридичну особу публічного права під якою розуміє публічно-правове утворення суверенної державної влади, держава створює модель правопорядку в суспільстві, виступає у правових відносинах через свої органи і посадових осіб як представник всього народу, здійснює арбітражно-регулятивну роль з метою виконання «загальних справ» і в соціально-політичних відносинах, є джерелом права на легальний примус і несе публічно-правову відповідальність, яка може трансформуватися в матеріальну з правом регресного позову до відповідних органів і посадових осіб (Чиркін В.Е., 2007, с.65) Друга позиція виражається через поняття казни (фіску) як окремої приватно-правової складової суб'єкта публічного права (держави). На думку Андреева Ю.Н., слід повернутися до розуміння казни як держави – учасника приватних і публічних правовідносин (Андреев Ю.Н., 2012). Третя позиція визначає суб'єктів публічного права як особливих учасників цивільного обороту.

Так, наприклад, Назаров А.Г. вказує про те, що визнання законодавцем публічно-правових утворень юридичними особами публічного права потягне за собою багато як теоретичних так і практичних проблем. Конструкція «юридичної особи публічного права» може бути застосована до державних або муніципальних органів, за допомогою яких публічно-правові утворення приймають участь у цивільних відносинах, але не до самих публічно-правових утворень (Назаров А.Г., 2017).

На нашу думку, не можна ототожнювати поняття «суб'єкта публічного права» і поняття «юридична особа публічного права». В літературі проведена порівняльна характеристика співвідношення понять «публічно-правове утворення» і «юридична особа публічного права». Публічно-правове утворення характеризує форму організації суспільного (публічного колективу) на певній території в межах адміністративно-правових одиниць. Юридична особа публічного права являє собою організацію (орган, установу), яка виступає від імені певного публічно-правового утворення в відносинах приватного і публічного характеру. В рамках конституційного права поняття публічно-правове утворення є правовстановлюючим, а поняття юридична особа публічного права – правореалізуючим. Поняття юридичної особи публічного права є більш широким за обсягом поняттям ніж публічно-правове утворення (Зернов І.В., 2017). Вітчизняні науковці теж відстоюють позицію про неможливість ототожнення понять «юридична особа публічного права» і поняття «держава». Так, на думку Дзери Ю.М., досліджуючи правову природу і сутність юридичних осіб публічного права, автором доводиться позиція про те, що держава створює вказаних осіб з метою реалізації останніми функцій держави у певній сфері економіки або суспільного життя (виробництво, послуги, забезпечення діяльності) та у зв'язку з цим наділяє їх статусом юридичної особи. Державу не можна визнавати в якості юридичної особи публічного права або казною (скарбницею) (Дзера Ю.М., 2011).

Враховуючи все вищевикладене, можна констатувати, що до поняття «юридична особа публічного права» не можна підходити з позицій міждисциплінарного підходу. Інститут юридичної особи є цивільно-правовим поняттям приватного права, оскільки юридичні особи історично створювалися з метою задоволення майнових інтересів їх учасників. Суб'єкти публічного права (держава, АРК, територіальні громади) не є юридичними особами публічного права. Правовий статус юридичних осіб публічного права визначається на рівні Конституції та законів України. В цивільних відносинах вказані суб'єкти діють на рівні з іншими учасниками.

Список використаних джерел:

1. Майданик Р.А. Юридичні особи публічного права: поняття та місце в системі права України/Р.А.Майданик//Юридичні особи публічного права: участь у цивільному обороті – Матеріали міжнародної науково-практичної конференції – Київ – 8 листопада 2016 р. – К.: Тов «Білоцерковдрук» - 2016 – 186 с.
2. Леденева М. Участие публично-правовых образований в гражданских правоотношениях – Электронный ресурс – Режим доступа: www.epam.ru/articles/rus/Ledenova_20May2009.pdf
3. Пухан Иво, Поленак-Акимовская М. Римское право/Иво Пухан, М.Поленак-Акимовская//под ред. проф. В.А.Томсинова – М – Изд-во «Зерцало» - 2000 – 448 с.
4. Покровский И.А. История римского права/И.А.Покровский//СПб – Изд-во: торг. дом «Летний сад» - 1998 – 552 с.
5. Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву/Н.С.Суворов – Электронный ресурс – Режим доступа: <http://civil.consultant.ru/elib/books/8>
6. Стукалова Ю.В. Институт юридического лица в дореволюционной России: теоретические идеи практическая реализация/Ю.В.Стукалова//Право и политика - 2007 - № 2 – Электронный ресурс – Режим доступа: <http://center-beger.ru/b12969>
7. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права/Г.Ф.Шершеневич//Тула- Автограф – 2001 – 720 с
8. Усков О.Ю. Юридические лица публичного права: понятие и виды/О.Ю.Усков – Электронный ресурс – Режим доступа: <https://cyberleninka.ru>
9. Майданик Р.А. Юридические лица публичного права в украинском и европейском праве // Ежегодник украинского права: сборник научных трудов. Харьков. 2011. № 3. – с.137
10. Архипов С.И. Субъект права: теоретическое исследование – СПб – Изд-во Р.Асланова «Юрид. центр. пресс» - 2004 – 469 с.
11. Первомайський О.О. Юридична особа публічного права: дискусія щодо змісту поняття // О.О.Первомайський О.О./ Юридичні особи публічного права: участь у цивільному обороті (Матвеевські цивілістичні читання). Матеріали міжнародної науково-практичної конференції – Київ. – К. – Тов «Білоцерківдрук» - 2016 р. – 186 с.
12. Кравец В.Д. Гражданско-правовой статус публичных юридических лиц/В.Д.Кравец//Монография – ООО «Проспект» - 2016 – 256 с.
13. Чиркин В.Е. Юридическое лицо публичного права/В.Е.Чиркин. – М.: Норма. – 2007. – 352 с.
14. Андреев Ю.Н. О казне как категории частного (гражданского) и публичного (финансового) права//Налоги. – 2012. - № 3. – с.29-35

15. Назаров А.Г. Особенности гражданской правосубъектности публично-правовых образований /А.Г.Назаров – Электронный ресурс – Режим доступа: <https://posidpo.ru/>
16. Зернов И.В. О соотношении понятий «публично-правовое образование» и «юридическое лицо публичного права»/И.В.Зернов – Электронный ресурс -Режим доступа: <https://cyberleninka.ru/article/>
17. Дзера Ю.М. Держава як учасник цивільних правовідносин: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук.: спец. 12.00.03/Ю.М.Дзера: Київ. Нац. Ун-т імені Тараса Шевченка. – К.-2011 - 20 с.

СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ДІТЕЙ В УКРАЇНІ ¹

При розгляді проблематики захисту прав дітей автор ставить перед собою завдання розкрити та проаналізувати сучасні проблеми захисту прав дитини які виникли в даний момент на Україні. Захист прав дитини є одним з найважливіших напрямків діяльності держав, які входять до міжнародної спільноти. Актуальною є проблема захисту прав дитини і для України, де протягом останніх років відбувається бурхливий процес державотворення, актуальними є інтеграційні процеси, а на сьогоднішній день ще й кризова ситуація на сході країни. Проблема захисту прав дитини існує в кожній країні світу незалежно від ступеня її соціально-економічного розвитку, державного ладу та інших чинників, здатних впливати на становище людей в даній країні.

Проте, конкретні питання, які виникають у процесі захисту прав дитини в тій чи іншій країні, можуть мати свою специфіку, притаманну лише даній країні, або групі країн і не актуальну для інших. Це залежить від рівня розвитку держави, релігійних вірувань населення, демографічної ситуації, рівня правової культури нації та ін.

Так, наприклад, проблема залучення дітей до участі у збройних конфліктах і бойових діях та безпосередньо їх захист до ситуації, яка виникла на сході не була актуальною для України. І саме через це виникає ряд проблем з законодавчим забезпеченням врегулювання даного питання. Для України як мирної держави ситуація, що склалася є не

¹ Ревуцька Ірина Емілівна, кандидат юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри цивільного права та процесу, УжНУ.

притаманною так як до подій 2014 року вона виступала лише у ролі приймаючої сторони для дітей-біженців та тих, що постраждали від ведення воєнних дій у рідних країнах.

Окрім того Комітет ООН у справах дітей схвально оцінив зусилля держави у сфері забезпечення прав та інтересів дитини. Україна йшла на шляху сталого прогресу щодо захисту прав дітей, зокрема щодо зниження дитячої смертності; збільшення кількості дітей у прийомних сім'ях (а не в інтернатах); зниження чисельності відмов від новонароджених тощо. І виходячи з цього уряд України прагне реформувати соціальну сферу задля захисту прав дітей та протидії насильству і жорстокому поводженню (у тому числі сексуальної експлуатації) щодо них.

На при великий жаль збройний конфлікт на Сході України звів нарівень результати, яких Україна досягла, а саме: фактичне подолання безпритульності, розвиток усиновлення та прийомних сімей, підтримка матерів і дітей у складних життєвих обставинах тощо та в свою чергу загострив ті проблеми, які ще не були вирішені (поширення соціально небезпечних та інфекційних хвороб, скорочення програм імунізації, загострення жорстокості та насильства щодо дітей та у дитячому середовищі, погіршення доступу до послуг освіти, охорони здоров'я та соціальної сфери). Підвищився ризик зростання соціального сирітства. Актуальними залишаються проблеми сексуального насильства, дитячої наркоманії і злочинності. Наразі навіть проблема дитячого бродяжництва в нашій країні в 21 столітті залишається невирішеною.

Управління Верховного комісара ООН з прав людини серед інших виокремлює наступну проблему: чоловіки, які підтримують «ДНР» та «ЛНР», перешкоджають дружинам, у т.ч. із малими дітьми, покидати зону конфлікту¹. Додатково бойовики забороняють переміщати дітей за межі контрольованих ними територій Луганської та Донецької областей, крім РФ². Це свідчить про те що виникла складна ситуація з питань евакуації дітей з території проведення антитерористичної операції. Наступна нагальна проблема з системою реєстрації народжень та правосуддя у справах неповнолітніх; діти піддаються насильству з боку збройних груп, їх безпосередньо залучають до бойових дій. Залучення ж дітей до участі у збройних конфліктах суперечать частинам 2-й та 3-й статті 38 Конвенції ООН про права дитини в якій, зокрема,

¹ Сексуальне та гендерне насильство у військовому конфлікті в Україні. URL: <http://women-union.org.ua>.

² За 9 місяців 2014 року до Омбудсману вже надійшло 800 звернень або повідомлень про порушення прав дітей в Україні. URL: <http://www.ombudsman.gov.ua>.

зазначено: «Держави – сторони вживають всіх можливих заходів щодо забезпечення того, щоб особи, які не досягли 15-річного віку, не брали безпосередньої участі у воєнних діях». «... При вербуванні з числа осіб, які досягли 15-річного віку, але яким ще не виповнилося 18 років, держави – сторони прагнуть віддавати перевагу особам більш старшого віку».¹ Слід зазначити, що це є найбільш новим і універсальним документом міжнародного права у сфері захисту прав дитини. Вона була прийнята та відкрита для підписання, ратифікації та приєднання резолюцією 44/25 Генеральної Асамблеї ООН 20 листопада 1989 року. Для України вона набула чинності з 27 вересня 1991 року.²

Одною з найбільш значущих поміж проблем, які існують у зоні АТО з забезпечення прав дітей є припинення їх усиновлення, не забезпечено і право дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, які тимчасово були вивезені на оздоровлення за межі зони АТО, на сімейне виховання через неврегульованість процедури влаштування їх у сім'ї громадян України.³ У той же час позитивним кроком є ініціатива щодо вжиття заходів задля влаштування у найкоротші строки дітей, батьки (один із батьків) яких померли внаслідок поранення, контузії чи каліцтва, отриманих у районах проведення антитерористичної операції, закріплена Указом Президента № 835/2014 від 29.10.2014 р. «Про невідкладні заходи щодо забезпечення додаткових соціальних гарантій окремим категоріям громадян». В якій конкретно передбачається, що так діти мають бути влаштовані шляхом встановлення опіки та піклування над такими дітьми, їх усиновлення, передачі до прийомних сімей, дитячих будинків сімейного типу, а також до закладів для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування (на жаль останнє суперечить пріоритетам держави щодо розвитку сімейних форм виховання та недопущення з 01.01.2014 р. розміщення дітей у інтернатах; такий механізм може розглядатися лише в якості паліативного, тимчасового. Крім того, ускладненою видається практична реалізація установлені законом процедури усиновлення (взяття під опіку, передачі до прийомної сім'ї) безпосередньо у зоні АТО; вочевидь, необхідно запровадити відповідний механізм, що дозволить спростити сімейне влаштування дітей, які осиротіли або залишилися без батьківського піклування унаслідок бойових дій.

¹ Руководство ЕС по проблеме детей в вооруженных конфликтах. URL: <http://www.consilium.europa.eu>.

² Конвенція ООН про права дитини видана за підтримки Представництва ЮНІСЕФ в Україні. Київ, 2006. 32 с.

³ Відбулося чергове засідання Експертної ради з питань дотримання прав дитини при Представникові Уповноваженого. URL: <http://www.ombudsman.gov.ua>.

Виникла і проблема з умовно засудженими дітьми (їх понад 500 в Луганській та Донецькій областях), які мусять регулярно відмічатися у виконавчій службі аби не бути ув'язненими через порушення режиму умовного засудження¹. Гостро постає питання здійснення відповідних контролюючих функцій, адже виконавчі служби в зоні АТО не працюють.

Варто зазначити що в Україні функціонує Інститут Уповноваженого Президента з прав дитини, заснований Указом Президента України від 11 серпня 2011 р. № 812/2011. Поява такої установи справила позитивний вплив на загальний стан захисту прав дитини в Україні, проте, на думку фахівців, про його ефективність ще досить рано судити. Однак саме Омбудсмен зазначає, що чинні нормативно-правові акти у сфері охорони дитинства розраховані на мирний час і не завжди дають очікуваний результат чи взагалі доцільні до застосування в наявних умовах і тому вважає за доцільне внесення наступних змін у законодавство України:².

1. У Законі України «Про охорону дитинства» визначити поняття «дитина - жертва збройного конфлікту», «дитина, що перебуває в зоні збройного конфлікту», а також стандарти і нормативи їх соціального захисту та органи державної влади, які будуть здійснювати таку діяльність.
2. Запровадити порядок діяльності особового складу Збройних сил, органів внутрішніх справ, прикордонної та міграційної служб, вчителів, соціальних працівників по виявленню, спілкуванню та поведженню з дітьми, які перебувають у зоні збройного конфлікту.
3. Затвердити порядок створення гуманітарних коридорів у зоні воєнних дій і збройних конфліктів і порядок взаємодії командування Збройних сил держави з місцевими органами виконавчої влади.
4. У Кримінальному кодексі України необхідно чітко визначити склад таких злочинів, як «вербування дитини під час збройного конфлікту», «використання дитини під час збройних конфліктів» і встановити кримінальне покарання для тих, хто це робить, в тому числі, якщо це батьки дитини.
5. Заборонити залучати дітей у військових формуваннях, програмах, заходах, пов'язаних з навчанням їх володіти бойовою збро-

¹ Миколок О. «Війна – це найбрутальніше порушення прав дитини». URL: <http://www.day.kiev.ua>.

² Валерія Лутковська: «Чинне законодавство розраховане на мирний час, й до цього часу не прийнято жодного нормативного акта, спрямованого на захист прав дітей в умовах проведення АТО». URL: <http://www.ombudsman.gov.ua>.

єю, несенням військової служби. Для цього внести відповідні зміни в закони України «Про охорону дитинства», «Про військовий обов'язок і військову службу», «Про оборону України», «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію».

6. Запровадити роботу з надання реабілітаційних послуг дітям - жертвам збройного конфлікту, дітям, які перебувають у зоні збройного конфлікту. Впровадити навчальні програми для соціальних працівників, психологів, соціальних педагогів тощо. Відновити діяльність фахівців соціальної роботи.
7. Інформувати суспільство про організацію захисту дітей під час збройних конфліктів, запобігання вербування, використання їх воєнізованими або збройними формуваннями, осучаснити навчальні програми з цих питань в школах.

Незважаючи на досить чітке бачення сучасної проблеми дотримання та захисту прав дитини в Україні конкретних дій для їх вирішення не вчиняється. Доказом цього є хоча б Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020», програма діяльності Кабінету Міністрів України де ми не знаходимо ні завдань, ні шляхів вирішення нагальних проблем із захисту прав дитини.

Сьогодні бачимо, що єдина інституція, яка реально вирішує проблеми захисту прав дітей і зокрема на тимчасово окупованих територіях це громадські організації та волонтери. Але навіть при великому бажанні вони не спроможні в повній мірі забезпечити реалізацію роботи даного інституту захисту прав дітей без підтримки держави та її системному підході.

Таким чином питання захисту прав дітей, які безпосередньо знаходяться у ситуації збройного конфлікту, – це нова проблема яка виникла в Україні і вирішення якої покладено саме на законодавця, адже на даний момент вона не має ані відповідної законодавчої та нормативно-правової бази регулювання, ані потрібного інституційного та організаційного забезпечення.

ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА ОСОБИСТОГО ЖИТТЯ¹

Поняття «особисте життя» не зважаючи на численні дослідження чітко не сформульовано, тому і ускладнює процес гарантії права на не втручання в особисте життя фізичних осіб. Право на особисте життя гарантується ст. 32 Конституції України: Ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України.²

Конституційне та законодавче регулювання права на невтручання в особисте та сімейне життя узгоджується із міжнародно-правовими актами.³

Зокрема, у статті 12 Загальної декларації прав людини і громадянина встановлено, що ніхто не може зазнавати безпідставного втручання у його особисте і сімейне життя, безпідставного посягання на недоторканність його житла, таємницю його кореспонденції або на його честь і репутацію. Кожна людина має право на захист законом від такого втручання або таких посягань⁴.

У Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод визначено, що кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції; органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб (стаття 8).⁵

Міжнародним пактом про громадянські та політичні права 1966 р. встановлено, що ніхто не повинен зазнавати свавільного чи незаконного

¹ **Свадебна Наталія Іванівна**, аспірантка, кафедра цивільного права та процесу, УжНУ

² Конституція України від 28 червня 1996 р. // <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

³ Рішення Конституційного суду у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 32, частин другої, третьої статті 34 Конституції України <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-12>

⁴ Загальна декларація прав людини 10 грудня 1948 року // https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015

⁵ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року // https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004

втручання в його особисте і сімейне життя, свавільних чи незаконних посягань на недоторканність його житла або таємницю його кореспонденції чи незаконних посягань на його честь і репутацію (пункт 1 статті 17).¹

Згідно з Цивільний кодексом України (далі – ЦК) зміст права на недоторканність особистого і сімейного життя як одного з видів особистого немайнового права полягає в тому, що фізична особа вільно, на власний розсуд визначає свою поведінку у сфері свого приватного життя і можливість ознайомлення з ним інших осіб та має право на збереження у таємниці обставин свого особистого життя (статті 270, 271, 301). Фізична особа не може відмовитися від особистих немайнових прав, а також не може бути позбавлена цих прав (частина третя статті 269 ЦК).²

Особистим життям фізичної особи є її поведінка у сфері особистісних, сімейних, побутових, інтимних, товариських, професійних, ділових та інших стосунків поза межами суспільної діяльності, яка здійснюється, зокрема, під час виконання особою функцій держави або органів місцевого самоврядування.

Під поняттям «особисте життя» слід розуміти поведінку фізичних осіб поза межами виконання різноманітних суспільних обов'язків, тобто життєдіяльність людини в сфері сімейних, побутових, особистих, інтимних та інших стосунків, що звільнена від «тягаря суспільних інтересів» та спрямована на досягнення особистої мети та задоволення власних інтересів.

Право на особисте життя складається з таких складових:

- право мати особисте життя;
- право визначати своє особисте життя. При цьому, закон не визначає переліку можливих чи необхідних діянь, якими б особа могла здійснити своє право на визначення свого особистого життя;
- право на ознайомлення з обставинами особистого життя, означає, що особа самостійно визначає коло осіб, що можуть володіти інформацією про її особисте життя. Фізична особа може дати дозвіл на поширення інформації іншими особами у визначених нею межах поширення. Однак, у випадках, коли це прямо передбачено в законі, в Інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини, дане особисте немайнове право може бути обмежене;

¹ Міжнародний пактом про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 року // https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043

² Цивільний кодекс України від 16 січня 2013 року // <https://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

- право зберігати у таємниці обставини свого особистого життя, означає, що фізична особа має можливість не розголошувати про обставини свого особистого життя самостійно, а також вимагати такого нерозголошення від інших осіб, які володіють такою інформацією¹.

У літературі немає однастайності щодо підходів розуміння поняття особистого життя. Виділяється декілька підходів до його розуміння. По-перше, його розглядають як майнові, моральні, культурні й інші зв'язки, які створюються на основі сімейних, дружніх, інших відносин між людьми в сфері особистого життя, продовження роду, влаштування житла, ведення домашнього господарства, хобі, участі в культурному житті, світогляду, думок, переконань; по-друге, особисте життя розкривається через протиставлення «приватне-публічне» життя. Розглядаючи поняття особистого життя через протиставлення «приватне-публічне» потрібно враховувати зміни ті трансформації, що відбулися у сучасному суспільстві, які вимагають по-новому подивитися на ці поняття.²

Право на повагу до особистого життя є правом жити за власним бажанням, правом бути захищеним від публічності, право встановлювати і розвивати стосунки з іншими людьми, особливо в емоційній сфері для розвитку та становлення особистості.³

Термін «особисте (приватне) життя» є складним, тобто вираженням у словосполученні. А тому з'ясування його змісту передбачає потребу з'ясувати зміст кожного терміну, що його утворюють. Ф. Енгельс відзначав, що «життя – це спосіб існування білкових тіл, і цей спосіб існування полягає по своїй суті в постійному самооновленні хімічних складових частин цих тіл». Тобто, німецький філософ розумів життя через постійну активність мікроорганізмів, їх оновлення, взаємодію. Щодо терміну «приватне» або «особисте», то він активно використовується вже з початку XIX ст. Академічний словник французької мови 1836 року термін «приватне» визначав як «те, що протиставляється публічному, що не має публічного значення», а «публічне» тлумачив як «те, що стосується всього народу, належить всьому народу, використовується всіма, відомо всім, поширене серед усіх, відбувається на очах (у присутності) всіх». Латинський термін «privatus» у римському приватному праві позначав

¹ Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу // <http://legalexpert.in.ua/komkodeks/gk/79-gk/662-301.html>

² Горобець Н.О. (2016). Особисте життя: таємниця чи повага? Юридичний науковий електронний журнал. 3/2016. 42.

³ Горобець Н.О. (2016). Особисте життя: таємниця чи повага? Юридичний науковий електронний журнал. 3/2016. 43.

сімейства і були звільнені від особистої залежності та підпорядкування главі сім'ї, тобто стали автономними і мали свій власний правовий статус та соціальне визнання. Отже, термін «приватний» історично тлумачився як незалежний, осіб, які вийшли з автономний, а автономність особи визначалася сукупністю тих прав, які ця особа отримала.¹

Таким чином, що в юридичній літературі та міжнародно-правових документах, відсутнє єдине розуміння поняття «особисте життя». Пропонуємо під особистим життям розуміти особливу частину приватної сфери людської життєдіяльності, яка полягає в різноманітних відносинах, стосунках, явищах, подіях, що не мають публічного значення, визначається і регулюється самою особою.

ПРИВАТНЕ ПРАВО В УКРАЇНІ: КОНЦЕПТ, ТРАДИЦІЯ, КОНЦЕПЦІЯ В УМОВАХ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ²

Обравши об'єктом дослідження напрямок тематики конференції (робочу панель) «Розвиток приватного права України в контексті євроінтеграційних процесів», ми одразу зіткнулися з необхідністю зробити низку застережень та уточнень щодо найменування анонсованої теми.

По-перше, виникає питання щодо коректності вживання терміно-поняття «приватне право України».

По-друге, якою є сутність терміно-поняття «приватне право».

Нарешті, у залежності від відповіді на друге питання має бути з'ясовано, яким чином може відбуватися «розвиток» цього феномену: шляхом саморозвитку, за допомогою державних інституцій, за допомогою інших чинників?

¹ Ємчук Л.В.(2015) Конституційно-правове регулювання особистого та сімейного життя людини і громадянина. Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук 12.00.02 – конституційне право; муніципальне право. Ужгород. 2015. 17.

² Харитонов Євген Олегович, доктор юридичних наук, професор, зав. кафедри цивільного права, Національний університет «Одеська юридична академія»;

Харитонова Олена Іванівна, доктор юридичних наук, професор, зав. кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права, Національний університет «Одеська юридична академія».

Що стосується першого зі згаданих питань, то чинником його виникнення є, зокрема, недостатня чіткість характеристики у вітчизняному правознавстві (втім, не тільки у вітчизняному) співвідношення феномену «приватне право» з «цивільним правом» та його з «цивільним правом національних правових систем».

Отже характерними рисами приватного права є те, що воно: 1) ґрунтується на визнанні людини (особи) самостійною цінністю: людина визнається не засобом, а метою права; 2) покликане регулювати відносини між приватними особами, забезпечуючи «суверенітет» кожної; 3) ставить на чільне місце приватний інтерес: акцентує увагу на економічній свободі, вільному самовираженні та рівності товаровиробників, захисті прав власників (у томі числі, від сваволі держави); 4) виходить з можливості вільного волевиявлення приватних суб'єктів при реалізації їхніх прав; 5) припускає широке використання договірної форми регулювання цивільних відносин; 6) містить норми, які «звернені» до суб'єктивного права і забезпечують його судовий захист; 7) характеризується переважанням диспозитивних норм.

Диспозитивний метод (метод координації) характерний для регулювання на засадах формальної рівності, ініціативності та вільного розсуду учасників відповідних відносин. На процес такого регулювання впливає активність учасників суспільних відносин, що регулюються за його допомогою. У характерних рисах диспозитивного методу проявляються особливості приватного права як наднаціонального феномену, що складається, передусім, із сукупності гуманітарних ідей, правових принципів, правил і норм, що стосуються визначення статусу і захисту інтересів окремої особи (людини).

Суспільні відносини у сфері приватного права за певних умов можуть опосередковуватися не юридичними нормами. Можлива ситуація, коли такі відносини взагалі не потребують юридичного втручання. Засоби публічного (державного) впливу тощо можуть застосовуватися, а можуть і не застосовуватися, якщо між учасниками таких відносин не виникла суперечка, або суперечка, що виникла, урегульована за взаємною згодою учасників цих відносин. Від санкціонування приватних відносин або забезпечення захисту інтересів їх учасників державою характер приватноправового регулювання не змінюється, оскільки в ідеальному варіанті закони держави повинні відповідати приписам і положенням природного права, а в реальному контексті - якщо й не відповідають, то повинні прагнути цього (звісно, якщо йдеться про громадянське суспільство і правову державу).

Як зазначалося, «приватне право» та «публічне право» у сукупності утворюють наднаціональну систему права. Розділення права на публічне і приватне є не просто класифікаційним розмежуванням, це - результат врахування існування якісно різних сфер правового регулювання. Від початку розвитку цивілізації, коли виникає право, воно може розглядатися як система, що складається з двох відносно самостійних сфер – публічного права і приватного права. Тому некоректним, на нашу думку, є позначення «приватне право України», «приватне право Франції», «приватне право Німеччини» тощо. Натомість, має йтися про «традицію приватного права в Україні», «традицію приватного права у Франції», і відповідно про галузі національного права: «цивільне право України», «цивільне право Франції» тощо, котрі є проявом приватного права на рівні національних правових систем, виступаючи тут як галузь національного права – сукупність концепції, ідей та правових норм, що визначають правовий статус приватної особи, засади захисту її прав та інтересів у національній правовій системі.

Зауважимо, що поділ права на приватне і публічне є науковою абстракцією, яка дозволяє у найбільш загальних рисах характеризувати два головних напрями правового регулювання суспільних відносин. Що стосується реальних відносин, то вони підлягають регулюванню на засадах приватного або публічного права в залежності від їх конкретного змісту. На рівні національного права це знаходить відображення у розрізненні галузей національного права, які виступають як прояв засад приватного або публічного права при регулюванні відповідних груп відносин. Проте хибним було б ототожнювати приватне право з цивільним, а публічне – з адміністративним. Натомість, йдеться про те, що у цивільному праві, головним чином (але не тільки), проявляються засади, правила та норми приватного права, а у праві адміністративному – проявляються засади та норми публічного права.¹

Отже, має йтися не про «приватне право України», а про «приватне право в Україні», а ще краще - про «традицію приватного права в Україні».

Такий висновок зумовлює необхідність встановлення того, що мається на увазі під «традицією приватного права» і які особливості «традиції приватного права в Україні».

Ключовим у пошуку відповіді на це питання є розгляд права як самостійного ціннісного елементу цивілізації (культури). Хоча при цьому не ігнорується зв'язок права з матеріальними умовами життя

¹ Xarytonova, O. (2004). Administrative-legal relations (problems of the theory). Odesa. 119-122.

суспільства (які також є елементом цивілізації), однак заперечується «жорстка залежність» його від певної суспільно-економічної формації, акцентується увага на необхідності врахування ролі духовних чинників для розвитку суспільства і формування права, визнається значення досягнень правової думки інших цивілізацій для розвитку правової системи тощо.

Немайнові та майнові відносини між приватними особами можуть впорядковуватися за допомогою як юридичних, так і неюридичних засобів. При цьому, оскільки неюридичні правила сформувалися раніше, вони значною мірою й дотепер визначають характер та зміст норм законодавства у сфері приватного права. У свою чергу, зміст неюридичних правил відображає ціннісні орієнтації суспільства або ж його «менталітет».

Крім того, що національний менталітет є передумовою формування правового менталітету, а відтак правосвідомості «приватноправового характеру», він ще й слугує підставою диференціації правових традицій (традицій приватного права). Право приватне, як концепт, (розуміння сутності приватного права) може набувати і мати особливості у залежності від того, про яку традицію приватного права, про яку його правову родину йдеться. У свою чергу, одним із найважливіших критеріїв диференціації правових традицій та правових родин, є національний менталітет.

Якщо менталітет слугує основою формування і критерієм розрізнення цивілізацій, то правовий менталітет є критерієм розрізнення традицій права і правових систем, визначаючи систему домінуючих цінностей, що стають підґрунтям цивілізаційної самоідентифікації та цивілізаційної ідентифікації його сусідами. Таким чином, важливе значення мають національні цінності та традиції, під якими маються на увазі елементи культури, які свідомо передаються з покоління в покоління.

Відтак розглянемо під таким кутом зору розвиток приватного права в умовах євроінтеграції, поняття якої охоплює, на наш погляд, інтеграцію Західної та Східної локальних європейських цивілізацій, котрі виникли історично, з перших століть нової ери відповідаючи межі поділу між західною та східними частинами Римської імперії.¹

Зауважимо, що, коли йдеться про «Захід» та «Схід» Європи, мається на увазі не суто механічний поділ континенту за географічними напрямками, згідно з яким, наприклад, Польщу можна віднести до східної його частини, і не спрощений поділ за релігійною ознакою. Йдеть-

¹ Berman, G. (1998). *Western tradition of law: The era of formation*. Moscow. 20.

ся про поділ за світоглядними засадами, культурою, організацією суспільства – загалом з урахуванням усього того, що складає у сукупності «цивілізацію», і викликає стосовно Заходу такі асоціації, як епохи Відродження і Просвітництва, британські інституції, римське право, грецька філософія та іудейсько-християнські цінності.¹ Отже, категорії «Західна традиція права» і «Західна традиція приватного права» стосуються не тільки тих норм, які сформувалися і діяли у Західній Європі, але ними охоплюються усі юридичні концепції, принципи і норми, котрі мають світоглядною основою ідеї західної гілки християнства в усіх її різновидах, а визначальною юридичною її основою (домінантою) – оновлене і переосмислене Римське приватне право.

Для Західної традиції права властивими є наступні риси: 1) відносно чітка межа між правовими та іншими інституціями; 2) управління правовими інституціями доручається спеціальному корпусу людей, які для цього спеціально дістають юридичну освіту; 3) юридична думка впливає на правові інститути, виступаючи як чинник, за допомогою якого можна створювати інші правові категорії; 4) право сприймається у суспільстві як узгоджене ціле, єдина сформована система; 5) закон сприймається як цілісна система, «організм», який розвивається через покоління; 6) життєздатність правової системи ґрунтується на впевненості суспільства в довговічному характері права; 7) розвиток права свідчить, що воно не просто продовжується, а має історію; 8) історичність права пов'язана з усвідомленням його переваги над політичною владою; 9) впевненість у історичності права пов'язана з вірою у його верховенство над політичною владою. Це виглядає зовні також як впевненість у можливості існування громадянського суспільства та правової держави; 10) усередині суспільства існують і змагаються різні юрисдикції, що робить переваги закону необхідними і можливими.²

На підґрунті Західної традиції права виникла та існує традиція приватного права, як концепт, невід'ємно пов'язаний із Західною європейською цивілізацією, сформований у ній під впливом ідей «природного права», що передбачає визначення незалежного стану приватної особи, визнання за нею комплексу невід'ємних особистих та майнових прав, запровадження принципу свободи договору та ін. Характерною є рецепція Римського приватного права як універсального інструменту забезпечення прав приватної особи. Водночас, завдяки національним

¹ Yakubov, R. (1998). Ukraine in the new Europe. *Suchasnist`*, 7-8, 74.

² Berman, G. (1998). *Western tradition of law: The era of formation*. Moscow, 41-42.

буржуазним революціям, спрямованим на подолання суперечностей внутрішнього державного та соціально-культурного розвитку, відбувається збагачення Західної традиції приватного права. Зокрема, лютеранська концепція християнської совісті певною мірою сприяє розвитку і створенню оновленої системи захисту приватних договорів та майнових прав у багатьох західних країнах. Англійське пуританство сприяє розвитку основи більш незалежного судочинства, суду присяжних, і зміцнює права людини - не лише в Англії, але у кінцевому підсумку і в інших країнах Західної Європи. Кодифікація цивільного права у Франції стимулює нові кодифікації в усій Європі та на інших континентах. Західна традиція приватного права є чіткою сукупністю, але, разом із тим, диференціюється відповідно до ментальності, світоглядних та національних традицій і розвивається не лише у хронологічних, але й у географічних координатах.

Концепт «Східна Європа», «винайдений» пізніше,¹ є тотожним концепту «Східна Римська імперія» («Візантія»), котра також є не лише поняттям історико-географічним, але й культурною, світоглядною, релігійною категорією, основою ціннісного світосприймання населення значної частини Європи.

Під «Східною європейською традицією права» маємо на увазі правові цінності, концепти, категорії та інститути, що властиві Східній європейській субцивілізації, будучи заснованими на світогляді, культурі і ментальності народів, етносів, груп народів, що входили в так зване «Візантійське співтовариство націй» або зараз є спадкоємцями «Духу Візантії», вираженому у догматах ортодоксального християнства.

Характерними рисами Східної традиції європейського права є: 1) обмеженість світоглядного підґрунтя права, як правило, християнським вченням у його ортодоксальній інтерпретації; 2) схильність до розуміння права як сукупності актів законодавства, зміст якого зумовлений не стільки природними приписами, скільки потребами суспільства; 3) організація і проведення законотворчих, кодифікаційних, дослідницьких тощо робіт за «ініціативою зверху»; 4) обмеженість творчого пошуку, втрата авторитету і значення юриспруденції; 5) тенденція до обмеження приватноправового типу регулювання, прагнення забезпечити контроль і втручання держави у відносини приватних осіб. В результаті приватне право стає «розбавленим» публічно-правовими нормами; 6) нечітке розмежування між правовими інститутами,

¹ Vulf, L. (2009). The invention of Eastern Europe. Map of civilization in the consciousness of the Enlightenment. Kyiv.

з одного боку, та державними інституціями - з іншого; 7) відсутність теоретично обґрунтованої і визнаної концепції наступництва права. Внаслідок цього такі явища, як рецепція, акультурація, трансплантація права мають обмежений і непослідовний характер.¹

Зауважимо, що у Східній Європі періодично мали місце спроби створення власного варіанту концепту приватного права, котрі, втім, не мали успіху через відсутність самостійного філософського підґрунтя, особливості розуміння взаємин «людина – держава» та ін. аналогічні чинники.

Оскільки традиція права в Україні спочатку формувалася у руслі Східної європейської традиції права, постає питання про «лабільність» вітчизняного права в умовах євроінтеграції.

На нашу думку, проблеми вибору тут уже не існує, оскільки Україна, як і кожна держава, що прагне стати членом ЄС, зробила свій вибір на користь євроінтеграції. Тому методологічним підґрунтям кореляції права України з правом ЄС у галузі приватного права є врахування тієї обставини, що, на відміну від загальної традиції права, концепт приватного права визрів та сформувався у контексті розвитку Західної традиції приватного права. Відтак можливість адаптації правових систем залежить, передусім, від готовності і здатності нашого суспільства до сприймання Західних європейських базових цивілізаційних цінностей (індивідуалізм, права людини, право приватної власності, свобода договорів, повага до прав іншої особи тощо), без чого реальний поступ тут є неможливим.

На такому підґрунті можемо стверджувати, що концептуально розвиток традиції приватного права в Україні в процесі євроінтеграції має відбуватися, передусім, шляхом «правової акультурації», котра є універсальним поняттям, що розуміється як щеплення однієї правової системи до іншої², а більш точно може бути визначена як будь-яке запозичення елементів одних правових систем в інші (можливе також позначення «юридичні трансплантації»).

Розглядаючи питання акультурації у галузі приватного права, маємо враховувати сутність останнього.

На нашу думку, враховуючи згадані вище особливості права взагалі та приватного права, зокрема, пояснення його сутності можливе шляхом розуміння його як концепту (латин. *conceptus* - думка, уявлення, поняття).

Концепт у філософському знанні визначають як ідею, згусток смис-

¹ Хартонів, Ye. (2000). The history of private law in Europe: Eastern tradition. Odesa. 8-9.

² Карбон`е, Zh. (1986). Legal sociology. Moscow. 199.

лів, потугу, з яких сотворюється буття усього – людини, світу, культури – людини у світі культури. Щось подібне до кристалів чи самородків смислу – абсолютні просторові форми.¹ Отже, концепт може бути визначений як виражені вербально ідея, уявлення, відчуття, що відображають сприйняття людиною світу і світом людини.

При характеристиці права, як феномену культури, «концепт» розуміється як сукупність уявлень, понять, знань, асоціацій, емоцій, які виникають у зв'язку з використанням терміно-поняття право, супроводжують і характеризують його.

У правознавстві не завжди розрізняють категорії «концепт» і «концепція»,² часом невиразно проводять межу між поняттями «концепт права» і «правовий концепт».³ Жан Луї Бержелі підкреслюючи, що визначення концепту полягає в тому, аби передати сенс слова, яким цей концепт позначається у відповідності з елементами, які цей концепт утворюють,⁴ водночас веде мову не про абстрактний «концепт», «концепт взагалі», а про концепти у правовій сфері - як «загальні і абстрактні ментальні репрезентації об'єктів», котрі у юридичній сфері можуть бути визначені лише щодо позитивного права і реалій соціальної дійсності».

Проте, коли йдеться про дійсно абстрактні, загальні концепти, які складають підґрунтя знань та уявлень про оточуючий людину світ, обмежуватись концептами у сфері позитивного права було б хибним, оскільки «позитивне право» саме є лише одним із концептів у галузі права (так само як концепти «природне право», «приватне право», «публічне право», «право справедливості», «нормативне право», «цивільне право» тощо). Ігнорування цієї обставини призводить до зведення права взагалі лише до права позитивного, без врахування усіх інших його проявів. Тому при характеристиці концепту стосовно права має йтися про сформоване вербально уявлення, раціональне та емоційне сприйняття людиною права як частини світу, у якому існує ця людина, відчуваючи себе частиною цього світу.

При дослідженнях у сфері права, на наш погляд, необхідно розрізнити загальні (базові) концепти (право, справедливість, приватне

¹ Delez, Zh., & Gvattary, F. (1998). What is philosophy? Moscow: Institute of Experimental Sociology.

² Tatarnykova, K. (2013). Concept of complex codification of information law. Legal Bulletin, 3, 28, 69-73.

³ Tkachenko, I. (2009). Differentiation of terms: "legal concept", "legal category" and "legal concept" (on the example of the norms of the civil code of Ukraine). Scientific Notes of the Tauride National University. V.I. Vernadsky, 1, 385-386.

⁴ Berzhel, Z. L. (2000). General theory of law. Moscow, 342.

право, права людини, суб'єкт права, власність, договір тощо) і «правові концепти» («позитивний» закон, правовий інститут, правова норма, судовий захист, позов, представництво тощо).

Отже приватне право характеризується як загальний (базовий) концепт культури, що і маємо враховувати при пошуках відповіді, яким чином може відбуватися «розвиток приватного права»: шляхом саморозвитку, за допомогою державних інституцій, за допомогою інших чинників?

Відповідь на нього залежить від того, якою ми бачимо сутність приватного права (точніше, який аспект цього складного феномену хочемо дослідити): концепт, концепція, регулятор суспільних відносин, щось інше.

Якщо виходимо з розглянутої вище тези, що це загальний (базовий) концепт культури, то мусимо визнати, що його розвиток можливий лише шляхом саморозвитку.

Якщо розглядаємо приватне право як концепцію (лат. *conceptio* - розуміння) – систему поглядів, те або інше розуміння явищ і процесів; єдиний, визначальний задум,¹ то його (її – концепції) розвиток можливий шляхом стимулювання відповідних напрямків наукових досліджень тощо.

Не може бути однозначною відповідь на питання про можливість і характер вольового впливу на розвиток приватного права, як певного регулятора суспільних відносин.

Як зазначалося, при характеристиці права у юриспруденції, на наш погляд, попри спроби вийти за межі звуженого розуміння права шляхом включення до нього й інших структурних елементів: правовідносин, правових поглядів та ідей, правосвідомості, суб'єктивних прав громадян, і зараз переважає «нормативістський» підхід, за якого право розуміється як сукупність загальнообов'язкових норм. Проте позитивістський (нормативістський) підхід розуміння права суперечить самій суті приватного права, як юридичного регулятора, що діє на засадах диспозитивності.

У кожному разі, застосування засобів публічного (державного) впливу до сфери приватного права можливе лише на рівні національного цивільного права, зокрема, через його норми, доктрину, ідеї та інші досягнення цивілістичної думки, що набувають практичного значення при укладенні договорів, не передбачених нормами цивільного законодавства, застосуванні аналогії закону та аналогії права при тлумаченні судами норм цивільного законодавства тощо.

¹ Conception. (n.d.). Retrieved March 12, 2019, from <https://en.wikipedia.org/wiki/Conception>

ПРАВОВА ОХОРОНА ДОМЕНІВ У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ ¹

Інтернет-простір – це соціальне явище сучасного світу, значення якого важко переоцінити. Але, разом з тим, задля правової регламентації Інтернету законодавцю потрібно визначити ряд специфічних понять, властивих мережі Інтернет. Відповідно до ст.1 *Закону України “Про телекомунікації”* Інтернет - це всесвітня інформаційна система загального доступу, яка логічно зв’язана глобальним адресним простором та базується на Інтернет-протоколі, визначеному міжнародними стандартами. Відносини в сфері Інтернет мають свої особливості, що виділяють їх з кола інших відносин. По-перше, це проекція звичайних соціальних відносин у віртуальному просторі; по-друге, це відносини в цифровому середовищі; по-третє, це відносини суб’єктів різних юрисдикцій і навіть правових систем².

Основою Інтернету є система доменних імен, яка створена і керується міжнародною корпорацією ICANN (The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – Інтернет-корпорація з присвоєння доменних імен і номерів). Ключем до пошуку необхідної інформації в мережі Інтернет є доменне ім’я. Слід зазначити, що поняття домен та доменне ім’я не є тотожними. Вперше в Україні визначення понять «доменне ім’я» та «домен» були наведені у постанові Кабінету Міністрів України від 12.04.2002 р. № 522 «Про затвердження Порядку підключення до глобальних мереж передачі даних»:

- домен – частина адресного простору в мережі Інтернет, призначена для ідентифікації комп’ютера або групи комп’ютерів;
- доменне ім’я – буквено-цифровий вираз, що ідентифікує будь-який комп’ютер абонента у мережі Інтернет.

У ст. 1 *Закону України “Про телекомунікації”* поняття домену деталізовано: домен – частина ієрархічного адресного простору мережі Інтернет, яка має унікальну назву, що її ідентифікує, обслуговується групою серверів доменних імен та централізовано адмініструється. А відповідно до ст. 1 *Закону України “Про охорону прав на знаки для товарів і послуг”* доменне ім’я – це ім’я, яке використовується для адресації комп’ютерів і ресурсів в Інтернеті. Іншими словами доменне ім’я

¹ **Чепис Олеся Іванівна**, кандидат юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри цивільного права та процесу, УжНУ.

² Гульбин Ю. Т. Гражданско-правовая охрана средств индивидуализации в рыночных условиях : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Москва, 2014. С.308.

– це словесне позначення адреси Інтернет-користувача, що використовується як синонім цифрової системи ідентифікації. На практиці все це має такий вигляд: особа володіє сайтом з IP-адресою - 68.92.6.168., проте сайт має свою назву - «<http://tops.org.ua/index.html>», при цьому доменним ім'ям є «tops.org.ua.», а доменами – «tops», «org» і «ua».¹

Доменне ім'я є чи не першим, з чим стикається користувач при доступі до того чи іншого Інтернет-ресурсу, тобто відіграє роль візитівки Інтернет-ресурсу, засобом його індивідуалізації. Доменні імена все частіше стають предметами правочинів, їхня вартість може сягати мільйонів доларів. В той же час правова регламентація відносин у сфері доменних імен далека від досконалості. Адекватна вимогам сьогодення нормативно-правова база у даній сфері в Україні майже відсутня (спеціального закону немає, а в таких фундаментальних актах як Цивільний та Господарський кодекси домен та доменне ім'я взагалі не згадуються).

Доменне ім'я складається з доменів різних рівнів. При цьому їх формування здійснюється таким чином, що домени більш високого рівня розташовані праворуч. Залежно від рівня, який посідає домен, він адмініструється певною організацією, і з огляду на те, що на законодавчому рівні використання доменних імен майже ніяк не врегульовано, адміністратори буквально встановлюють власні «правила гри» у текстах відповідних договорів. Таким чином, щоб визначити, як використовується той чи інший домен, потрібно звернутися до відповідних правил, регламентів тощо, встановлених адміністратором відповідного домену.

Структура кожного доменного імені складається, щонайменше, з двох частин: домену верхнього (першого) рівня – національного або міжнародного, і другого рівня, що забезпечує ідентифікацію певного сайту. Також домени можуть бути третього і наступних рівнів.

Домен верхнього рівня (Top Level Domain (TLD)) розташований після останньої крапки («.»). Є два типи TLD:

- 1) міжнародні (загальні) домени верхнього рівня (generic Top Level Domain (gTLD)): вказують сферу діяльності (наприклад, «com» – для комерційних організацій, «org» – для некомерційних структур, «edu» – для навчальних закладів);
- 2) домени верхнього рівня коду країни (національні домени верхнього рівня) (country code Top Level Domain (ccTLD)): ідентифі-

¹ Кісіль О. Власники і користувачі домену, доменного імені, веб-сайту в інтернет-відносинах та у судовій практиці. URL: <http://ukrainepravo.com/scientific-thought/pravova-pozytsiya/vlasnyky-i-korystuvachi-domenu-domennogo-imeni-veb-saytu-v-internet-vidnosynakh-ta-u-sudoviy-praktyty/> (дата звернення:20.03.2019).

кують держави, в яких вони зареєстровані (наприклад, .ua – для України; .us – для США; .de – для Німеччини, .uk – для Великобританії, .fr – для Франції);

Домен другого рівня (Second Level Domain) розташований безпосередньо ліворуч від домену верхнього рівня (наприклад, iprhelpdesk.eu, imena.ua, hostmaster.ua та інші). Більшість спорів з доменними іменами стосуються саме цього типу домену.

Домен третього рівня (Third Level Domain) розташований безпосередньо ліворуч від домену другого рівня (наприклад, helpline.iprhelpdesk.eu). При цьому, не кожна адреса має цей тип домену, також відомого як піддомен. Він зазвичай використовується для ідентифікації департаментів у великих організаціях.¹

Доменні імена мають міжнародний характер. На відміну від торговельних марок або промислових зразків, доменні імена не носять територіального характеру. Відповідно реєстрація будь-яким акредитованим реєстратором надає їм захист по всьому світу. Обсяг захисту доменного імені визначає домен верхнього рівня (наприклад, .eu) та домен другого рівня (наприклад, iprhelpdesk). Захист також залежить від того, чи є домен другого рівня частиною торговельних марок:

- якщо власник зареєстрував свій домен другого рівня як торговельну марку (наприклад, якщо «iprhelpdesk» зареєстрований як торговельна марка), то він матиме право заборонити іншим реєструвати його домен другого рівня з різними розширеннями верхнього рівня, такими, як «.com» або «.biz»;
- якщо домен другого рівня є загальним терміном, який не користується захистом як торговельна марка, стає можливою його реєстрація з різними розширеннями верхнього рівня різними власниками. Саме так співіснують однакові домени другого рівня, якщо домен верхнього рівня відрізняє їх та уникає конфлікту між ними.

Реєстрація доменного імені може бути виконана реєстратором, який акредитований ICANN. Єдина вимога реєстрації полягає в тому, щоб доменне ім'я, яке бажають зареєструвати, не було вже зареєстрованим раніше. Кожен реєстратор може встановлювати тривалість охорони від року до максимум 10 років. Після закінчення строку дії, доменні імена можуть бути поновлені.²

Домен .ua був делегований Україні у 1992 році і з того часу Україна володіє мережею доменів другого рівня *.ua. Реєстрацією доменів друго-

¹ Justine Pila, Paul L.C. Torremans, European Intellectual Property Law, P. 331.

² Там само, P. 340.

го рівня займаються акредитовані організації ICANN. В Україні такою організацією є створене у 2001 році ТОВ «Хостмайстер» (www.hostmaster.ua). Саме ця компанія є єдиним адміністратором домену верхнього рівня .ua, а також здійснює реєстрацію та адміністрування доменів другого рівня *.ua. При цьому необхідною умовою отримання домену другого рівня, згідно Правил домену .ua, є наявність у заявника зареєстрованої торговельної марки. Це означає, що для реєстрації в сегменті .ua і отримання домену другого рівня, особі потрібно спочатку отримати свідоцтво на торговельну марку в Україні щодо будь-яких товарів або послуг.¹

У разі, якщо виникає спір щодо невиконання зобов'язань із делегування домену, порушення прав на доменне ім'я (його незаконне використання) тощо ситуацію, яка в результаті цього складається між праволодільцем та порушником прийнято називати доменним спором. Для вирішення доменних спорів ще в 1999 році була розроблена стандартна процедура UDRP (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy – єдина політика розв'язання доменних спорів). Це позасудова процедура і політика вирішення спорів, що стосуються загальних доменів верхнього рівня (gTLD), як **.biz**, **.com**, **.info**, **.name**, **.net**, **.org** і т. д., а також деяких національних доменів (ccTLD). Метою UDRP є боротьба з недобросовісним використанням в доменних іменах чужих комерційних позначень. Саме тому на сьогодні UDRP є невід'ємною частиною договору про реєстрацію доменного імені у всіх існуючих загальних доменах верхнього рівня (gTLD), а саме: .aero, .asia, .biz, .cat, .com, .coop, .info, .jobs, .mobi, .museum, .name, .net, .org, .pro, .tel, .travel. Також дана процедура діє відносно 71 національного домену верхнього рівня (ccTLD).²

У звіті, опублікованому на сайті Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ), повідомляється, що у 2018 році організацією було розглянуто 3447 скарг в рамках UDRP. Це на 12% більше, ніж минулого року, коли було розглянуто 3074 скарги. Більш того, цей результат є абсолютним рекордом за всі 20 років існування політики UDRP. Трьома основними секторами діяльності заявників були: банківська та фінансова сфера (12% усіх випадків), біотехнології та фармацевтична промисловість (11%), Інтернет та ІТ (11%).

В Україні процедура UDRP набула чинності тільки 19.03.2019 для приватних доменних імен другого рівня в домені .ua (реєстратор доме-

¹ За матеріалами сайту URL: <http://www.inventa.ua/ua/nashi-poslugi/reiestratsiia-domennykh-imen-v-sehmenti-ua/> (дата звернення: 20.03.2019).

² Єдина політика вирішення доменних спорів (UDRP): загальні питання і процедура розгляду. URL: <https://ipstyle.ua/ua/iedina-politika-virishennja-domennyh-sporiv-udrp-zagalni-pitannja-i-procedura-rozgljadu/> (дата звернення: 21.03.2019).

ну верхнього рівня .ua компанія «Хостмайстер» і Всесвітня організація інтелектуальної власності у 2018 році уклали відповідний договір). До цього будь-які суперечки щодо доменного імені доводилося відстоювати в судах. І тут варто згадати історію з доменом *google.ua*, який у 2006 році був зареєстрований на українську фірму «ГОУ ОГЛЕ» і перенаправляв відвідувачів на сайт знайомств «Кохаймось». У 2009 році компанія Google подала в суд на фірму «ГОУ ОГЛЕ» з вимогою віддати домен, але судові суперечки зайняли майже три роки. Врешті решт, після багаторічних судових розглядів компанія Google Inc все ж таки відстояла в суді своє право на домен *google.ua*.¹ *Порівняно із судовим розглядом процедура UDRP має ряд переваг: вона є швидшою та, як правило, значно дешевшою.* Щоб скарга була задоволена, необхідно довести: що торговельна марка заявника ідентична або подібна до ступеня змішування з доменним ім'ям; реєстрант доменного імені не має прав на це доменне ім'я; доменне ім'я використовується недобросовісно.

ПРИНЦИП СВОБОДИ ДОГОВОРУ ТА ЗЛОВЖИВАННЯ НЕЮ: ДОСВІД УКРАЇНИ ТА ЄС ²

Свобода договору відноситься до основоположних засад цивільного законодавства України. Цей принцип посідає вагоме місце також і в праві Європейського Союзу. Як зазначає Ю. Базедов: «Свобода договорів є основоположним принципом європейського приватного права. Вона беззастережно визнається одним з основних принципів права Європейського союзу (ЄС). Проте, визнання свободи договорів в якості одного з основних принципів права ЄС не знаходить адекватного відображення в європейському законодавстві в сфері регулювання приватноправових договірних відносин. Для регулювання в галузі договірного права характерна фрагментарність, численність актів органів ЄС, які найчастіше носять розрізнений і вибірковий характер».³

Свобода укладання договорів визнається загальним принципом

¹ За матеріалами сайту URL: <https://www.imena.ua/blog/domain-protection/> (дата звернення: 21.03.2019).

² **Алексій Руслана Василівна**, аспірантка кафедри цивільного права та процесу, УжНУ

³ Базедов Ю. (2011) Свобода договорів в Європейском союзе. Право. Журнал Высшей школы экономики, №2, 88-107.

цивільного права ЄС¹ вважається захищеною статтею 16 Хартії ЄС про основоположні рава (“свобода ведення бізнесу”)² і була встановлена Комісією ЄС як основоположна точка відліку майбутнього розвитку європейського контрактного права³. Крім того, свобода договору або «автономії сторони» є відправною точкою як міжнародного приватного права ЄС⁴, так і норм матеріального права ЄС, які кваліфікують його застосування в інтересах захисту «слабших сторін» (особливо споживачів)⁵ або іншим чином забороняє «зловживання свободою договору».⁶

Враховуючи наявні в Україні процеси євроінтеграції, варто відмітити, що право Європейського Союзу досить серйозно впливає як на вітчизняне законодавство, так і на практику українських судів, у тому числі, й на положення про свободу договору.

Важливим напрямом розвитку договірного права в Україні є його адаптація до законодавства Європейського Союзу. Економічні інтеграційні процеси потребують відповідної правової інтеграції, зокрема поступового наближення правового забезпечення майнових відносин товарного характеру в Україні до умов внутрішнього ринку ЄС, до правових засад і принципів, що діють на цьому ринку, досягнення сполучності з нормами права ЄС та країн-членів, а згодом гармонізації, а також уніфікації в деяких галузях. Це стосується насамперед договірного права.⁷

Таким чином, дослідження проблем правового регулювання свободи договору правом Європейського Союзу видається досить актуальним, зважаючи на ті геополітичні, економічні та правові процеси, учасником яких виступає Україна.

Відповідно до ст. 627 Цивільного кодексу України сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов

¹ Spain v European Commission, C-240/97 (European Court 1999)

² Commission, E. C. (2007 dec 14). Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights OJ C 303.

³ E.C. Commision (2005). First Annual Progress Report on European Contract Law and the Acquis Review Com.

⁴ European Parliament and of the council. (2008). The law applicable to the contractual obligations “Rome I”. regulation EC No 593/2008, (p. art 3).

⁵ Brandner, H. E. (1991). Contractual Autonomy . Moscow: Spart.

⁶ Tedoradze I. (2017) The Principle of Freedom of Contract, Pre-Contractual Obligations Legal Review English, EU and US Law. European Scientific Journal. 13, P. 62-72

⁷ Алексєєнко І. Г. (2015) Особливості та істотні умови Принципів європейського договірного права. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції, 6, 120-125

договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.¹ (Цивільний кодекс України, 2003) Водночас ст. 6 цього Кодексу зазначає основні межі даної свободи договору: сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства; сторони мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами; сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами².

Свобода договору – це цивільно-правовий феномен, який має багатогранну правову природу у вигляді норми-принципу, суб'єктивного права та елементу правоздатності, та полягає у можливості особи укласти різні договори, вибирати сторін договору та брати участь у визначенні умов договору у межах, що не суперечить закону та моральним засадам суспільства.³

У західному світі свобода договору є однією з аксіом договірних прав. Це означає, що сторони можуть вільно входити або не вступати у відносини.⁴ Свобода договору захищає автономію сторін в галузі контрактного права, даючи їм можливість врегулювати їхні внутрішні відносини таким шляхом, який їм найбільше підходить. Внаслідок цього контрактне право передбачає обмеження, що стосуються виходу настільки, наскільки це не завдає шкоди іншим.⁵

¹ Цивільний кодекс України (2003) Взято з <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/paran42#n42>

² Там само.

³ Алексій Р. В. & Рогач О. Я. (2017) Зловживання свободою договору в контексті правочинів з вадами волі. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право», 45, 74-79

⁴ Tedoradze I. (2017) The Principle of Freedom of Contract, Pre-Contractual Obligations Legal Review English, EU and US Law. European Scientific Journal. 13, P. 62-72

⁵ Mak C. (2007) Fundamental rights in European contract law: a comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationship in Germany, the Netherlands, Italy and England. Amsterdam

Хоча свобода договорів прямо не згадується в первинному праві ЄС, вона, тим не менш, в значній мірі ним гарантується.¹ Вторинне право ЄС – в тому, що стосується договорів приватно-правового характеру, – в основному має обов'язковий характер. Переважна більшість положень, що обмежують свободу договорів, рідко містить явно виражений дозвіл сторонам самим урегулювати в договорі конкретне питання.² Хоча, з іншого боку, право Європейського союзу дає досить широкий спектр свободи для суб'єктів у визначенні важливих аспектів їхнього договору.

У праві Європейського Союзу існує ряд актів, які регулюють інститут свободи договору. Це, зокрема, Принципи міжнародних комерційних договорів (принципи УНІДРУА), Принципи Європейського договірної права тощо.

Відповідно до Принципів міжнародних комерційних договорів (принципи УНІДРУА (UNIDROIT) сторони вільні вступати в договір і визначати його зміст. Кожна сторона зобов'язана діяти відповідно до прийнятих в практиці міжнародної торгівлі добросовісності й чесної ділової практики. Сторони не вправі виключити або обмежити цей обов'язок. Сторони пов'язані будь-яким звичаєм, щодо якого вони домовилися, і практикою, яку вони встановили у своїх взаєминах. Сторони пов'язані звичаєм, який широко відомий і постійно дотримується в міжнародній торгівлі сторонами в відповідній галузі торгівлі, крім випадків, коли застосування такого звичаю було б нерозумним.³ Виходячи з вищенаведеного, свобода договору не є абсолютною, а містить певні межі, вихід за які вважається порушенням закону. До них належить: добросовісність та чесна ділова практика; власне умови договору; звичаї та практика, які встановили між собою сторони договору, а також усталені звичаї міжнародної торгівлі.

Щодо Принципів європейського договірної права І. Г. Алексеєнко зазначає, що принципи європейського договірної права являють собою модель, що зробила великий вплив на подолання матеріально-правових і термінологічних розбіжностей у різних юрисдикціях ЄС.⁴

¹ Базедов Ю. (2011) Свобода договорів в Європейском союзе. Право. Журнал Высшей школы экономики, №2, 88-107

² Там само.

³ Принципи міжнародних комерційних договорів (принципи УНІДРУА (UNIDROIT) (1994) Взято з https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_920#o11

⁴ Алексеєнко І. Г. (2015) Особливості та істотні умови Принципів європейського договірної права. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції, 6, 120-125

Принципи Європейського договірного права передбачають, що сторони мають право укласти договір і визначити його зміст, з урахуванням вимог добросовісності і чесної поведінки, а також обов'язкових правил, встановлених цими Принципами. Сторони можуть виключити застосування будь-якого з Принципів, або припинити, або змінити їхні наслідки, якщо інше не передбачено цими Принципами. (Стаття 1:102) Стаття 1:201 також передбачає, що кожна сторона повинна діяти у відповідності з доброю совістю та чесною поведінкою. Сторони не можуть виключати або обмежувати цей обов'язок.¹ Як бачимо, дані положення в деяких аспектах перегукуються із Принципами УНІДРУА, проте, Принципи встановлюють таке обмеження свободи договорів, як встановлені даними Принципами обов'язкові правила.

Як видно із вищенаведеного, в загальному правове регулювання свободи договору та її меж за ЦК України співпадає з аналогічними нормами в праві ЄС. Основна відмінність полягає в тому, що в Принципах міжнародних комерційних договорів та Принципах європейського договірного права велике значення надається при реалізації даного принципу контрагентами в своїх відносинах щодо договору не закону або іншим імперативним нормам, а саме усталеному правовому звичаю, який існує при виникненні, зміні чи припиненні подібних правовідносин, або ж звичаю, який сторони самі для встановлять і будуть його дотримуватись при виконанні договору. Варто відмітити доцільність такого формулювання, оскільки нормативні акти не в змозі передбачити всю різноманітність та особливості кожних конкретних правовідносин, що виникають між суб'єктами цивільного права.

Також особливим є те, що Принципами європейського договірного права передбачена можливість, для сторін виключити чи змінити застосування деяких принципів, якщо це не заборонено даними Принципами. Тобто у даному випадку існує досить значна диспозитивність для сторін при укладенні договорів. Натомість положення ЦК чітко передбачають, що договір між особами повинен відповідати, в першу чергу, вимогам закону. Таким чином, можна зазначити, що свобода договору за правом ЄС є більш ширшою в порівнянні з вітчизняним законодавством.

Варто зазначити, що на сьогодні досить часто суб'єкти цивільного обороту порушують принцип свободи договору шляхом виходу за межі, які передбачені законом. При цьому відбувається не тільки нехтуван-

¹ Principles of European Contract Law – PECL. Взято з https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_4

ня загальнообов'язковими нормами актів цивільного законодавства, а також моральними засадами суспільства та звичаями ділового обороту. Така ситуація призводить до зловживання свободою договору. Така правова категорія не передбачена ані цивільним законодавством України, ані правовими актами ЄС, які регулюють договірні відносини. Проте цивілістична наука застосовує даний термін для передбачення виходу стороною або сторонами за дозволені рамки при укладенні договору. Зловживання свободою договору – це спрямована на реалізацію права на свободу договору неправомірною умисною поведінкою особи, яка виходить за межі, визначені законом та моральними засадами суспільства, при цьому переслідує певну мету.¹ Розвиток такого цивільно-правового феномену є важливим, оскільки суб'єкти цивільного обороту досить часто не дотримуються норм, які регулюються свободою договору. Розкриття особливостей зловживання свободою договору дозволить більш ефективно виявити та довести таке явище на практиці.

Незважаючи на відсутність нормативного закріплення феномену зловживання свободою договору, на сьогодні набирає обертів тенденція звернення до суду з позовом про визнання правочину недійсним з підстав невідповідності цього правочину вимогам ст. 627 ЦК. Мається на увазі ситуація, коли особа вважає, що при вчиненні нею правочину порушено її право на свободу договору іншим учасником правочину або третьою особою. Тут мова йде про зловживання свободою договору у вигляді обмеження вибору сторони договору, визначення умов договору, вибору виду договору тощо.

Визнання недійсним правочину з вищенаведених підстав здійснюється відповідно до ч.1 ст. 203 ЦК, де зазначено, що зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам.² Правочин, зміст якого побудовано на принципі свободи договору, може визнаватися судом недійсним, якщо буде встановлено, що його умови не відповідають вимогам ЦК, іншим актам цивільного законодавства (а за роз'ясненнями Верховного суду України, й іншим, крім актів цивільного законодавства, нормативно-правовим актам, прийнятим відповідно до Конституції України), звичаям ділового обороту,

¹ Алексій Р. В., Рогач О. Я. (2017) Зловживання свободою договору в контексті правочинів з вадами волі. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право», 45, 74-79.

² Цивільний кодекс України (2003) Взято з <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/paran42#n42>

вимогам розумності та справедливості.¹ Таким чином, існує практична необхідність закріплення на законодавчому рівні такої категорії як «зловживання свободою договору». Це дозволить судам більше ефективно застосувати законодавство при розгляді такої категорії справ.

Беручи до уваги вищенаведене, процеси постійної євроінтеграції та гармонізації законодавства України із законодавством ЄС, можна сказати, що право ЄС, у тому числі в частині положень про принцип свободи договору та меж цієї свободи, здійснює досить потужний вплив на розвиток вітчизняних цивільно-правових інститутів. Також повинно стати яскравим прикладом для формування інституту свободи договору у вітчизняній цивілістиці. Це стосується, зокрема, ще більшого розширення принципу диспозитивності в договірному праві України.

Також, на думку автора, доцільним би стало включення до переліку меж свободи договору таке обмеження даного принципу як власне договір, який особи укладають між собою, де може бути передбачено специфічні межі реалізації договірної свободи за прикладом аналогічних положень, передбаченими Принципами УНІДРУА. Проте такі обмеження не повинні суперечити вимогам чинного законодавства чи моральним засадам суспільства.

Зловживання свободою договору як феномен, як і інші цивільно-правові інститути, зазнає значного впливу з боку права ЄС. Дана категорія має досить широкі перспективи в напрямку подальшого розвитку. Свідченням цього є, зокрема, часті звернення суб'єктів цивільного права до суду з підстав визнання недійсним договору на підставі його невідповідності ст. 627 ЦК, а також судова практика у такій категорії справ.

Науковий керівник: Рогач Олександр Янович, д.ю.н., професор

¹ Крат В. І., Печений О. П., Спасибо-Фатєєва І. В. (ред.), Уразова Г. О., Філатова Н.Ю. (2018) Недійсність правочинів: коментар судової практики. Харків: Право.

ПУБЛІЧНА ОБІЦЯНКА ВИНАГОРОДИ З ОГОЛОШЕННЯ КОНКУРСУ¹

Останнім часом значно підвищився інтерес науковців до недоговірних зобов'язань, що виникають з односторонніх правомірних дій. Вони являють собою реалізацію автономії волі одного суб'єкта в цивільних правовідносинах, на протипагу більшості цивільних правовідносин, заснованих на договорі як домовленості суб'єктів.²

До таких односторонніх правочинів належить публічна обіцянка винагороди. Інститут публічної обіцянки винагороди регулює два різновиди зобов'язань: зобов'язання, які виникають із публічної обіцянки винагороди без оголошення конкурсу і публічної обіцянки нагороди з оголошенням конкурсу. В даній статті розглядається другий вид зобов'язання.

Проблеми публічної обіцянки винагороди за результатами конкурсу досліджували у різні часи такі цивілісти, як Є. Л. Вакман, Н. Ю. Голубева, І. А. Грингольц, В. М. Ігнатенко, О. С. Іоффе, Л. А. Лунц, І. Б. Новицький, О. О. Отраднова, М. П. Присяжнюк, В. О. Рясенцев, В. М. Смирнов.³ Наукові роботи зазначених авторів дають змогу детальніше ознайомитися з порушеним питанням.

У чинному законодавстві України не дається конкретне визначення «публічної обіцянки винагороди», хоча цьому поняттю присвячено главу 78 Цивільного кодексу України. У даній главі, а саме в ст. 1144 ЦКУ, лише зазначається, що особа, має право публічно пообіцяти винагороду, а також, оголосити конкурс (ст. 1150 ЦКУ).⁴

На думку більшості вчених-цивілістів до числа яких входять В. М. Ігнатенко, С. Ю. Бурлаков, виникнення зобов'язань у зв'язку з публічною обіцянкою нагороди з оголошенням конкурсу є певним процесом, тобто супроводжується низкою юридичних фактів, ними є:

Оголошення конкурсу(в оголошенні має міститись необхідний перелік умов конкурсу, які ставляться до осіб, які бажають взяти у ньому участь);

¹ **Гавриляк Діана**, студентка, юридичний факультет, УжНУ

² Ігнатенко В. М. (2017) Генезис правового регулювання недоговірних зобов'язань, що виникають з односторонніх правомірних дій. Теорія і практика правознавства. Вип. 2 (12). С.1.

³ Ткач І. В. (2012) Участь держави у зобов'язаннях з публічної обіцянки винагороди за результатами конкурсу. Наука і практика. Адвокат. Вип. 11 (146). С.45.

⁴ Цивільний кодекс України: закон від 16.01.2003 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 21.03.2019).

Надання результатів конкурсу(предметом може бути: результат інтелектуальної, творчої діяльності, вчинення певної дії, виконання роботи тощо);

Прийняття оціночного рішення(присудження усіх призових місць та нагород, присудження окремих призових місць, відмова у присудженні призових місць, присудження заохочувального призу).¹

Необхідно зауважити, що особа, яка дала публічну обіцянку винагорода, породжує право конкретної особи на нагороду, і одночасно свій обов'язок виконати обіцяне лише у випадку досягнення очікуваного (встановленого умовами конкурсу) результату особою, яка взяла участь у конкурсі.²

Взагалі, сутність конкурсу полягає не просто в якнайшвидшому здійсненні певного завдання, а в досягненні найкращого результату серед числа можливих. Тому вимагати винагороду має право лише особа, яка офіційно визнана переможцем конкурсу.³

Звідси випливає, що учасники конкурсу, не мають гарантії виникнення на їх користь обов'язку засновника надати їм винагороду, а також відшкодувати витрати, які були здійсненні цими учасниками під час виконання завдання. В Цивільному кодексі України йде мова лише про те, що якщо у зв'язку зі зміною умов конкурсу особа втратила інтерес брати участь у такому конкурсі або участь для неї стала неможливою, ця особа має право на відшкодування витрат, які були понесені нею для підготовки до участі в конкурсі за попередніми умовами (ст. 1152 ЦКУ), а також учасник має право у будь-який час пред'явити вимогу про повернення йому речі, поданої на конкурс (ст. 1157 ЦКУ).

Відповідно до вищесказаного, публічна обіцянка винагорода з оголошенням конкурсу є тільки пропозицією до укладення договору, звернена до невизначеного кола осіб, і тому вона не зобов'язує особу, яка запропонувала укладення договору, передати винагороду всім хто виявив бажання стати учасником конкурсу⁴.

Але чи є публічна обіцянка винагорода договором? В. О. Рясенцев підтримував таку думку, але І. Б Новицький та Л. А. Лунець, а також

¹ Ігнатенко В. М. (2012) Динаміка виникнення зобов'язання з публічної обіцянки нагороди за результатами конкурсу. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. Вип. 3. С.176.

² Голубева Н.Ю.(2005) Зобов'язання із публічної обіцянки винагорода: дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Одеса. С.47.

³ Бурлаков С. Ю. (2014) Набуття майнових прав інтелектуальної власності за конкурсом. Форум права. Вип. 1. С. 55.

⁴ Ткач І. В. (2012) Участь держави у зобов'язаннях з публічної обіцянки винагорода за результатами конкурсу. Наука і практика. Адвокат. Вип. 11 (146). С.46.

деякі сучасні вітчизняні науковці стверджують, що публічну обіцянку винагороди не можна вважати договором, а що це є односторонній правочин. Адже тут мають місце односторонні правочини з боку засновника конкурсу, як такого, що публічно оголосив про його проведення і з боку учасників, які взяли участь у такому конкурсі, оскільки на цьому етапі воля організатора і учасників не узгоджується, а проводяться змагання на виявлення переможця¹.

Як уже зазначалось вище право на одержання винагороди виникає лише у переможця конкурсу, тобто особи, яка досягла найкращого результату.

Процедуру визначення переможця встановлює засновник конкурсу. Причому проводити оцінку переданих на конкурс результатів може засновник конкурсу як самостійно, так і спеціально створивши для цієї мети конкурсну комісію. За результатами конкурсу приймається рішення. Якщо рішення приймає конкурсна комісія, журі, то його повинен затвердити засновник конкурсу. Про результат конкурсу його засновник повинен оголосити в тому самому порядку, в якому було оголошено конкурс. Учасники конкурсу можуть оскаржити до суду прийняте рішення про результати конкурсу на загальних підставах.

Результати поданих на конкурс робіт, крім того, що вони були предметом конкурсного змагання, мають товарну цінність (або естетичну цінність для автора певної роботи). Тому законодавець врегулював відносини щодо результатів конкурсу. Наприклад, якщо предметом конкурсу був результат інтелектуальної творчої діяльності, то засновник конкурсу має право подальшого його використання лише за згодою переможця конкурсу. Причому засновник має переважне право перед іншими особами на укладення з переможцем конкурсу договору про використання предмета конкурсу².

Н. Ю Голуб'єва у своїй дисертації зазначає, що не є конкурсами у розумінні гл. 78 ЦК України конкурси на отримання різноманітних статусів. Так, Положення про проведення конкурсу на право отримання статусу національного повітряного перевізника, затверджене наказом Міністерства транспорту України від 20.03.1997р. № 98, передбачає не досягнення якогось конкретного результату, а передбачає встановлення найкращого національного повітряного перевізника взагалі. Учасникам конкурсу не

¹ Ігнатенко В. М. (2012) Динаміка виникнення зобов'язання з публічної обіцянки нагороди за результатами конкурсу. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. Вип. 3. С.177.

² Стефанчук Р. О. (2005) Цивільне право України: навч. посібник. Київ.

потрібно досягати якогось спеціального результату чи надавати результат, а необхідно вислати відповідні документи, що і є умовами конкурсу.

Дуже схожими до конкурсів є гранти. До початку 90-х років українська наука практично не мала досвіду відбору проектів на підставі грантів. За останнє десятиліття поширення набули гранти, які присуджуються вітчизняними і зарубіжними фондами. Так, Указ Президента України Про додаткові заходи щодо підтримки молодих учених від 9 квітня 2002 року № 315/2002 та Положення про порядок надання грантів Президента України для підтримки наукових досліджень молодих учених, затверджене Указом Президента України від 24 грудня 2002 року № 1210/2002 р. передбачають мети надання грантів (підтримка актуальних, значущих наукових досліджень молодих учених), форму заявки, що включає план наукових досліджень із зазначенням їх мети, способу здійснення та очікуваних результатів та ін. відомості, але про заздалегідь визначену тематику мова не йде. Метою грантів є фінансова допомога дослідницьким колективам і окремим ученим на проведення перспективних досліджень. Тому, можна стверджувати, що цивільно-правові конкурси протилежні грантам, де конкурсна комісія не задає тематику наперед, ініціатива належить автору проекту¹.

Отже, враховуючи все вищезазначене, вважаємо, що публічна обіцянка винагороди з оголошенням конкурсу – це односторонній правочин, який супроводжується низкою юридичних фактів. Суть конкурсу полягає в отриманні найкращого результату серед числа можливих, а право на винагороду надається тільки учаснику який виконав всі вимоги засновника і за результатами оцінювання став переможцем. Процедура визначення переможця встановлює засновник конкурсу: оцінку результатів надає самостійно або створює для цього спеціальну комісію.

Визначено, що конкурси на отримання різноманітних статусів, а також гранти не є конкурсами про які зазначається в главі 78 Цивільного кодексу України.

Таким чином, публічна обіцянка винагороди за результатами конкурсу є важливим інструментом отримання кращого результату і надає можливість засновнику самостійно обрати переможця.

Науковий керівник: Чепис О.І., к.ю.н., доц., доц. кафедри цивільного права та процесу, УжНУ

¹ Голубєва Н.Ю.(2005) Зобов'язання із публічної обіцянки винагороди: дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Одеса. С.114.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПИТАНЬ ВАКЦИНАЦІЇ В УКРАЇНІ ТА ІНШИХ КРАЇНАХ СВІТУ ¹

Хронологія останніх подій щодо імунопрофілактики населення дозволяє зробити висновок, по-перше, про наявність проблем нормативно-правового характеру. По-друге, про антирекламу вакцинації населення. При цьому джерелами антиреклами є сумніви щодо якості та ефективності імунобіологічних препаратів, а також скарги на недобросовісне ставлення окремих медичних працівників до виконання своїх професійних обов'язків.

Тому стаття присвячена правому аналізу проблем вакцинації, адже Україна є лідером серед країн, де минулого року було зафіксовано найбільше випадків захворювання кору.

Той факт, що українські батьки давно поділилися на два табори — прихильників та противників щеплення — не є ні для кого секретом. Лікарі не один рік і не один раз попереджають про небезпечні наслідки відмови вакцинувати дітей.

Що з цього приводу каже закон? Згідно зі ст. 27 Закону України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» (далі – Закон), профілактичні щеплення від туберкульозу, поліомієліту, дифтерії, кашлюку, правця та кору в Україні — є обов'язковими. Такий обов'язок українців встановлений також і ст. 10 «Основ законодавства України про охорону здоров'я». Згідно зі ст. 12 Закону «Про захист населення від інфекційних хвороб», під час епідемії інфекційної хвороби головні санітарні лікарі можуть вирішувати, чи варто людині робити профілактичне щеплення. При цьому ця ж сама законодавча норма передбачає право батьків дитини (віком до 15 років) відмовитися від проведення профілактичних щеплень — за умови, якщо лікар провів медичний огляд та об'єктивно проінформував їх про наслідки і можливі ускладнення такого рішення. Особи віком від 15 до 18 років можуть самі відмовитися від щеплення, але одночасно їхнє рішення мають підтримати батьки/опікуни. У ЦК, зокрема у ст. 384 зазначається, що фізична особа, яка досягла 14 років і звернулася за медичною допомогою, має право на вибір лікаря і вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій. Вакцинація належить до різновиду лікування і це положення також на неї поширюється. Ця прикра розбіжність становить певну проблему в роботі лікарів. Голова Комітету з медичного і фармацевтич-

¹ **Гошовський Євгеній Михайлович**, студент, Природничо-гуманітарний коледж, УжНУ

ного права Асоціації адвокатів України, директор Навчально-наукового центру медичного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка кандидат юридичних наук, доцент Радмила Гревцова зазначає, що наразі для лікарської практики пріоритет становлять положення Цивільного кодексу України [7]. Батьки несуть відповідальність за життя та здоров'я своєї дитини, а тому повинні розуміти про всі ризики в умовах спалахів інфекційних захворювань чи епідемії.

ФАКТ. В Україні вакцинація дітей здійснюється тільки за згодою батьків і є добровільною, не дивлячись на те, що самі щеплення, внесені до Національного календаря, іменуються обов'язковими. Тому без відома законного опікуна медпрацівники не мають права проводити будь-які маніпуляції з дитиною. Ні медики, ні педагоги, ні будь-хто інший не мають права чинити тиск на батьків, примушуючи їх вакцинувати дитину або вакцинуватися самим. При виявленні медичних протипоказань до щеплень відповідно до наказу МОЗ України № 551 від 11.08.2014 року, дитину направляють на комісію з питань вакцинації. Протипоказання для щеплення, менше ніж 1% дітей [9].

Якщо недуга дитини, на думку медиків, не є протипоказанням для щеплення, то вона може бути допущена до неї. Якщо батьки роблять щеплення то лікар зобов'язаний:

- вивчити історію хвороб дитини і реакції на попередні щеплення, якщо вони були;
- виміряти температуру, провести огляд шкірних покривів, порожнини рота, слизових оболонок, послухати легені і бронхи;
- отримати письмову згоду одного з батьків (опікунів) на проведення щеплення (форма № 063-2 / о);
- оформити медичний висновок про стан здоров'я дитини;
- зробити запис про проведене щеплення із зазначенням наступних даних: торгова назва вакцини або анатоксину, назва виробника, доза, серія, термін придатності. Якщо препарат імпортований, додатково потрібно вказати оригінальне найменування українською мовою;
- спостерігати за дитиною не менше 30 хвилин (точний час має бути зазначено в інструкції щодо застосування вакцини або анатоксину).

Якщо батько або опікун дитини відмовляється від щеплення, він повинен оформити відмову офіційно – на бланку встановленого зразка, який, у разі ухвалення такого рішення, нададуть у поліклініці. Однак перед підписанням форми відмови батько повинен прослухати роз'яснення медиків про можливі наслідки.

При цьому не можна сказати, що прописаний у законі обов'язок робити вакцинацію та право відмови від щеплення не суперечать один одному. Адже неминучість щеплення, відповідно до закону, означає, що його у людини будуть вимагати, коли вона йде до навчального закладу або на певну роботу. Хоча водночас у законі прямо не прописано, що обов'язкове щеплення залежить від комунікації із зовнішнім світом. Такий висновок випливає з аналізу норми у сукупності з іншими положеннями про право на відмову від щеплень та заборону відвідувати навчальні заклади/підприємства невакцинованим. І в цьому полягає недосконалість законодавства. Відповідно, єдині санкції, які можуть бути застосовані проти громадян, які не зробили щеплення, це недопущення до садочка, школи, офісу. Відсутність обов'язкових профілактичних щеплень за умов спокійної епідобстановки не є перешкодою для відвідування школи або дитячого садка. Але є одна умова – батьки повинні отримати дозвіл лікарсько-консультативної комісії. У період епідемій інша ситуація – дитина, котра не отримала щеплення від хвороби, яка в даний момент буває, може бути відсторонена від занять на законних підставах. Термін відсторонення дорівнює терміну спалаху захворювання. Але він може бути скорочений, якщо дитині все ж зроблять щеплення [6].

Також нашому суспільству на жаль є ще одна з проблема, пов'язана з питанням вакцинації в Україні – це купівля фальшивих довідок. Це є порушенням основ лікарської етики і за це передбачена кримінальна відповідальність, ст. 325 Кримінального кодексу. Порушення правил та норм, встановлених з метою запобігання епідемічним захворюванням і боротьби з ними, якщо вони спричинили тяжкі наслідки і смерть людей, караються на строк від 5 до 8 років [12]. Як наслідок маємо сумну статистику за 12 місяців 2017 року згідно з оперативними даними Центру громадського здоров'я, в Україні зареєстровано 4782 випадки захворювання на кір (1292 випадки – дорослі і 3490 – діти) А уже в 2018 році – 35233 (13765 – дорослі, 21468 – діти, з них 22995 не були вакциновані). Найвищі рівні захворюваності на кір спостерігають в областях, де рівень охоплення плановою вакцинацією найнижчий: Закарпатській, Івано-Франківській, Львівській [12].

Справи щодо вакцинації розглядаються в порядку як цивільного, так і адміністративного судочинства Судові рішення носять суперечливий характер і, як правило, вони не завжди обґрунтовані належним чином. Проте аналіз цих справ дозволяє класифікувати пацієнтів. Що відмовляються від щеплення легально з різних причин, зокрема: за станом здоров'я; за релігійними переконаннями; ігнорування бать-

ками своїх обов'язків, яке призводить до тяжких захворювань, що тягнуть за собою значну шкоду здоров'ю дитини і недовіра до належного виконання медичними працівниками своїх обов'язків.

Розглянемо як же вирішуються дані проблеми в законодавствах інших країн?

Ось, наприклад в Чехії законом встановлено: якщо батьки відмовляються від вакцинації на них можуть накласти штраф до 10 тисяч чеських крон. А це, приблизно, 12 тисяч гривень. Також до родини обов'язково навідається соціальна служба, аби перевірити, в яких умовах живе дитина. Якщо вони незадовільні – крайня міра покарання, передбачена законом – позбавлення батьківських прав. В Чехії, обов'язкове щеплення передбачене законодавством. Санкції не покладаються, якщо це відмова батьків за станом здоров'я дитини і це підтверджено лікарем або іншим спеціалістом. Якщо ж відмова виходить суто з бажання батьків – штраф (майже 500 доларів) [11]. Однак покарати можуть не лише батьків. Лікарі несуть пряму відповідальність. Проти них навіть можуть розпочати дисциплінарне провадження – як з боку лікарської палати, так і з боку контролюючих органів. Хоча за статистикою, яка ведеться у Міністерстві охорони здоров'я Чехії, випадків зі штрафами та покараннями небагато, лише кілька на рік. Однак, чехи вважають, що жорсткі правила, прописані в законодавстві – необхідні. Адже за останні роки рівень вакцинації, наприклад проти кору, в Чехії впав на 8 відсотків. І цього, за словами чеських епідеміологів, достатньо, аби спалахнули локальні епідемії цієї хвороби. Однією з основних причин відмови від вакцинації тут називають міфи про «небезпеку щеплень» [11].

У червні минулого року Німеччина також внесла зміни до законодавства, згідно з якими всі дитячі садки повинні повідомляти органи охорони здоров'я, якщо батьки не подали довідку про консультацію щодо вакцинації своїх дітей. Таким чином, у Німеччині батькам необхідно надавати докази про те, що вони відвідали консультацію щодо вакцинації, перш ніж приводити дітей до дитячого садка [8].

Італія на першому місці в Європі за кількість випадків захворювання на кір, і на 5-му у світі. Про це свідчать дані ВООЗ (Україна на 6-му місці) [10]. Це — наслідок масової відмови від щеплень, кажуть лікарі. Причини, з яких люди відмовляються від вакцинації, різні: хтось боїться побічних ефектів, хтось вірить у теорію змови. Торік там запровадили закон про обов'язкову вакцинацію. Згідно з ним, нещеплених дітей просто не прийматимуть до державних садків і шкіл. Зробивши вакцинацію обов'язковою, влада Італії вирішила: здоров'я громадян важливіше за їхнє право на вибір. Перші результати вже очевидні — за

три місяці після ухвалення кількість нещеплених дітей в Італії зменшилася на третину [10].

Франція вслід за Італією прийняла новий закон щодо вакцинації, згідно з яким усім дітям, які народилися 1 січня цього року та пізніше, необхідно робити 11 обов'язкових щеплень згідно з календарем вакцинації, в які увійшло і щеплення від кору. Якщо батьки відмовляться вакцинувати дітей, то діти не зможуть відвідувати садочки і школи. У попередній версії закону, який передбачав три обов'язкові щеплення, йшлося про великі штрафи й навіть ув'язнення (останній випадок був у 2016 році, тоді батьків нещепленої дитини ув'язнили на два місяці).

Ще одне важливе нововведення: закон дає право дітям, які мають серйозні проблеми зі здоров'ям через відсутність вакцинації, подавати в суд на батьків після досягнення повноліття. Французький уряд намагається відновити довіру громадян до вакцинації, так як, половина батьків у цій країні сумніваються в ефективності щеплень, а також прозорості закупівель вакцин [10].

У Бельгії обов'язкове щеплення лише одне — від поліомієліту. До одного року дитині їх потрібно зробити 4, і після кожного уколу батьки мають приносити довідку в мерію. Якщо батьки відмовляться від щеплення, то постануть перед судом. Попри те, що решта щеплень необов'язкові, рівень вакцинації в цій країні дуже високий. Після народження дитини є можливість отримати адекватну інформацію від офіційних організацій, які допомагають мамі та дитині (Kind en Gezin «Дитина і родина»). Завдяки цьому батьки дізнаються, коли дитину вакцинуватимуть і чому це важливо. Усі щеплення реєструються в спеціальній програмі, доступ до якої має кожен лікар.

У сусідніх Нідерландах натомість жодне щеплення не є обов'язковим – права на відмову від вакцинації домоглися представники певних релігійних меншин. Утім, влада за допомогою освітніх програм активно пропагує користь щеплень. До батьків, які не роблять щеплення, регулярно навідуються представники різноманітних організацій, переконуючи змінити позицію.

У Швеції змушувати громадян робити щеплення не доводиться. Завдяки довірі до держави й медичної системи рівень вакцинації високий. У Швеції щеплення необов'язкові, але їх усе одно робить близько 98% батьків [10].

Всі 50 штатів США та округу Колумбія вимагають, щоб діти шкільного віку були щеплені проти дитячих хвороб. Проте з 2016 року майже у всіх штатах дозволяють батькам відмовитись від вакцинації за релігійними переконаннями. 18 штатів дозволена відмова з мораль-

них або світоглядних причин, таких як переконання батьків, що вакцини містять небезпечні інгредієнти. Але така відмова заборонена в Каліфорнії, Західній Вірджинії та Міссісіпі. Після спалаху кору в 2015 році, Каліфорнія прийняла один із найсуворіших обов'язкових законів про вакцинацію. Згідно якого всі діти, які ходять до школи, повинні мати щеплення від 10 захворювань: правця, дифтерії, кору, коклюша, епідемічного паротиту, краснухи, гепатиту В, грипу В, поліомієліту та вітряної віспи. Що стосується непривитих дітей, то їм заборонено відвідувати державні чи приватні школи, а також різні позашкільні заїаття. Єдиний виняток – відмова з медичних причин [13].

В штатах громадяни, можуть подати позов про притягнення до відповідальності батьків, діти яких непривиті, але заразили інших дітей. Мається на увазі, що хворими ходили в школу, чи навіть у Дисней-Ленд, як було у Каліфорнії. Адвокат Тері Добінс Бакстер, стверджує, що батьки мають право не робити вакцинацію, але це не звільняє їх від обов'язку вчасно надати своїм дітям медичну допомогу, щоб не заподіяти шкоду іншим» [13]. Тобто так звана деліктна недбалість. Щоб притягнути таких батьків до цивільної відповідальності (відшкодування шкоди), слід довести причинно-наслідковий зв'язок, щодо завдання шкоди їх дитині через недбалість батьків невакцинованої дитини.

А що стосується відповідальності виробників вакцин, то вона дещо обмежена в США. Закон Childhood Vaccine 1986 забороняє судові процеси відповідальності у відношенні виробників вакцин, за так звані конструктивні дефекти (помилка виробництва). Але згідно цього закону, створено Фонд по компенсації травм, завданих вакцинацією. З моменту його створення було виплачено, станом на 2017 р. \$ 3,5 млрд [13].

В Австралії ж без вакцинації немає соціальної допомоги на дитину. Громадяни із низьким рівнем доходу отримують додаткові податкові пільги на сім'ю, за умови, що дитина отримала усі планові вакцини за календарем щеплень. Це політичне рішення почало діяти з січня 2016 року. Дошкільні установи можуть відвідувати лише діти, яким зробили усі планові щеплення. Від вакцинації відмовляються 1-2% населення [13].

У Канаді близько 85% дітей вакциновані за календарем щеплень і лише менше 2% батьків категорично проти вакцинації. В цій країні немає жодних штрафів у разі відмови від вакцини, наприклад таких, як в Австралії. Вакцинація не є обов'язковою, але дитину без щеплень не візьмуть до школи чи дитсадка. Єдиний вихід для батьків, які не хочуть вакцинувати дітей, — домашнє навчання.

Вимагають вакцинувати дітей і школи та садки в Сінгапурі — всі дані вносяться в онлайн-базу, тож підробити довідку не вдасться. Руху проти вакцинації в країні не існує. Покарання за закупівлю вакцин невідомого походження – в'язниця, сплата великого штрафу або позбутися ліцензії. Перед щепленням дитину ретельну оглядають і якщо вона нездорова, вакцинацію переносять [10].

Підсумовуючи можемо відмітити, що рух проти вакцинації існує в багатьох країнах. Він потужніший там, де менше довіри до держави та її інституцій. Але як переконати людей робити щеплення — єдиного рецепту немає. Крім штрафів і покарань за відсутність щеплень, велику роль відіграє якість медицини, доступність вакцин, інформаційна кампанія держави й підтримка молодих батьків.

Що стосується нашої держави, то нам потрібні законодавчі зміни щодо вакцинації, які чітко регламентуватимуть питання обов'язковості вакцинації, посилять відповідальність за відмову від вакцинації без медичних протипоказань, видачу фальшивих довідок і головне – забезпечать дотримання рівню якості вакцин, які використовуються в Україні та допоможуть сформувати лікарську культуру щеплення та поствакцинального контролю здоров'я. І треба пам'ятати, що не тільки медиків можна звинувачувати у смертності дітей, але і батьки повинні нести відповідальність за прийняті ними рішення, щодо вакцинування свої дітей.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. Верховна Рада України. 2003. №№ 40 – 44. Ст. 356.
2. Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 р. Верховна Рада України. 2001. № 25 – 26. Ст. 131.
3. Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19. 11.1992 р. № 2801-XII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2801-12>
4. Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення: Закон України від 04.10.2018 р. № 4004-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/4004-12>
5. Про захист населення від інфекційних хвороб: Закон України від 04.10.2018 р. № 1645-III URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1645-14>
6. Вакцинація дитини: які права є у батьків, і які обов'язки – у медиків? EtCetera. URL: <https://uk.etcetera.media/6881-338.html>
7. Гузій О.В. Вакцинація: юридичні, правові та медичні питання. Український медичний часопис. 06.06.2017. URL: <https://https://>

- www.umj.com.ua/article/109387/vaktsinatsiya-yuridichni-pravovita-medichni-pitannya
8. КІР Як регулюють питання вакцинації у різних країнах світу. 24 січня 2018. Міністерство Охорони Здоров'я України. URL: <http://moz.gov.ua/article/health/jak-regulujut-pitannya-vakcinacii-u-riznih-krainah-svitu>
 9. Олександра Бландюх. МОЗ попереджає про кримінальну відповідальність за фальшиві довідки про щеплення. *zaxid.net*. URL: https://zaxid.net/moz-poperedzhaye-pro-kriminalnu-vidpovidalnist-za-falshivi-dovidki-pro-shheplennya_n1446635
 10. Ольга Токарюк Як мотивують і карають противників щеплень у різних країнах світу. URL: <https://hromadske.ua/posts/kampaniia-proty-shheplen-u-sviti>
 11. Сергій Стеценко. Боротьба з міфами і штрафи за відмову від щеплення у Чехії. Радіо свобода 24.09.2018. URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/29507298.html>
 12. Супрун хоче карати лікарів за видачу фальшивих довідок про вакцинацію. Українська правда. Життя. 25.01.18. URL: <https://life.pravda.com.ua/health/2018/01/25/228643/>
 13. Bob Curley. Should Parents Be Punished for Not Vaccinating Their Children? October 13, 2017. URL: <https://www.healthline.com/health-news/should-parents-be-punished-for-not-vaccinating-children#1>

Науковий керівник: викладач-методист **О.І. Гошовська**

РЕПРОДУКТИВНІ ТЕХНОЛОГІЇ В УКРАЇНІ: НАПРЯМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА УНИКНЕННЯ РИЗИКІВ ¹

Людство намагалося вплинути на природній процес репродукції у всі часи. Сьогодні завдяки стрімкому прогресу медичної науки та використанню наукових досягнень у лікувальній практиці, значно розширилися можливості подолання безпліддя. До засобів медичного втручання, які стимулюють репродуктивні процеси, окрім усім відомого штучного запліднення, відноситься й такий спосіб, при якому ембріон, що був запліднений у пробірці, переноситься в організм так званої сурогатної ма-

¹ **Закаблук Максим Олександрович**, студент, Таращанський державний технічний та економіко-правовий коледж.

тері для виношування та народження дитини з наступною передачею її заказникам (генетичним батькам). Роль сурогатної матері полягає в тому, щоб виносити та народити дитину особам, які на неї чекають.

Ціль даного методу допоміжних репродуктивних технологій – часткове розв'язання проблеми безпліддя, адже через соціальні катаклізми, погіршення екології в світі безперервно збільшується кількість осіб, які не мають природної можливості до народження дітей. Згідно з медичною статистикою, 20% усіх подружніх пар, які перебувають у віці, що підходить для народження дітей, є безплідними, при чому причини безпліддя в рівному ступені розділені між жіночою та чоловічою статтями.

Правове забезпечення сурогатного материнства є одним із законодавчо неврегульованих й найскладніших інститутів у галузі сімейного права України. Інститут правового забезпечення сурогатного материнства не має нормативного підґрунтя в формі кодифікованого збірника, єдиного законодавчого або іншого нормативно-правового акта. Більше того, в чинному законодавстві України відсутнє формулювання «правове регулювання сурогатного материнства» чи «сурогатне материнство», внаслідок чого деякими з юристів, науковців, законодавців може заперечуватися точка зору щодо відокремлення правового забезпечення сурогатного материнства як окремого інституту права у галузі сімейного права України¹

Так, актуальність правового забезпечення сурогатного материнства обумовлена відсутністю достатнього нормативного регулювання здійснення процедури сурогатного материнства в Україні, та необхідністю вирішити проблеми, що виникають на практиці при реалізації програми сурогатного материнства.² Сурогатне материнство - це допоміжна репродуктивна технологія, при застосуванні якої жінка добровільно погоджується завагітніти з метою виносити і народити біологічно чужу їй дитину, яка буде потім віддана на виховання іншим особам - генетичним батькам. Вони будуть юридично вважатися батьками даної дитини, попри те, що її виносила і народила сурогатна мати. Регулювання сурогатного материнства в Україні здійснюється нормами медичного, сімейного та цивільного права, а саме положеннями СК, та підзаконними актами³.

¹ Михальчук О. Правове регулювання сурогатного материнства в Україні. Юридичний журнал. 2007. № 11. С. 35-40.

² Аблятіпова Н. А. Проблеми сурогатного материнства в Україні. Актуальні проблеми держави і права. 2009. № 51. 167-173.

³ Зокрема, це Наказ Міністерства юстиції України від 18 жовтня 2000 р. № 52/5, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 18 жовтня 2000 р. за № 719/4940 «Про затвердження Правил реєстрації актів громадянського стану в Україні» та Наказу Міністерства охорони здоров'я України № 24 від 4 лю-

Згідно Конституції України життя людини є найвищою соціальною цінністю. Народження новою людиною можливо як природним шляхом, так і за допомогою сучасних медичних технологій, що можуть бути застосовані за визначених в нормативно-правових актах умов.¹ Незалежно від факту застосування тих чи інших медичних технологій кожна дитина має право на життя з моменту визначення її живонародженою та життєздатною за критеріями Всесвітньої організації охорони здоров'я.²

За підсумками досліджень репродуктивного здоров'я жінок України проведених в 2016 р. безпліддям страждають 6,8% жінок дітородного віку, а кількість безплідних пар становить 868 тис. У 2017 р. кількість таких жінок становила вже 8 %. За розрахунковими даними 20 % з усієї кількості безплідних осіб потребують лікування методами допоміжних репродуктивних технологій (далі – ДРТ)³

Незважаючи на те, що сьогодні допоміжні репродуктивні технології перейшли на новий рівень, він немає достатнього правового регулювання, що і обумовлює актуальність теми дослідження. Більша частина відносин, які виникають в процесі лікування безпліддя шляхом застосування допоміжних репродуктивних технологій, потребують юридичного супроводження. Ватро зазначити, що обсяг використання ДРТ в Україні значно відрізняється від країн світу. Перша в світі дитина із пробірки була народжена в 1978 році у Великобританії. До 2012 року близько 1,5 мільйони циклів ДРТ було проведено по всьому світу, з яких 76,7 % процедур завершилися негативно, і 23,3 % призвели до народження дітей.

В Україні ж перше запліднення *in vitro* (ЗІВ) було проведено 1984 року, але успішним результатом дана методика увінчалась тільки у 1991 році. На сьогодні в Україні щорічно проводиться близько 11 тисяч циклів ДРТ. За роки розвитку допоміжні репродуктивні технології в Україні набули широкомасштабного впровадження, проте правове регулювання цих методик зазнало незначних змін.

Так, стаття 123 СК закріплює визначення походження дитини, народженої в результаті застосування допоміжних репродуктивних тех-

того 1997 р., зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 3 березня 1997 р. за № 58/1862, «Про затвердження Умов та порядку застосування штучного запліднення та імплантації ембріона (ембріонів) та методів їх проведення».

¹ Закон України «Про заборону репродуктивного клонування людини» Відомості Верховної Ради (ВВР), 2005, N 5, ст.111.

² Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 19 листопада 1992 року Відомості Верховної Ради (ВВР), 1993, N 4, ст.19, Стаття 48.

³ Інформаційно-статистичний довідник про допоміжні репродуктивні технології в Україні в 2013 році -

нологій і включає наступні положення:

- 1) у разі народження дружиною дитини, зачатої в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, здійснених за письмовою згодою її чоловіка, він записується батьком дитини;
- 2) у разі перенесення в організм іншої жінки ембріона людини, зачатого подружжям в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, батьками дитини є подружжя; 3) подружжя визнається батьками дитини, народженої дружиною після перенесення в її організм ембріона людини, зачатого її чоловіком та іншою жінкою.¹

Ч.1 ст. 123 СК не встановлює біологічного походження дитини від того хто записаний її батьком, що є виправданим, адже ім'я донора у такій ситуації є невідомим, а йому, в свою чергу, невідоме ім'я жінки, біологічним батьком дитини якої він є. Такий донор, крім плати за послуги, жодних прав та обов'язків не має. Усі дані становлять лікарську таємницю.

Ч.2 ст.123 СК регулює так зване сурогатне материнство. Чинне законодавство, на відміну від Наказу МОЗ № 24 від 04.02.1997 р., який регламентував граничний вік жінки, якій здійснювалося штучне запліднення², на сьогодні не вказує граничності,³

Важливим моментом є оформлення відносин між генетичними батьками, сурогатною матір'ю та лікувальним закладом, тому що в нормах права не прописана обов'язковість укладення договору і не визначається його нотаріальна форма. Договірні відносини у цьому випадку регулюються цивільним законодавством та на умовах узгоджених між сторонами. Як свідчить практика особи більш формально ставлять до цього, що призводить до зловживань з боку сторін або так званого народження «дітей на замовлення». В деяких країнах договір з сурогатного материнства обов'язково має бути посвідчений нотаріусом (Республіка Білорусь). З цього приводу Байбороша Н. зазначає, що

¹ Сімейний кодекс України: прийнятий 10 січня 2002 року № 2947-III// Відомості Верховної Ради України: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.

² Про затвердження Умов та порядку застосування штучного запліднення та імплантації ембріона (ембріонів) та методів їх проведення від 4.02.1997 №24// Наказ МОЗ <http://mozdocs.kiev.ua/view.php?id=5132>.

³ Лише п. 6.4. Наказу МОЗ № 787 від 09.09.2013 говорить, що «сурогатною матір'ю може бути повнолітня дієздатна жінка за умови наявності власної здорової дитини, добровільної письмово оформленої заяви сурогатної матері, а також за відсутності медичних протипоказань». Див.: Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні від 09.09.2013 № 787: Наказ МОЗ <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/ru/z1697-13>.

такі дії збоку держави є досить обґрунтованими, адже мова йде про послугу, пов'язану з виношуванням та передачею генетичним батькам сурогатною матір'ю новонародженого. Додаткові гарантії держави в даній сфері сприяють підвищенню уваги до питань охорони материнства та батьківства, захисту прав та інтересів дітей, забезпеченню сприятливих умов для розвитку кожної дитини, що була народжена при реалізації програми сурогатного материнства.¹

Ч.3 ст. 123 СКУ регулює ситуації коли, дружина не здатна до зачаття дитини, але її організм спроможний забезпечити розвиток зародка і народити дитину, біологічною матір'ю якої є інша жінка. Оскільки, яйцеклітина здається для лікування безпліддя загалом або для лікування безпліддя у конкретній парі, то відомості, щодо розпорядження репродуктивними матеріалами знає виключно персонал клініки і така інформація тримається у таємниці. Донор фізично не має можливості з'ясувати, кому саме було передано його донорський матеріал, а тому зв'язок між донором сперми і реципієнтом прослідкувати неможливо. Як наслідок подружжя визнається батьками дитини, що забезпечує охорону інтересів дитини, її права жити і виховуватись у повній сім'ї. На жаль, закріплені на законодавчому рівні процедури здійснення ДРТ все ж залишаються недостатньо визначеними.

Відповідно до статті 123 СК сурогатна мати не має батьківських прав щодо дитини. Таким чином, сурогатна матір не може відмовитися передати дитину, якщо вона змінить свою думку після народження дитини. Якщо у договорі є санкції за порушення, сурогатна мати також може бути притягнута до цивільної відповідальності. Проте, наприклад, у країнах, де дозволена тільки альтруїстична форма сурогатного материнства (Великобританія, Данія, Ірландія, Бельгія, Канада та ін.), договори про сурогатне материнство не визнаються і не мають юридичної сили. За законодавством цих країн жінка, яка народила дитину, завжди визнається матір'ю цієї дитини і має право її залишити собі, навіть якщо ця дитина генетично не споріднена з нею. Батьківство подружжя над дитиною встановлюється через суд шляхом усиновлення.

В Україні існує багато агентств та клінік, які надають такий вид послуг. Більшість замовників приїздять в Україну з-за кордону, українців серед батьків-замовників небагато, частково це пояснюється тим, що вартість послуг для внутрішнього ринку все ж чимала. Середня ціна

¹ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 05 квітня 2011 року / за редакцією М. І. Мельника та М. І.Хавронюка. К.: Каннон, 2012. 1104с.

всіх послуг в Україні – 30-45 тисяч доларів. У порівнянні з Америкою – від 100 тисяч доларів, із Грецією – близько 70 тисяч євро.¹

Як уникнути ризиків? Насамперед варто перевірити, чи має заклад ліцензію, як давно вони працюють на ринку та які про них є відгуки. Дуже часто можна потрапити до недобросовісних гравців – клініку або агентство, але пересвідчитися в цьому можна лише за документами, які вони дають на підпис, бо іноді взагалі не надають ніяких документів або один аркуш. Тут варто уважно читати, що підписуєте.

Всі зобов'язання мають бути зафіксовані у договорах і зрозумілі: компенсації, випадки ускладнень, порушення, штрафні санкції і всі нюанси, зокрема, щодо податкових зобов'язань, передання коштів. Вони мають бути підписані своєчасно, а не після того, як розпочалася програма.

Якщо сурогатну матір підбирають у клініці або агентстві, варто пересвідчитися, що у неї є всі медичні довідки і жінка дійсно здорова. Так само перед тим варто поговорити з нею і дізнатися якомога більше інформації. Це не позбавить від усіх ризиків, але максимально їх зменшить. Права жінки, яка є сурогатною мамою, у жодному разі не повинні порушувати. Вони гарантуються абсолютно на тому ж рівні, що й права сурогатних батьків. Всі права сурогатної мами виписуються трестороннім договором між нею, біологічними батьками дитини та клінікою. Тут можуть бути кілька груп прав.²

У світі перша дитина за такою програмою народилася в Мічигані (США) у квітні 1986 року. У 37-річній біологічній матері були видалені репродуктивні органи, і вона попросила свою 22-річну подругу, яка вже благополучно народжувала два рази, виносити її малюка. Зачаття відбулося в пробірці з використанням біологічних даних майбутніх батьків дитини. Часто жінкам, які з різних причин наважились стати сурогатними матерями для бездітних сімей, через осуд доводиться їхати в інше місто, щоб доношувати дитину. Проте по-факту є і такі горе-матері, котрі народжують власних дітей та покидають їх на смітниках, звалищах, лісопосадках. Жінка, яка погодилась віддати рік власного життя заради щастя іншої родини, заслуговує поваги!

Що відбувається із сурогатним материнством в Україні, і чому ринок цих послуг почав стрімко рости? Україна вважається однією із

¹ Ю. В. Коренга. Договір сурогатного материнства. [Електронний ресурс]. Режим доступу: file:///C:/Downloads/bmju_2_012_5_19.pdf

² Ю. В. Коренга. Договір сурогатного материнства. [Електронний ресурс]. Режим доступу: file:///C:/Downloads/bmju_2_012_5_19.pdf

«дружніх» країн для сурогатного материнства. Переважно у світі така процедура заборонена з огляду на юридичні й етичні норми. Комерційне сурогатне материнство легальне в Грузії, Казахстані, Камбоджі, Росії, деяких штатах США (Каліфорнія, Орегон, Іллінойс). В багатьох європейських країнах дозволене так зване «альтруїстичне» сурогатне материнство. «В Європі майже немає країн, де комерційне сурогатне материнство дозволене. Україна — одна з тих держав, які можуть це запропонувати. Інший вид – альтруїстичне, яке не передбачає грошової винагороди для сурогатної матері. Це дозволено в багатьох країнах Європи», – каже Сергій Антонов, юрист агентства IRTSA.

Урешті, повноцінне регулювання такої сфери як сурогатне материнство в Україні не існує. Але воно не заборонене законом. «Сурогатне материнство дозволене в 13-ти чи 15 країнах. Дуже широко застосовується в Китаї. Широко й об'ємно застосовується в Іспанії. В Італії, Німеччині, Швеції, Норвегії – заборонено».

Раніше одним з найбільших ринків комерційного сурогатного материнства були Таїланд та Індія, але нині обидва ці ринки закриті. Відтоді бездітні пари почали приїжджати в Україну. Багато іноземних спеціалістів стверджують – попит на український ринок виріс на 100%. Сьогодні Україну називають Меккою сурогатного материнства.

Науковий керівник: Голобородько Н.В. викладач юридичних дисциплін Таращанського державного технічного та економіко-правового коледжу

РОЗВИТОК ПРАВА АЛЬТЕРНАТИВНОЇ ЕНЕРГЕТИКИ В КОНТЕКСТІ ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНИЙ ПРОЦЕСІВ: ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ ЄВРОПЕЙСЬКИХ НОРМ В НАЦІОНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ ¹

Постановка проблеми. В Україні та світі все гостріше постає проблема вичерпності традиційних енергоресурсів, а саме запасів вугілля, нафти та природного газу. В країнах-членах Європейського Союзу відновлювальні джерела енергії дедалі стають більш конкурентноспроможними в порівнянні з традиційною енергетикою.

Оскільки Україна прагне стати членом Європейського Союзу в майбутньому, ми маємо зважати на досвід країн-членів ЄС в сфері альтернативних джерел енергії. В.Е. Лір в контексті аналізу євроінтеграції України в енергетичному секторі зазначає, що наша держава поділяє та сприймає європейські принципи, цілі та критерії сталого розвитку енергетики, проте не застосовує європейських методів реалізації поставлених завдань в частині прозорості заходів політики, координації між органами державної влади (дублювання функцій) та суспільної активації енергетичної політики (залучення громадськості)².

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Правове регулювання виробництва енергії з альтернативних джерел досліджували у своїх працях такі зарубіжні вчені, як К. Мітчел, П. Ерік, Й. Крозер, Ю. Ківілуома. Серед вітчизняних науковців вищезазначене питання розглядали С. Білоцький, Е. Рибнікова, М. Чіпка та інші.

Метою статті є аналіз досвіду країн-членів Європейського Союзу в галузі правового регулювання альтернативної енергетики та дослідження імплементації європейських норм у відповідній галузі в національне законодавство України.

Виклад основного матеріалу. Національне законодавство України в галузі альтернативних джерел енергії складає низка нормативно - правових актів. Передусім, це - Закон України «Про альтернативні джерела енергії», який визначає правові, економічні, екологічні та організаційні засади використання альтернативних джерел енергії та сприяння

¹ **Івженко Діана Андріївна**, студентка, Київський національний університет ім. Тараса Шевченка

² Лір В. Енергетична політика сталого розвитку як вектор інтеграції Україна-ЄС. Науковий вісник Одеського національного економічного університету. 2016. № 4. С. 158-176.

розширенню їх використання у паливно-енергетичному комплексі¹. Провідну роль також мають Закон України «Про електроенергетику»², Закон України «Про альтернативні види палива»³. Провідним документом, який визначає цілі, принципи та стратегію енергетичної політики держав-членів ЄС є Європейська енергетична хартія, прийнята 17 грудня 1991 року⁴. Україна ратифікувала Договір до Енергетичної Хартії та Заключний акт до неї Законом від 6 лютого 1998 року⁵.

Країни-члени Європейського Союзу розглядають виробництво та використання енергії з альтернативних джерел енергії як один із найбільш перспективних шляхів вирішення проблем забруднення навколишнього середовища, зменшення викидів парникових газів в атмосферне повітря, а також усунення енергетичної нестабільності держав. Варто зазначити, що використання відновлювальної енергетики є одним із пріоритетних напрямів діяльності міжнародного співтовариства, що зумовлено передусім вичерпаністю запасів паливних енергоресурсів, необхідністю зменшення обсягів викидів шкідливих речовин та забезпеченням балансу між енергетикою та безпечним навколишнім середовищем.

З метою наближення національного законодавства до законодавства ЄС, 15 грудня 2010 року, Україна ратифікувала Протокол «Про приєднання України до Договору про заснування Енергетичного Співтовариства»⁶ та зобов'язалась адаптувати національне законодавство в сфері енергетики до вимог *acquis communautaire* та виконувати вимоги у встановлені строки.

Важливе значення в контексті імплементації європейського законодавства в галузі альтернативної енергетики має підписана у 2014 році Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом (далі

¹ Закон України «Про альтернативні джерела енергії» від 20 лютого 2003 р. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 24. ст.155.

² Закон України «Про електроенергетику» від 16 жовтня 1997 р. Відомості Верховної Ради України. 1998. № 1. ст. 1.

³ Закон України «Про альтернативні види палива» від 14 січня 2000 р. Відомості Верховної Ради України. 2000. № 12. ст. 94.

⁴ Заключний документ Гаазької конференції з Європейської енергетичної хартії від 17 грудня 1991 р. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_061

⁵ Закон України «Про ратифікацію Договору до Енергетичної Хартії та Протоколу Договору до Енергетичної Хартії з питань енергетичної ефективності і суміжних екологічних аспектів. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/89/98-%D0%B2%D1%80>

⁶ Протокол про приєднання України до Договору про заснування Енергетичного Співтовариства, Закон № 2787-17 від 15 грудня 2010 р. Відомості Верховної Ради. 2011. №24. ст. 170.

- УА), в преамбулі якої серед її цілей вказано «посилення співробітництва у сфері захисту навколишнього середовища» та повага «принципів сталого розвитку і зеленої економіки». В контексті досліджуємого питання, найбільший інтерес для нас має Розділ V УА (Економічне та галузеве співробітництво), а також стаття 338, яка проголошує, що взаємне співробітництво між Україною та Європейським Союзом і Європейським співтовариством з атомної енергії включає:

Розвиток та підтримку відновлювальної енергетики з урахуванням принципів економічної доцільності та охорони навколишнього середовища, а також альтернативних видів палива, зокрема стале виробництво біопалива і співробітництво у сфері нормативно-правових питань, сертифікації та стандартизації, а також технологічного і комерційного розвитку;

Просування Механізму спільного запровадження Кіотського протоколу до Рамкової конвенції Організації Об'єднаних Націй про зміну клімату 1997 року з метою зменшення викидів парникових газів шляхом реалізації проектів у сфері енергоефективності та відновлювальної енергетики.

В Угоді про асоціацію України з Європейським Союзом згадується Договір про заснування Енергетичного Співтовариства, зокрема, в статті 278 зазначається, що у випадку виникнення розбіжностей між УА та Договором про заснування ЄС або положеннями законодавства ЄС, положення Договору про заснування Енергетичного Співтовариства 2005 року або відповідного законодавства ЄС, що застосовується за Договором про заснування Енергетичного Співтовариства 2005 року, мають переважну силу в межах цих розбіжностей. Окрім того, відповідно до статті 341 УА, поступове наближення законодавства України в сфері енергетики до законодавства ЄС відбуватиметься відповідно до графіку, визначеного у Додатку XXVII Угоди¹. Варто зауважити, що такий Додаток містить пакет нормативно-правових актів, які врегульовують газу та електроенергетичну галузі ЄС, так званий Третій Пакет.

Третій енергетичний пакет Європейського Союзу комплексно поєднує: Газову директиву ЄС, Електроенергетичну директиву ЄС, Регламент про доступ до газових мереж, Регламент про доступ до електроенергетичних мереж, Регламент про Агентства зі співробітництва регулюючих органів. На виконання вищезазначених Директив та Рег-

¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від від 26.09.2014 2014 р. № 75. том 1. стор. 83. стаття 2125

ламентів, 14 серпня 2014 року Верховна Рада України прийняла Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо реформування системи управління Єдиною газотранспортною системою України» з метою імплементації Європейського енергетичного пакету¹. Так, задля наближення національного законодавчого регулювання альтернативних джерел енергії до законодавства ЄС, Кабінет Міністрів України схвалив розпорядження «Енергетична стратегія України на період до 2035 року «Безпека, енергоефективність, конкурентоспроможність» (далі - ЕСУ, Стратегія)². В самій Стратегії зазначається, що вона прийнята на виконання вимог Угоди про Асоціацію з ЄС, забезпечення повноцінної імплементації положень Третього енергетичного пакета, директив і регламентів ЄС, відповідно до зобов'язань України в рамках Договору про приєднання до Енергетичного Співтовариства. Окрім того, передбачається стале розширення використання всіх видів відновлюваної енергетики, яка стане одним з інструментів гарантування енергетичної безпеки держави. У коротко- та середньостроковому горизонті (до 2025 року) ЕСУ прогнозує зростання частки відновлюваної енергетики до 25 % - до 2035 року.

Кабінет міністрів України затвердив план заходів з імплементації Директиви Європейського парламенту та Ради ЄС про використання енергії з відновлюваних джерел розпорядженням Уряду № 791-р від 3 вересня 2014 р. Необхідність імплементації такої Директиви обумовлена спрямованістю України на подолання незалежності від Російської Федерації у постачанні енергетичних ресурсів, зокрема набуття незалежності від імпорту газу та зменшення залежності в сфері транзиту нафти з Російської Федерації. Для досягнення цієї мети, необхідно дотримуватись декількох аспектів. По-перше, відповідно до зобов'язань у межах Договору про заснування Енергетичного Співтовариства - збільшити видобуток газу на території України, знизити енергоемність ВВП та забезпечити подальший розвиток відновлювальної енергетики. По-друге, встановити напрямок на фактичну інтеграцію енергетики України до енергосистеми Європейського Союзу, що має призвести до запровадження механізмів залучення інвестицій для розвитку відновлюваль-

¹ Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо реформування системи управління Єдиною газотранспортною системою України» від 14 серпня 2014 р. Відомості Верховної Ради. 2014. №39. ст. 2014

² Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Енергетичної стратегії України на період до 2035 року «Безпека, енергоефективність, конкурентоспроможність» № від 18 серпня 2017P № 605-р. <https://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/605-2017-%D1%80>

ної енергетики, нової енергетичної інфраструктури та збільшення внутрішнього ринку капіталу й ресурсів енергетичного ринку України.

Висновки. Виходячи із вищевикладеного, варто відзначити, що імплементація норм європейського права в галузі альтернативної енергетики є обов'язком України, з огляду на євроінтеграційний курс держави. Впровадження норм енергетичного законодавства ЄС буде сприяти забезпеченню стабільних умов виробництва та експлуатації відновлювальних джерел енергії. Окрім того, врахування досвіду країн-членів Європейського Союзу та імплементація європейських норм в національне законодавство, має позитивно відобразитись у залученні іноземних інвестицій задля розширення можливостей та вдосконалення енергетичної інфраструктури, розвитку та інтеграції українського енергетичного сектора до європейської системи електроенергетики.

Науковий керівник:** кандидат юридичних наук, асистент кафедри конституційного права Київського національного університету ім. Тараса Шевченка, **Кравцова Зоріна Сергіївна

ШЛЮБ ЗА ДОБУ: УМОВИ ТА ПОРЯДОК РЕЄСТРАЦІЇ ¹

Наразі одним із різновидів послуг, які надають відділи державної реєстрації актів цивільного стану реєстраційних служб України (далі – ДРАЦС), є реєстрація шлюбу за одну добу. Серед переваг реєстрації шлюбу за новою процедурою можна назвати те, що проект «Шлюб за 24 години» дає можливість закоханим парам вільно розпоряджатись своїм часом і не залежати від строків, які зазвичай встановлюються у відділах ДРАЦС. Уся процедура державної реєстрації шлюбу з моменту подання заяви триває не більше доби, наприкінці якої особи, які скористались послугою «експрес-одруження», можуть отримати свідоцтво про шлюб у прискореному режимі.

Найбільша популярність реєстрації шлюбу за прискореною процедурою є в таких країнах, як Литва, Латвія, Чехія, Німеччина та Молдова. Розробляючи проект «Шлюб за 24 години», Україна поставила собі

¹ Станкович Олександра Федорівна, студентка, юридичний факультет, УжНУ

за мету вивести надання адміністративних послуг в Україні на якісно новий, європейський рівень, перейняти позитивний світовий досвід.¹

Проблеми, пов'язані із державною реєстрацією шлюбу, висвітлені у працях Е. Багача, Ю. Білоусова, Б. Левіцького, О. Лозової, О. Розгон та інших науковців.²

Державна реєстрація шлюбу перебуває у виключній компетенції органів реєстрації актів цивільного стану. За загальним правилом, установленим ч. 1 ст. 32 СК України, шлюб реєструється після спливу одного місяця від дня подання особами заяви про реєстрацію шлюбу; якщо існують певні поважні причини (наприклад, тяжка хвороба одного з наречених, майбутнє тривале відрадження одного з наречених тощо), реєстрація шлюбу може бути проведена до спливу визначеного строку.³

З метою апробації європейських стандартів у сфері державної реєстрації актів цивільного стану, спрямованих на створення сприятливих умов для отримання фізичними особами адміністративних послуг у зазначеній сфері, та забезпечення реалізації гарантованого державою права на шлюб, зокрема для учасників антитерористичної операції та внутрішньо переміщених осіб, Міністерство юстиції запровадило пілотний проект щодо державної реєстрації шлюбу у скорочені строки за обраним заявниками місцем (далі - пілотний проект). Сутність даного пілотного проекту полягає в тому, що він надає можливість зареєструвати «експрес-шлюб» безпосередньо в день подання заяви. У травні 2016 року у Верховній Раді України було зареєстровано проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної реєстрації актів цивільного стану щодо приведення їх у відповідність з європейськими стандартами» (№ 4605). Уже 13 липня 2016 року розпорядженням Кабінету Міністрів запроваджено пілотний проект щодо реєстрації шлюбу протягом однієї доби. А 27 липня 2016 року з'явився наказ Міністерства юстиції «Про реалізацію пілотного проекту щодо державної реєстрації шлюбу»⁴

¹ Куценко С. Справи сімейні: як функціонує проект «шлюб за добу» URL : <http://blog.liga.net/user/skutsenko/article/24895.aspx> (дата звернення: 20.03.2019)

² Завальська Ж. Договірне управління відносин організації державної реєстрації шлюбу за 24 години. Харків: Підприємництво, господарство і право. 2017. Вип.3. С. 19 – 22.

³ Сімейний кодекс України від 10.01.2002 року №2947 – III. Відомості Верховної Ради України. 2002.

⁴ Наразі проект реалізовано у м. Києві, Львові, Одесі, Херсоні, Маріуполі, Северодонецьку, Вінниці, Дніпрі, Луцьку, Миколаєві, Кам'янець-Подільському,

Для того, щоб скористатися сервісом з державної реєстрації шлюбу у скорочені строки, нареченим необхідно зробити кілька простих кроків – звернутись до організатора державної реєстрації шлюбу, в тому місті, де відбудеться ваша церемонія. Для даного дійства потрібні наступні документи:

Паспорт громадянина України, паспортний документ іноземця або документ, що посвідчує особу без громадянства (іноземець, особа без громадянства, додає документ, що підтверджує законність його (її) перебування на території України).

У разі якщо особи, які бажають зареєструвати шлюб, або один з них раніше перебували у шлюбі, – документи, що підтверджують припинення попереднього шлюбу або визнання шлюбу недійсним (свідоцтво про розірвання шлюбу, рішення суду про розірвання шлюбу, про визнання шлюбу недійсним, яке набрало законної сили, свідоцтво про смерть одного з подружжя, висновок відділу державної реєстрації актів цивільного стану про анулювання актового запису про шлюб, який є недійсним, тощо).

Документи, складені іноземною мовою, подаються разом з їх перекладами українською мовою, засвідченими в установленому порядку.

Документи про сплату державного мита та про сплату платних послуг, що надаються відділом державної реєстрації актів цивільного стану.

Державна реєстрація шлюбу проводиться у строк, визначений заявниками. Для цього необхідно: прибути у визначені договором місце, дату та час проведення державної реєстрації шлюбу; надати вище вказані документи уповноваженому працівнику відділу державної

Рівному, Житомирі, Харкові, Ужгороді, Чернівцях, Івано-Франківську, Сумах, Тернополі, Чернігові, Кривому Розі, Бахмуті, Запоріжжі, Білій Церкві, Борисполі, Кропивницькому, Станиці Луганській, Білгород-Дністровському, Полтаві, Кременчуці, Чугуєві, Хмельницькому, Черкасах, Хотині, Ковелі, Нововолинську, Нікополі, Кам'янському, Волновасі, Лимані, Покровську, Коростені, Мукачеві, Тячеві, Олександрії, Вознесенську, Первомайську Миколаївської області, Ізмаїлі, Дубному, Сарнах, Тростянці Сумської області, Генічеську, Новій Каховці, Каневі, Смілі, Вижниці, Володимир-Волинському, Радомишлі, Вишгороді, Трускавці, Чорноморську, Ромнах, Чорткові, Умані, Ніжині, Бердичеві, Новограді-Волинському, Калущі, Шостці, Корюківці та с. Білозір'ї Черкаського району Черкаської області, с. Кам'яниця Ужгородського району Закарпатської області. Ініціатива щодо запровадження реалізації пілотного проекту в селі, селищі, місті (крім міст обласного значення) подається до Міністерства юстиції сільським, селищним, міським головою. Див.: Розпорядження КМУ «Про запровадження реалізації пілотного проекту щодо державної реєстрації шлюбу» від 13.07.2016 року № 502-р. Відомості Верховної Ради України. 2016.

реєстрації актів цивільного стану; укласти договір у письмовій формі; ознайомитись із даними, внесеними до заяви про державну реєстрацію шлюбу та до актового запису про шлюб, і засвідчити їх власними підписами у відповідних графах заяви та актового запису; сплатити державне мито та платні послуги.¹

На підтвердження проведеної державної реєстрації видаються свідоцтва про шлюб. Відомості про реєстрацію шлюбу вносяться до Державного реєстру актів цивільного стану громадян у встановленому законодавством порядку.

Аналіз положень цієї процедури дозволяє виділити її переваги та недоліки. Так, вагомими перевагами цього проекту є можливість подання документів для реєстрації актів цивільного стану в електронній формі. Окрім того, заяви можуть бути подані до будь-якого повноважного органу за вибором заявників за принципом екстериторіальності.

Як перевагу, так і недолік цього проекту можна вважати фактор часу. З одного боку, парі не доведеться чекати кілька місяців, щоб одружитись. Разом із тим за звичайної процедури час на роздум (як мінімум місячний строк) надається людям для того, щоб ще раз перевірити свої почуття, зважити всі обставини, які виникли у зв'язку з майбутнім шлюбом. Протягом цього часу можна відмовитися від укладення шлюбу.²

Реєстрація шлюбу за одну добу явно порушує право наречених на взаємну обізнаність щодо стану здоров'я. Так, ст.30 СК (яка не підлягає зміні відповідно до проекту) передбачено обов'язок молодят повідомляти один одного про стан здоров'я. Держава, у свою чергу, забезпечує створення таких умов для їхнього медичного обстеження. Порядок такого обстеження затверджений постановою Кабміну від 16.11.2002 №1740. У ньому визначено, що орган державної реєстрації актів цивільного стану під час прийому за про реєстрацію шлюбу інформує наречених про можливість медичного обстеження та за їх бажанням видає направлення за зразком, затвердженим МОЗ. Лікувально-профілактичні заклади зобов'язані провести медичне обстеження молодят протягом 20 днів після їх звернення до цих закладів.

До переваг можна віднести можливість подання в електронній формі документів для реєстрації актів цивільного стану, а також спро-

¹ Шлюб за добу. URL: <http://rszp.gov.ua/09-08-2017> (дата звернення: 20.03.2019)

² Шаповал Н.О. Новели у процедурі реєстрації шлюбу в Україні: недоліки та переваги. Ужгород: Закарпатські правові читання. Том 1. 2017. С.326 -329

щення процедури реєстрації для жителів тимчасово окупованих територій і внутрішньо переміщених осіб.¹ До недоліків цього проекту належить ціна. Вартість оформлення шлюбу за добу у різних містах коливається від 5900 до 8800 гривень (для порівняння, стандартна церемонія у районних ДРАЦС становить близько 350 гривень).²

Отже, з однієї сторони, дане нововведення має свої явні плюси для наречених. Тобто це можливість для громадян за спрощеною процедурою і за досить короткий час стати подружжям правомірним шляхом. Перевагою державної реєстрації шлюбу за новою процедурою є те, що вона дає можливість закоханим парам вільно розпоряджатися своїм часом та не залежати від строків, які зазвичай відводяться у відділах державної реєстрації актів цивільного стану.

Але слід звернути увагу, що законодавець повинен передбачити й наслідки, які можуть настати, адже така дія не повинна мати за мету певні злочинні чи іншого роду неправомірні наміри, особливо, якщо така дія буде вчинятися в електронному форматі. Неможливо не зазначити і те, що дані норми певним чином суперечать статтям чинного Сімейного Кодексу України, що говорить про колізії нормативних актів, які регулюють дане питання, тому все ж потрібно звернути увагу на дані норми, щоб врегулювати законодавство нашої країни.

ЕКОЛОГІЧНІ ПОДАТКИ ІЗ ЗАБРУДНЮЮЧОЇ ПРОДУКЦІЇ В ДЕРЖАВАХ-ЧЛЕНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ³

Враховуючи необхідність заходів охорони навколишнього середовища та пошук джерел фінансування природоохоронної діяльності, екологічне оподаткування залишається для України особливо актуальним. Поряд із проблемами забруднення повітря й доступністю питної води, впровадженням маловідходних ресурсо- та енергозберігаючих техно-

¹ Сім'я за добу. URL: https://zib.com.ua/ua/print/125236-do_yakih_naslidkiv_mozhe_prizvesti_priskorennya_proceduri_od.html (дата звернення: 20.03.2019)

² Скільки коштує одружитися за 24 години. URL: <https://versii.if.ua/povunu/skilki-koshtuye-odruzhitisya-za-24-godini/> (дата звернення: 20.03.2019)

³ **Сабовчик Антоніна Іванівна**, кандидат юридичних наук, доцентка кафедри цивільного права та процесу, УжНУ.

логії, нагальної уваги потребує збирання, утилізація, знешкодження і видалення відходів усіх класів небезпеки. Ухвалення нового Податкового кодексу з-поміж іншого також ставить за мету забезпечення раціонального використання природних ресурсів та подальше наближення податкового законодавства України до законодавства ЄС.

Справляння екологічних податків із забруднюючої продукції є результатом зростання числа та розповсюдження джерел забруднення. Вони вводяться на момент (в точці) продажу потенційно забруднюючих продуктів і збільшують вартість продукту, тим самим забезпечуючи стимули для споживачів купувати замітники, які є менш шкідливими для довкілля. Такий підхід узгоджується із дотриманням принципів, встановлених у галузі охорони довкілля в ЄС (перестороги і профілактичних дій; усунення шкоди навколишньому середовищу шляхом звернення насамперед до її джерела; «забруднювач платить»), які відображені у первинному праві ЄС (ст. 191 Договору про функціонування ЄС)¹. Особливість екологічних податків полягає в тому, що призначення (форма) та податкові ставки прямо стосуються передбачуваного впливу на довкілля.

У дослідженні інструментів, що використовуються для екологічної політики та раціонального використання природних ресурсів у державах-членах ЄС, автор використала базу даних Організації економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР) і Європейського екологічного агентства (ЄЕА)². Результати засвідчують, що податки із забруднюючої продукції запровадили більшість держав-членів ЄС. І поряд з традиційними, серед яких – збори за утилізацію акумуляторів (Австрія), збори з продукції (Болгарія), мито на шини, електричні лампочки й електричні запобіжники, певні роздрібні контейнери, одноразовий посуд, паперові і пластикові пакети тощо (Данія), зустрічаються й ліцензійні платежі з приватних осіб згідно з системою «Зелена крапка» щодо повернення певних видів матеріалів (що справляються з переданих для рецикляції наступних матеріалів (алюмінію та інших металів, паперу, картону, скла, пластику і т. д.) в Німеччині.

Загалом до об'єктів оподаткування в переважній більшості держав-членів ЄС, окрім вищезгаданих, відносять батареї, мастильні матеріали, масляні фільтри, упаковки й різні види контейнерів (для

¹ Договор о функционировании Европейского Союза //Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. – М.: Инфра-М, 2010. – С. 211–381

² OECD/EEA database on instruments used for environmental policy and natural resources management: [Electronic resource]. – Access mode: <http://www2.oecd.org/ecoinst/queries/index.htm>.

парфумів, пива, вина та інших алкогольних напоїв), аудіо- та відео-обладнання, електронну побутову та електротехніку, світлове обладнання, медичне обладнання (окрім імплантантів і забруднених продуктів), телеінформаційне та телекомунікаційне обладнання, кабелі, дроти, шнури, штори, жалюзі, рукавички, фартухи і захисні костюми, захисні мембрани-плівки, різноманітні стрічки, плівки, брезенти, покриття для підлоги, труби, ліхтарі, світильники тощо.

В окремих державах-членах ЄС діють схеми депозитного відшкодування, які вимагають сплати депозитного внеску під час придбання потенційно забруднюючих речовин, який повертається, коли продукти чи їх залишки буде повернуто для переробки або утилізації. Сума відшкодування в цьому випадку не обов'язково дорівнює сумі депозиту. Вона може бути нижчою, включаючи збір за обробку і подальшу утилізацію (як, наприклад, у шведській системі обміну алюмінієвих пляшок), або вищою, якщо наявний тривалий період між оплатою депозиту і отриманням відшкодування (наприклад, схема попереднього депозитного відшкодування вартості автомобіля у Швеції). Призначенням даного виду екологічних інструментів є заохочення рецикляції відходів та запобігання їх утворенню, вони виявляються ефективними при ставках повернення близько 95 % і вище¹. Схеми депозитного відшкодування носять добровільний характер, оскільки передбачувана ними діяльність може бути проігнорована, а тому є недостатньо потужними для вирішення основних екологічних проблем.

Одним із найбільших успіхів у даній сфері було запровадження податку на пластикові пакети в Ірландії у 2002 році, якому передували проблеми значного скупчення сміття та негативного впливу такої продукції на довкілля. Як результат, представлений збір у сумі 0,15 євро за пакет виявився досить високою платою і стимулював споживачів до використання власних багаторазових пакетів для покупок. Це скоротило обсяги використання пластикових одноразових пакетів підприємствами роздрібною торгівлі більш ніж на 90 %, (що становить приблизно 1 мільярд пластикових пакетів). Доходи від вказаного збору спрямовувалися до новоствореного екологічного фонду і використовувалися з різною метою (покриття витрат на адміністрування, підтримку і заохочення програм запобігання або скорочення відходів, підтримку

¹ Market-based instruments for environmental policy in Europe (European Environment Agency). Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities. – 2005 – 155 pp.: [Electronic resource]. – Access mode: http://www.eea.europa.eu/publications/technical_report_2005_8.

досліджень і розробок у сфері відходів тощо). Як бачимо, в ЄС заходи з охорони довкілля поширюються на широке коло джерел забруднення.

У чинному законодавстві України вказані фінансові інструменти охорони довкілля представлені частково, однак з огляду на безспірні вигоди для довкілля і регулювання поведінки споживачів в бік екологічно дружньої, досвід їх справляння в державах-членах ЄС видається дуже важливим. Варто зауважити, що на практиці такі екологічні збори зазвичай запроваджуються саме на виконання вимог із адаптації національного законодавства до *acquis communautaire*. Наприклад, у випадку збору за знищення (утилізацію) відпрацьованих транспортних засобів йдеться про досягнення цілей, передбачених Директивою ЄС про транспортні засоби, виведені з експлуатації (відпрацьовані транспортні засоби) (Directive 2000/53/ЄС)¹.

В Україні робота з адаптації законодавства у сфері охорони довкілля до *acquis communautaire* відбувається шляхом поступового розширення бази оподаткування, про що свідчить прийняття Закону України «Про утилізацію транспортних засобів». Тому дослідження адміністрування та функціонального призначення податків із забруднюючої продукції, бар'єрів їх запровадження і обґрунтування можливостей розширення бази екологічного оподаткування набувають підвищеної ваги.

НОРМАТИВНЕ САМОРЕГУЛЮВАННЯ У ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ (У КОНТЕКСТІ ДОГОВІРНОЇ ДИСЦИПЛІНИ ТА ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ)²

Не дивлячись на те, що договір є однією з найдавніших правових конструкцій у світі, в сучасних умовах України він набуває все актуальнішого значення як дієвий і ефективний засіб правового регулювання майнових правовідносин.

Важливим аспектом договірних зобов'язань є закріплення у Цивільному кодексі України принцип свободи договору, який насамперед

¹ Directive 2000/53/EC of the European Parliament and of the Council of 18 September 2000 on end-of life vehicles – Commission Statements // OJ L 269, 21.10.2000. – P. 34–43: [Electronic resource]. – Access mode: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:269:0034:0042:EN: PDF>

² **Федик Є.І.**, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедрою цивільного права та процесу Львівського торговельно-економічного університету

стосується визначення сторонами договору умов його змісту і в сьогоднішній час викликає дискусії щодо меж застосування цього принципу. Зазначене і спонукало до розгляду питання про нормативне саморегулювання у договірних зобов'язаннях, в тому числі у питаннях договірної дисципліни та відповідальності.

Поняття договору та його понятійна характеристика є достатньо багатозначними і багатогранними як у нормативних актах цивільного і господарського права, так і сучасних наукових дослідженнях. Отже, договір як такий є: узгодженою домовленістю сторін щодо їх повноважень і дій для досягнення ними правової та матеріальної мети у такому правочині¹.

Поряд з різними іншими функціями, договір як юридичний факт виконує функцію забезпечення *переходу* прав і обов'язків сторін/учасників від *загальної* моделі, що втілена у правовій нормі, до *конкретизованої* моделі поведінки визначених осіб такого правочину².

У якості юридичного факту договір є перехідним містком, який здатен забезпечити його сторонам/суб'єктам перетворити наявне у них право у реальне володіння таким правом, а наявність обов'язку перетворюється на реальну необхідність вчинення відповідних дій по змісту умов договору³ (З. В. Ромовська). Таким чином, договір як юридичний факт наділяється головною функцією – породження цивільного зобов'язання з повноваженнями для його сторін у відповідності до змісту статті 509 Цивільного кодексу України⁴.

Ця ж стаття, за своїм змістом і духом, поряд з повноваженнями учасників, визначає й дисципліну діяльності сторін у договірному правовідношенні, яка полягає у безумовному виконанні набутих у договорі повноважень і саме у договорі дають про себе знати однопорядковість загального правового статусу суб'єктів/сторін та їх юридична рівність⁵ (С.С. Алексєєв).

Зрозуміло, що перелік і обсяг повноважень у договірному правовідношенні мають бути закріплені сторонами в умовах змісту дого-

¹ Федик Є.І., Федик С.Є. Проблеми правового регулювання договірних відносин: Навчальний посібник. – Львів: вид. ЛТЕУ. - 2016. – 157 с.

² Исаков Б.В. Юридические факты в советском праве. – М.: Юридическая литература, 1984. – 144 с.

³ Ромовська З.В. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс. Підручник. – К.: Атіка, 2005. – 560 с.

⁴ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. //Голос України. – 2003. - № 45-46. – 12 березня; - № 47-48. – 13 березня (зі змінами та доповненнями)

⁵ Алексєєв С.С. Право: азбука – теорія – філософія: Опыт комплексного исследования. – М.: Статут, 1999. – 712 с

вору. З урахуванням принципів формування та реалізації договірних правовідносин, зокрема положень принципу свободи договору, саме умови змісту договору є *стрижнем* всякого договірного зобов'язання.

Сам зміст договору становлять його умови, котрі поділяються на:

- обов'язкові, що нормативно визначені;
- визначені та погоджені самими сторонами.

Деталізація умов у пунктах договору за своєю суттю складають сам зміст конкретного договору. У цьому контексті важливим є питання про *межі можливостей* сторін/суб'єктів у використанні ними принципу свободи договору відносно умов змісту договору.

Хочеться стверджувати, що відносно умов, котрі визначаються самими сторонами, повинен діяти загальноприйнятий принцип – дозволено все, що не заборонено стосовно даного виду договірного зобов'язання. А стосовно обов'язкових умов – сторони можуть самостійно узгоджувати умови лише у випадках:

- коли нормативна база містить положення, які встановлюють межі поведінки сторін/учасників «від і до», дозволяючи цим самим уточнювати чи корегувати свої дії. У таких випадках сторони зможуть на власний розсуд уточнювати, конкретизувати власні дії у допустимих нормативним актом межах;
- коли норма права прямо вказує на допустимість вибору лінії поведінки (вибір сторонами - форми договору з дотриманням встановлених правил такого вибору;
- застосування, зменшення/збільшення чи взагалі не застосування цивільної відповідальності).

У цьому розумінні підтверджується позиція науковців щодо наявності так званого прояву нормативної саморегуляції у договірному зобов'язанні, оскільки норми договору, згідно з якими сторони відступають від положень закону, мають вважатися нормами цивільного права (З. В. Ромовська, К. І. Забоєв¹, Т.В. Кашаніна² та ін.), а сам договір виступає як специфічний нормативний акт локальної дії.

Однак, як стверджує С.О. Погрібний³, застосування нормативної саморегуляції унеможливується за наявності визначених законом обставин:

¹ Забоєв К.И. Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – 267 с.

² Кашанина Т.В. Индивидуальное регулирование в правовой сфере // Советское государство и право. – 1992. - № 1. – С. 123-126.

³ Погрібний С.О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: Монографія. – К.: Правова єдність. – 2009. – 304 с.

Наявність в акті цивільного законодавства прямого застереження щодо неприпустимості відступу від імперативних положень;

Зі змісту нормативного акту впливає обов'язковість конкретного припису, коли відступ від нього призводить до нікчемності умов, що встановлюються шляхом нормативної саморегуляції;

Відступ від імперативних положень акту цивільного законодавства не дозволяється (зміст статті 6 ЦК України) навіть тоді, коли в самому акті не міститься прямого застереження про це, але таке впливає із суті відносин між сторонами.

Видається, що у випадках коли сторони скористаються правом/можливістю реально закріпити власну домовленість у змісті договору на вказаних умовах, то подальша дисципліна у виконанні договірних зобов'язання буде більш чітко зрозумілою та визначеною. Відповідно до цього стануть і більш реалістичними характеристики для визначення таких понять як: належне виконання, неналежне виконання чи не виконання договірних зобов'язання, орієнтирами для яких є вигоди статей 526-545 ЦК України.

Окрім цього, така деталізація сторонами договірних зобов'язань власних повноважень у зазначеній категорії умов змісту сприятиме зменшенню ризиків у досягненні мети договору. Найбільше таке стосується так званого типу ризикових (алеаторних) договорів, де тісно переплітаються можливості настання ризиків суб'єктивного та об'єктивного характеру. І саме така деталізація умов змісту договору на розсуд сторін (нормативна саморегуляція) сприятиме уточненню змістових аспектів виконання договірних зобов'язання, що дозволить полегшити визначення якісних параметрів дисципліни договірних зобов'язання. Звідси – вихід на більш повні можливості реалізації положень захисту законних прав та інтересів сторін договірних зобов'язання, цивільної відповідальності, зокрема у питаннях компенсації моральної шкоди.

За загальним правилом цивільна відповідальність настає за наявності складу цивільного правопорушення в єдності його елементного складу (загальнотеоретичного та цивільного-правового елементів).

Оскільки специфічною рисою цивільної відповідальності є її майновий характер, то розглядувана нормативна саморегуляція у договірному зобов'язанні впливає на більш повне забезпечення порушених прав та законних інтересів сторін саме майнового характеру. Окрім цього, сторони шляхом нормативної саморегуляції можуть визначати застосування й інших засобів забезпечення у контексті цивільної відповідальності. У цьому розумінні необхідно відмітити слушність

твердження Є.О. Харитонова про те, що цивільна відповідальність є *самостійним* цивільним правовідношенням для настання якого у договірних відносинах необхідним *юридичним фактом* слугує наявність *порушення* умов змісту договору. Тому, з цієї позиції фактор нормативної саморегуляції договірного зобов'язання (договірної відповідальності) відіграє важливу роль.

Окремо необхідно відмітити особливе значення і зростаючу роль застосування такого виду цивільної відповідальності, як компенсація моральної шкоди у випадках порушень умов змісту договірного зобов'язання.

Можливість застосування компенсації моральної шкоди в Україні настала після проголошення нею незалежності. Зі вступом у дію Цивільного кодексу України (січень 2004 р.) почались науково-теоретичні та практичні дискусії щодо її застосування стосовно юридичних осіб і на сьогодні таке застосування вже не викликає заперечень.

Видається, що є потреба всіляко підтримувати позицію щодо безумовного застосування компенсації моральної шкоди у договірних зобов'язаннях навіть у випадках, коли цивільне правопорушення у договірному зобов'язанні з різних причин не призвело до майнової шкоди. Тому, сторони договору шляхом нормативної саморегуляції можуть погодити широке коло аспектів майнового і немайнового характеру цивільної відповідальності.

Одним з важливих аспектів застосування компенсації моральної шкоди у договірних правовідносинах є те, що визначення її розміру є більш ніж проблематичним, оскільки не відомим є те, у чому може виразитися моральна шкода у випадках порушення умов змісту договору, адже наперед невідомо у чому саме буде виражатись суть порушення умов змісту. Разом з тим, право на компенсацію моральної шкоди допустимо застосовувати незалежно від того, чи порушені права та інтереси майнового характеру, чи особисті немайнові права.

ЕКОНОМІКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДЕРЖАВНОЇ ПІДТРИМКИ ГОСПОДАРСТВ НАСЕЛЕННЯ¹

Особливістю сучасного розвитку вітчизняної економіки є формування вагомого сектору господарств населення в аграрній сфері, які приймають на себе вирішення значних проблем життєдіяльності сільського населення: відтворення селянства як суспільної верстви населення, організацію самозайнятості, забезпечення потреб у продуктах харчування, надходження додаткових грошових доходів. У той же час господарства населення залишилися практично без підтримки з боку держави, розвиваються відповідно до особливостей ситуативного попиту споживачів на ринку та потреб підприємств переробної промисловості, намагаються протистояти ринковим збуренням.

Ігнорування реальною аграрною політикою інтересів і потреб селянських господарств негативно впливає на відтворення їхнього виробничого потенціалу, який поступово виснажується[3].

Досвід останніх років показав, що господарства населення є доволі стабільним сектором економіки і при певній державній підтримці можуть суттєво збільшити обсяги виробництва продукції і вирішити низку соціальних проблем села. Але при цьому держава повинна взяти на себе ті функції, які не можуть бути забезпечені за рахунок ринкового механізму саморегулювання діяльності господарств (рис. 1).

В зв'язку з цим наголошуємо на тому, що сучасна державна аграрна політика має бути доповнена законами, цільовими настановами, заходами і механізмами організаційно-економічного та інституційного характеру, спрямованими на сприяння розвитку товарних і товарно-споживчих господарств. Це обумовлюється тим, що в даний час державна політика підтримки аграрного сектору спрямована, в основному, на підтримку крупних товаровиробників, а господарства населення практично не мають до неї прямого доступу.

Саме тому важливим завданням власників господарств населення має стати забезпечення можливостей для членів господарств населення реально використовувати визначені чинним законодавством України, зокрема – Законом України «Про особисте селянське господарство», права щодо поширення на власників господарств населення пенсійного законодавства, соціального і медичного обслуговування [4].

¹ **Федик О. В.**, к.е.н. ст. викладач Львівський національний аграрний університет



Рис. 1. Напрямки державної підтримки господарств населення

Відповідно, існує нагальна потреба в розробці та запровадженні в реальну практику важелів та стимулів, які б орієнтували власників і членів господарств населення на фактичну легалізацію трудових ресурсів господарств населення задля отримання можливостей певних державних гарантій [1].

Виходячи з викладеного, на нашу думку, власники господарств населення разом з іншими суб'єктами малих форм господарювання в АПК України повинні стати ініціаторами та активними лобістами прийняття цільової програми сприяння розвитку сільських домогосподарств, яка б дозволила вирішити нагальні проблеми господарств населення, пов'язані з організацією пільгового кредитування, модернізацією виробництва, удосконаленням ціноутворення.

Поряд з цим, вважаємо за доцільне розгорнути суспільну дискусію щодо виділення з загального масиву господарств населення тієї її частини, яку складають господарства комерційного спрямування (товарні і товарно-споживчі) та надання їм статусу акредитованого товаровиробника (зважаючи на необхідність в перспективі забезпечувати дотримання вимог ЄС щодо прозорості походження сільгосппродукції).

Бібліографічний список

1. Бойко В. І. До проблеми визначення механізму державної підтримки виробників аграрної продукції. Економіка АПК. 2010. № 7. С. 37-39.
2. Бурлуцький С. В. Соціальна підтримка домогосподарств: теорія та практика: монографія / наук. ред. М. В. Василенко. Донецьк, 2012. 135 с.
3. Прокопа І. В. Господарства населення в сучасному аграрному виробництві і сільському розвитку / К. : Ін-т економіки та прогноз. НАНУ, 2011. 240с.
4. Про особисте селянське господарство : Закон України № 742-IV від 15.05.2003 р. [Електронний ресурс]. Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/742-15>.

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ПРАВАЗАСТОСОВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ¹

Після набрання чинності вагомих змін до Цивільного процесуального кодексу України, а саме після 15 грудня 2017 року перед національними українськими судами постало актуальне питання щодо застосування Європейської конвенції з прав людини та рішень Європейського суду з прав людини як джерела права при вирішенні цивільних справ у суді. Дане положення обумовлене ч. 4 ст. 10 Цивільного процесуального кодексу України². Саме тому на сьогоднішній день надзвичайно актуальним є дослідження право тлумачної та правозастосовної практики Європейського суду з прав людини як своєрідного еталону в національній правозастосовній практиці при здійсненні судочинства. Мова тут йде як про результат діяльності Європейського суду з прав людини, який відображений у його рішеннях та, як процес осмислення ним тих чи інших положень Європейської конвенції з прав людини та вплив такого осмислення на практику національного судочинства, що є результатом правотлумачної та правоінтерпретаційної діяльності Європейського суду з прав людини.

Тлумачення-роз'яснення є своєрідним *супровідним елементом*

¹ **Федик Сергій Євгенович**, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Львівського державного університету внутрішніх справ кандидат юридичних наук, доцент

² Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2003 року // <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>

функціонування Європейського суду з прав людини стосовно вирішення справ про порушення державами-учасницями закріплених у Європейській конвенції з прав людини. Відповідно до ч. 1 ст. 32 Європейської конвенції, до виняткової юрисдикції Європейського суду з прав людини належить вирішення питань, які стосуються тлумачення і застосування Конвенції та Протоколів до неї. Тому рішення Європейського суду з прав людини у конкретних справах виступають найдієвішою формою реакції контрольного механізму Ради Європи на ситуацію, яка склалася у певній країні щодо дотримання основних прав і свобод людини на її території.

Найвагомішою частиною будь-якого рішення Європейського суду з прав людини є його резолютивна частина, адже її безумовне виконання – обов'язок держав-учасниць, що виступають відповідачами у справах (ч. 1 ст. 46 Конвенції). Як свідчить практика Європейського суду з прав людини, резолютивна частина рішення за обсягом набагато коротша порівняно з її обґрунтуванням, уміщеним у мотивувальній частині. У науковців, які досліджують проблематику Конвенції, мотивувальна частина викликає підвищений інтерес, оскільки лише у ній можна виявити міркування Європейського суду з прав людини щодо порядку та принципів застосування і тлумачення Європейської конвенції з прав людини. Значення мотивувальної частини рішення Європейського суду з прав людини важко перебільшити, адже у ній наводиться розуміння Європейським судом з прав людини норм Європейської конвенції з прав людини, а вже на основі цього розуміння формулюється зміст резолютивної частини. Тобто у мотивувальній частині отримує текстуальне вираження процес тлумачення-з'ясування.

Юридичний статус рішень Європейського суду з прав людини, їхній вплив на діяльність держав-учасниць залежать від низки факторів. Тому дослідження питання юридичного статусу рішень повинно відбуватися у таких площинах:

- стосовно справи, що вирішується (казуальне тлумачення);
- стосовно подальшої судової практики Європейського суду з прав людини;
- щодо застосування положень Європейської конвенції з прав людини у внутрішній юридичній практиці держав-учасниць (нормативне тлумачення).

У наукових джерелах підкреслюється, що з'ясування юридичної природи рішень Європейського суду з прав людини необхідно проводити у контексті врахування характерних рис офіційного тлумачення (правотлумачний акт повинен бути виданий компетентним органом і

мати формально обов'язкове застосування). Не викликає сумніву той факт, що стосовно сторін процесу під час вирішення конкретної справи Європейського суду з прав людини буде компетентним органом і, згідно зі ст. 46 Конвенції, його рішення у справі буде *обов'язковим* для виконання *державою-відповідачем*¹.

Про ефективність рішень Європейського суду з прав людини може свідчити значна кількість випадків зміни внутрішнього законодавства держав-учасниць. Іноді сам факт наявності справи у Європейському суді з прав людини був достатнім стимулом або ж значною мірою прискорював внесення поправок до актів законодавства чи зміни національної судової практики.

У визначенні ж правового статусу рішень Європейського суду з прав людини при застосуванні положень Європейської конвенції з прав людини у внутрішній юридичній практиці *інших* держав-учасниць спостерігаються певні нюанси. Оскільки прийняті Європейського суду з прав людини рішення цих держав безпосередньо не стосуються, постає необхідність вирішення питання щодо обов'язковості приведення внутрішнього законодавства та юридичної практики у таких державах-учасницях у відповідність до вимог практики Євросуду, а так само щодо факторів спонукання до цих дій.

Що ж стосується нашої держави, то Україна зробила певний пролив у даному питанні і визнала Європейську конвенцію з прав людини та практику Європейського суду з прав людини джерелом права при вирішенні справ національними судами в Україні.

¹ Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод // https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004

VII. СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА ГУМАНІТАРНИЙ ВИМІР ПРАВА

ЩОДО КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НАСИЛЬНИЦЬКЕ ЗНИКНЕННЯ¹

Виникнення практики насильницьких зникнень у спеціальній літературі традиційно пов'язують з нацистською Німеччиною. 7 грудня 1941 р. генерал-фельдмаршал Вільгельм Кейтель підписав розпорядження Гітлера «Nacht und Nebel Erlass» («Під покровом ночі і туману»), метою якого було захоплення на окупованих територіях осіб, що становили «загрозу для німецької безпеки». Після арешту вказані особи таємно перевозились до Німеччини, де безслідно зникали. У більшості випадків вже на території Німеччини викрадених осіб страчували. Їхня доля, а також місце поховання родичам були не відомі². Разом з тим дослідники слушно відзначають, що Адольф Гітлер не був винахідником практики насильницьких зникнень як різновиду репресій щодо політичних опонентів. Подібна практика, як відомо, застосовувалась диктаторським режимом Сталіна в СРСР³.

Сам термін «насильницьке зникнення» (ісп. – «desaparición forzada») з'явився пізніше, а саме в 60-70-х роках ХХ століття, коли такі зникнення стали звичним явищем в державах Латинської Америки. Цей термін позначав грубе порушення прав людини та злочин, вчинений прямо чи опосередковано та за підтримки органів державної влади з метою

¹ Андрушко Андрій Васильович, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального права і процесу, УжНУ

² Цвікі В.Ю. Міжнародно-правовий захист осіб від насильницьких зникнень: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11. Львів, 2017. С. 12–13; Галарза П.М. Борьба с насильственными исчезновениями в рамках межамериканской системы защиты прав человека: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. Москва, 2016. С. 49–50.

³ Цвікі В.Ю. Вказ. праця. С. 13.

усунення неугодних осіб¹. Латиноамериканські диктаторські режими воліли просто викрадати людей, котрих вважали «неблагонадійними» (представників робочих та партизанських рухів, а також осіб, котрі їх підтримували). Першими державами, в яких насильницьке зникнення неугодних осіб було частиною державної політики, стали Гватемала та Аргентина (у цій країні насильницькі зникнення були найбільш поширені і мали систематичний характер). Невдовзі подібну практику, жертвами якої стали десятки тисяч людей, впровадили режими інших держав Латинської Америки (зокрема, Колумбії, Чилі, Перу, Мексики, Гондурасу, Сальвадору, Уругваю). Викрадених чи заарештованих людей поміщали в таємні в'язниці, піддавали тортурам і, як правило, таємно вбивали. При цьому родичі потерпілих назавжди залишались в невіданні про долю своїх близьких та місце їхнього поховання. Навіть після декількох десятиліть після «насильницького зникнення» тисячі людей не можуть домогтися навіть підтвердження факту смерті зниклих безвісти родичів².

Доводиться констатувати, що насильницькі зникнення є практикою не лише минулого, а й теперішнього часу. Якщо в минулому насильницькі зникнення були породженням диктаторських режимів, то нині вони можуть мати місце і в умовах внутрішніх конфліктів, будучи інструментом придушення політичних опонентів. При цьому особливе занепокоєння викликає практика переслідування правозахисників, родичів жертв, свідків та адвокатів, які ведуть ці справи³. Серед держав, в яких зафіксовані численні випадки насильницьких зникнень, варто згадати Ефіопію, Ірак, Індонезію, Шрі-Ланку, Марокко, Непал, Судан, Росію, Кіпр, Туреччину, Алжир, Китай, Єгипет, Пакистан. Загалом робоча група ООН з насильницьких та недобровільних зникнень зафіксувала відповідну практику у понад 70 країнах світу⁴.

Проблема насильницьких зникнень не є чужою також для України. Відомо, наприклад, що під час Революції Гідності відбувались системні

¹ Ott L. *Enforced Disappearance in International Law*. Cambridge: Intersentia, 2011. P. 6.

² Цвікі В.Ю. Вказ. праця. С. 13–14; Галарза П.М. Вказ. праця. С. 4, 25–26; Пастухова Л. Міжнародно-правовий захист осіб від насильницьких зникнень. Український часопис міжнародного права. 2013. № 3. С. 67–68; Сравнительное уголовное право. Особенная часть: монография / под общ. и науч. ред. С.П. Щербы. Москва: Юрлитинформ, 2010. С. 115.

³ Цвікі В.Ю. Вказ. праця. С. 15.

⁴ Андреу-Гусман Ф. Рабочая группа ООН по борьбе с насильственными исчезновениями. Международный журнал Красного Креста: Пропащие без вести. 2002. № 848. С. 101.

і масштабні арешти, затримання і викрадення людей, котрі здійснювалися представниками держави. Позбавлення людей волі тоді приховувалось, що, зрозуміло, ускладнювало, а то й унеможлиблювало їх захист відповідно до закону. Особливо ж загострилася вказана проблема через збройний конфлікт на сході України. Експерти відзначають, що у 2014 році на окупованих територіях Донецької та Луганської областей насильницькі зникнення відбувалися щоденно. Після переходу збройного конфлікту у фазу низької інтенсивності кількість зникнень зменшилася, але вони залишаються поширеними¹. Відсутність єдиної методології визначення зниклих безвісти, а також недоліки в координації між різними державними органами привели до появи різних даних щодо кількості зникнень у зоні воєнного конфлікту – від декількох сотень до декількох тисяч людей. 15 лютого 2015 року МВС оприлюднило список даних 1331 зниклих безвісти в зоні воєнного конфлікту. За даними Управління Національної поліції України в Донецькій області з квітня 2014 року до початку 2017 року на підконтрольній території Донецької області зникли безвісти 2727 чоловік, доля 1053 з них невідома. За даними Луганської обласної військово-цивільної адміністрації на території області розшукується 1205 осіб, знайдено 633 людини, доля 572 залишається невідомою. Менша кількість зниклих безвісти за оцінкою СБУ – 403 людини. Наведені дані стосуються підконтрольної Україні території. Експерти підкреслюють, що надати оцінку кількості зниклих на окупованих територіях не видається можливим. Чимало зниклих безвісти можуть бути загиблими, а їхні тіла або взагалі не знайдені, або не ідентифіковані. Станом на 1 квітня 2018 року не ідентифікованими залишаються 307 загиблих. У базі даних ГО «Мирний берег» зібрані дані про 2878 зниклих безвісти за увесь час воєнного конфлікту. На кінець травня 2018 року у цій базі нараховувалось 1148 зниклих, з них військових – 150, цивільних – 998. Невпізнаних загиблих – 152².

Явище насильницьких зникнень викликало занепокоєння ООН, котра починаючи з 70-х років ХХ століття вжила низку заходів для протидії йому. Перша резолюція з питань насильницьких зникнень була прийнята Генеральною Асамблеєю ООН у 1978 році, котра до того часу

¹ Насильницькі зникнення в Україні та зникнення безвісти під час воєнного конфлікту на сході в 2014–2018 рр. Права людини в Україні. Інформаційний портал Харківської правозахисної групи. 11 червня 2018 р. URL: <http://khpg.org/index.php?id=1528705847>

² Насильницькі зникнення в Україні та зникнення безвісти під час воєнного конфлікту. Харків, 2018. С. 4.

розглядала дане питання лише у тому разі, якщо цього вимагало становище у тій чи іншій країні. У своїй резолюції 1978 року Генасамблея звернулась до держав – членів ООН із закликом співробітничати зі спеціалізованими організаціями ООН у справі розшуку та встановлення місцезнаходження осіб, що зникли безвісти. У 1980 році Комісія з прав людини вирішила створити робочу групу з насильницьких або недобровільних зникнень. Ця група склала перелік заходів превентивного характеру та заходів протидії, котрі мали вживатися державами для того, щоб викоринити практику насильницьких зникнень¹. У 1992 році Генеральна Асамблея ООН прийняла Декларацію про захист усіх осіб від насильницьких зникнень². Однак найважливішим кроком стало прийняття у 2006 році Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень (далі – Конвенція)³. Вказана Конвенція визначає насильницьке зникнення як «арешт, затримання, викрадення чи позбавлення волі в будь-якій іншій формі представниками держави чи особами або групами осіб, які діють з дозволу, за підтримки чи за згодою держави, при подальшій відмові визнати факт позбавлення волі або приховування даних про долю чи місцезнаходження зниклої особи, унаслідок чого цю особу залишено без захисту закону» (ст. 2).

17 червня 2015 року Україна приєдналась до Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень⁴. Слід відзначити, що до цього моменту правозахисники понад десять років вимагали ратифікації Україною вказаного документу⁵. Факт приєднання України до Конвенції, поза сумнівом, слід оцінити позитивно, адже тим самим Україна продемонструвала, що вона засуджує практику насильницьких зникнень. Конвенція зобов'язує органи влади ефективно розслі-

¹ Андреу-Гусман Ф. Вказ праця. С. 93–95.

² Декларация о защите всех лиц от насильственных исчезновений, принята резолюцией 47/133 Генеральной Ассамблеи ООН от 18 декабря 1992 года. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/enforced_disappearances.shtml

³ Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений от 20 декабря 2006 года. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/disappearance.shtml

⁴ Закон України «Про приєднання України до Міжнародної конвенції про захист усіх осіб насильницьких зникнень» від 17 червня 2015 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/525-19>

⁵ Україна приєдналась до Конвенції ООН про захист від насильницьких зникнень. Центр інформації про права людини. 7 липня 2015 р. URL: https://humanrights.org.ua/material/ukrajina_prijednalas_do_konvenciji_oon_pro_zahist_usih_osib_vid_nasilnickih_zniknen

дувати випадки насильницьких зникнень, що вчиняються особами чи групами осіб, які діють без дозволу, підтримки чи згоди держави, і для віддання правосуддю відповідальних за це осіб (ст. 3). Україна як учасниця Конвенції має вживати необхідних заходів для притягнення до кримінальної відповідальності принаймні: а) будь-якої особи, яка вчиняє акт насильницького зникнення, наказує, підбурює чи спонукає вчинити його, вчиняє замах на його вчинення, є його пособником чи бере участь у ньому; б) начальника, який: і) знав, що підлегли, які знаходяться під його реальною владою та контролем, скоювали або мали намір вчинити злочин насильницького зникнення, або свідомо проігнорував очевидну інформацію, що свідчить про це; ii) ніс реальну відповідальність та здійснював реальний контроль стосовно діяльності, з якою був пов'язаний злочин насильницького зникнення, а також який iii) не вжив усіх необхідних і розумних заходів у рамках його повноважень з метою недопущення або припинення акту насильницького зникнення або для передачі цього питання до компетентних органів для розслідування та кримінального переслідування (ст. 6).

Окремо варто зауважити, що стаття 4 Конвенції зобов'язує держав-учасниць вживати необхідних заходів для того, щоб насильницьке зникнення кваліфікувалося як правопорушення в її кримінальному праві. Однак до липня 2018 року вітчизняний законодавець не поспішав виокремлювати в КК самостійну норму про відповідальність за вказане діяння. У зв'язку з цим правозахисники нарікали на те, що інертність українського законодавця не дає можливості для адекватного застосування положень Конвенції на практиці¹. Відзначимо, що у цей час в спеціальній літературі висловлювалися різні думки стосовно доцільності чи недоцільності криміналізації насильницького зникнення. Якщо О.М. Броневицька², О.Г. Колб та В.В. Кондратишина³

¹ Насильницькі зникнення в Україні та зникнення безвісти під час воєнного конфлікту на сході в 2014–2018 рр.

² Броневицька О.М. Відповідність положень чинного Кримінального кодексу України про відповідальність на особисту свободу особи вимогам міжнародно-правових актів. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. 2010. № 3. С. 319–327.

³ Колб О.Г., Кондратишина В.В. Кримінально-правові та кримінологічні аспекти боротьби з торгівлею людьми в Україні. Боротьба з торгівлею людьми: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Донецьк, 26 червня 2008 р.). Донецьк: Донецький юридичний інститут ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2008. С. 134–138.

заперечували відповідну доцільність, то К.П. Задоя¹ та О.С. Наумова² висловлювалися за необхідність виокремлення такої норми. Врешті-решт законом від 12 липня 2018 року³ КК доповнено ст. 146-1 «Насильницьке зникнення».

Частина 1 ст. 146-1 КК передбачає відповідальність за арешт, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі, вчинене представником держави, в тому числі іноземної, з подальшою відмовою визнати факт такого арешту, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі або приховуванням даних про долю такої людини чи місце перебування.

У частині 2 ст. 146-1 КК встановлено відповідальність за видання наказу або розпорядження про вчинення дій, зазначених у частині першій цієї статті, або нежиття керівником, якому стало відомо про вчинення дій, зазначених у частині першій цієї статті, його підлеглими заходів для їх припинення та неповідомлення компетентних органів про злочин.

Таким чином, диспозиції ст. 146-1 КК загалом відповідають змісту ст. 2 та ст. 6 Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень.

Виходячи із тексту ст. 146-1 КК, можна зробити висновок, що з об'єктивної сторони розглядуваний злочин може виражатися у таких формах:

- 1) арешт, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі, поєднане з подальшою відмовою визнати факт таких дій;
- 2) позбавлення волі людини, поєднане з подальшим приховуванням даних про долю такої людини чи місце її перебування;
- 3) видання наказу або розпорядження про позбавлення волі людини або про відмову визнати факт такого позбавлення волі, або про

¹ Задоя К.П. Визнання насильницького зникнення злочином *sui generis* за кримінальним правом України: *pro et contra*. Право і громадянське суспільство. 2015. № 4. С. 59–73.

² Наумова О. Окремі аспекти криміналізації насильницького зникнення людини. Науковий часопис Національної академії прокуратури України. 2017. № 2. С. 119–126; Наумова О.С. Кримінально-правова протидія злочинам проти волі особи (за статтями розділу III Особливої частини КК України): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2017. С. 4, 8, 11, 15.

³ Закон України «Про правовий статус осіб, зниклих безвісти» від 12 липня 2018 р. № 2505-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2505-19#n239>

приховування даних про долю такої людини чи її місце перебування;

4) невжиття керівником, якому стало відомо про вчинення його підлеглими позбавлення волі людини, заходів для його припинення, поєднане з неповідомленням компетентних органів про цей злочин;

5) неповідомлення компетентних органів про злочин керівником, якому стало відомо про вчинене його підлеглими позбавлення волі людині, поєднане з подальшою відмовою визнати факт такого позбавлення волі або приховуванням даних про долю такої людини чи її місце перебування¹.

Порівнявши норми Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень та КК України, О.М. Броневицька ще у 2010 році дійшла висновку про те, що попри відсутність у чинному на той час кримінальному законодавстві окремої статті про відповідальність за насильницьке зникнення, відповідальність за заборонені Конвенцією дії передбачена низкою статей КК України, а саме – ст.ст. 146, 365, 371, 375 та 424 КК². К.П. Задоя слушно зазначає, що положення ст. 375 КК апіорі не охоплюють дій по обмеженню фізичної свободи людини, а отже вони не можуть кореспондувати зі ст. 2 Конвенції. Крім того, цей дослідник справедливо вказує на те, що запропонований О.М. Броневицькою перелік може бути доповнений вказівкою на ст. 374 КК України, оскільки конструктивним елементом насильницького зникнення у конвенційному розумінні є залишення особи без захисту закону, що повністю узгоджується зі змістом зазначеного положення кримінального закону України³.

Стаття 146-1 КК, зрозуміло, конкуруватиме з низкою статей вітчизняного кримінального закону. Так, основною ознакою, за якою слід розмежовувати злочини, передбачені ст. 146-1 і статтями 146, 147, 148, 149, 151, 349, 349-1 КК, є ознака спеціального суб'єкта злочину (насильницьке зникнення вчиняється представником держави, в тому числі іноземної; визначення представників держави та представників іноземної держави міститься у примітці до ст. 146-1 КК України). Крім того, обов'язковою ознакою насильницького зникнення є подальша відмова визнати факт арешту, затримання або позбавлення волі лю-

¹ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 438.

² Броневицька О.М. Відповідність положень чинного Кримінального кодексу України про відповідальність на особисту свободу особи вимогам міжнародно-правових актів. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. 2010. № 3. С. 322–323.

³ Задоя К.П. Вказ. праця. С. 61.

дини в будь-якій іншій формі або приховування даних про долю такої людини чи місце перебування. За цією ж ознакою слід також розмежувати насильницьке зникнення та діяння, передбачені статтями 365 «Перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу», 371 «Завідомо незаконні затримання, привід, домашній арешт або тримання під вартою», 374 «Порушення права на захист», 375 «Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови» КК.

В. О. Туляков критично оцінює розглядувану законодавчу новелу, яка, на його переконання, «має відверто специфічну спрямованість та не витримує критики з точки зору якості мови кримінального закону»¹.

На думку К.П. Задоя, доцільність криміналізації насильницького зникнення пов'язана із специфічністю юридичної природи насильницького зникнення, правовим статусом заборони насильницького зникнення у сучасному міжнародному праві, особливостями окремих зобов'язань України, що впливають з Конвенції, а також з практикою моніторингу Комітетом з насильницьких зникнень національного законодавства держав-учасників Конвенції².

Доцільність існування окремої статті про відповідальність за насильницьке зникнення, звісно, є дискусійною. Зрозуміло, що приєднання України до Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень висуває перед Україною відповідні зобов'язання, зокрема необхідність вжиття заходів для того, щоб «насильницьке зникнення кваліфікувалося як правопорушення в її кримінальному праві» (ст. 4 Конвенції). Видається, дана ситуація певною мірою подібна до тієї, що мала місце при встановленні кримінальної відповідальності за захоплення заручників (це діяння також з'явилося в кримінальному законі завдяки імплементації положень конвенції – Міжнародної конвенції про боротьбу із захопленням заручників). Як відомо, захоплення заручників відрізняється від незаконного позбавлення волі або викрадення людини насамперед спеціальною метою (спонукання родичів затриманого, державної або іншої установи, підприємства чи організації, фізичної або службової особи до вчинення чи утримання від вчинення будь-якої дії як умови звільнення заручника).

¹ Туляков В.О. «Чорні лебеді» кримінального права та методологія правового регулювання. Кримінально-правове регулювання та забезпечення його ефективності: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Харків, 18-19 жовт. 2018 р. / редкол.: В.Я. Тацій (голов. ред.), В.І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків: Право, 2018. С. 41.

² Задоя К.П. Вказ. праця. С. 61.

ФЕНОМЕН КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД НЕЇ ¹

Думаю, що не буде помилкою, якщо стверджувати про те, що незважаючи на величезну кількість різного роду понять, які використовуються в тій чи іншій галузі права, все ж таки для кожної галузі існують так звані центральні, ключові, поняття, які утворюють її понятійну і інституційну основу. До таких понять в кримінальному праві, безперечно, можна віднести поняття злочину та кримінальної відповідальності. Якщо перше поняття безпосередньо сформульоване законодавцем в ч. 1 ст. 11 КК України, то щодо поняття кримінальної відповідальності такої формальної визначеності немає. Це в свою чергу породжує чимало дискусій на тему про зміст та обсяг відповідного поняття, що дозволяє вченим навіть стверджувати про існування кількох концепцій кримінальної відповідальності.

Звісно, що з точки зору кримінального права поняття кримінальної відповідальності лише з певною долею умовності можна вважати феноменом, адже, як правило, під феноменом розуміють якесь незвичне явище, яке зустрічається не так часто. Проте, як вже було зазначено, для кримінального права кримінальну відповідальність аж ніяк не можна вважати рідкісним явищем, скоріше навіть, навпаки – саме кримінальна відповідальність відображає специфіку цієї галузі права. І в цьому відношенні, стверджуючи про феномен кримінальної відповідальності, я маю на увазі аж ніяк не унікальність цього явища для кримінального права, а акцентую увагу лише на його самостійному існуванні як наскрізного поняття і явища для цієї галузі. Проте щодо існування такого явища як звільнення від кримінальної відповідальності, то тут вже, на мою думку, є всі підстави стверджувати, що для кримінального права це дійсно феномен у розумінні його як чогось незвичного, а, мабуть, і неприйняттого для відповідної галузевої системи.

Кримінальна відповідальність в її традиційному, негативному (ретроспективному) аспекті є правовим наслідком злочину, який полягає в несприятливих умовах для особи, яка вчинила злочин, в обмеженні її правового статусу. Викладеним, напевно, і обмежується загальноприйняте розуміння кримінальної відповідальності. Разом з тим, очевидно, що визначення цього поняття не повинно відбуватися в площині схоластики, коли кожний вчений залежно від своїх поглядів буде

¹ **Бурдін Володимир Миколайович**, доктор юридичних наук, професор, Львівський національний університет імені Івана Франка

формулювати власне поняття кримінальної відповідальності, яким і буде послуговуватися у своїх дослідженнях.

Для того, щоб вивести поняття кримінальної відповідальності необхідно, перш за все, виходити з законодавчих реалій та їх аналізу на основі законів формальної логіки, оскільки саме останні показують конкретні правила цієї діяльності (виділення істотних ознак явища і формулювання на цій основі змісту відповідного поняття). Щоб визначити ці загальні та істотні ознаки, які і будуть визначати зміст поняття кримінальної відповідальності, необхідно спершу визначити конкретні форми прояву в реальній правовій дійсності того явища, яке ми називаємо кримінальною відповідальністю, які можливі згідно КК, а згодом виокремити в них спільні істотні ознаки, які притаманні всім цим формам. Саме такий підхід до визначення поняття кримінальної відповідальності буде відповідати законам формальної логіки.

Не заглиблюючись в законодавчу казуїстику з видами форм кримінальної відповідальності, думаю, що загальною та істотною для всіх її можливих форм є осуд злочинця від імені держави за вчинений ним злочин, оформлений обвинувальним вироком суду. Всі інші ознаки, які властиві окремим формам кримінальної відповідальності, не є загальними, а, отже, не можуть входити і в зміст родового поняття. Таким чином, можна стверджувати, що під кримінальною відповідальністю необхідно розуміти виражений в обвинувальному вирокі суду осуд особи від імені держави, за вчинення нею злочину. Вказане твердження не виключає існування різноманітних форм кримінальної відповідальності, які можуть мати місце в межах і на основі осуду. Всі інші форми кримінальної відповідальності повинні розглядатися як видові поняття по відношенню до родового поняття кримінальної відповідальності. Таким чином, можна стверджувати, що кримінальна відповідальність безпосередньо і нерозривно пов'язана з набранням законної сили обвинувальним вирокі суду, яким особа визнається винною у вчиненні злочину і засуджується від імені держави за його вчинення.

Звісно, що більшість форм кримінальної відповідальності пов'язані із застосуванням до засудженого додаткових заходів кримінально-правового характеру, які спрямовані на обмеження прав і свобод засудженого, зокрема, покарання, примусових заходів виховного характеру тощо. Разом з тим, в ч. 4 ст. 74 КК передбачено кримінальну відповідальність у так званому чистому виді, коли до засудженого, крім осуду, жодних додаткових заходів кримінально-правового характеру не застосовується. Так, зокрема, в ч. 4 ст. 74 КК вказується, що особа, яка вчинила злочин невеликої або середньої тяжкості, крім корупційних злочинів, може

бути за вироком суду звільнена від покарання, якщо буде визнано, що з урахуванням бездоганної поведінки і сумлінного ставлення до праці цю особу на час розгляду справи в суді не можна вважати суспільно небезпечною. Аналогічний по своїй суті прояв кримінальної відповідальності передбачений і в ч. 5 ст. 74 КК, коли йдеться про звільнення від покарання особу, щодо якої сплили строки давності притягання до кримінальної відповідальності за вчинений нею злочин, але вона заперечувала можливість свого звільнення від кримінальної відповідальності на підставі ст. 49 КК. В цьому випадку також щодо особи, яка вчинила злочин, виноситься обвинувальний вирок суду без жодних додаткових заходів кримінально-правового характеру.

З урахуванням такого підходу до розуміння суті кримінальної відповідальності хочу звернути увагу на тому, що використання в науці кримінального права окремих традиційних термінологічних зворотів потребує певного уточнення. Мова йде, зокрема, про часто використовуване і в теорії кримінального права, і в назвах окремих законів, якими вносяться зміни до кримінального кодексу, формулювання "гуманізація кримінальної відповідальності". Якщо погодитися з запропонованим поняттям кримінальної відповідальності, то сама по собі постановка питання про гуманізацію кримінальної відповідальності є дещо дивною. Адже як можна гуманізувати осуд злочинця? Напевно, тільки якщо зобов'язати суддю не дуже голосно зачитувати обвинувальний вирок, щоб завий раз не налякати засудженого і в такий спосіб запобігти його фізичним стражданням та приниженню його гідності. Думаю, що більш точно було би говорити про гуманізацію окремих форм реалізації кримінальної відповідальності, зокрема покарання. Так чи інакше, але однозначно можна стверджувати, що існування в кримінальному праві інституту звільнення від кримінальної відповідальності не можна розглядати як прояв гуманізації кримінальної відповідальності, крім того, на мою думку, і до принципу гуманізму в цілому цей інституту не має відношення.

Очевидно, що поняття звільнення від кримінальної відповідальності можна сформулювати лише за умови визначення поняття кримінальної відповідальності. Враховуючи запропонований підхід до суті кримінальної відповідальності поняття звільнення від кримінальної відповідальності можна сформулювати як відмову держави від осуду (осудження) особи, яка вчинила злочин, а також від застосування до неї на основі такого осуду заходів кримінально-правового характеру, які входять до змісту окремих форм кримінальної відповідальності. І в цьому контексті хотів би привернути увагу до однієї проблеми, яка

одразу підводить нас до висновку не тільки про феномен для кримінального права такого явища як звільнення від кримінальної відповідальності, але й його негативні наслідки. Так, очевидним є факт того, що звільнення від кримінальної відповідальності потрібно відмежовувати від тих випадків, коли особа не підлягає кримінальній відповідальності. Звільнити від кримінальної відповідальності можна лише ту особу, у діянні якої є склад злочину, тобто ту, яка формально підлягає кримінальній відповідальності. Очевидно, що в такому випадку перед вирішенням питання про звільнення необхідно довести вину особи. На сьогодні відповідно до вимог кримінального процесуального законодавства, а також Конституції України вина особи встановлюється виключно обвинувальним вироком суду. І в цьому відношенні ми маємо явну колізію, коли для звільнення від кримінальної відповідальності, яке очевидно повинно мати місце до обвинувального вироку суду, фактично запроваджується презумпція вини особи, яка погоджується на застосування звільнення щодо неї. На перший погляд, це лише процесуальна проблема, яка може бути вирішена шляхом внесення змін, спрямованих на розширення переліку процесуальних документів, якими суд може визнати особу винуватою у вчиненні злочину. Разом з тим, це не зовсім так. Справа в тому, що жодний процесуальний документ як би він не називався не може приховати того факту, що визнання особи винуватою у вчиненні злочину вже є актом її осудження від імені держави за вчинення нею злочину, а, отже, і кримінальною відповідальністю такої особи.

Наявність інституту звільнення від кримінальної відповідальності однозначно деформує не тільки загальні цілі будь-якої форми кримінальної відповідальності, але й загальні завдання кримінального закону – забезпечення загальної та спеціальної превенції. Особа, яка вчинила злочин, і якій цей злочин простили навіть без публічного осуду в обвинувальному вироку суду, очевидно буде переконана у своїй безкарності і в майбутньому. Мабуть, немає потреби говорити про особливий негативний ефект від такого звільнення щодо неповнолітніх злочинців, які при формуванні наступних моделей своєї поведінки у суспільстві не будуть відчувати ні страху, ні поваги до кримінального закону. Звісно, що і пересічні громадяни, які будуть знати про безкарність злочинця, також не відчуватимуть страху перед можливою відповідальністю за вчинення злочину, сподіваючись на можливість і їх прощення у випадку вчинення злочину.

Звільнення від кримінальної відповідальності, на мій погляд, деформує і діяльність правоохоронної системи. Адже який сенс витра-

чати сили та ресурси для пошуку злочинця і доведення його вини по тих категоріях злочинів, де можливе звільнення від кримінальної відповідальності? Для чого оперативним працівникам ганятися за злочинцем, якщо все одно його потрібно буде відпустити? Неодноразово у розмовах з практичними працівниками правоохоронних органів можна почути нарікання – ми ловимо, а вони (суди) відпускають.

Крім того, не зайвим буде нагадати, що існування інституту звільнення від кримінальної відповідальності суперечить принципу невідворотності кримінальної відповідальності, існування якого на сьогодні поки що ніхто не заперечує. Як можливий варіант вирішення вказаних проблем можна було би запропонувати, на перший погляд, досить радикальне рішення – відмовитися від інституту звільнення від кримінальної відповідальності, натомість замінити його звільненням від покарання (розширити види звільнення від покарання за рахунок підстав, які на сьогодні дають можливість для звільнення від відповідальності). Водночас думаю, що саме таке рішення могло би бути оптимальним. Адже, з одного боку, будь-яка особа, яка вчинила злочин, все одно би визнавалася винуватою у вчиненні злочину і зазнавала кримінальної відповідальності – засуджувалася би обвинувальним вироком суду, незалежно від різного роду обставин, в тому числі і часу, який пройшов від дня вчинення злочину. І в цьому випадку не було би порушено принципу невідворотності кримінальної відповідальності. З другого боку, при збереженні всіх підстав для звільнення від покарання, які на сьогодні даються підстави для звільнення від кримінальної відповідальності, особа все одно отримувала би своєрідний “привілейований” режим кримінальної відповідальності, який обмежувався би лише фактом її осудження. Іншими словами на тих самих підставах, що на сьогодні дають право на звільнення від кримінальної відповідальності, цілком можливо передбачити окремі види звільнення від покарання.

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ОКРЕМІ КОРУПЦІЙНІ ЗЛОЧИНИ: СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ ¹

Нами вже згадувалося у попередніх публікаціях, що Кримінальний кодекс України згідно із Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» [1] було доповнено низкою нових статей, а до ряду вже існуючих на той період часу внесено зміни та доповнення. Серед загального переліку таких новацій варто виділити найбільш дискусійні дві норми КК України, зокрема це статті 365² та 368².

Першою з них встановлено кримінальну відповідальність за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги. Цей злочин належить до корупційних злочинів і саме в цьому проявляється його особлива суспільна небезпека. При цьому, окремі дослідники ведуть мову про криміналізаційну надмірність у цьому випадку.

Варто погодитися із тезою про те, що корупційна діяльність залишає погані наслідки на державотворенні. Недосконалість існуючої системи антикорупційних органів, а також відсутність чіткої державної антикорупційної політики та державних органів, відповідальних за її реалізацію, відзначає Н.В. Кимлик, є одним із найважливіших чинників складної ситуації з корупцією в Україні. Особливе місце в протидії цьому негативному явищу посідає розслідування корупційних злочинів, їх методика і тактика [2, с.142]. Тому й виокремлення законодавцем зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги в окремий склад злочину було на часі.

До вказаного часу окремі суб'єкти, що на сьогодні перелічені у частині першій цієї статті КК, теж підлягали кримінальній відповідальності за злочини у сфері службової діяльності без виокремлення законодавцем самостійного складу злочину із переліком спеціальних суб'єктів у структурі такої норми.

Але науковці й практики не є одностайними у підтримці таких законодавчих новацій. Окремі з них є досить категоричними у доцільності існування такої окремої норми в Особливій частині КК.

Також побутує думка, з якою ми частково згодні, що аномальними були ті законодавчі зміни, коли одна і та ж особа визнавалася службовою особою, коли йшлося про злочини, передбачені, одними статтями КК та не

¹ **Косаяк Світлана Степанівна**, аспірант кафедри кримінального права та процесу, Львівський торговельно-економічний університет.

«була нею» у випадках, передбачених іншими статтями КК [3, 4]. Частково ця ситуація на сьогоднішній день вирішена, але окремі колізії ще наявні.

Неможливо заперечити аксіому, що розділом XVII КК «Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг» сфера його дії окреслена з одного боку досить вузько, а з другого – саме поняття публічної послуги не має чіткого усталеного визначення, тому суб'єкти злочинів відповідних статей Кримінального кодексу потребують уточнення [5, с.32]. Таке застереження, в першу чергу, стосується аналізованого нами складу злочину – зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги та й інших, критикованих у юридичній літературі складів злочинів [6, с.807-812], які включені до вказаного розділу КК.

Другий склад злочину – незаконне збагачення (стаття 368² КК). Тривалий період часу він зазнавав критики через неправильну конструкцію самої норми тощо, як вважали окремі дослідники [7], інші ж науковці були не такими критичними до існуючого стану справ у цій царині, хоча і висловлювали власні міркування щодо удосконалення нормативно-правової бази [8, 9].

Варто відмітити, що починаючи з квітня 2011 року ця стаття КК України зазнавала змін, зокрема згідно із Законами № 221-VII від 18.04.2013, № 222-VII від 18.04.2013, № 1698-VII від 14.10.2014, № 198-VIII від 12.02.2015, № 770-VIII від 10.11.2015.

На сьогоднішній день, відповідно до рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 2019 року [10] визнано неконституційною статтю 368² КК України, що передбачає притягнення до кримінальної відповідальності посадовців за незаконне збагачення, яка втрачає чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України цього рішення. Рішення Конституційного Суду є обов'язковим, остаточним і таким, що не підлягає оскарженню [11, 12].

Вирішуючи цю справу, Конституційний Суд України виходив із того, що законодавче визначення ознак такого злочину, як незаконне збагачення, у статті 368² Кодексу не відповідає принципу юридичної визначеності [10].

У інформації відділу комунікацій Конституційного Суду України та правового моніторингу вказується, що поєднання в диспозиції статті 368² КК матеріальних та процесуальних приписів є неприйнятним та неприпустимим з огляду на те, що регламентація процесу доказування в кримінальному провадженні належить виключно до сфери кримінального процесуального законодавства. Процесуальні юридичні приписи (підтвердження чи непідтвердження доказами, доведеність

чи недоведеність певного факту) не можуть бути складовою юридичної норми, яка передбачає кримінальну відповідальність, оскільки вони пов'язані не з діянням суб'єкта злочину, а з процесуальною діяльністю посадових осіб уповноважених державних органів. Конституційний Суд України вважає, що вимога «раціонального пояснення» чи «раціонального обґрунтування» невідповідності між вартістю активів, набутих у власність особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та задекларованими нею законними доходами може бути встановлена законом як вимога підтвердження добросовісності посадової особи та як превентивний засіб у боротьбі з корупцією. Однак, з огляду на положення статті 62 Конституції України, така вимога не може встановлюватися законом як обов'язок особи доводити свою невинуватість у вчиненні злочину та надавати докази в межах кримінального провадження. Разом з тим, обов'язок доведення вини посадової особи у вчиненні такого злочину, як незаконне збагачення, має покладатися законом лише на державні органи, уповноважені процесуальним законом [11].

До вказаного рішення КСУ написано низку окремих думок, серед яких можна виділити розбіжну думку судді Сергія Головатого [13] та окрему думку судді Колісника В.П. [14].

У інформаційному просторі та на шпальтах юридичної літератури шириться значна кількість критичних поглядів щодо аргументів на користь скасування кримінальної відповідальності за незаконне збагачення [15, 16, 17].

На завершення варто відзначити, що корупційні злочини становлять загрозу економічному росту та й розвитку загалом будь-якої країни, зокрема й України в тому числі, тому належна криміналізація таких діянь, а також розробка методики їх розслідування є нагальним спільним завданням для законодавця, науковців і практичних працівників.

Список використаних джерел:

1. Закон України № 3207-VI від 07.04.2011. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення». URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3207-17>
2. Кимлик Н. В. Тактичні прийоми розслідування злочинних корупційних діянь за новим КПК України / Європейські перспективи. № 4 ч.1, 2012. С.142-146.
3. Сисоєв Д.О. Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організацій-

- но-правової форми: історія криміналізації в Україні URL: <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/47395/%D1>
4. Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України щодо проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо відповідальності за корупційні правопорушення» реєстр. №212-д. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=30762&pf35401=111535>.
 5. Костенко Б. О. Імплементация европейских стандартів запобігання та боротьби з корупцією в національне законодавство: навч.-метод. матеріали / Б. О. Костенко, А. В. Кухарук ; уклад. Т. А. Саченко. К.: НАДУ, 2013. 60 с.
 6. Михайленко Д.Г. Місце норми про незаконне збагачення у механізмі кримінально-правової протидії корупційним злочинам / Молодий вчений. – № 2 (17) лютий, 2015. – С. 807-812.
 7. Михайленко Д. Г. Концепція кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні: дис. на здобуття наукового ступеня д.ю.н., спец. 12.00.08. Одеса: Національний Університет «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ». Наук. конс. В. О. Туляков. 2018. 505 с. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/9929?show=full>
 8. Ясінь І. М. Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення за законодавством України: дис. на здобуття наукового ступеня к.ю.н., спец. 12.00.08. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ. Наук. кер. Л. П. Брич. 2018. 236 с. URL: http://www2.lvduvs.edu.ua/documents_pdf/naukova%20diyalnist/dorobok_zdobuvachiv/yasin_d.pdf
 9. Денег О.П. Кримінально-правова кваліфікація незаконного збагачення: дис. на здобуття наукового ступеня к.ю.н., спец. 12.00.08. Київ: Національна академія прокуратури України. Наук. кер. В. І. Осадчий. 2015. 194с. URL: https://ap.gr.gov.ua/userfiles/file/Academia2016/Denega_diser.pdf
 10. Рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019 у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України. Справа № 1-135/2018(5846/17). URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/2627>
 11. «Протидія корупції має здійснюватися виключно правовими засобами з дотриманням конституційних принципів», - Рішення КСУ (відділ комунікацій Конституційного Суду України та правового моніторингу). URL: <http://www.ccu.gov.ua/novyna/protydiyakorupciyi-maye-zdiysnyvatysya-vyklyuchno-pravovymy-zasobamy-zdotrymannyam?fbclid=IwAR0q3Kzq75AC0k9oBeV2LNQ5JcMHFd5J98CKmkMB0m0-aeoKPeqg15Vmc>

12. Рішення КСУ щодо «Незаконного збагачення» є остаточним і оскарженню не підлягає. URL: <https://www.5.ua/polityka/nezakonnezbahachennia-rishennia-ksu-ie-ostatochnym-i-oskarzhenniui-nepidlihaie-187504.html>
13. Розбіжна думка судді Сергія Головатого у справі № 1-135/2018(5846/17) (Рішення КСУ від 26 лютого 2019 року №1-р/2019). URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/2627>
14. Окрема думка судді Колісника В.П. стосовно Рішення КСУ № 1-р/2019URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/2627>
15. НАБУ: скасування статті про незаконне збагачення є кроком назад URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/news-nabu-nezakonnezbagachennya/29794409.html>;
16. Скасування статті про незаконне збагачення є кроком назад у боротьбі з корупцією - посол США. 5.03.2019. URL: <https://tyzhden.ua/News/227417>
17. Незаконне збагачення: навіщо скасували статтю і чи заберуть безвіз. 5.03.2019. URL: <https://fakty.com.ua/ua/ukraine/20190305-nezakonnezbagachennya-navishho-skasuvaly-stattyu-i-chy-zaberut-bezviz/>

МІСЦЕ КРИМІНОЛОГІЧНОГО ПРОФАЙЛІНГУ В ПРОЦЕСІ ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИННОСТІ ¹

Застосування психологічних знань про особистість і поведінку осіб, які вчиняють злочини, дуже актуальним сьогодні. Дослідження вітчизняних та зарубіжних вчених дозволили виділити новий напрямок в психологічному забезпеченні професійної діяльності правоохоронних та правозастосовних органів. Мова йде про сукупність психологічних методів і методик оцінки та прогнозування поведінки людини на основі аналізу найбільш інформативних приватних ознак, характеристик зовнішності, невербального і вербального поведінки, так названого профайлінгу².

У кримінології профайлінг – це інтегральна методика запобігання злочинам через виокремлення характерних рис осіб, які вчинили злочин або готуються його вчинити, на основі психологічних, криміноло-

¹ **Нестерова Ірина Анатоліївна**, кандидат юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри кримінального права та процесу, УжНУ.

² Анфиногенов А. И. (2002). Психологическое портретирование неустановленного преступника. М. С.62.

гічних, криміналістичних і соціологічних знань¹. В основі кримінологічного профайлінгу лежать антропологічні і бігевіористські концепції причин злочинної поведінки. Відповідно джерелами профілювання є дослідження кримінологів, психіатрів, кримінальних психологів.

Вперше у 20-ті роки ХХ ст. Г. Гросс вперше обґрунтував сутність профайлінгу, як можливість розуміння особистості злочинця через вчинений ним злочин². Ми погоджуємося з дослідницею С.Г. Дзиконською, яка пропонує наступну систематизацію кримінологічного профайлінгу:

1. Профілактичний – зводиться до встановлення та кримінологічного аналізу інформації щодо осіб з метою ранньої профілактики їх злочинної поведінки;

- страховий профайлінг як допомога страховим компаніям у виявленні шахрайських дій під час оформлення страхування;
- профайлінг на транспорті виявляє пасажирів, які здатні вчинити дебош, які ховають під одягом зброю та ін. (особливо виокремлюється авіаційний профайлінг);
- готельний профайлінг, який направлений на профілактику злочинів;

2. Прогностичний (профільне моделювання) – це оцінка мотиваційно-диспозиційної сторони особистості та прогнозування поведінки особи на підставі аналізу найбільш інформативних особистісних ознак³;

3. Типологічний – віднесення особи за рядом невербальних ознак до безпечного або небезпечного типу в залежності від соціального оточення і контексту розслідування;

4. Оперативно-розшуковий - складання пошукового психологічного портрета (профілю) невідомої особи за слідами на місці вчинення злочину;

5. Судово-слідчий профайлінг:

- неінструментальна детекція брехні - оцінка достовірності інформації, що повідомляється людиною по її невербальній поведінці;

¹ Подільчак О.М.(2017) Кримінологічний профайлінг-реалізація вчення про особу злочинця. Право і суспільство. № 4. Частина 2. С.154.

² Gross. H.(1924). Criminal Investigation. L.

³ Черкасова Е.С.(2013). Психологический портрет лица, совершившего насильственное преступление профайлинг как современное направление психологической науки. URL :http://www.rusnauka.com/26_WP_2013/Psihologia/7_144300.doc.htm.

– тактичний - побудова слідчої стратегії на підставі побудованого профілю особистості;

6. Виктимологічний профайлинг - це складання портрету жертви, або потенційної жертви¹.

Кримінологічне профілювання передбачає опрацювання матеріалів кримінального провадження та інтерпретування доказів. Результатом роботи профайлера є складання кримінального профілю – юридично значущого документу, у якому описано особистість і поведінку злочинця та жертви в контексті вчиненого злочину або серії злочинів. Зрозуміти, чому злочинець вбиває, - означає знайти шлях до розкриття злочину.

Звідси і назва професії «профайлер» - людина, який відтворює психологічний образ вбивці. Треба відзначити, що професія профайлера є однією з найбільш складних в процесі розкриття насильницьких злочинів, але в той же час цікавою та захоплюючою. Недарма профайлерів називають «елітою» слідства. Це професіонали, які поєднують у роботі навички слідчого і психолога. У всьому світі дуже популярні телевізійні шоу та фільми, які присвячені відстеженню та затриманню злочинців за допомогою профайлерів (наприклад, шоу «The Profiler», культові фільми «Мислити як злочинець», «Мовчання ягнят», «Червоний дракон» та ін.). Головні герої цих фільмів мають цілком реальних прототипів. Одним з них був Джон Дуглас, професор Національної академії ФБР, засновник відділу бігевіористики - психологічного аналізу поведінки злочинців (фільм «Мовчання ягнят»). Дослідник потягом багатьох років вивчав статистику серійних вбивств в США, спілкувався з засудженими, ви тисячі томів справ сучасних маніяків. Підсумком його роботи стало впровадження психології в практику розкриття злочинів. Д. Дуглас очолив програму досліджень «Особистісно-злочинне профілювання». У 1983 р Джон Дуглас виступив зі звітом про роботу програми. Визнавши її ефективною, керівництво ФБР в 1984 р організувало при Академії ФБР Національний центр вивчення насильницьких злочинів. В структурі ФБР діє відділ бігевіористики (Behavioral Science Unit). Основна мета відділу - аналіз доказів і складання психологічного портрета злочинців, які роблять серію вбивств з особливою жорстокістю. Так, в згаданий відділ до слідчих профайлерів ФБР щорічно надходить близько 300 справ. Статистика свідчить, що за допомогою роботи профайлерів вдається розкрити від 60 до 80% кримінальних справ. Важливим фактором подібної успішної діяльності є те, що в 67%

¹ Дзиковская С.Г.(2015).Кримінологічний профайлинг: поняття и види. Актуальные проблемы гуманитарных и естественных наук. N 4. С. 93-95.

випадках створений психологічний портрет співпадає з реальним профілем злочинця¹.

З'явилася єдина національна база даних - ViCAP, де зберігається вся інформація про серійних злочинців. ViCAP (The Violent Criminal Apprehension Program) є однією з допоміжних програм для створення профілю злочинця у США. Програма складається з доступної on-line бази даних для правоохоронних органів, яка дає можливість пов'язати схожі вбивства, сексуальні напади, зниклих безвісті осіб і невпізнані останки людей, які можуть бути розпорошені географічно та вчинені в різний час. Така програма дозволяє слідчим зіставляти інформацію і спрямувати слідчі зусилля на потенційно пов'язані злочини. За даними ФБР, понад 5000 співробітників правоохоронних органів використовували ViCAP².

В даний час кримінологічне профілювання особистості застосовується в контексті функціонування програми затримання насильницьких злочинців, розробленої в 1985 р в ФБР під керівництвом П. Брукса і Р. Ресслер з метою сприяння розкриттю серійних злочинів насильницького характеру³. Найбільш активно профайлінговий підхід у межах розслідування злочинів використовує Федеральне бюро розслідувань США, у складі якого продовжує функціонувати особливий підрозділ – відділ вивчення поведінки. Одним із напрямів діяльності цього підрозділу є консультування з питань пошуку злочинців і складання профілів.⁴ Проблеми профайлінгу вивчає також Академія поведінкового профайлінгу (Academy of Behavioral Profiling). Вона об'єднує профайлерів, які здійснюють приватні розслідування, і має розвинену мережу представництв у країнах Європи.

В Україні немає спеціального підрозділу, аналогічного відділу вивчення поведінки в США (ФБР). Для української правоохоронної діяльності це є досить новим методом кримінологічної експертизи. Треба відмітити, що даний метод на сьогоднішній день не є об'єктом ні одного дисертаційного дослідження в Україні. Деякі науковці відносять його до виключно психологічних, інші – до кримінологічної експерти-

¹ Фролова Е. Профайлеры. URL://<http://samopoznanie.ru/articles/profaylery/>.

² Violent Criminal Apprehension Program. Federal Bureau of Investigation URL: <https://www.fbi.gov/news/stories/violent-criminal-apprehension-program-part-1>

³ Черкасова Е. С.(2013). Профайлинг как метод создания психологического портрета потенциального преступника на этапе организации предварительного расследования. Вестник НГУ, Серия: Право, т.9, выпуск 1. С. 72-75.

⁴ Давидова О.В.(2017). Проблема профайлінгу в переговорах з особами, які захопили заручників. *Юридична психологія*. № 1 (20). С.11-121.

зи. Але треба відзначити, що вітчизняними фахівцями, психологами та кримінологами метод профайлінгу ніколи не заперечувався. Безсумнівно, він має високий потенціал у сфері профілактики, прогнозування злочинної поведінки, побудови тактичних основ слідчих версій, аналізу криміногенної значимої інформації тощо. Так, у квітні 2018 року на базі Національної академії внутрішніх справ в Україні вперше відбувся міжнародний науково-практичний професійний семінар на тему «Основи професійного профайлінгу», де спікером був ізраїльський експерт з профайлінгу і поведінкового аналізу Дар Пелег¹. В ході проведення даного заходу було розглянуті й питання кримінологічного профайлінгу: використання профайлінгу у роботі з підозрюваними (при розслідуваннях у ході допиту, бесіди перед тестуванням на поліграфі); профайлінг у місцях масових скупчень людей з метою виявлення терористів, провокаторів масових заворушень; профайлінг - побудова профілю злочинця.

Отже, ми погоджуємося з думкою дослідниці Подільчак О.М., що міжнародний досвід застосування кримінологічного профайлінгу доводить його ефективність в процесі розслідування злочинів та затримання злочинців. Досвід американських та канадських спеціалістів щодо створення таких програм корисно запозичити Україні, зокрема в межах роботи з ювенальної превенції, боротьби зі злочинами, пов'язаними з торгівлею людьми, кіберполіції.

¹ Дар Пелег, ізраїльський психолог, юрист, поліграфолог, профайлер. Має ступінь магістра психології (в 2014 році закінчив Тель-Авівський університет), з 2015 року є кандидатом в PhD в Тель-Авівському університеті, проводить наукову роботу з вивчення впливу моральних маніпуляцій на психологічні і фізіологічні реакції, а також здатність виявляти брехню, нечесну поведінку у людей. У період з січня 2009 по жовтень 2015 року обіймав різні посади в ізраїльській поліції в підрозділі слідчої психології (стажист, експерт, керівник напрямку поліграфологічних досліджень, начальник відділу). З жовтня 2015 по даний час керівник приватної компанії Psynalitics (Ізраїль), а також з березня 2017 року керівник відділу поліграфологічних досліджень в компанії Midot (Ізраїль).

ШТРАФ ЯК ОСНОВНИЙ ВИД АДМІНІСТРАТИВНОГО СТЯГНЕННЯ В РЕСПУБЛІЦІ БІЛОРУСЬ ТА УКРАЇНІ ¹

Основным административным взысканием, применяемым в Республике Беларусь, является штраф. Почти все статьи КоАП Республики Беларусь предусматривают данный вид взыскания. Сумма наложенного штрафа за административные правонарушения в 2018 году в Республике Беларусь составила 139,2 млн. рублей (около 65,5 млн. долларов).

Штраф является денежным взысканием, размер которого определяется в белорусских рублях исходя из базовой величины, установленной законодательством Республики Беларусь на день вынесения постановления о наложении административного взыскания. Сумма базовой величины пересматривается ежегодно и на сегодняшний день составляет 25,5 рублей (около 12 долларов).

Кроме того, КоАП предусматривает иной вариант, когда штраф определяется в процентном либо кратном отношении к стоимости предмета совершенного административного правонарушения, сумме ущерба, сделки либо к доходу, полученному в результате сделки. Обычно такой порядок применяется при привлечении к ответственности юридических лиц и индивидуальных предпринимателей.

При назначении штрафа, налагаемого на физическое лицо, по законодательству Республики Беларусь виновным в совершении административного правонарушения может быть признано лишь вменяемое физическое лицо, совершившее противоправное деяние умышленно или по неосторожности. Учитывая, что за некоторые составы правонарушений возраст ответственности понижен до четырнадцати лет и если субъект обладает собственным доходом, то количество лиц привлекаемых к данному виду взысканию существенно вырос.

Минимальный размер штрафа, налагаемого на физическое лицо, не может быть менее одной десятой базовой величины. Максимальный размер штрафа, исчисляемого в базовых величинах, налагаемого на физическое лицо – двухсот базовых величин.

При назначении штрафа орган, ведущий административный процесс учитывает наличие смягчающих обстоятельств. В таком случае административные взыскания в виде штрафа налагаются в размере, уменьшенном в два раза, либо в пределах, установленных в санкциях

¹ **Сливко О.Я.**, ст. викладач, кафедра історії та теорії держави і права, Брестський державний університет ім. А.С. Пушкіна, Республіка Білорусь.

статей Особенной части КоАП минимальных и максимальных размеров, уменьшенных в два раза.

Размер штрафов, предусмотренных для индивидуальных предпринимателей и юридических лиц, существенно отличается от физических лиц. При этом будет играть роль объект посягательства и состав конкретного правонарушения.

Ответственность физического лица как индивидуального предпринимателя наступает в случае, если совершенное этим лицом правонарушение связано с осуществляемой им предпринимательской деятельностью и прямо предусмотрено статьей Особенной части КоАП.

Минимальный размер штрафа, налагаемого на индивидуального предпринимателя, не может быть менее двух базовых величин. Максимальный размер штрафа, исчисляемого в базовых величинах, налагаемого на индивидуального предпринимателя, не может превышать пятисот базовых величин.

Минимальный размер штрафа, налагаемого на юридическое лицо – не менее десяти базовых величин, максимальный размер не может превышать тысячи базовых величин.

При применении взыскания в виде штрафа по отношению к юридическому лицу, проблемным, на наш взгляд, остается вопрос о двойной ответственности юридического лица и его должностного лица за совершение одного административного правонарушения. Так, согласно ч.9 ст. 4.8 КоАП наложение административного взыскания на юридическое лицо не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение виновное должностное лицо юридического лица, равно как и привлечение к административной или уголовной ответственности должностного лица юридического лица не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение юридическое лицо. Исходя из приведенной нормы, следует, что, совершив одно административное правонарушение, административной ответственности будут подвержены сразу два субъекта – юридическое лицо и его должностное лицо. Однако деяние, образующее объективную сторону состав административного правонарушения, совершает не само юридическое лицо (оно не может выступать непосредственным исполнителем), а его должностные лица, работники. Тем самым указанная норма нарушает один из основных принципов юридической ответственности – принцип справедливости, который предусматривает недопустимость повторно наказания за одно и то же совершенное правонарушение. Для приведения данной нормы в соответствии с принципом справедливости, было бы целесообразно исключить положения этой нормы из Кодекса.

Кроме того, при наложении штрафа как меры административной ответственности на юридическое лицо возникают иные проблемы, которые проявляются при определении размера штрафа, исчисляемого в процентном либо кратном отношении к стоимости предмета административного правонарушения, сумме ущерба, сделки либо доходу, полученному в результате сделки. Размер штрафа в таких случаях должен не только соответствовать установленным Особенной частью КоАП пределам, но и должны соблюдаться минимальный и максимальный пределы наложения на юридическое лицо штрафа в базовых величинах, что создает для правоприменительных органов некоторые трудности. В связи с этим предлагаем изложить ч. 1 ст. 6.5 КоАП в следующей редакции:

«1. Штраф является денежным взысканием, размер которого определяется в белорусских рублях исходя из базовой величины, установленной законодательством на день вынесения постановления о наложении административного взыскания».

А также исключить ч. 4 ст. 6.5 КоАП, определяющую максимальный размер штрафа, исчисляемого в процентном либо кратном отношении к стоимости предмета административного правонарушения, сумме ущерба, сделки либо доходу, полученному в результате сделки. Кроме того, статьи Особенной части КоАП привести в соответствие с нормами Общей части КоАП, определяющими размер штрафа лишь в базовых величинах.

Срок исполнения административного взыскания в виде штрафа разный и зависит как от субъектного состава, в отношении которого вынесено постановление, так и от того, реализовано ли право лица на обжалование постановления или нет. Действующее законодательство предусматривает и возможность изменения сроков уплаты штрафа. Кроме того, на основании ходатайства лица, привлеченного к ответственности, а также по инициативе органа (должностного лица), вынесшего постановление, может быть предоставлена отсрочка или рассрочка исполнения постановления.

Если в добровольном порядке штраф не уплачен, то к правонарушителю применяются меры принудительного взыскания. Законодательством Республики Беларусь также предусматривается взыскивание штрафа на месте. Постановление о наложении штрафа, взимаемого на месте совершения проступка, подлежит исполнению с момента его взыскания.

Как и в Республике Беларусь, штраф в Украине является основным видом административного взыскания.

В соответствии с Кодексом Украины об административных правонарушениях штраф является денежным взысканием, налагаемым на граждан, должностных и юридических лиц за административные правонарушения в случаях и размере, установленных КУоАП и другими законами Украины.

Размеры штрафов исчисляются исходя из суммы необлагаемого налогом минимума доходов граждан. В настоящее время его сумма составляет 17 гривен (около 0,6 долларов), которые учитываются при начислении штрафов.

Штраф применяется как в отношении физических лиц, так и юридических лиц. В последнем случае ответственность юридического лица может распространяться только на должностное лицо; только на юридическое лицо (без привлечения должностного лица); на юридическое лицо и должностное лицо одновременно. И в этом случае нам снова видится нарушение принципа справедливости при привлечении за одно правонарушение двух субъектов – юридическое лицо и его должностное лицо.

Отдельным субъектом выделены должностные лица и взыскания в виде штрафа в отношении этих субъектов выше, чем в отношении остальных физических лиц. Это конечно связано с выполнением специальных полномочий и особым правовым статусом.

В отличие от Республики Беларусь, Кодекс Украины об административных правонарушениях прямо не выделяет в качестве субъекта административной ответственности индивидуального предпринимателя. Однако, отдельные статьи закрепляют ответственность граждан - субъектов предпринимательской деятельности (например, ст. 82 КУоАП).

Еще одно существенное отличие административного законодательства двух стран – это наложение штрафа за правонарушения в сфере обеспечения безопасности дорожного движения. Так в Республике Беларусь отсутствует такая мера взыскания как штрафные баллы за нарушение правил дорожного движения, зафиксированных в автоматическом режиме. В этом случае действует упрощенный порядок административного процесса, когда протокол об административном правонарушении не составляется, а гражданину сразу направляется постановление об административном взыскании. При наложении штрафа будет применяться нижний предел штрафа, предусмотренный конкретной статьей КоАП Республики Беларусь.

Если сравнивать суммы штрафов, применяемые к физическим лицам за совершение схожих административных правонарушений, то в качестве примера можно взять ст. 10.5 КоАП Республики Беларусь

«Мелкое хищение» и ст. 51 КУоАП «Мелкое хищение чужого имущества». Санкция ч. 1 ст. 10.5 КоАП Республики Беларусь предусматривает штраф от двух до тридцати базовых величин (от 23,5 до 360 долларов). Статья 51 КУоАП за мелкое хищение чужого имущества – от десяти до тридцати необлагаемых налогом минимумов доходов граждан (от 6 до 19 долларов). И здесь явно прослеживается тенденция к установлению более суровой санкции в белорусском законодательстве.

Несмотря на сходства и различия в применении такого вида взыскания как штраф в Республике Беларусь и Украине, определенные нормы следовало бы позаимствовать законодателям двух стран. Так, несомненно, заслуживает внимания положение о штрафных баллах и практика применения этого вида взыскания в Украине. На сегодняшний день нормы о применении штрафа как основного вида административного взыскания имеет ряд недоработок, которые требуют дальнейшего совершенствования законодательства об административных правонарушениях.

ЗАКОНОДАВЧІ МЕХАНІЗМИ ПРОТИДІЇ НАРКОЗЛОЧИННОСТІ В УКРАЇНІ ¹

Проблема протидії наркозлочинності є однією з найгостріших соціальних і правових проблем України на початку XXI століття. За даними кримінальної статистики, питома вага наркозлочинів протягом останніх п'яти років коливається у межах 13,4-15,4% від загальної кількості злочинів. Органами Національної поліції зареєстровано понад 14 тис. злочинів, вчинених наркоманами, та зареєстровано майже 170 тис. споживачів наркотиків. А за результатами досліджень Українського медичного та моніторингового центру з алкоголю та наркотиків Міністерства охорони здоров'я України, наркотики вживають від 324 тис. до 424,7 тис. осіб. За останні десять років кількість смертей серед осіб, які перебували на наркологічному обліку, зросла більш ніж у 3 рази, у тому числі від передозування - майже в 4 рази. Загрозливих розмірів набули поширеність розладів психіки та поведінки внаслідок вживання наркотичних речовин (174,7 на 100 тис. населення), а також психічні захворювання (11,5 на 100 тис. населення).

¹ **Ступник Ярослав Валерійович**, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри кримінального права, УжНУ

Факторами, що визначають особливу актуальність проблеми протидії наркозлочинності у прив'язці до умов життя в сучасній Україні, крім зазначених вище, є: судово-правова реформа в країні, що активізувалася протягом останніх двох років; адміністративно-управлінська реформа, одним з результатів якої стало реформування правоохоронних органів, що ведуть боротьбу з наркозлочинністю, оптимізація їх діяльності на всіх рівнях; полісуб'єктність сфери протидії наркозлочинності та багатопрофільність її завдань.

Неврегульованість багатьох правових питань функціонування системи протидії наркозлочинності, нагальна потреба у формуванні ефективної моделі координації дій правоохоронних та інших органів влади, що беруть участь у цій справі; відсутність монографічних досліджень і єдності наукових поглядів на порушену проблематику - все це зробило тему даної статті актуальною як у науковому, так і в практичному відношенні. Її метою є функціональний аналіз правових засад протидії наркозлочинності в Україні в сучасних умовах.

У нашій країні наркоманія як хвороба (соціально-медичний напрямок) і кримінальний наркотизм (соціально-правовий) вивчалися головним чином або медиками, або юристами. Проте, пізнати багатогранне соціально-небезпечне явище – наркозлочинність – можливо лише за умови вивчення всіх властивостей, проявів, характеристик, тенденцій розвитку, причин видозмін, негативних наслідків. Процес цей тривалий і, на жаль, практично нескінченний, тому що позитивні дії в боротьбі з наркозлочинністю компенсуються відповідною реакцією з боку наркобізнесу.

Кримінально-правова політика держави у сфері боротьби з наркозлочинністю за всіх часів характеризувалася певною циклічністю, непослідовністю і відсутністю кримінологічного прогнозу, що забезпечує системність ухвалення рішення і здійснення продуманої антинаркотичної діяльності. Різні відомства, покликані робити ту саму справу профілактики і боротьби з поширенням наркотиків, не завжди могли зрозуміти і оцінити власну роль, домовитися один з одним, погодити свої дії, і тим більше виробити єдину політику протидії наркозлочинності.

Однією з віх організації впливу на наркоситуацію в Україні в рамках реалізованої кримінальної політики, став запропонований фахівцями Закон України «Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори», ухвалений у 1995 році.¹

¹ Закон України «Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори». Відомості Верховної Ради України. 1995. № 10. Ст. 60.

Оцінюючи ефективність цього акту через 20 років його дії (нова редакція у 2008 році) відзначимо, що в складній ситуації в країні він лише декларативно заборонив споживання наркотичних засобів і психотропних речовин без призначення лікаря. Проте, починаючи від нього, суспільство стало повільно повертатися до втраченого розуміння необхідності масового практичного контролю за самої незначної, з точки зору боротьби з наркобізнесом, і самої головної, з точки зору ефективної профілактики наркоманії, стадії незаконного обігу наркотиків, їхнього вживання без призначення лікаря (ст. 6).

Логічним результатом цих пошуків стало ухвалення Закону України «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними».¹ Цим законом зокрема було встановлено: систему суб'єктів протидії; систему спеціальних заходів протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів; систему спеціальних заходів протидії незаконному вживанню наркотичних засобів або психотропних речовин; порядок організації та здійснення координації діяльності у сфері протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів.

Відповідно до ст. 16 цього закону примусові заходи медичного характеру за рішенням суду призначаються хворим на наркоманію, що перебуває під медичним спостереженням і продовжує споживати наркотичні засоби або психотропні речовини без призначення лікаря або ухиляється від лікування, а також особам, засудженим за вчинення злочинів і потребують лікування від наркоманії.

Цей закон визначив підходи і порядок лікування наркоманів, що повинно було проводитися в державних установах. Приватним лікарям і клінікам дозволялося тільки здійснювати реабілітаційну діяльність, і то при наявності відповідної ліцензії. Цією лазівкою в законі успішно стали користуватися багато діячів, що активно впроваджують в життя комерційну медицину, які під видом реабілітації безпосередньо займалися лікуванням хворих наркоманів, а вірніше сказати - заробляли гроші. Для них власні фінансові інтереси були вище всіх клятв Гіппократа і моральних цінностей, на яких колись базується медицина.

Наприкінці 1990-х рр. з'явилась велика кількість приватних клінік, які пропонували наркоманам різні підходи по зняттю фізичної залеж-

¹ Закон України «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними». Відомості Верховної Ради України. 1995. № 10. Ст. 62.

ності, виведенню зі стану наркотичного сп'яніння, полегшенню абстиненції тощо.

В останні два десятиліття в антинаркотичну кримінальну політику держави стали активно втручатися закордонні фахівці, що здійснюють у своїх країнах профілактику, лікування і реабілітацію наркоманів і бажають поділитися своїми досягненнями в цій області. Безумовно, огульно заперечувати наявний міжнародний досвід було б не зовсім правильно. Але проблема в тому, що під прикриттям благих намірів на наш ринок медичних послуг стали просуватися добре фінансовані західними інвесторами програми, у тому числі й представниками наркобізнесу, які прагнули вписатися в українську дійсність і створити свою нішу для витягування доходів шляхом залучення нових осіб у наркоманію.

Часом буває надзвичайно важко зрозуміти щирі інтереси благодійників, що, наприклад, пропонують безкоштовно роздавати шприци і безкорисливо надавати допомогу наркоманам. А коли процес заходить занадто далеко, то складно порахувати всі очевидні й завуальовані збитки і багатогранність заподіяної шкоди від «ведмежої послуги» наркоманам.

Сьогодні немає всебічного аналізу і глибокого вивчення за єдиною методикою ефективності всіх програм лікування і надання різноманітної допомоги особам, що страждають від наркотиків, впроваджених в Україні практично в усіх регіонах. Здається, знадобиться ще чимало часу, а головне, політичної волі влади, щоб на професійному рівні оцінити весь спектр користі й шкоди від закордонних програм профілактики наркоманії й надання допомоги споживачам наркотиків, розрахованих у першу чергу на молодь. Реалізація подібних, далеко неоднозначних програм, які оголошувалися антинаркотичними, але по суті не були такими, була успішною тому, що в ті часи в Україні збіглося відразу кілька факторів.

По-перше, у країні різко погіршувалася наркоситуація, відбувався ріст наркотизації населення, збільшувалося кількість споживачів і хворих на наркоманію, що потребували допомоги.

По-друге, з'явилися небайдужі люди, які були готові вести роботу із профілактики наркоманії серед неповнолітніх і молоді, але крім бажання потрібні були гроші, яких у них не було. Держава теж у той період не виділяла достатньо коштів на протидію поширенню наркотиків. Західні інвестори пропонували профінансувати не тільки безпосередні антинаркотичні програми, але й поїздки за рубіж керівників для навчання, демонстрації їхньої роботи, а то і просто відпочинку.

По-третє, багатьом громадським структурам вдавалося офіційно зареєструватися як громадським організаціям, що займаються профі-

лактикою наркоманії, і тепер вони вже на «законних» підставах з демонстрацією статутних документів проникали в молодіжну аудиторію в школах, коледжах, вузах, щоб реалізовувати свої приховані задуми. Таким шляхом в Україні почали впроваджуватися деструктивні тоталітарні секти, які на тлі наркоманії втягували молодь у фізичну та психічну залежність, позбавляючи майбутнього.

По-четверте, особлива соціально-політична обстановка також зіграла свою роль, тому що вона була сприятливою для здійснення діяльності всякого роду громадськими структурами. Адже в суспільстві тільки зароджувалася демократія, влада проголосила девіз «що не заборонено законом, то дозволено», і в таких умовах важко було зважитися висунути будь-які претензії, щоб не одержати ярлик «придушувач» свобод і демократії.¹

Отже, державна кримінальна політика протидії наркозлочинності повинна повністю відповідати сучасним реаліям. Всі зміни, внесені у кримінальне законодавство, необхідно кримінологічно обґрунтувати, ретельно врахувати виявлені й прогнозовані тенденції наркозлочинності, її структури, нових видів, контингенту злочинців і т.п. Реформи кримінального і кримінологічного законодавства повинні ґрунтуватися на чіткому і ясному розумінні того, яких змін у стані, структурі й динаміці злочинності можна буде домогтися, удосконалюючи відповідні інститути і норми.

Усе законодавство, пов'язане з боротьбою зі злочинністю, що становить єдину систему слід піддати комплексній кримінологічній експертизі (з урахуванням досвіду його практичного застосування та оцінки ефективності). Результати експертизи повинні бути враховані при прийнятті законодавцем названих вище Основ державної політики. У цьому зв'язку очевидним стає той факт, що зараз назріла готра необхідність прийняття базового документа про Основи державної політики протидії злочинності.

¹ Ступник Я.В. Кримінологічний аналіз механізму протидії наркозлочинності: монографія. Харків: Ніка Нова. 2012. С. 68.

СПРОЦЕННЯ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ОКРЕМИХ КАТЕГОРІЙ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВопорушень¹

Завданнями кримінального судочинства є правове забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадсько-громадського порядку та громадської безпеки, довілля, конституційного устрою України від кримінально протиправних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також швидке і повне розслідування кримінальних правопорушень, викриття винних та забезпечення правильного застосування Закону з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності і жоден невинний не був покараний. Відповідно принцип процесуальної економії виявляється невід'ємним фактором, який впливає на формування кримінально-процесуальної форми в бік її спрощення. Спираючись на контекст кримінальної та кримінально-процесуальної політики ідея спрощення відображається у диференціації процесу досудового розслідування кримінального правопорушення за ступенем тяжкості вчиненого кримінально караного діяння. За останні роки питання диференціації процесуальної форми набуло яскраво вираженої правової ознаки. Зокрема, Кримінальним процесуальним кодексом України від 13 квітня 2012 року (далі КПК)², в главі 25 «Особливості досудового розслідування кримінальних проступків» викладено процедуру проведення досудового розслідування щодо кримінальних проступків у формі дізнання. Натомість, до прийняття норм матеріального кримінального права, якими буде врегульовано дефініція кримінального проступку, розслідування будь-якого кримінального правопорушення визначається за єдиною процедурою та здійснюється однією уповноваженою особою – слідчим органом досудового розслідування. За таких умов досудові органи зазнають великого навантаження.

22 листопада 2018 року Верховною Радою України прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій

¹ **Федотова Ганна Валеріївна**, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, начальник науково-організаційного відділу, Державний науково-дослідний інститут МВС України.

² Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квіт. 2012 р. № 4651-ВІ. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9-10, № 11-12, № 13. Ст. 88.

кримінальних правопорушень» (№7279-д), (далі – Закон)¹, який нині направлено на підпис Президенту України. Чинності Закон набере з 1 січня 2020 року та введе в дію положення щодо урегулювання питання кримінальних проступків, наділяючи вказану категорію статусом одного з видів кримінального правопорушення, за яке передбачено кримінальну відповідальність, використовуючи при цьому відокремлюючі критерії – ступінь суспільної небезпеки, вид і міру покарання. Відповідно до положень Закону «кримінальним проступком» є передбачене Кримінальним кодексом діяння (дія чи бездіяльність), за вчинення якого передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі не більше трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або інше покарання, не пов'язане з позбавленням волі. Всього пропонується 126 складів кримінальних проступків. Особливістю кримінальних проступків є те, що вони мають значно менший рівень суспільної небезпеки ніж злочин, тому й покарання за них не пов'язане з позбавленням волі, оскільки цей вид є найсуворішим у загальній системі покарань. Крім того, за готування до вчинення кримінального проступку (на відміну від злочину) особа не притягатиметься до відповідальності. Обраний на сьогодні законодавцем підхід щодо декриміналізації готування кримінальних проступків, на нашу думку, є оптимальним. Про незначну суспільну небезпеку підготовчих діянь або її відсутність, як правило, свідчить і те, що від продовження вчинення таких діянь особа може відмовитися або ж перетворити їх результати навіть на такі, що будуть корисні у подальшому. Крім того, такі діяння надзвичайно важко процесуально довести, що також часто унеможлиблює притягнення особи до кримінальної відповідальності за готування.

Враховуючи ступінь небезпеки проступку і особи, яка підозрюється у ньому, інструменти для розслідування також мають набагато менше обмежувати його права і свободи. Через значно меншу ступінь суспільної небезпеки, обмеження прав підозрюваних застосовуватиметься у виключних випадках. Під час досудового розслідування кримінальних проступків як тимчасовий запобіжний захід обиратиметься затримання особи на підставах та в порядку, визначених Кримінальним кодексом, а також такі запобіжні заходи, як особисте зобов'язання та особиста порука.

¹ Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» (№7279-д) [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63928]

Затримання підозрюваного у вчиненні кримінального проступку на одну добу може бути застосоване у разі, якщо особа перебуває в нетверезому стані і своїми діями створює небезпеку для оточуючих. Затримання особи на 72 години відбуватиметься в тому випадку, якщо порушник у відповідь на вимогу правоохоронця припинити протиправну поведінку чинить опір або ж продовжує вчинення проступку або намагається втекти.

У невідкладних випадках до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань про вчинення кримінального проступку уповноважена особа (дізнавач) має право, якщо випадок невідкладний, оглянути місце події; відібрати пояснення; провести медичне обстеження; отримати висновок спеціаліста і зняти показання технічних приладів та технічних засобів; вилучити знаряддя вчинення проступку, речі і документи, все це є процесуальними джерелами доказів у кримінальних провадженнях про кримінальні проступки.

Встановлено, дізнання кримінальних проступків здійснюватиметься дізнавачами-поліцейськими (понад 90 % злочинів розслідуються Національною поліцією України, це так звані “загальнокримінальні” злочини, при цьому більше 40 % від усіх вчинених становлять крадіжки), уповноваженими особами Служби безпеки, органів, які контролюють додержання податкового законодавства, представниками Державного бюро розслідувань, Державної кримінально-виконавчої служби України та Національного антикорупційного бюро. Слід зазначити, що стосовно суб'єкта, уповноваженого на проведення дізнання поліцейськими, розглядалась кандидатура детектива. Результати експерименту щодо запровадження детективів 20 червня 2018 року було представлено керівництвом Національної поліції разом із КМЄС у Комітеті Верховної Ради з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності (далі – Комітет). З квітня 2018 року підрозділи детективів працювали у кожному обласному управлінні поліції. У кожній з областей вони діяли за п'ятьма напрямками: загальна кримінальна злочинність, внутрішня безпека, наркозлочинність, кібербезпека і торгівля людьми. Проте самі представники поліції говорять про певні складнощі впровадження детективів на територіальному рівні. Тобто в межах експерименту не вдалося повністю відмовитись від роботи оперативних працівників, що залишає детективам можливість звертатися до них із дорученнями. Під час обговорення членами Комітету результатів експерименту не було прийнято жодного рішення. На концептуальному рівні законодавчі зміни щодо запровадження детективів не було підтримано, тому майбутнє існування підрозділів

детективів у поліції залишається під питанням ¹. Після набуття чинності Закону дізнавача, який здійснюватиме дізнання, визначатиме керівник органу дізнання. Дізнавач є самостійною у своїй процесуальній діяльності особою і наділяється повноваженнями слідчого, до його компетенції належить проводити та доручати проведення слідчих (розшукові) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, звертатися за погодженням із прокурором до слідчого судді з клопотаннями про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, приймати процесуальні рішення.

Законом встановлено чіткі строки дізнання кримінальних проступків за скороченою процедурою: протягом сімдесяти двох годин – у разі повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку або затримання особи; протягом двадцяти діб – у разі повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку у випадках, якщо підозрюваний не визнає вину або необхідності проведення додаткових слідчих (розшукових) дій, або вчинення кримінального проступку неповнолітнім; протягом одного місяця – у разі повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального проступку якщо заявлено клопотання про проведення експертизи.

Затримання уповноваженою службовою особою особи, яка вчинила кримінальний проступок здійснюється без ухвали слідчого судді, суду, як ми вже наголошували у виключних випадках, лише за умови, що ця особа: 1) відмовляється виконувати законну вимогу уповноваженої службової особи щодо припинення кримінального проступку або чинить опір; 2) намагається залишити місце вчинення кримінального проступку; 3) під час безпосереднього переслідування після вчинення кримінального проступку не виконує законних вимог уповноваженої службової особи; 4) перебуває у стані алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння та може завдати шкоди собі або оточуючим.

Затримання особи, яка вчинила кримінальний проступок, здійснюється не більш як на три години з моменту фактичного затримання та у разі затримання особи, яка керувала транспортними засобами в стані алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або під впливом лікарських препаратів, що знижують увагу та швидкість реакції з обов'язковим доставленням такої особи до медичного закладу для забезпечення проходження відповідного медичного освідування. Під

¹ Інформаційний бюлетень про реформу органів правопорядку в Україні. Вип. 7: травень-червень 2018 року. — К. : Асоціація УМДПЛ, ЦППР, 2018. — 8 с.

час затримання особі негайно повідомляються підстави затримання, оголошується кримінальне правопорушення, у якому вона підозрюється, а також роз'яснюється її право мати захисника, отримувати медичну допомогу, давати пояснення, показання або не говорити нічого з приводу підозри проти неї, негайно повідомити інших осіб про своє затримання і місце перебування, вимагати перевірку обґрунтованості затримання та інші процесуальні права.

Вилученні речі і документи, що є знаряддям та/або засобом вчинення кримінального проступку чи безпосереднім предметом посягання, виявлені під час затримання, особистого обшуку затриманої особи або огляду речей, зберігаються органом, що їх вилучив, до розгляду провадження про кримінальний проступок по суті в суді.

У виняткових випадках вилучені речі і документи можуть бути повернуті володільцеві до розгляду провадження про кримінальний проступок по суті в суді. Залежно від результатів розгляду вилучені речі та документи у встановленому порядку конфіскують, або повертають володільцеві або знищують.

Вилучені під час обшуку затриманої особи речі і документи, визнаються речовими доказами, про що дізнавачем виноситься відповідна постановка, та приєднуються до матеріалів дізнання.

До особливостей закінчення дізнання належить те, що дізнавач зобов'язаний у найкоротший строк, але не пізніше сімдесяти двох годин з моменту затримання особи, подати прокурору всі зібрані матеріали дізнання разом із повідомленням про підозру, про що невідкладно письмово повідомляє підозрюваного, його захисника, законного представника, потерпілого. У свою чергу прокурор зобов'язаний не пізніше трьох днів після отримання матеріалів дізнання разом з повідомлення про підозру, а в разі затримання особи протягом двадцяти чотирьох годин прийняти рішення про закриття кримінального провадження, а у випадку затримання особи – про негайне звільнення затриманої особи; повернути дізнавачу кримінальне провадження з письмовими вказівками про проведення процесуальних дій з одночасним продовженням строку дізнання до одного місяця та звільнити затриману особу (у разі затримання особи); звернутися до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру або про звільнення від кримінальної відповідальності; направити кримінальне провадження для проведення досудового слідства, у разі встановлення ознак злочину.

Суд, отримавши обвинувальний акт щодо вчинення кримінального проступку, має протягом п'яти днів або в разі затримання підозрю-

ваного у визначені терміни затримання призначити судовий розгляд. Якщо обвинувачений не заперечує встановлені обставини порушення та згоден з розглядом обвинувального акта, суд розглядає обвинувальний акт без розгляду в судовому засіданні за відсутності учасників судового провадження. Тобто людина може відмовитися від участі у суді, водночас механізм такої відмови не передбачений і не визначений: чи присутній при цьому захисник, а також не встановлено форму відмови, яку має скласти обвинувачений, відповідно засади кримінального процесу, – право на справедливий суд; змагальність, яка проявляється у можливості надавати докази; брати участь в розслідуванні; право ознайомлюватися з матеріалами справи, брати участь в усіх процесуальних діях; оскаржувати незаконність дій правоохоронних органів у конкретному випадку, стають для обвинуваченого недоступними.

Законодавець небезпідставно вважає, що спрощений порядок судового розслідування у формі дізнання всіх кримінальних правопорушень невеликої тяжкості сприятиме зменшенню навантаження на органи досудового слідства. За новим Законом розслідування проступків проводитимуть за скороченою процедурою у формі досудового дізнання, тривалість якого не повинна перевищувати чітко встановлених термінів за конкретними випадками обставин провадження. Запровадження спрощеної кримінально-процесуальної форми відбувається з додержанням принципів уніфікації та диференціації, які знаходяться в тісній взаємозалежності. Диференціація можлива лише при наявності уніфікованої форми, і в свою чергу уніфікацію є результатом диференціації загального процесу. На певному етапі розвитку кримінально-процесуальної форми відбувається виокремлення деяких елементів системи шляхом накопичення та відтворення їх особливостей і формування загальних засад окремого об'єкту – кримінального проступку зі спрощеним порядком досудового розслідування вказаної категорії кримінальних правопорушень.

ФЕНОМЕН СЕРІЙНИХ УБИВСТВ ¹

Серійні вбивці роблять в малих масштабах те, що роблять уряди у великих. Вони є продуктом нашого часу. Кровожерного часу.
Річард Рамірез

Термін «серійний вбивця» досить часто лунає у засобах масової інформації, але чи справді ми знаємо хто такий «серійний вбивця»? У чому полягає відмінність такого вбивці від вбивці «звичайного» і які існують критерії розмежування цих понять?

Убивство – умисне або з необережності заподіяння смерті іншій людині, тобто позбавлення її життя; в нашому випадку звертаємо увагу саме на умисні вбивства.

Суб'єктивна сторона умисного вбивства характеризується виною у формі умислу.

Для розмежування умисного вбивства та заподіяння тяжкого тілесного ушкодження, внаслідок якого настала смерть потерпілого, слід ретельно досліджувати докази, що мають значення для з'ясування змісту і спрямованості умислу винного. Визначальним при цьому є суб'єктивне ставлення винного до наслідків своїх дій. Мотив і мета злочину підлягають з'ясуванню, оскільки у ряді випадків вони є кваліфікуючими ознаками цього злочину².

У контексті даної теми саме мотив відіграватиме чи не ключову роль у розмежуванні серійних вбивств від убивств «звичайних».

Як правило, в основі більшості злочинів лежать визначені мотиви, які доступні для розуміння більшості людей; звичайна бійка може закінчитися вбивством (ст. 121 КК), домашнє насильство в сім'ї може спровокувати на несподівану, але цілком раціональну дію, яка стає результатом систематичного впливу з боку потерпілого.

Зазвичай такі вбивства не становлять труднощів у їх розкритті; цьому, на нашу думку, сприяє ряд факторів: у своїй більшості це раптові вбивства, де особа не замислюється над всіма деталями, залишає багато доказів, завдяки яким можна встановити її особистість, вона розкажується у вчиненому і це можна спостерігати у її поведінці, підсвідомо вона налаштована на те, що про вчинене хтось знає або може дізнатися.

Мотиви можуть бути різними, в більшості – це низькі мотиви (по-

¹ **Антоник Д. М.**, студентка, юридичний факультет, УжНУ

² Коментар до ст. 115 Кримінального кодексу України. URL: <http://yurist-online.com/ukr/uslugi/yuristam/kodeks/024/113.php>

мста, ревності, корисливість тощо), але вбивство може вчинятися й заради вбивства.

Серійні вбивства – різновид умисного заповідання смерті іншій людині, а точніше – сукупність цих злочинів, послідовних і з певною перервою у часі, скоєних однією і тією ж особою при збігу мотиву, мети, способу їх вчинення¹.

Вперше термін «серійний вбивця» був використаний при описі особистості Теодора Банді. На рахунку цього студента юридичного факультету із Сіетла було від 30 до 100 жертв. У справі Теодора Банді було три судових засідання. Перше – завершилось призначенням покарання у виді позбавлення волі строком на 15 років, друге, пов'язане із нападами в студентських гуртожитках, де Банді виступав власним захисником і відстоював характер своїх дій як самооборону також не були успішними, судприсяжних ухвалив вирок смертної кари через електричний стілець. Його третє судове засідання, пов'язане з вбивством Кімберлі Ліч, розпочалося 7 січня 1980 року. Банді вирішив відмовитися від самозахисту і його адвокат наголошував на його неосудності. На цьому етапі Банді втратив всі сліди своєї впевненої поведінки, а обсяг судових доказів і свідчень очевидців, що пов'язують його зі злочином, переконав присяжних знову винести вердикт. Ще один вирок смертної кари через електричне крісло був ухвалений 7 лютого 1980 року².

Визначення поняття серійних вбивств у вітчизняній криміналістичній літературі з'явилося у 1991 р. Це поняття сформулював Ю. М. Самойлов, описавши ним вчинення особою чи групою осіб декількох злочинів одного виду, які мають логічний зв'язок: єдиний мотив, однаковий об'єкт посягання, спосіб, місце вчинення злочину³.

Ми вважаємо, що особливостями феномену серійних вбивств є:

- Добровільність. Злочинець вбиває за своєю волею, а не через вказівки інших. Прикладом такого серійного вбивці може стати Чарльз Менсон, який власноруч не вбив жодної людини, проте спонукав до цього людей, якими маніпулював;
- Не менше двох вбивств із перервою між ними;
- Періоди емоційного охолодження.

Специфіка початкового етапу розслідування у справах цієї категорії в першу чергу обумовлена таким ситуативним фактором як наяв-

¹ Антонян Ю. М. Криминология. М.: Юрайт, 2013. С. 522.

² Ted Bundy – The court verdict. URL: <http://serialkillerdocumentaries.blogspot.com/2017/01/ted-bundy-court-verdict.html>

³ Дворкин А. И. Расследование похищения человека: учеб. пособие. М.: Норма, 2008. С. 112.

ність або відсутність відомостей про особистість злочинця в момент відкриття провадження у кримінальній справі¹.

Криміналістична характеристика серійних вбивств є специфічною криміналістичною категорією. Вона являє собою сукупність відомостей про обставини його вчинення, що містяться у матеріалах попереднього розслідування, оперативно-розшукової діяльності та в інших джерелах інформації². Складається вона, як правило, із двох груп елементів. У першу групу елементів входять загальні ознаки, що характеризують місце, час, механізм вчинення і дані про особу злочинця з приводу кожного епізоду, який входить в серію вбивств. У другій групі містяться ознаки, властиві лише для окремих епізодів, що складають серію вбивств, але доповнюють загальні елементи і також мають значення для розкриття даної серії. Загальний склад характеристики серій вбивств відрізняється підвищеним ступенем конкретності. Він більш інформативно відтворює картину злочинів, вчинених однією і тією ж особою, і дозволяє більш точно визначити ознаки, які індивідуалізують злочинця, сприяючи його розшуку і викриттю³.

На думку українських науковців, основними елементами криміналістичної характеристики серійних убивств є:

- 1) спосіб учинення злочину;
- 2) особа злочинця;
- 3) особа потерпілого;
- 4) обстановка вчинення злочину;
- 5) слідова картина злочину.

Спосіб учинення серійних убивств детермінований рядом об'єктивних факторів, що мають відношення до умов зовнішнього середовища, в якій вчиняються дані діяння, а також суб'єктивних, що мають відношення до особи злочинця. Відмінною особливістю серійних убивств є те, що спосіб учинення таких злочинів в більшій мірі, ніж всіх інших злочинних діянь, визначається саме особистістю (психолого-психіатричними характеристиками) злочинця.

Особа злочинця. Враховуючи особистісні риси особи, яка вчиняє серію вбивств, можна виділити **основні типи серійних вбивць**: орга-

¹ Протасевич А. А. Серийные преступления, сопряженные с насилием, как объект криминалистики. Иркутск: Листок, 1999. С. 334.

² Волхова О. В., Егоров Н. Н., Жижина М. В. и др. Криминалистика. М.: Проспект, 2011. С. 348.

³ Галкина А. В. Криминалистическая характеристика серийных убийств. Сибирские уголовно-процессуальные и криминалистические чтения, 2015. № 1. С. 150-154.

нізовані несоціальні і дезорганізовані асоціальні типи.

Організований несоціальний тип серійного вбивці характеризується високим інтелектом. Інтелектуальний рівень деяких представників цього типу може сягати 145 пунктів IQ, що визнається порогом геніальності. Стриманий, соціопат, тобто відкидає та зневажає суспільство. Може бути привабливим, справляти приємне враження на оточуючих. Має нормальні стосунки з протилежною статтю, нерідко характеризується друзями та знайомими як хороший сім'янин та батько. Заздалегідь планує злочин, обмірковує всі деталі, зокрема, місце вчинення вбивства, зброю, засоби вбивства, дії за допомогою яких буде приховувати докази тощо. Може повертатись на місце злочину для поновлення спогадів, інколи навіть для того, щоб вчинити наругу на залишками жертви. Може вступати в контакт з поліцією, співпрацювати. Вдосконалюється протягом всього періоду вчинення вбивств, що ускладнює його затримання, причому здатен настільки себе контролювати, що може взагалі припинити вбивати, щоб залишитися невстановленим. Під час допитів зосереджений, обмірковує лінію захисту.

Дезорганізований асоціальний тип серійного вбивці характеризується низьким або нижче середнього інтелектом, часто розумово відсталий, психічно нездоровий, неадекватний, зневажається або не прийнятий суспільством внаслідок помітно дивної поведінки. Соціально неадаптований. Живе за рахунок рідних або держави, може перебувати на обліку в психіатричній лікарні. Такий тип вбивць не може налагодити контакти з людьми, особливо з протилежною статтю. Злочин вчиняє спонтанно, не обмірковує деталі вбивства, не намагається знищити докази, вбиває недалеко від місця, де мешкає або працює. Зброю для вчинення вбивства часто не готує заздалегідь, тому використовує підручні засоби. Прагне зберегти спогади про жертв, може вести щоденник, в якому описувати вчинені вбивства, також може зберігати відеозаписи, фото або аудіо записи вбивств. Може написати рідним жертв лист співчуття або знущань¹.

Серійні вбивці значно відрізняються від масових убивць. В якості «класичного» прикладу масового вбивці наводять Чарльза Уйтмена – «техаського снайпера», який у серпні 1966 року з верхівки університету в Остіні, штат Техас, розстріляв з рушниці 10 людей. Як вказують експерти-кримінологи, в масових убивць легше діагностуються і

¹ Антошук А. О., Атаманчук В. М. та ін. Особливості розслідування окремих видів злочинів. Мультимед. навч. посіб. URL: <https://www.naiu.kiev.ua/books/orovz/lections/lecture1.html>

яскравіше проявляються явні патологічні психоневрологічні симптоми. Ланцюгові вбивства – вбивства протягом відносно тривалого часу, який може вираховуватися годинами, днями і навіть тижнями, в різних місцях, без періодів емоційного охолодження. Прикладом «ланцюгового» або «запійного» вбивці може стати Чарльз Старквезер¹.

Також ми вважаємо, що слід відрізнити серійних вбивць від найманих, хоча в діяннях і тих, і інших присутня множинність злочинів. Найманий вбивця отримує винагороду за вчинене і ставиться до своїх діянь виключно як до роботи, в той же час серійний вбивця отримує задоволення від скоєного, так як втілює свої фантазії і ретельно планує злочини, обирає типаж жертв, вид їх діяльності і т.д.

Загальні ознаки серійних вбивств:

Існує комплекс ознак, за якими розмежовуються серійні вбивства від інших різновидів злочинів з багаточисленними жертвами:

- 1) Серійний вбивця ніколи не обмежується вчиненням. Його кримінальна агресія періодично поновлюється, проявляючись в нових, чергових епізодах;
- 2) Характерна особливість серійного вбивства – «один епізод – одна жертва» (це споріднює серійні вбивства з рядом інших, «звичайних» вбивств). Одиначні випадки, що становлять винятки (коли «серійник» вбиває всіх членів однієї сім'ї) лише підтверджує це правило;
- 3) Серійний вбивця орудує самостійно (без співучасників, свідків і очевидців). Нечастими є випадки, коли кіллери діють парами (зазвичай це чоловік і жінка, пов'язані сексуальними відносинами);
- 4) Злочинця і жертву нічого не пов'язує. До моменту злочину кіллер не був знайомим із жертвою. (Тут, на нашу думку, найбільше і проявляється мотив – «вбивство заради вбивства», адже в цьому випадку відсутній мотив помсти або збагачення, а згвалтування або некрофілія є супроводжуваним фактором);
- 5) Для серійних вбивств характерна надмірність насильства (так зване «надвбивство»). Воно вчиняється заради катування жертви, маніпуляцій з трупом;
- 6) Для багатьох вбивць характерна висока мобільність: до моменту виявлення трупа він знаходиться далеко від місця вчинення злочину. Ця обставина надзвичайно ускладнює об'єднання злочинів у серію. Окрім, «вбивць-мандрівників» існують і «вбив-

¹ Лавров Н.Н. Маньяки: охотники на людей. Ростов н/Д: Феникс, 2008. С. 252.

- ці-домосиди», вони майстерно позбуваються трупів, тому можуть діяти роками і не потрапляти «в руки» правосуддя;
- 7) Важливою ознакою серійного вбивці є період емоційного спокою або емоційного охолодження між злочинами, який може бути дуже тривалим (до року, а іноді і більше). В цей період особа живе звичайним життям законослухняного громадянина;
 - 8) Кожен злочин ретельно сплановано і підготовлено;
 - 9) Окремі епізоди злочинної діяльності розсіяні у часі: інтервал між послідовними вбивствами може вираховуватися тижнями, а подекуди – роками;
 - 10) У буденному житті серійний вбивця зовсім не відповідає стереотипному образу маніяка;
 - 11) Характерологічні особливості серійних вбивць (шарм, вміння маніпулювати людьми, розум, вміння брехати та викручуватися із різних ситуацій) часто дозволяють їм вводити в оману поліцейських та слідчих і довго залишатися невловимими¹.

На нашу думку, важливим є гендерний фактор, не приналежність до статі як такої, а саме психологічне усвідомлення себе в ролі чоловіка чи жінки. Серед серійних вбивць переважають чоловіки, проте певний відсоток жінок все ж присутній. Схильність жінок до маскуліної поведінки зумовлює зростання агресії і бажання насильства. Таким чином, вбивства дають жінкам відчуття власної сили та переважання над іншими, що не є характерним для жіночої моделі поведінки. Швидше за все, це буде нічим іншим як результатом дитячих спогадів з приводу постаті батька, вітчима, тощо.

Еріх Фромм у праці «Анатомія людської деструктивності» поділяв агресію на доброякісну і зляюкісну. Доброякісною агресією Фромм вважав поведінку, пов'язану із самообороною, з відповідною реакцією на загрозу. Специфічно людську пристрасть до абсолютного панування над іншою живою істотою і бажання руйнувати (зляюкісна агресія) він виділяє в особливу групу і називає словами «деструктивність» і «жорстокість». Ми повинні розрізняти у людини два абсолютно різних види агресії. Перший вид, спільний і для людини, і для всіх тварин, – це генетично закладений імпульс до атаки (або до втечі) в ситуації, коли виникає загроза життю. Ця оборонна «доброякісна» агресія служить справі виживання індивіда і роду; вона має біологічні форми прояву і згасає, як тільки зникає небезпека. Інший вид представляє «зляюкісна»

¹ Образцов В. А., Богомоллова С. Н. Криминалистическая психология. М.: Юнити-Дана, Закон и право, 2002. С. 448.

агресія – це деструктивність і жорстокість, які властиві тільки людині і практично відсутні у інших ссавців; вона не має генетичної програми і не має ніякої мети. Значна частина колишніх дискусій на цю тему була викликана тим, що не існувало розмежування між цими двома видами агресії, які різняться за походженням, і за особливостями¹.

Слід зазначити, що кількість серійних вбивць зумовлюється процесами становлення інформаційного суспільства. Пропаганда насильства, широко доступна у засобах масової інформації, також спричинена політикою держави, в якій проживає потенційний «серійний вбивця».

Причини зростання та поширення серійних вбивств в Україні, на думку кримінологів, обумовлені рядом макросоціальних і мікросоціальних факторів. До числа макросоціальних факторів необхідно віднести: надзвичайне екологічне неблагополуччя, в умовах якого народжується, дорослішає і живе переважна більшість людей; девальвацію притаманних раніше нашій країні законів та категорій моралі, державних інститутів і лідерів, що негативно позначається на ідентифікації й становленні особи; обвальне падіння цінності та престижності морально-етичних, інтелектуальних, естетичних та культурних якостей у поєднанні з різким рівнем престижності й цінності принципів сили, нахабства; високий ступінь соціальної агресії з масовою загибеллю людей, що веде до знецінення життя іншої людини в цілому; залучення молодих чоловіків (найманців) із різних регіонів країни до участі у вбивствах (у військових конфліктах на території інших держав); могутній прорив у засоби масової інформації пропаганди насильства, жорстокості, розгнuzданості, всюдозволеності, зокрема у сфері інтимних відносин; різка економічна поляризація населення України у вигляді реального зuboжіння переважної кількості її громадян на фоні розкоші й принципово іншого способу, рівня і якості життя мізерної частки населення; соціальна та індивідуальна незахищеність в умовах слабкої дії законів та недовіри до держави та всіх її інститутів. Мікросоціальні фактори обумовлені несприятливим впливом на людину найближчого соціального оточення (сім'ї, групи, безпосереднього оточення) – вихованням в умовах психологічної напруженості, жорстокості та приниження, емоційного відкидання, бездоглядності, тощо².

На даний час відсутнє чітке визначення поняття «серійності», що, на нашу думку, було б доцільним, адже це поняття часто фігурує у ЗМІ,

¹ Еріх Фромм. Анатомія человеческой деструктивности. URL: https://revbel.org/files/teor/Fromm_anatomia_chelovecheskoi_destruktivnosti_pdf.pdf

² Шалгунова С.А. Кримінологічні ознаки серійних сексуальних вбивств. URL: file:///C:/Users/User/Downloads/FP_index.htm_2009_3_104.pdf

на відміну від поняття множинності чи одного із її видів. Це призвело б до усвідомлення масштабів проблеми «серійних вбивств», як до аспекту сучасних реалій, а не як до чогось відірваного від життя. Доцільним також було б впровадження покарання, яке б змогло стати ефективною превенцією до вчинення декількох вбивств. Наприклад, застосування довічного позбавлення волі без можливості призначення альтернативного покарання або застосування довічного позбавлення волі без можливості звільнення на підставі акта про помилування. Хоча в ряді держав застосовується смертна кара, але зростання рівня гуманізму поступово відкидає її на задній план, застосовуючи більш гуманні покарання.

Для профілактики серійних убивств вагоме значення має забезпечення громадського порядку у місцях найбільш ймовірних для вчинення нападів. Аварійні і покинуті будівлі, парки, темні вулиці, лісосмуги та ін. у пізній час повинні знаходитися під посиленним контролем з боку органів правопорядку¹.

Отже, підсумовуючи вище викладений матеріал, можна зробити висновок, що проблема серійних вбивств є доволі актуальною, чому сприяє ряд факторів, зокрема пропаганда насильства у ЗМІ, низький рівень економічного розвитку держави, участь або спостереження за військовими діями чи збройними конфліктами, знецінення людського життя тощо. Обстановка, яка складається в сім'ї, відіграє пріоритетну роль в становленні особистості «серійного» вбивці (насильство, відсутність уваги і байдужість з боку батьків, надто суворі правила виховання). Цей фактор також виділяють такі експерти-кримінологи як Ю. М. Антонян, А. А. Ткаченко².

Слід відрізнити серійного вбивцю від інших злочинців, які вчиняють той самий злочин. На нашу думку, основними критеріями, що відрізняють серійного вбивцю від «звичайного» є:

- два і більше вбивства;
- періоди емоційного охолодження;
- ретельне планування вбивства (пошук жертви, яка існує в уявленні маніяка);
- відсутність зв'язку із жертвами (жертв об'єднує лише певний фактор: зовнішність, сфера зайнятості, належність до певного віросповідання, тощо);

¹ Фуражкова Е. А. Проблемы профилактики серийных убийств. Отечественная юриспруденция, 2016. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/problemu-profilaktiki-seriynyh-ubiystv>

² Антонян Ю. М., Ткаченко А. А. Сексуальные преступления. М., 1993. С. 320.

- соціальна адаптованість (наявність сім'ї, роботи);
- гендерний фактор (усвідомлення себе і власної поведінки характерної для певної статі).

Важливими є суміжні поняття «масового» та «ланцюгового» вбивств, які суттєво відрізняються від «серійного», для якого, на думку Н.Н. Лаврова, і є визначальним фактор емоційного охолодження, протягом якого особа живе звичайним життям, але обов'язково повернеться до вчинення нового злочину¹.

Науковий керівник: к.ю.н., доцент Андрушко А.В.

ОСОБЛИВОСТІ РЕЛЕВАНТНОЇ ЛІКАРСЬКОЇ ПОМИЛКИ В КОНТЕКСТІ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА СТАТТЕЮ 140 КК УКРАЇНИ ²

Тематика відповідальності медичних працівників за порушення законодавства про охорону здоров'я, а особливо питання лікарської помилки є найбільш актуальним для сьогодення та містить значний інтерес як суспільства, так і кожної людини безпосередньо. Так як, щодня представники закладів охорони здоров'я здійснюють різного роду медичні маніпуляції та заходи щодо пацієнтів, котрі можуть як врятувати життя та здоров'я хворого, так само і завдати йому непоправної шкоди, спричинивши тим самим тяжкі наслідки. Саме тому, необхідно відзначити, що даний вид діяльності, з огляду на вчинене правопорушення, в контексті медичної помилки, необхідно, розглядати як з медичної, так і з юридичної точки зору.

Проте, першим і ключовим проблемним аспектом постає те, що в Україні (як і в більшості іноземних держав) поняття «медична (лікарська) помилка» не врегульоване на законодавчому рівні, оскільки, визначення даного поняття неможливо знайти у жодному з нормативних актів чинного законодавства (воно згадувалось в одному з проектів Закону України «Про права пацієнтів», а також в деяких інших законопроектах). А на доктринальному рівні є низка суперечностей, щодо можливості

¹ Лавров Н.Н. Маньяки: охотники на людей. Ростов н/Д: Феникс, 2008. С. 252.

² **Гальчишак Марія Володимирівна**, студентка, юридичний факультет, УжНУ.

існування даного явища, адже виокремлюються десятки різних визначень, котрі, зазвичай, конфліктують одне з одним, оскільки, погляди медиків та юристів на дане питання майже діаметрально протилежні.

Перш за все, для врегулювання суперечностей у поняттях «лікарська помилка» та «медична помилка» загострюємо увагу на тому, що лікарська помилка здійснюється конкретною особою – лікарем, натомість, розглядаючи дефініцію медичної помилки, слід вказати, що вона вчиняється як безпосередньо лікарем, так і допоміжним персоналом (медичними сестрами, фельдшерами, провізорами, фармацевтами тощо). З огляду на це, стверджуємо, що лікарська помилка є складовою медичної.

Лікарська (медична) помилка – це поняття багатогранне і широко досліджуване. Проте, не існує єдиної позиції до розуміння найбільш поширеного правопорушення в медичній практиці/діяльності, загалом.

Медичні працівники розглядають медичну (лікарську) помилку як випадковий збіг обставин або наслідок недосконалості медичної науки та техніки. Так само, наголошуючи на тому, що дана помилка для медичного працівника не є результатом халатного, безвідповідального ставлення лікаря до своїх обов'язків, нецтва чи злочинної дії. Тобто, при такій помилці вина медичного працівника відсутня і взагалі немає складу правопорушення, а тому притягнення до правової відповідальності бути не може.¹

Проте, даному визначенню в повній мірі суперечать думки представників юридичного напрямку, оскільки, до лікарських помилок відносять помилкові дії лікаря при встановленні діагнозу або лікуванні хворого, зумовлені станом медичної науки на даному етапі її розвитку, особливими, а також несприятливими умовами й обставинами надання медичної допомоги або нестачею лікарського досвіду, зроблені за відсутності усвідомлення небезпеки, без передбачення можливості заподіяння шкоди або при впевненості запобігання їй.²

Наступним проблемним аспектом, на нашу думку є те, що не існує єдиного критерію до класифікації медичних помилок, і саме це спричиняє «відсутність» відповідальності за такі діяння.

Необхідно зазначити те, що Дьолог М.І. у своїй праці розглядає декілька видів лікарських помилок, а саме: діагностичні помилки — помил-

¹ Опанасенко М.С., Конік Б.М., Терешкович О.В., Леванда Л.І. (2017) Лікарська помилка: суть проблеми і клінічний випадок відеоторакоскопічного видалення стороннього тіла плевральної порожнини. Український пульмонологічний журнал. № 2. С. 19.

² Антонов С.В. (2008) Медична помилка: юридичний аспект. Медичне право. № 10 (56). С. 94.

ки в розпізнаванні захворювань та їх ускладнень (помилковий діагноз хвороби чи ускладнення). Це одна з найбільш чисельних груп помилок; лікувально-тактичні помилки, як правило, є наслідком діагностичних прорахунків. Але трапляються випадки, коли діагноз встановлено правильно, а лікувальну тактику вибрано неправильно; технічні помилки — помилки у проведенні діагностичних і лікувальних процедур, маніпуляцій, методиках операцій; організаційні помилки — помилки в організації надання тих чи інших видів медичної допомоги, створенні необхідних умов функціонування тієї чи іншої служби; деонтологічні помилки — помилки в поведінці лікаря, його спілкуванні з хворими та їхніми родичами, колегами, медичними сестрами, санітарками; помилки в заповненні медичної документації, які трапляються досить часто, і часто під час юридичних дій ця документація медиками навмисно губиться.¹

Проте, відповідно до нашої точки зору, вищезазначені групи лікарських помилок необхідно об'єднати за факторами (чинниками), що зумовлюють їх виникнення.

Саме тому, за факторами, які спричиняють медичні помилки, розрізняємо релевантні та нерелевантні лікарські помилки, тобто, виходячи із загальноприйнятих характеристик помилок при наданні медичної послуги, слід виділяти об'єктивні та суб'єктивні причини їх формування.

Перш за все, розглядаємо нерелевантну лікарську помилку, наголошуючи на об'єктивній стороні даного явища. До такого виду помилок належать дії чи бездіяльність медичних працівників, що не порушують встановлені законом та підзаконними актами правила, проте заподіяли шкоду здоров'ю пацієнта чи його смерть, внаслідок недосконалості медичної науки на даному етапі її розвитку, несприятливих умов або обставин здійснення медичного втручання, відсутність медичного обладнання, яке є необхідним для даного випадку, об'єктивних труднощів діагностики деяких захворювань, індивідуальних аномалій анатомічної будови тіла чи функціонування організму пацієнта, алергічних реакцій, що їх неможливо було передбачити при стандартному медичному втручанні (діагностуванні чи лікуванні).²

Тобто, доцільно визнати, що помилки медичних працівників, які сталися з об'єктивних причин є такими, що не тягнуть за собою відповідальності конкретних осіб, а саме медичних працівників. Такі не-

¹ Дьолог М.І. (2014) Лікарські помилки. Радіологічний вісник. № 2 (51). С. 54.

² Антонов С.В. (2008) Медична помилка: юридичний аспект. Медичне право. № 10 (56). С. 95.

гативні результати мають розглядатися з позицій відповідальності лікувально-профілактичних закладів та їх керівників.

Наступним до розгляду необхідно віднести найбільш дискусійне питання, що стосується відповідальності за медичну помилку, а саме в даному контексті зазначаємо, що це релевантна лікарська помилка.

В першу чергу, слід зазначити, що релевантні лікарські помилки це ті помилки, які пов'язані із суб'єктивними факторами, тобто такі, для яких характерна, перш за все, хибність переконань медичного працівника відносно розвитку причинного зв'язку між обраним методом надання медичної допомоги і спричиненим наслідком (до прикладу, смерть пацієнта, нанесення його здоров'ю шкоди різного ступеня тяжкості).¹

До помилок, викликаних суб'єктивними факторами, належать помилки, яких припускаються медичні працівники, котрі необґрунтовано відступають від встановлених медичних стандартів, діють необережно, самовпевнено чи припускаються необґрунтованого ризику за браком досвіду чи знань.²

Таким чином, дана лікарська помилка пов'язана, насамперед, з неналежним виконанням медичним працівником своїх професійних обов'язків при наданні різного роду медичної допомоги пацієнтам, оскільки, такі дії здійснюються при несумлінному та недбалому ставленні до своїх професійних обов'язків, що можуть спричинити тяжкі наслідки для хворої особи. Виходячи з цього, стверджуємо про кримінальну відповідальність медичного працівника за релевантну медичну (лікарську) помилку.

Також, опираючись на ст. 78 «Основ законодавства про охорону здоров'я», наголошуємо, що до професійних обов'язків медичного працівника входить постійно підвищувати рівень професійних знань і майстерності. Тобто, невиконання даної умови вищезазначеною особою може кваліфікуватися як недотримання своїх професійних обов'язків і виступати основною причиною вчинення медичної помилки.

Такі помилки також можливі при неуважному обстеженні, неадекватній оцінці клінічних та лабораторних даних, неврахуванні чи переоцінці результатів консультацій інших спеціалістів, а також при недбалому виконанні операцій та інших лікувально-профілактичних заходів, догляді та спостереженні за пацієнтом, загальній незадовіль-

¹ Коробов В. Поняття медичної помилки. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/14060655.pdf>.

² Антонов С.В. (2008) Медична помилка: юридичний аспект. Медичне право. № 10 (56). С. 95.

ній організації різних етапів медичної допомоги в медичному закладі, зокрема, при веденні документації, при порушенні деонтологічних та інших вимог щодо інформування пацієнта про стан його здоров'я.¹

При релевантній лікарській помилці особа може помилятися щодо властивостей тих факторів і обставин, які, на її думку, повинні були знаходитися на лінії розвитку причинного зв'язку між її діями і суспільно-небезпечними наслідками, і попередити настання останніх - в цьому випадку можна говорити про вину, а саме у формі злочинної недбалості.²

При злочинній недбалості медичний працівник не передбачає можливості настання суспільно-небезпечного результату, бо отриманий наслідок різко не відповідає характеру здійснених дій. Наслідки є ніби побічним результатом його діяльності, направленої на досягнення зовсім іншого результату. Адже, саме тому, що особа могла і повинна була передбачити настання суспільно-небезпечних наслідків, вони і ставляться їй у вину. Отже, під релевантною поведінкою слід розуміти хибну думку відносно розвитку причинного зв'язку між обраним видом і способом надання медичної допомоги та отриманим результатом. А також те, що умовами релевантної поведінки є такі: дії медичного працівника були явно неправильними, суперечили загальноновизнаним і загальноприйнятим правилам медицини; медичний працівник міг і повинен передбачити, що дії його неправильні і тому можуть нанести шкоду хворому; ці неправильні дії «сприяли» (прямо або опосередковано) настанню негативних наслідків.³

Необхідно зазначити, що, як і будь-яка суспільно значима дія, лікувально-діагностичний алгоритм повинен підлягати певним загальноприйнятим правилам або стандартам. Такі стандарти утворюються на основі міжнародного досвіду, кодифікуються на міжнародному рівні згідно зі шкалою достовірності і модифікуються в кожній країні відповідно до можливостей і традицій національної медицини.⁴

Медична наука, взагалі, розвивається семимильними кроками, щорічно з'являються нові методи діагностики і нові методи лікування. Некритичне сприйняття лікарем неперевірених повідомлень у пресі (у тому числі й фаховій) щодо нових чи нетрадиційних методів лікування і їхнє негайне застосування у своїй практиці може стати джере-

¹ Там само. С. 95.

² Коробов В. Поняття медичної помилки. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/14060655.pdf>.

³ Там само.

⁴ Білінський Б.Т. (2013) Медичні помилки в онкології: монографія. Львів: Афіша, С. 18-19.

лом серйозних медичних помилок, оскільки не всі пропозиції в такому разі заслуговують на увагу і на сприйняття їх як стандартів. Саме у «загальноприйнятих правилах» чи «стандартах», як правило, наводять алгоритми діагностики і лікування, зберігаючи принцип послідовного наростання складності і доступності пропонованих методів, також необхідно враховувати економічний бік питання, місце проведення обстеження і лікування (чи це первинна лікарська ланка чи високо-спеціалізований центр).¹

В даному контексті можемо виокремити таке медичне явище, котре вчиняється найбільш часто, як порушення процесу діагностики, а саме відхилення від процесу (встановлених етапів) самого діагностування, наступним є вчинення помилки у заповненні медичної документації, помилка в проведенні оперативного втручання тощо.

Вважаємо, що при здійсненні медичної помилки, а саме у формі нерелевантних чи релевантних лікарських помилок, які характеризуються вищезазначеними обставинами необхідно повне, ефективне та неупереджене розслідування правоохоронними органами.

Зокрема, наголошуємо на тому, що саме розслідування злочину, передбаченого ст. 140 КК України, чи як вже встановлено в одній з форм релевантної лікарської помилки є складним та багатоступеневим, котрий можна і охарактеризувати певними особливостями його складності.

До особливостей можемо віднести те, що у всіх заходах по розслідуванню лікарської помилки, як і будь-якого іншого злочину, пов'язаного з медичною сферою необхідна участь висококваліфікованого спеціаліста, котрий в змозі консультувати правоохоронні органи на всіх етапах розслідування, при проведенні слідчих (розшукових) дій (зокрема, необхідність участі спеціаліста у проведенні допиту медичного працівника, під керівництвом якого було здійснено лікарську помилку тощо).

Під час розслідування неналежного виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником можуть також залучатися різні фахівці, які володіють знаннями та практичними навичками відповідного фаху, а саме: особи, обізнані із сучасною класифікацією хвороб і методами обстеження, діагностування, лікування, реабілітації та диспансеризації хворих (лікарі різних спеціальностей, акушер, судово-медичний експерт); особи, які виготовляють і контролюють якість лікарських засобів (провізор, фармацевт); психолог;

¹ Білинський Б.Т. (2013) Медичні помилки в онкології: монографія. Львів: Афіша, С. 18-19.

експерт-криміналіст.¹ Проте, дана особа не повинна бути працівником того закладу охорони здоров'я, в межах якого мала місце конкретна медична помилка, задля недопущення надання неправдивої інформації щодо певної обставини лікування чи спотворення (перекручування) такої інформації.

Саме в даному виді встановлення правопорушення слід відзначити, що необхідним є збір слідчими всієї медичної документації особи за весь період її захворювання. Проте, часто в слідчій та судовій практиці зустрічається те, що медична документація піддається типовій втраті, зміні, травленню, дописуванню та іншим чином перекручуванню певних обставин вчинення лікарської (медичної) помилки.

Також, численними недоліками в оформленні медичної документації при вчиненні лікарської помилки є такі як: залишення лікарем незаповненими обов'язкових граф історії хвороби; недбалість і неграмотність лікарських записів; суперечливість записів; фальсифікація історії хвороби.²

Ще однією особливістю є те, що всі матеріали, котрі зібрані правоохоронними органами в ході розслідування медичної (лікарської) помилки, яку кваліфікують як ст. 140 КК України необхідно обов'язково піддавати експертному дослідженню.

Саме тому, аналізуючи експертну діяльність, встановлено, що переважна більшість вивчених матеріалів «лікарських справ» (315 справ (90,0%)) була порушена проти медичних працівників за ст. 140 КК України, з яких 29,7 % всіх лікарських помилок складають дефекти у діагностиці, 26,9 % – дефекти лікування, 21,3 % – помилки, пов'язані з неправильним заповненням лікарями медичної документації, ще 14,6 % помилок викликані недоліками в організації та управлінні лікувально-діагностичним процесом, решта 7,5 % помилок обумовлені деонтологічними порушеннями.³

Отже, підсумовуючи дане дослідження, наголошуємо на тому, що лікарські помилки можна вирізняти за факторами, що їх спричинили. Так, вчинення релевантної медичної (лікарської) помилки тягне за со-

¹ Таранова А.М. (2018) Участь спеціаліста в проведенні допиту під час розслідування неналежного виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником. Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. № 1 (106). С. 314.

² Франчук В.В. (2018) Лікарська помилка: сучасний погляд на проблему з позиції судово-медичної експертної практики. Здобутки клінічної і експериментальної медицини. № 2. С. 139.

³ Там само. С.138.

бою кримінальну відповідальність на підставі ст.140 КК України, в той час як вчинення медичної (лікарської) помилки, яка під час розслідування була визначена як нерелевантна, не тягне за собою відповідальності, з огляду на діяльність лікаря, проте в певних аспектах допускається відповідальність медичного закладу. І тільки належне, повне розслідування може встановити всі обставини даних діянь.

Науковий керівник: *Ступник Я.В.*, зав. кафедри кримінального права і процесу, УжНУ

КРИМІНОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ ЗЛОЧИНІВ, ВЧИНЕНИХ НА РЕЛІГІЙНОМУ ҐРУНТІ ¹

В останні роки набуває проблема взаємозв'язку нових і нетрадиційних релігій зі злочинами проти: свободи совісті, вільного вибору віросповідання, слова, життя, власності, тощо. Недостатній контроль та несвоєчасна профілактика з боку поліції, призвели до появи злочинності та правопорушень, що мають релігійний відтінок.²

Суттєві зміни, що відбулися у державно-конфесійних відносинах, а також зростання рівня злочинності на релігійному ґрунті, дозволили запропонувати кримінологам О.В. Старкову та Л.Д. Башкатову - окремий напрямок кримінологічного дослідження, що отримало назву „Кримінотеологія”.

На науковому рівні кримінологічні проблеми злочинів вчинених на релігійному ґрунті досліджували за різними напрямками такі науковці, як: О.В. Старков, Л.Д. Башкатов, В.М. Петренко, Є.В. Ліхштейн, В.В. Гринько, Г.П. Байдако, С.С. Вітвічка, Г.С. Касторский, Б.В. та інші. Об'єктом дослідження виступають релігійні злочини, поняття, види, показники релігійних злочинів, історія розвитку, склад злочинів вчинених на релігійному ґрунті, умови та профілактика злочинної поведінки, а також латентність.³

¹ **Звзята Анна Віталіївна**, студентка, Таращанський державний технічний та економіко-правовий коледж.

² Про свободу совісті та релігійні організації: Закон України від 23.05.91. Відомості Верховної Ради України. 1991. №25. Ст. 283.

³ Массімо Інтровігне: Майбутнє релігії і майбутнє нових релігій. Людина і світ. № 9. 2001. С. 34–35.

Останнім часом на теренах сучасної України набирає обертів злочинність на релігійному ґрунті. Релігійні групи (секти, тоталітарні секти, деструктивні секти) є основним осередком вище зазначеної злочинності. На сучасному етапі перед органами поліції постала проблема щодо попередження та розкриття злочинів вчинених на релігійному ґрунті. Але більшість злочинів, що вчиняються адептами є латентними. Злочини вчинені на релігійному ґрунті не завжди є зареєстрованими органами поліції та відповідно не розкриваються і не відображуються в статистичних даних. До вище зазначених злочинів можна віднести природну, штучну і проміжну латентність. Велика латентність злочинів на релігійному ґрунті не дозволяє повною мірою оцінити справжні показники цієї злочинності. В якості прикладу можна виокремити види злочинів, що вчиняються адептами радикальних сатаніських груп, які найчастіше залишаються невиявленими.¹ Низький рівень латентності мають очевидні злочини, внаслідок чого інформація про них швидко розповсюджується (вбивства, розбої, грабежі). Середній рівень - злочини, вчинення яких не настільки очевидне. Потерпілі не звертаються до органів поліції за захистом порушених прав, але й не приховують факт злочину (незначний збиток, невіра у можливість знайти злочинця тощо). Високу латентність мають злочини, вчинення яких у більшості випадків відоме лише злочинцю і потерпілому, причому і злочинець і потерпілий часто зацікавлені у приховуванні злочину з різних мотивів (шахрайство, хабарництво, статеві злочини тощо). Латентна злочинність пов'язана з релігією та ідеологією, на даний час залишається поза соціальним контролем і тому є особливо небезпечною, адже: питання боротьби з латентною злочинністю, що вчиняється деякими членами релігійних груп не враховуються і не плануються; якщо при розкритих злочинах заподіяні збитки певною мірою відшкодовуються, то у разі прихованих, цього не робиться. Відчуття безкарності заохочує осіб продовжувати злочинну діяльність, а особливо це заохочує та підживляє сатаністів для яких відсутність моралі і безкарності є первинним; латентна злочинність, оскільки вона все ж „помічається” оточуючими, руйнує моральні засади, що штовхає інших осіб на злочинний шлях.²

Так, Палій М.В. перерахував деякі особливості криміногенних ситуацій: 1) хуліганські дії, групові порушення громадського порядку, заподіяння шкоди здоров'ю, честі та гідності громадян, масова непо-

¹ Петрик В. Сатанізм як релігійний та соціальний феномен К., Експертне бюро системної інформації. 2001. 87 с.

² Там само.

кора законним вимогам представників поліції (приклад - діяльність „Білого Братства” у 90-х роках); 2) виникнення найбільш складних криміногенних ситуацій у зв'язку з конфліктами між релігійними організаціями щодо користування культовими будівлями; 3) відсутність страху покарання за злочинні дії (приклад – адепти сект сатанинської спрямованості або деякі радикально - екстремістські ісламські релігійні рухи), в тому числі пов'язані з незаконним володінням чи користуванням культовими будівлями; 4)неправомірна поведінка окремих священослужителів, які самовільно проводять богослужіння у храмах, що не знаходяться у їх користуванні; 5)організований характер опору віруючих представникам влади та інше.

Існують об'єктивні і суб'єктивні фактори латентної злочинності. Об'єктивні відносяться до обставин, за яких вчиняються злочини. До суб'єктивних факторів належать небезпечність особи, яка вчинила злочин; небажання потерпілого повідомляти про злочин.¹Тому, виявлення латентних злочинів вчинених на релігійному ґрунті - це своєчасне отримання та володіння інформацією про реальний стан злочинності вчинюваної особами, що сповідують ту чи іншу релігію на певній території. В наслідок цього будуть існувати певні чіткі уявлення про тенденції і розвиток цієї специфічної злочинності на підґрунті релігійних переконань. Це також надасть можливість виявляти чинники для злочинності пов'язаної з релігійною ідеологією та надасть можливість розробити методи по нейтралізації та усуненню виявлених чинників, сприятиме визначенню заходів боротьби зі злочинністю пов'язаною з релігією, як на загальнодержавному, так і на регіональному рівнях.

Молодь є найкращим підґрунтям для сприйняття і розповсюдження деструктивних релігій. Активний добір молоді в свої лави здійснюють тоталітарні секти, саме в подальшому молоді люди стають релігійними фанатиками. Саме на законодавчому рівні в Україні слід закріпити поняття та основні ознаки вище зазначених релігійних організацій. Хоча більшість новоутворених релігійних організованих груп намагаються легалізуватися у встановленому законом порядку, але під час декларування, в статуті частіше приховується основна мета діяльності та методи діяльності релігійної організації. Для таких організацій притаманна жорстка ієрархія. В більшості випадках релігійний центр, що управляє організацією знаходиться за кордоном. Більшість таких релігійних організацій мають розгалужену систему філіалів (церков).

¹ Палій М.В. Злочинність у сфері віросповідання та боротьба з нею: Автореф. дис. канд. юр. наук. 12.00.08. – Київ. – 2002. – 17 с.

Між adeptами поділені райони міста чи села за які adeptи відповідають щодо пропагандистської діяльності. Ведуться обліки громадян з якими встановлено контакт та яких вже почали відвідувати члени організації. Всі ці групи, що переходять від „будинку до будинку” звітують перед конкретним куратором. У разі непокори чи невиконання вимог харизматичного лідера особу відлучають від групи, з нею перестають спілкуватись родичі. Саме такого типу організації намагаються втягнути не одного члена сім'ї, а всю родину в таку релігійну діяльність. Через родину краще керувати adeptом. Було досліджено актуальність психологічного аспекту щодо аутодеструктивної поведінки adeptів релігійно – культових новоутворень, які вказують на процес приєднання до культів, що відповідає психотехнології формування, тобто приховування дійсних цілей культу. На початку „бомбардування любов'ю”, а в подальшому жорстока експлуатація, та інші дії. Також, можуть застосовуватись: гіпноз та нейролінгвістичне програмування. Наслідком цього є радикальні зміни особистих орієнтирів і поведінки, ламанням усього модусу у adeptа щодо позиції колишнього життя.¹

Отже, можемо спостерігати так званий феномен культової психологічної залежності – людину відривають від соціального і індивідуального, повернути людину на попередній рівень досить складно. Саме соціальне та індивідуальне замінює культ. Саме культ може надихнути adeptа на вчинення злочину. Загальні норми та закони вже не є бар'єром (кримінальне покарання) в зупинці перед злочином, соціальне неважливе, важливіше досягти мети релігійної організації незважаючи на засоби. Організованими релігійними групами (організаціями) можуть бути вчинені злочини передбачені КК України, а саме ст.т.: 178; 179; 180; 181; 297; 299; 298; 300; 115; 121; 122; 127; 152; 153; 442 та інші. Проте коло злочинів, що можуть бути скоєні вище зазначеним групами може бути значно ширше, наприклад, вчинення терористичного акту (ст. 258 КК України). Як історичний доказ в 1995 році японська релігійна секта „Аум сінрекьо” вчинила терористичний акт з релігійних мотивів з використанням хімічної зброї в токійському метро. Так, Старков О.В. та Башкатов Л.Д. дослідили, що зареєстрована сучасна релігійна злочинність мало чисельна. Латентність цих злочинів перевищує 90 %. Фактів в декілька раз більше ніж осіб, що притягнуті до кримінальної відповідальності. Статистика вказує, що за період в два роки факти притягнення до кримінальної відповідальності міні-

¹ Палій М.В. Злочинність у сфері віросповідання та боротьба з нею: Автореф. дис. канд. юр. наук. 12.00.08. – Київ. – 2002. – 17 с.

мальні, а ефективність боротьби досить низька. З 28 злочинів лише 9 засуджених. Така злочинність вже набрала обертів, стала організованою і являє загрозу українському суспільству.

Отримані дані Старковим О.В. та Башкатовим Л.Д. в ході емпіричного кримінологічного дослідження релігійних сатанінських та язичницьких сект дають їм зробити певні висновки, а саме: найпоширеніший латентний злочин, що вчиняється вище вказаними категоріями сект, це наруга над могилами померлих та містами їх захоронення.¹ Далі це незаконне виготовлення, придбання, зберігання, перевозка чи збут наркотичних та психотропних речовин. Також для сатаністів є характерні злочини пов'язані з завданням тілесних ушкоджень різного ступеню тяжкості, садизм. Більшість радикальних сатанінських сект практикують: крадіжки, вимагання, пошкодження пам'яток історії та культури, вбивства, гвалтування.²

Отже, враховуючи вище викладене на мою думку для встановлення рівня латентності злочинів вчинених на релігійному ґрунті слід використовувати загальні і спеціальні методи. Так, до загальних можна віднести: виявлення громадської думки про стан латентної злочинності; експертна оцінка спеціалістів; вивчення документів правоохоронних органів, фінансово - ревізійного контролю, перевірка релігійних організацій тощо. До спеціальних методів які слід використовувати: оперативно - розшукові заходи пов'язані з проникненням в середовище релігійної організації; аналіз динамічних рядів злочинів вчинюваних адептами; дослідження періоду від їх вчинення до розкриття і запровадження санкцій; екстраполяцію.

Науковий керівник: Голобородько Н.В., викладач юридичних дисциплін Таращанського державного технічного та економіко-правового коледжу

¹ Сатаністи и вандалізм. Кримінальна хроніка 2005. № 11

² Сіренко С. Тоталітарні секти зброя масової поразки? Студентська газета. 2004. № 44. С. 16.

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ВИКОРИСТАННЯ МАЛОЛІТНЬОЇ ДИТИНИ ДЛЯ ЗАНЯТТЯ ЖЕБРАЦТВОМ: УКРАЇНА І ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ¹

Соціальна політика будь-якої правової держави повинна бути зосереджена на створенні гідних умов життя та високого рівня добробуту не лише власних громадян, а й прийдешніх поколінь. Демографічна криза, яка на сьогоднішній день існує в Україні, нічого перспективного для нашої нації не віщує, саме тому державний механізм повинен сприяти як вихованню нового здорового покоління, так і збереженню генофонду.²

Проголосивши, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (ст. 3 Конституції України), держава зобов'язалася всіма доступними засобами та можливостями захищати особу, особливо дитину.]Статтями 51–52 Конституції України передбачено державний захист дитинства, рівність дітей у своїх правах незалежно від походження, а також від того, народжені вони у шлюбі чи поза ним, та зазначено, що будь-яке насильство над дитиною та її експлуатація переслідуються законом. У Законі України «Про охорону дитинства» відзначено, що кожній дитині гарантується право на свободу, особисту недоторканість та захист гідності.

Правову основу захисту дітей від протиправних посягань складає вітчизняне та міжнародне законодавство. Згідно з положеннями Декларації прав дитини від 20 листопада 1959 року та Конвенції «Про права дитини» від 20 листопада 1989 року, прийнятих Генеральною Асамблеєю ООН, дитина унаслідок фізичної і розумової незрілості потребує спеціальної охорони й піклування, включаючи належний правовий захист як до, так і після народження.

У ч. 2 ст. 52 Конституції України закріплено положення про те, що будь-яке насильство над дитиною та її експлуатація переслідуються за законом, а приписами частин 3, 5 ст. 43 Основного Закону України категорично забороняється використання примусової праці дітей і праці дітей на небезпечних для їхнього здоров'я роботах. Але незважаючи на розгалужену систему державного та міжнародного правового захи-

¹ **Комаренко Галина Русланівна**, студентка, Таращанський державний технічний та економіко-правовий коледж

² Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР.

сту, останнім часом, значно зросла кількість кримінальних правопорушень, що вчинюються відносно дітей. Правопорушення щодо дітей посягають на їх нормальний розвиток, честь, гідність, недоторканість, основи суспільної моралі у сфері їх виховання, що значно впливає на рівень злочинності в цілому та дитячої зокрема. Одним із таких небезпечних діянь є використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом.

Питаннями кримінальної відповідальності за жебрацтво у вітчизняному законодавстві значною мірою займалися такі науковці, як: М.І. Бажанов, В.І. Борисов, Т.В. Варфоломеева, М.Й. Коржанський, В.О. Корнієнко, І.Г. Поплавський, С.І. Селецький, О.С. Сотула, Є.Л. Стрельцов, С.Д. Шапченко, О.П. Шем'яков, М.І. Хавронюк та І.В. Хохлова. Окремі аспекти складу злочину, передбаченого ст. 150-1 КК України, було розглянуто в публікаціях М.О. Колесник та А.М. Орлеана, Доляновської І.М.¹

З об'єктивної сторони злочин, передбачений ст. 150-1 КК, полягає в суспільно небезпечних діях - використанні малолітньої дитини для заняття жебрацтвом. Диспозиція ч. 1 ст. 150-1 КК є описовою і безпосередньо з неї випливає, що під заняттям жебрацтвом розуміються систематичне випрошування грошей, речей, інших матеріальних цінностей у сторонніх осіб.

Треба звернути увагу на те, що існує проблема щодо розуміння самого поняття «використання», яка має місце в судовій практиці, що породжує, у свою чергу, неоднозначність трактування цього поняття в науці, особливо при розгляді співвідношення таких категорій, як використання і втягнення. І. Г. Поплавський зазначає, що «втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність передбачає певну поведінку або ініціативу винної особи, пов'язану з впливом на неповнолітнього для використання (виділено мною) його у злочинній діяльності». Таким чином тут, науковець ототожнює втягування з використанням.²

Принципова відмінність між поняттями «втягнення» та «використання», як зазначають Н. М. Крестовська та М. А. Готвянська, полягає в наступному. «Втягнення» - це схилення дитини до злочину або іншої негативної девіації, тобто вчинення дитиною активної протиправної або аморальної дії (крадіжки, шахрайства, вживання спиртних напоїв, жебракування тощо). Використання, у свою чергу означає трактуван-

¹ Калмиков Д. О. « Експлуатація дітей, учинена організованою групою: аналіз змісту діяння та техніки його законодавчої регламентації»

² Кримінальний кодекс України : коментарий / под ред. Ю. А. Кармазіна и Е. Л. Стрельцова. - Харьков : Одиссей, 2001. 960 с.

ня злочинцем дитини не як людини, а як корисної для нього речі, що своїм виглядом спонукає інших осіб до безоплатної передачі йому певних матеріальних цінностей (грошей, продуктів тощо), тобто в такому разі дитина є знаряддям учинення антигромадських дій, будучи одночасно беззахисною жертвою правопорушника¹.

За ч. 1 ст. 150-1 КК суб'єктом злочину являються батьки (один із батьків), а також особи, які їх замінюють. Такими є близькі родичі (рідні брати, сестри, дід, баба), опікуни, на утриманні яких перебувають діти.

Відповідно до Сімейного кодексу України та Закону України "Про охорону дитинства" батьками та особами, які замінюють батьків, можуть бути визнані лише ті особи, які мають право і на яких покладається обов'язок виховувати дитину, піклуватися про її здоров'я, фізичний, духовний і моральний розвиток, навчання, створювати належні умови для розвитку її природних здібностей, поважати гідність дитини, готувати її до самостійного життя та праці. ,

Батьки - це рідні батько і мати дитини, у тім числі ті, з якими дитина спільно не проживає, а також:

- а) усиновителі;
- б) прийомні батьки;
- в) батьки-вихователі.

Особами, які замінюють батьків, відповідно до законодавства є:

- а) опікун, піклувальник;
- б) патронатний вихователь;
- в) фактичний вихователь (особа, яка взяла у свою сім'ю дитину-сироту чи дитину, з інших причин позбавлену батьківського піклування).

Суб'єктивна сторона злочину є його внутрішньою сутністю. Ігнорування ознак суб'єктивної сторони може призвести до об'єктивного ставлення, тобто матимуть місце випадки притягнення до кримінальної відповідальності за невинне спричинення шкоди. Також цей елемент складу злочину дає змогу відмежовувати злочинні діяння від незлочинних, проводити відмежування діянь, що збігаються зовні, за об'єктивними ознаками, та має велике значення для індивідуалізації покарання. Законодавець розкриває його шляхом використання таких понять, як вина, мотив, мета, кожне з яких характеризує психічну сутність злочину з різних сторін. З суб'єктивної сторони злочин - оскільки

¹ Крестовська Н. М., Готвянська М. А. Використання дітей молодшого віку при жебракуванні: проблеми кваліфікації та юридичного реагування. Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). 2005. № 12. С. 124-129.

ки обов'язковою ознакою його складу є мета - характеризується прямим умислом. Метою використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом є отримання прибутку. У ст. 150-1, як і у ст. 150 КК, під прибутком розуміють усі доходи, отримані у зв'язку з використанням дитини - у цьому випадку для заняття жебрацтвом.

Кваліфікований склад злочину за ч. 2 ст. 150¹ КК утворюють дії, вчинені:

- щодо чужої малолітньої дитини;
- пов'язані із застосуванням насильства чи погрозою його застосування;
- повторно;
- особою, яка раніше скоїла один із злочинів, передбачених статтями 150, 303, 304 КК;
- за попередньою змовою групою осіб.

Особливо кваліфікований склад злочину за ч. 3 ст. 150¹ КК включає діяння, вчинені:

- організованю групою;
- а також якщо внаслідок таких дій дитині спричинені середньої тяжкості чи тяжкі тілесні ушкодження.

Діти, які живуть на вулицях, втягнуті різними кримінальними структурами чи просто людьми з такими намірами змушені йти жебракувати і приносити здобуте старшим людям. Щоб вижити, їм потрібно бути частиною якоїсь групи, яка б давала їм хоча б якесь умовне відчуття захисту, умовні правила гри. Дуже часто до жебракування змушують шляхом залякування, погроз з боку дорослих людей, які мають на дітей серйозний вплив. Не рідко батьки самі змушують дітей просити, навіть красти чи просто вимагають будь-яким чином знайти гроші щоб купити алкоголь, наркотики чи інші речі.

Навіть коли ми бачимо жінок з грудними дітьми, що жебракують в метро чи на вулиці, скоріше за все, даючи гроші цій людині ми не стільки домагаємо цій людині чи навіть дитині у їхній складній життєвій ситуації, скільки вносимо свою лепту в систему кримінальної діяльності по експлуатації дитячої праці та жебракуванню. Нажаль є підстави говорити, що часто в ці схеми заповідяні і представники правоохоронних органів. Тому це відбувається настільки відкрито і очевидно, що зрозуміло, що для того щоб це мало місце, потрібний хоча б пасивний дозвіл з боку тих людей, які відповідають за охорону порядку на вулиці.

Як зазначає В.П. Швидкий, поповнення напівкримінальних вуличних структур за рахунок підлітків головним чином відбувалося через

їх незадовільне матеріально-побутове забезпечення навіть у закладах державної соціальної опіки. Фахівці Міжнародної організації праці після проведення досліджень виявили, що найбільш поширеною формою експлуатації дитячої праці є торгівля на ринку, потім йде жебракування і вантажні роботи.

Кримінальне законодавство деяких зарубіжних країн передбачає кримінально-правові норми, а подекуди й цілі розділи, в яких регламентується відповідальність за втягнення неповнолітніх в жебрацтво та використання малолітніх для заняття жебрацтвом. Кримінальне законодавство щодо протидії залучення неповнолітніх до злочинної діяльності наявне в державах із різними правовими системами, але можна відмітити, що в них не однаково визначено родову належність суспільних відносин, яким завдається шкода. В Кримінальних кодексах Республіки Болгарія та Республіки Узбекистан цим питанням присвячено глави під назвою «Злочини проти шлюбу, сім'ї та молоді».^{1 2}

В Кримінальному кодексі Голландії – розділи під назвами «Злочини проти суспільного порядку» та «Злочини проти суспільної моральності».³ У ст. 253 КК Голландії йдеться: «Особа, яка передає іншій особі або залишає під контроль іншої особи дитину молодше 12 років, по відношенню до якого у неї є законі повноваження, при цьому знаючи, що вона буде використана у цілях жебракування, у якості натурщика, пов'язаних з ризиком, або у роботі, небезпечній чи шкідливій для здоров'я, підлягає покаранню...»

У Кримінальному кодексі Туреччини присвячено окрему главу «Жебрацтво». У ст.545 КК Туреччини йдеться: «Особа, яка схиляє дітей у віці до 15 років до заняття жебрацтвом або дозволяє дітям у віці до 15 років, які знаходяться під їх опікою, піклуванням, охороною або наглядом, жебракувати, або, яка дозволяє будь-кому використовувати дітей для жебрацтва, карається...».⁴

¹ Уголовный кодекс Республики Узбекистан: с изменениями и дополнениями на 15 июля 2001 года (вступит. статья М. Х. Рус-тамбаева, А. С. Якубова, З. Х. Гулямова). СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. 338 с.

² Уголовный кодекс Республики Болгария (науч. ред. А. И. Лукашова). СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. 298 с.

³ Уголовный кодекс Голландии (науч. ред. Б. В. Волженкин), 2-е изд. СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. 510 с

⁴ Уголовный кодекс Турции / принят Великим Национальным Собранием Турции 1 марта 1926 г. с изм. и доп. на 3 августа 2002 г. (науч. ред. Н. Сафарова и Х. Аджара). СПб:Юридический центр Пресс, 2003. 374 с.

Залучення неповнолітніх до злочинної діяльності мають однако-ву правову природу, але диспозиції статей кримінальних кодексів окремих країн мають свої особливості. Наприклад, у ч.2 ст.185 КК Республіки Болгарії говориться: «Хто самовільно візьме або затримає у себе чужу дитину, яка не досягла 14-річного віку, шляхом насильства, погрози, обману, з наміром використовувати дитину в корисних або аморальних цілях, караються...».

Також, у ч.1 ст.189 КК Республіки Болгарії йдеться: «Хто систематично використовує для заняття жебрацтвом особу, про яку він повинен піклуватися, карається...». У ч. 2 цієї ж статті говориться про караність такого роду діянь батьків та опікунів потерпілого.

Таким чином, проведений порівняльно-правовий аналіз норм кримінального законодавства зарубіжних країн дозволяє зробити висновок про єдиний намір законодавців всіх країн захистити неповнолітніх від негативного впливу дорослих осіб. Хочеться звернути особливу увагу на те, що в кримінальних кодексах багатьох вищеназваних країн існують цілі розділи, присвячені захисту сім'ї та неповнолітніх, тому доцільним буде і в Кримінальному кодексі України виділити розділ «Злочини проти сім'ї та неповнолітніх», в якому об'єднати всі суспільно небезпечні діяння, яких налічується більше 30 та які знаходяться в різних розділах Особливої частини і передбачають кримінальну відповідальність за злочини проти дитини.

Науковий керівник: Голобородько Н.В. викладач юридичних дисциплін Таращанського державного технічного та економіко-правового коледжу

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗА НАРУГУ НАД ДЕРЖАВНИМИ СИМВОЛАМИ ¹

Стратегічний курс нашої держави на членство у ЄС та відповідно економічні й політично-правові реформи, спрямовані на забезпечення верховенства права та впровадження європейських стандартів у всі сфери суспільного життя, реалізуються повільно й непослідовно.² Невід'ємною належністю кожної держави є державний герб, прапор і гімн, які уособлюють символи її суверенітету. Державні символи представляють державу, ідентифікують її з-поміж інших країн, у них закладено глибокий зміст, пов'язаний з історією та сучасністю держави, ментальністю її народу, в них символічно відображено національну ідею. Кожен із цих символів виступає і використовується дипломатичними представництвами в суворо визначених випадках відповідно до загальноприйнятих протокольних норм і традицій країни перебування. Правила міжнародної ввічливості, на яких засновано сучасну протокольну практику, вимагають поваги до символів держави в міждержавних відносинах. Будь-яка неповага, виявлена щодо них, розглядається як свідомо ганебна дія, спрямована на адресу цієї держави, що суперечить міжнародному праву.³

Окремі питання кримінальної відповідальності за наругу над державними символами знайшли відображення у працях Н.О. Гуторової, С.Ф. Денисова, О.О. Кашкарова, М.Й. Коржанського, В.В. Кузнецова, В.О. Навроцького, В.В. Налуцишина, О.М. Омельчука, М.І. Хавронюка, С.С. Яценка та ін. Міжнародно-правові аспекти відповідальності за такі дії досліджували М.А. Баймуратов, В.А. Василенко, Р.А. Каламкарян, Ю.М. Колосов, І.І. Лукашук, Г.І. Тункін, Н.А. Ушаков, Р.Л. Хачатуров та інші вчені. Найчисленніша група джерел із цієї проблематики представлена публікаціями, в яких висвітлено прикладні аспекти сучасної протокольної практики як форми офіційної комунікації у сфері міжнародних відносин. Поряд з вагомим масивом довідкової літератури це, зокрема, праці таких зарубіжних та вітчизняних фахівців з питань дипломатичного протоколу та

¹ **Лихвенко Даніель Олександрівна**, студентка, Таращанський державний технічний та економіко-правовий коледж.

² Декларація про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин та співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй, прийнята 24.10.1970 р.

³ В.І. Напиральська «Кримінальна відповідальність за наругу над державними символами: міжнародно-правовий аспект»

етикету, як А. Борунков, Л. Васильєва-Чекаленко, Дж. Вуд, В. Головченко, Б. Гуменюк, Г. Данільчук, Р. Зарала, Ж. Камбон, Д. Левін, П. Лядов, Ф. Мартенс, В. Матвієнко, Г. Нікольсон, Г. Руденко, Е. Сатоу, В. Семенов, Ж. Серре, Ф. Сутирін, В. Улахович, Р. Фельтхем, О. Щерба та інші.

Завданнями наукової роботи є:

- встановити проблемні питання кваліфікації злочину, передбаченого ст. 338 КК України, за наругу над державними символами, за сукупністю з іншими кримінально-правовими нормами, а також відмежувати від суміжних складів злочинів;
- визначити основні проблеми конкуренції кримінальної відповідальності за публічну наругу над державними символами з іншими кримінально-правовими нормами.

Об'єктом дослідження наукової роботи - є наруга над державними символами, як один із злочинів у сфері органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян.

Предметом дослідження є норми чинного кримінального законодавства, практика їх застосування, тенденції та закономірності розвитку кримінального законодавства про відповідальність за наругу над державними символами.

Загальновідомі події останніх чотирьох років продемонстрували істотні недоліки механізму кримінально-правової охорони державної символіки в Україні. Акти насильства щодо учасників мирних заходів (у тому числі з боку працівників правоохоронних органів), численні захоплення державних будівель, інші дії з підриву авторитету держави часто супроводжувалися паплюженням державних символів України.

Згідно статі 65 Конституції України шанування її державних символів є обов'язком громадян України. Адже ставлення народу до символів державного суверенітету віддзеркалює правосвідомість та виражає патріотизм суспільства, а неповага до цих символів є проявом цинізму по відношенню до всього Українського народу. Тому Кримінальним Кодексом передбачено відповідальність за наругу над державними символами.

Згідно з Конституцією України, державними символами України є Державний Прапор України, Державний Герб України і Державний Гімн України. У І Розділі Конституції України в 20 статті сказано: "Державний Прапор України – стяг із двох рівновеликих горизонтальних смуг синього і жовтого кольорів"¹. Великий Державний Герб України

¹ Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. із змінами і доповненнями: офіц. вид. - К., 2004. - 80 с.

встановлюється з урахуванням малого Державного Герба України та герба Війська Запорізького законом, що приймається не менш як двома третинами від конституційного складу Верховної Ради України. Головним елементом великого Державного Герба України є Знак Княжої Держави Володимира Великого (малий Державний Герб України).¹ У 1917-1920 «Ще не вмерла Україна» (музика М.Вербицького, текст П. Чубинського) як єдиний державний гімн законодавче не був затверджений, використовувалися й інші гімни.² Процес розробки зовнішньої атрибутики сучасної Української держави також не завершений. 15 січня 1992 музична редакція Державного гімну була затверджена Верховною Радою України. 28 січня 1992 постановою ВР державним прапором України затверджено синьо-жовтий стяг, а 19 лютого 1992 ВР затвердила тризуб як малий герб України та головний елемент великого Державного герба.

Завдання справжнього громадянина України – знати і поважати символи своєї держави, свідомо дотримуватися почестей та правил поведінки щодо державних символів в повсякденному житті, під час урочистих і офіційних заходів, не дозволяти глумитися над ними, гордитися незалежною українською державою.

Вивчаючи кримінально-правові норми приходиться констатувати наявність у ньому чимало груп складів злочинів, які мають тотожні за змістом ознаки. Ця обставина зумовлює необхідність розмежовувати їх у ході кримінально-правової кваліфікації, для чого необхідно визначити, яке співвідношення між собою мають склади злочинів, у яких виявлені спільні ознаки.³

Проводячи класифікацію злочинів, передбачених розділом XV КК України, на підставі об'єкта злочину, О.О. Кашкаров до першої групи злочинів цього розділу зарахував три склади, у тому числі злочини, передбачені ст. 338 (“Наруга над державними символами”) КК України, яка містить два окремих складів злочину:

- 1) публічна наруга над Державним прапором України, Державним гербом України або Державним гімном України (ч. 1 ст. 338 КК). Як зазначають С.Ф. Денисов та О.С. Філіпський, безпосереднім

¹ Про Державний Герб України: Постанова Верховної ради України № 2137 - XII від 19 лютого 1992 р. / Верховна Рада України

² Про Державний Прапор України: Закон України № 2067 - XII від 28 січня 1992 р. / Верховна Рада України // Відомості Верховної Ради. - 1992

³ Кваліфікація злочинів: навчальний посібник / [Болдарь Г. Є., Гнетнев М. К., Зеленов Г. М., Лень В. В., Письменський Є. О.]; за ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. - К.: Істина, 2010. - 430 с.

об'єктом цього злочину є встановлений чинним законодавством порядок використання державних символів України;¹

- 2) публічна наруга над офіційно встановленим або офіційно піднятим прапором чи гербом іноземної держави (ч. 2 ст. 338 КК), наявність двох окремих складів злочину в цій статті КК зумовлена різними безпосередніми об'єктами злочинів та різними предметами злочинів. Також до цієї групи злочинів належить злочин, передбачений ст. 339 КК ("Незаконне підняття Державного прапора України на річковому або морському судні"). Слід підтримати думку О.О. Кашкарова, що зазначені вище склади злочинів можна об'єднати у групу одновидових на тій підставі, що вони введені до КК з метою кримінально-правового захисту порядку використання державних символів

До питань, які неоднозначно вирішуються у науці кримінального права та практиці застосування кримінального закону і стосуються кримінально-правової кваліфікації злочинів, пов'язаних із вчиненням публічної наруги над державними символами, можна зарахувати, зокрема, такі:

- 1) як кваліфікувати наругу над Державним прапором України, Державним гербом України або Державним гімном України, котрі не були вчинені публічно, але згодом стали доступними для широкого загалу, у тому числі незалежно від волі особи, яка вчинила таку наругу;
- 2) як кваліфікувати наругу над Державним прапором України, Державним гербом України або Державним гімном України, вчинену з хуліганських мотивів;
- 3) як кваліфікувати наругу, вчинену над прапором чи гербом іноземної держави, які не були офіційно встановлені;
- 4) як кваліфікувати наругу над гімном іноземної держави;
- 5) як кваліфікувати наругу над прапором, гербом або гімном, які імітують Державний прапор України, Державний герб України або Державний гімн України, але фактично ними не є тощо.

Підтримуючи позицію М.Й. Коржанського, кваліфікувати злочин означає дати йому юридичну оцінку і встановити (застосувати) ту кримінально-правову норму, яка повніше описує ознаки цього злочи-

¹ Кашкаров О.О. Кваліфікація злочинів, передбачених розділом XV Кримінального кодексу України на підставі об'єкту злочину / О.О. Кашкаров // Кримський юридичний вісник. - 2009. - № 3. - с. 67-72.

ну.¹ Законодавець у ч. 1 ст. 338 КК України [2] встановив, що кримінальна відповідальність за наругу над Державним прапором України, Державним гербом України або Державним гімном України настає виключно у випадку, якщо таку наругу було вчинено публічно.

В “Академічному тлумачному словнику української мови” термін “публічний” вживається у трьох значеннях: 1) який відбувається в присутності публіки, людей; прилюдний; 2) призначений для широкого відвідування, користування; громадський; 3) спрямовується до публіки.²

Таким чином, публічно вчиненою слід вважати наругу, яка відбулась у присутності інших осіб і була спрямована на публіку. Але на практиці можуть виникати випадки, коли, скажімо, особа розмалювала прапор без присутності інших людей, але з подальшим винесенням такого прапора на людські очі. Те, що такі дії підлягають кваліфікації за ст. 338 КК України як публічна наруга, не є дискусійним. Але виникає запитання: як кваліфікувати дії особи, яка, наприклад, розмалювала Державний прапор України з метою його подальшого публічного використання, скажімо, під час проведення акції протесту, але така акція не відбулась, і особа не довела свій задум до кінця незалежно від власної волі. Зазначені злочини слід зарахувати до злочинів із формальним складом, оскільки диспозиція ст. 338 КК України не містить вказівки на будь-які суспільно небезпечні наслідки. Але, як відомо, обов'язковим елементом об'єктивної сторони формального складу будь-якого злочину завжди є діяння, до якого законодавець при створенні юридичного складу злочину певного виду може “додавати” як обов'язкові й інші (крім наслідків) елементи об'єктивної сторони, наприклад, спосіб, час, обстановку. У нашому випадку обов'язковою ознакою злочину, передбаченого ст. 338 КК України, є публічність вчиненої наруги.

Щодо кваліфікації наруги над державними символами, вчиненої з хуліганських мотивів, то відповідно до п. 4 Постанови Пленуму Верховного Суду України “Про судову практику у справах про хуліганство” від 22.12.2006 р. № 10 необхідно відрізняти хуліганство від інших злочинів залежно від спрямованості умислу, мотивів, цілей винного й обставин учинення ним кримінально караних дій³.

¹ Коржанський М.Й. Кваліфікація злочинів : навч. посіб. 2-ге вид. К. : Атіка, 2002. 640 с.

² Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

³ Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар Кримінального кодексу України (за заг. ред. О.М. Джузи, А.В. Савченка, В.В. Чернея). К. : Юрінком Інтер, 2016. 1064 с.

Загальновідомим є той факт, що хуліганство часто кваліфікується за сукупністю з іншими злочинами. Водночас у своїх зовнішніх проявах наруга, що визначається як “образливе, грубе знущання, блюзнірство, образливе знущання над ким-небудь, чим-небудь”, є дуже подібною до хуліганських дій. На думку М.Й. Коржанського, для кваліфікації діяння важливо встановити і застосувати саме ту норму, що містить певний, конкретний склад злочину. Але який? Як впливає з наведеного, такі суміжні склади злочинів відрізняються один від одного лише однією ознакою (рідше - двома). Для правильного розмежування наруги і хуліганства необхідно виходити з того, що останнє відрізняється від інших подібних посягань, насамперед, спрямованістю умислу, хуліганськими мотивами, незначними приводами та внутрішніми причинами вчинення дій, які грубо порушують громадський спокій і громадську мораль. Тому розуміння сутності зазначених понять є важливою умовою правильного застосування кримінального закону в кожному випадку кваліфікації злочину.

Частиною 2 ст. 338 КК України передбачено кримінальну відповідальність за наругу, вчинену над прапором чи гербом іноземної держави. При цьому умовою криміналізації таких дій законодавець визнав офіційне встановлення прапора чи герба іноземної держави. Відповідно, на відміну від прапора та Герба України, прапори і герби іноземних держав, які не були офіційно встановлені або підняті, не є предметом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 338 КК.¹

Виходячи з того, що офіційно встановленим або піднятим вважається прапор (герб), який встановлено на території посольства чи консульства чи у зв'язку з візитом делегації іноземної держави у місці її зустрічі тощо, то знищення або пошкодження прапора (герба), який не був офіційно піднятий (встановлений), інша публічна наруга над ними або над прапором (гербом) міжнародної організації не є кримінально караними. Тільки у випадку, якщо такі дії були поєднані з порушенням громадського порядку і супроводжувалось особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом, вони можуть бути кваліфіковані за ст. 296 КК.²

Крім того, наруга над гімном іноземної держави в національному кримінальному законодавстві взагалі не криміналізована, тоді як ч. 1 ст. 338 КК встановлює відповідальність за аналогічні дії відносно Державного гімну України.

¹ В.І. Напиральська «Кримінальна відповідальність за наругу над державними символами: міжнародно-правовий аспект»

² В.І. Напиральська «Проблемні питання кваліфікації злочинів за ст. 338 Кримінального кодексу України»

Тому, розглядувана норма кримінального закону потребує суттєвого вдосконалення і внесення відповідних змін, оскільки авторитет української держави підривається не лише у разі посягання на офіційно встановлені прапор і герб іноземної держави. Наприклад, дуже часто прапори іноземних держав знищують біля будівель посольств для висловлення публічної незгоди з діями чи рішеннями урядів відповідних країн. У цьому випадку умисел спрямований саме на висловлення неповаги до відповідної держави шляхом наругу над її офіційним символом. Але ж цей символ не є офіційно встановленим, отже не можна говорити і про склад злочину, передбаченого ч. 2 ст. 338 КК України. Це є істотним недоліком такої норми, оскільки в останньому випадку авторитет України у світі страждає тому, що представники української влади начебто не спромоглися політичними та іншими засобами попередити демонстрацію неповаги до державних символів певної іноземної держави, а тим самим і до неї самої.

Взагалі весь процес кваліфікації злочинів за своєю сутністю полягає в послідовному відмежуванні кожної ознаки вчиненого діяння від ознак інших, суміжних злочинів. Усі ознаки складу злочину виконують відмежувальну роль і призначені переважно для цього. Кожна ознака злочину, описаного в законі, відокремлює певний злочин від інших або відмежовує злочин від інших правопорушень.

Отже, на практиці в процесі кримінально-правової кваліфікації злочинів за ст. 338 КК України виникає чимало проблемних ситуацій, пов'язаних із застосуванням кримінального закону. Широкий спектр питань, які потребують ретельного вивчення і наукового аналізу, визначає необхідність подальшого дослідження проблем кримінальної відповідальності за наругу над державними символами та внесення відповідних змін до ст. 338 КК України. Необхідно виходити з того, що кримінальна відповідальність не тільки особиста (персоніфікована), але вона завжди конкретна, чітко визначена. Найбільшою мірою вона конкретизується саме кваліфікацією злочину, яка значною мірою визначає сутність, зміст і обсяг обвинувачення.¹

Науковий керівник: Голобородько Н.В., викладач Таращанського державного технічного та економіко-правового коледжу

¹ В.І. Напиральська «Проблемні питання кваліфікації злочинів за ст. 338 Кримінального кодексу України»

СПІВВІДНОШЕННЯ СТАНУ СИЛЬНОГО ДУШЕВНОГО ХВИЛЮВАННЯ ТА ОБМЕЖЕНОЇ ОСУДНОСТІ ¹

Проблема суб'єкта злочину продовжує залишатися актуальною, і це зрозуміло, адже науковці завжди цікавились і будуть цікавитись питаннями щодо того, хто вчиняє злочинне діяння. Попри те, що в законодавстві досить чітко прописано хто є суб'єктом злочину, яка особа є обмежено осудною, а яка взагалі неосудною, проблемних питань стосовно цього не поменшало. Одним із таких дискусійних питань є проблема співвідношення стану сильного душевного хвилювання та обмеженої осудності.

Як наголошує Г.А. Злобін, формуючись протягом століть, етичні уявлення та правосвідомість людей глибоко увібрали в себе ідею про те, що відповідальність за заподіяння шкоди обґрунтована тільки тоді, коли в діянні, яким ця шкода була заподіяна, так чи інакше брали участь свідомість та воля людини². На мою думку, це дуже правильно сказано, адже злочини особа вчиняє свідомо та з власної волі. Неможливо вчинити умисне вбивство і не бажати смерті особі, вбивця свідомо йде на цей крок, він знає, що після його суспільно небезпечного діяння настануть саме ті наслідки, які він бажає, тобто смерть. Саме в цьому бажанні настання суспільно небезпечного наслідку дуже добре видно, що особа йде на це з власної волі та за своїм бажанням, але, звичайно, можливі винятки. Тут доцільно згадати думку Г.В. Назаренка, який зазначає, що свободу волі часто ототожнюють з можливістю усвідомлено-вольової поведінки суб'єкта, тобто з осудністю, обмежену свободу волі – з обмеженою осудністю, ресурс якої обмежується психічними аномаліями, а відсутність свободи волі прирівнюють до неосудності, коли свобода волі та осудність руйнуються психічними розладами, що позбавляють особу здатності діяти свідомо та з власної волі³. З приводу співвідношення таких понять як свобода волі, осудність та психічні стани, виникає дуже багато дискусій. На нашу думку, варто погодитись з тими вченими, які вважають, що свобода волі та осудність – це різні поняття, адже осудність – це тільки прояв свободи волі, її частина, а вона, своєю чергою, скоріш за все відноситься до філософської проблематики, а не до кримінально-правової.

¹ Матій Юлія Едуардівна, студентка, юридичний факультет, УжНУ.

² Злобин Г.А., Никифоров Б.С. Умысел и его формы. Москва: Юридическая литература, 1972. С. 5.

³ Назаренко Г.В. Невменяемость: уголовно-релевантные психические состояния. СПб.: Издательство Юридический центр Пресс, 2002. С. 32.

Отже, якщо говорити про ті моменти, коли особа несвідомо і без власної волі вчиняє суспільно небезпечне діяння, то цікавими явищами тут буде обмежена осудність та стан сильного душевного хвилювання. Взагалі співвідношення цих двох понять є дуже цікавим, а також проблематичним. Аналізуючи думки багатьох вчених, можна дійти до висновку, що одні вважають, що стан сильного душевного хвилювання є проявом обмеженої осудності, інші стоять на думці, що ці поняття є взагалі різними, тобто стан сильного душевного хвилювання – це стан психічно здорової людини, який, своєю чергою, супроводжується зміною вольової та інтелектуальної сфери, внаслідок чого вона не може повністю усвідомлювати свої діяння та керувати ними. А обмежена осудність – це стан, який характеризується психічними розладами. В.М. Бурдін, наприклад, вважає, що стан сильного душевного хвилювання є проявом обмеженої осудності¹. Для того, щоб дати власну відповідь на те, як співвідносяться ці два поняття, потрібно проаналізувати кожне з них.

Відповідно до ст. 20 Кримінального кодексу України обмежено осудна особа – це така особа, яка під час вчинення нею злочину, через наявний у неї психічний розлад, не була здатна повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними. Практика проведення судово-психіатричних та судово-психологічних експертиз вже давно підтвердила висновок про те, що психічна діяльність людини, зокрема, рівнів усвідомлення, передбачення та вольового контролю, не має чітких переходів². Тобто є такі випадки, коли особа не повністю втрачає контроль над своєю поведінкою, а частково. Також існують дискусії з приводу термінології: для позначення цього поняття існує багато термінів, ось декілька з них: «зменшена осудність», «погранична осудність», «відносна осудність», «неповна осудність», «часткова осудність», «умовна осудність». Видається, що більшість неточностей викликані саме неоднозначністю термінології. Як наголошує В.М. Бурдін, не може йтись про умовну осудність, оскільки факт осудності особи законодавець не ставить у залежність від жодних умов. Осудність також не поділяється на частини, тому не правильно буде стверджувати про часткову осудність³. Інші терміни у нього також викликають

¹ Бурдін В.М. Осудність та неосудність (кримінально-правове дослідження): монографія. Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2010. С. 319-320.

² Лунц Д.Р. Проблема невменяемости в теории и практике судебной психиатрии. М.: Медицина, 1966. С. 204-205.

³ Бурдін В.М. Осудність та неосудність (кримінально-правове дослідження): монографія. Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2010. С. 260.

застереження з огляду на те, що осудність у кримінальному праві виконує чітко визначені функції – її наявність разом з іншими ознаками свідчить про те, що особа є суб'єктом злочину і може підлягати кримінальній відповідальності.

Отже, з огляду на викладене, використання вказаних вище термінів тільки ускладнює розуміння того, коли особа під час вчинення суспільно небезпечного діяння не могла повною мірою усвідомлювати свої дії та керувати ними. З огляду на це деякі науковці пропонують відмовитись від терміна обмежена осудність, тобто вони вважають, що особа є або осудною або неосудною. Але дивлячись на це з психологічної точки зору, можливі різні випадки, тобто особа може повною мірою не усвідомлювати свої діяння та керувати ними. Ось саме в цьому контексті обмежена осудність дуже тісно співвідноситься із станом сильного душевного хвилювання. Адже і в цьому випадку особа на деякий період часу, під впливом конкретних емоцій, перестає повною мірою усвідомлювати свої діяння.

Також є науковці, які розглядають поняття обмеженої осудності за допомогою трьох критеріїв. Так, наприклад, Н.А. Орловська обмежену осудність розглядає за допомогою медичного, юридичного та клінічного критеріїв. Медичний критерій становлять психічні аномалії, які не складають чітко структурованої системи, але об'єднуються в єдину групу за загальною ознакою – неглибоким рівнем ураження психіки. Юридичний критерій Н.А. Орловська поділяє на дві ознаки: вольову та інтелектуальну. Вольова ознака – це можливість особи керувати своїми діями, а інтелектуальна – усвідомлювати своє діяння. Клінічний критерій полягає в тому, що обмежена осудність простежується лише за наявності обмежених психічних здатностей суб'єкта злочину внаслідок психічної аномалії¹.

Щодо стану сильного душевного хвилювання то в Кримінальному кодексі України про нього зазначається у п'яти статтях. Три з них знаходяться в Загальній частині, а дві в Особливій. В п. 7 ст. 66 йдеться про те, що вчинення злочину під впливом сильного душевного хвилювання, викликаного неправомірними або аморальними діями потерпілого, є обставиною, що пом'якшує покарання. А щодо Особливої частини то там йдеться про відповідальність за вчинення умисного вбивства у стані сильного душевного хвилювання та за заподіяння умисних

¹ Орловська Н.А. Осудність та її види (порівняльний аналіз законодавства України та інших держав): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Оdesa, 2001. С. 12-13.

тяжких тілесних ушкоджень у стані сильного душевного хвилювання. Законодавець вказує на стан сильного душевного хвилювання як на обставину, що пом'якшує кримінальну відповідальність за відповідні діяння. Варто відзначити той факт, що термін «стан сильного душевного хвилювання» не використовується психологами. Ось тут і виникають труднощі. Точної відповіді на питання про те, що саме ми маємо віднести до цього стану, яка саме це має бути поведінка особи, а найголовніше чим вона відрізняється від обмеженої осудності ми не маємо. Вартою уваги з цього приводу є думка В.Л. Васильєва, який наголосив на тому, що психологічна наука не може пояснити, що саме потрібно розуміти під станом сильного душевного хвилювання, тобто не психологи це вигадали, не їм і пояснювати¹. На наш погляд, це дуже правильно сказано, бо законодавець дійсно використав такий термін, який не вживається психологами. Для позначення емоційних реакцій людини психологи використовують свою термінологію: афект, гнів, страх. Зрозуміло, що ці всі терміни, які використовують психологи для позначення емоційних реакцій людини, законодавець відносить до стану сильного душевного хвилювання, тобто він просто об'єднав їх в одну назву, що, з одного боку, є досить зручним, а з іншого – виникає багато дискусій серед науковців. Дискусійним також залишається питання про виникнення цього стану – раптовість, адже як зазначають вчені, стан сильного душевного хвилювання повинен виникати раптово. До прикладу, С.В. Бородин вважає, що раптовість цього стану означає:

- Несподіваність насильства, тяжкої образи чи інших протиправних або аморальних дій потерпілого для винного;
- Відповідну реакцію на них в межах стану сильного душевного хвилювання².

Окремі науковці вважають таке розуміння раптовості неправильним, адже стан сильного душевного хвилювання може виникнути і згодом, тобто коли людина згадує про образу, самого кривдника. На наш погляд, цей стан так чи інакше є раптовим. Адже навіть якщо особа згадала про це через деякий час, то повинні були бути на це певні причини: вона побачила кривдника, опинилась в тому місці, де це відбувалось, натрапила на предмет, який їй про це нагадує, і багато чого іншого, але все це відбувається раптово, тобто під впливом пев-

¹ Васильєв В.Л. Юридическая психология. СПб.: Питер Ком, 1998. С. 67-69; Юридична психологія: за заг. ред. Я.Ю. Кондратьєва. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 1999. С. 106-108.

² Бородин С.В. Преступления против жизни. М.: Юристь, 1999. С. 195.

них емоцій. Ці емоції саме і є тими, які нам описують психологи: страх, гнів, фізіологічний афект. Проаналізувавши ці дві категорії, ми схилиємось до того, що стан сильного душевного хвилювання все ж таки є проявом обмеженої осудності. Варто, однак, проаналізувати думки науковців і уже потім зробити остаточні висновки.

Т. М. Приходько, наприклад, вважає, що фізіологічний афект є частиною обмеженої осудності. Науковець аргументує свою думку тим, що в такої особи порушується здатність усвідомлювати свої дії та (або) керувати ними; також Т.М. Приходько стверджує, що фізіологічний афект має хворобливу природу.

Також дуже цікавою з цього приводу є думка О.Д. Сітковської, яка вважає, що дії, які вчинені на «вершині» афекту, не завжди є критерієм свідомо-вольової поведінки суб'єкта. Науковець переконана, що до початку афекту суб'єкт усвідомлює, керує своїми діями тобто може утриматись від вчинення певного діяння. Також вона стверджує, що у фазі найбільш інтенсивного перебігу афекту свідомість суб'єкта звужується, і це як наслідок призводить до непослідовної поведінки, у особи виключається можливість керувати нею¹. Інколи порушення свідомості в такому стані призводять до того, що суб'єкт повністю втрачає можливість адекватно оцінювати ситуацію, у нього також може блокуватись здатність до інтелектуально-вольового самоконтролю та саморегуляції².

Отже, якщо особа при перебігу афекту не повною мірою може керувати своїми діями, то тут очевидним залишається те, що стан сильного душевного хвилювання є різновидом обмеженої осудності. Варто також звернути увагу на те, що у ст. 1 Закону України «Про психіатричну допомогу» вказано, що під психічним розладом треба розуміти розлад психічної діяльності, визнаний таким відповідно до Міжнародної статистичної класифікації хвороб, травм та причин смерті³.

Окрім вчені вважають, що причиною стану сильного душевного хвилювання є провокаційна поведінка особи, а причиною обмеженої осудності є наявність психічних аномалій⁴. Відомий вчений В.М. Бурдін

¹ Ситковская О.Д. Аффект: криминально-психологическое исследование. М.: Юрлитинформ, 2001. С. 52.

² Кудрявцев И.А., Рагинова Н.А. Криминальная агрессия (экспертная типология и судебно-психологическая оценка). М.: Изд-во Моск. ун-та, 2000. С. 95.

³ Закон України «Про психіатричну допомогу» із змінами, внесеними Законом від 9 грудня 2004 р.

⁴ Дубинина М.И. Уголовная ответственность за преступления, совершенные в состоянии сильного душевного волнения: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1971. С. 13.

вважає, що не можна вирішувати питання про хворобливість психічного стану людини думаючи про те, чим обумовлений такий стан, тобто чи на нього вплинули зовнішні фактори, чи це індивідуальні психологічні особливості. Науковець вважає, що ці обставини тут не мають значення. Тобто ці відхилення, якщо їх можна так назвати, мають розглядатися як хворобливі прояви, не дивлячись на те, чим вони були зумовлені¹.

Підсумовуючи викладене, можемо зробити висновок, що стан сильного душевного хвилювання, при якому особа не повною мірою мала можливість усвідомлювати свої діяння та (або) керувати ними, є проявом стану обмеженої осудності. Визначальну роль у стані сильного душевного хвилювання відіграють емоції людини: гнів, страх, різні фізіологічні афекти. Опинившись під дією вказаних емоцій, особа не може повною мірою усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та (або) керувати ними. Отже, підсумовуючи викладене вище, робимо висновок, що стан сильного душевного хвилювання є проявом обмеженої осудності і тісно з нею пов'язаний.

Науковий керівник: к.ю.н., доц. *Андрушко А.В.*

ЗЛОЧИННІСТЬ У МІСЦЯХ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ ²

Актуальність теми. Злочинність у місцях позбавлення волі є прикладом найбільш небезпечних відхилень від соціальних норм з боку засуджених, адже одним із провідних завдань покарання є виправлення особи, тому аналіз злочинності у місцях відбування покарання та усвідомлення того, що є сприяючим фактором для вчинення таких злочинів допоможе запобігти подальшому їх вчиненню.

Аналіз останніх досліджень. Стан та тенденції розвитку злочинності у місцях позбавлення волі у своїх працях досліджували низка вітчизняних вчених, серед яких Ю.В. Баулін, В.В. Голіна, В.Я. Горбачевський, О.Г. Колб, С.Ю. Лукашевич, В.В. Топчій, Д.В. Ягунов та інші. Однак потребує подальшого аналізу сучасний стан, переваги та особливості злочинності у місцях відбування покарання.

¹ Бурдін В.М. Кримінальна відповідальність за злочини, вчинені у стані сильного душевного хвилювання. Львів: ПАІС, 2006. С.200

² **Понзель Ірина Василівна**, студентка, юридичний факультет, УжНУ.

Виклад основного матеріалу. В кримінологічній літературі не існує єдиного визначення поняття «злочинність у місцях позбавлення волі», такого, яке б в повному обсязі відображало всі його специфічні кримінологічні ознаки. У сучасних наукових джерелах до визначення даного поняття ставлення вчених дещо відрізняється. Так, наприклад, О. Г. Колб (2005) визначає це поняття як систему злочинів, зареєстрованих в установах виконання покарання і слідчих ізоляторах та кількість засуджених, які їх вчинили за певний відрізок часу. Також вчений вважає, що доречніше даний вид злочинності називати не «пенітенціарна злочинність», як всі звикли, а саме, «злочинність у місцях позбавлення волі», аргументом на користь даного твердження виступає ст. 11 Кримінально-виконавчого кодексу (КВК) України, в якій говориться, що в Україні створені та функціонують кримінально-виконавчі, а не пенітенціарні установи, що за змістом, об'єктом та предметом не є тотожними. І таким чином термін «пенітенціарна злочинність» не зовсім точно відображає природу явища, пов'язаного із злочинами у місцях відбування покарання. Також дане явище, досліджували такі науковці як В.В. Голіна (1989) та С.Ю. Лукашевич (2001), але їх визначення «злочинності у місцях позбавлення волі» відрізняється, від трактування даного поняття науковцем О.Г. Колб, вони вважають, що даний вид злочинності, це вид рецидивної злочинності, що виявляється як сукупність повторних злочинів засуджених, учинених ними в період відбування покарання. Дане визначення більш вдало описує це поняття, але і тут є деякі моменти з якими варто розібратися. Отже, ст. 32 Кримінального кодексу (КК) України, передбачено, що повторністю злочинів визначається вчинення двох або більше злочинів, передбачених тією самою статтею або частиною статті Особливої частини КК України. ст. 34 КК України передбачено, що рецидивом злочинів визначається вчинення нового умисного злочину особою, яка має судимість за умисний злочин. Враховуючи те, що не завжди засудженими у місцях відбування покарання вчиняються ті ж самі злочини, за які вони відбувають покарання та вчинити злочин в УВП може і особа, засуджена за необережний злочин, то не зовсім доцільно використовувати тут поняття «повторність злочинів». Проте автором загалом правильно обрано методологічний підхід у визначенні цього поняття. Також до злочинів у місцях позбавлення волі, на думку,

В.Я. Горбачевського (2013) та В.В. Топчія (2013) слід віднести вчинення злочину засудженим, вирок якого набрав чинності, під час конвоювання його до УВП або слідчого ізолятора.

Кримінально-правова структура злочинності місць позбавлення волі характеризується відносною стабільністю. Усі їх можна розподі-

лити на три групи: втеча з місця позбавлення волі або з-під варти і злісна непокора вимогам адміністрації виправних установ, які загалом складають більше половини всіх вчинених у місцях позбавлення волі злочинів; злочини, пов'язані з незаконним обігом наркотичних або інших заборонених речовин, предметів, зброї; найменшу за кількісними показниками, але найнебезпечнішу за видами групу становлять насильницькі злочини: умисні вбивства, замах на вбивство, умисні тяжкі тілесні ушкодження, хуліганство, погроза насильства або насильство.

Форми і способи втечі можуть бути різні залежно від виду установ виконання покарань: від самовільного залишення особою, яка відбуває покарання, місця позбавлення волі до підкопів і втеч з використанням насильства над охороною, зброї, технічних засобів. Втечі бувають одиночні, групові і масові під час масових заворушень у колоніях. Але часто підготовка до втечі та й сама втеча мають або спрощений, або ситуативний характер і вчиняються чи то за допомогою примітивних засобів подолання огорожі (мотузка та ін.), чи то шляхом використання недоліків засобів охорони. Тому динаміка показників втечі багато в чому залежить від стану і організації охорони тієї чи іншої установи.

Непокора адміністрації установ виконання покарань виникає тоді, коли, на думку в'язнів, вона порушує їх права або незаконними діями позбавляє деяких благ. Причому ця думка може бути як обґрунтованою, так і надуманою, коли лідери засуджених здійснюють спробу взяти фактичне керівництво в колонії в свої руки. У цих випадках необґрунтоване потурання вимогам «авторитетів» може повністю дезорганізувати роботу установи виконання покарань.

Окрему групу злочинів у місцях позбавлення волі становлять крадіжки, грабежі і розбої. Частіше крадуть засуджені в інших засуджених. Нерідко речі і продукти харчування відбираються тими, хто займає в колонії становище лідера. Ці факти, як свідчить практика, часто невідомі адміністрації установ виконання покарань, а коли й стають відомими, то на них або не реагують, або застосовують заходи дисциплінарного характеру. Що стосується грабежів і розбоїв, то вони не дуже поширені у місцях позбавлення волі. Специфічним злочином у місцях позбавлення волі, який має майже повністю латентний характер, є насильницьке мужолозтво. (Голіна, 2009, с.200)

Також, злочини у місця відбування покарання можна класифікувати:

- I. За ступенем тяжкості – невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі.
- II. За формою вини – умисні та з необережності.

III. За об'єктом посягання та мотивами – насильницькі, корисливі, статеві.

IV. За соціально-демографічними ознаками – злочини вчинені чоловіками, жінками чи неповнолітніми. (Бараш, 2017, с. 65)

Аналіз даних, отриманих у порядку доступу до публічної інформації – у відповідь Державної кримінально-виконавчої служби на надісланий інформаційний запит, про стан злочинності в УВП України показує, що у кримінально-виконавчих установах (окрім слідчих ізоляторів та установ виконання покарань, що виконують функції слідчих ізоляторів) у 2012 році зареєстровано 568 злочинів, у 2013 році – 517 злочинів, у 2014 році – 417 злочинів, у 2015 році - 359 злочинів, у 2016 році – 256 злочинів, у 2017 році – 321 злочин, у 2018 році – 409 злочинів.

Проаналізувавши вищезазначені дані, можна спостерігати, що з 2014 року рівень злочинності знижується. Але це тільки кількісний показник, адже з початку 2014 року після анексії Криму та збройного конфлікту на території Донецької та Луганської областей, частина території України непідконтрольна українській владі. Окрім того частину засуджених до позбавлення волі звільнено по амністії або звільнено згідно із Законом України від 26 листопада 2015 р. № 842-VIII «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо вдосконалення порядку зарахування судом строку попереднього ув'язнення у строк покарання» (ширше відомий як «закон Савченко»). Відтак можна дійти до висновку, що в якісному співвідношенні кількість злочинів у місцях відбування покарання не зменшилася, а збільшилася. Так, наприклад, якщо у 2012 році в Україні у 183 кримінально-виконавчих установах трималося під вартою 154 029 засуджених, то станом на 1 березня 2019 року у 148 установах тримаються під вартою 54 677 засуджених. 29 установ знаходяться на території Донецької та Луганської областей, що тимчасово не контролюється українською владою. У середньому в установах Державної кримінально-виконавчої служби України реєструється до 400 злочинів щорічно. Динаміка злочинності в місцях позбавлення волі має тенденцію до збільшення кількості зареєстрованих злочинів. Зокрема на це вказують кількісні показники злочинності в місцях позбавлення волі у 2017 та у 2018 роках, які свідчать про її поступове повернення до рівня 2013-2014 років.

Що стосується причин злочинності в місцях позбавлення волі, то вони є дуже специфічними і пояснюються особливістю формальних і неформальних стосунків між засудженими, з одного боку, та адміністрацією установ виконання покарань - з іншого. Потрапивши до кримінальної групи і сприйнявши її субкультуру, особа звільняється від

соціальних заборон, а нерідко порушення цих заборон не тільки схвалюється, а й стає однією із норм кримінальної субкультури, що, в свою чергу, впливає на рецидивну злочинність у місцях позбавлення волі.

На думку Д. Виговського (2006), субкультура - це відносно самостійна частина у межах домінуючої культури, що визнається певним колом осіб і має власні норми, вірування і цінності. Ю. Александров (2001) під кримінальною субкультурою розуміє спосіб життєдіяльності осіб, які об'єдналися у кримінальні групи та дотримуються певних законів і традицій. Як частина культури суспільства, кримінальна субкультура залежить від загально соціальних, економічних, ідеологічних, соціально-демографічних, правових та інших процесів, які в нью-мо відбуваються.

Дії осіб, які вчиняють злочини у місцях позбавлення волі кваліфікуються за ст. 69⁻¹ Загальної частини КК України та за спеціальною нормою Особливої частини КК України в залежності від скоєного злочину. Ст. 69⁻¹ КК України передбачено: «за наявності обставин, що пом'якшують покарання, передбачених пунктами 1 та 2 частини першої статті 66 цього Кодексу, відсутності обставин, що обтяжують покарання, а також при визнанні обвинуваченим своєї вини, строк або розмір покарання не може перевищувати двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого відповідною санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини цього Кодексу».

Постановою Пленуму Верховного суду «Про судову практику в справах про злочини, пов'язані з порушеннями режиму відбування покарання в місцях позбавлення волі» передбачено: «суди зобов'язані послідовно виконувати вимоги закону про індивідуалізацію покарання і виключити упередженість при призначенні покарання особам, які вчинили злочини у місцях позбавлення волі, маючи на увазі, що до них у повній мірі відносяться загальні начала призначення покарання, тобто має бути всебічне врахування ступеня суспільної небезпечності злочину, особи винного, його поведінки, характеру, мотивів і конкретних обставин скоєного злочину, інших обставин, що пом'якшують і обтяжують відповідальність. З метою найбільш повного з'ясування даних про особу підсудного до справи слід приєднувати разом з копіями раніше постановлених вироків та інших судових рішень також докладні характеристики про його поведінку та ставлення до праці у місцях позбавлення волі, а у необхідних випадках і документи про стан здоров'я. Призначаючи покарання за сукупністю вироків, судам необхідно виходити з того, що остаточне покарання повинно у максимальній мірі сприяти виправленню засудженого».

Висновки. Узагальнюючи вищевикладене, зазначимо, що конкретні злочинні прояви часто спричиняють шкоду не тільки окремим потерпілим, а й порушують роботу установ виконання покарань. За останні роки (2015-2018) намітилася тенденція до зростання рівня злочинності в місцях позбавлення волі. Найбільш криміногенними залишаються установи середнього та максимального рівня безпеки та найпоширенішими є такі злочини як злісна непокора адміністрації, тяжкі злочини проти життя та здоров'я особи, погроза насильства або насильство та втеча з установ виконання покарань.

Список використаних джерел:

1. Постанова Пленуму Верховного суду «Про судову практику в справах про злочини, пов'язані з порушеннями режиму відбування покарання в місцях позбавлення волі» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0002700-93?lang=ru>
2. Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001р. 2341-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>
3. Кримінально – виконавчий кодекс України: Закон України від 11.07.2003 № 1129-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1129-15>
4. Александров Ю. К. Очерки по криминальной субкультуре Ю. К. Александров . -М. : Права человека, 2001.- С. 148.
5. Бараш Є. Ю. Злочинність у місцях позбавлення волі: основні тенденції та динаміка / Є. Ю. Бараш // Юридична Україна. - 2017. - № 5-6. - С. 64-67.
6. Виговський Д. Л. Кримінальна субкультура в механізмі злочинності неповнолітніх: Дис. канд. юрид. наук : спец . 12.00.08. ІД. Л. Виговський.- К. 2006.- 207 С. 8.
7. Голина В.В. Криминологическая профилактика, предотвращение и пресечение преступлений : [учеб. пособие] / Голина В.В. – К. : УМВК ВО при Минвузе УССР, 1989. – С. 7.
8. Голина В.В. (ред.) Криминологія: Загальна та Особлива частини: підручник / І. М. Даньшин, В. В. Голина, М. Ю. Валуйська та ін.; за заг. ред. В. В. Голини. - 2-ге вид. перероб. і доп. - Х.: Право, 2009. – С. 288.
9. Горбачевський В.Я., Топчій В.В. Криминологічний аналіз умисних убивств і тяжких тілесних ушкоджень в установах виконання покарань// Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – 2013. - №4. – С. 72-78

10. Колб О.Г. Запобігання злочинності в місцях позбавлення волі : навч.посіб. – Луцьк: РРВ «Вежа» Волин, держ. ун-ту ім. Лесі Українки, 2005. – С.494.
11. Лукашевич С.Ю. Кримінологічна характеристика та попередження злочинності засуджених у місцях позбавлення волі: дис.. на здобуття наук. Ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 / Лукашевич С.Ю. – Х. : ХНЮА ім. Ярослава Мудрого, 2001. – С. 99.

Науковий керівник: *Дацюк В.Б., к.ю.н., доцент кафедри кримінального права та процесу, УжНУ*

ОСОБА ПОДАТКОВОГО ЗЛОЧИНЦЯ: КРИМІНОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ ¹

У кримінології дослідження особи злочинця пов'язано з виявленням особливостей злочинної поведінки, а також збиранням та аналізом значимої інформації про таку особу. Кримінологічна характеристика особи податкового злочинця має велике значення для розслідування податкових злочинів, адже саме вона є запорукою ефективності механізму запобігання та боротьби зі злочинними проявами у сфері оподаткування. Це насамперед зумовлено тим, що аналіз даних, які стосуються особи злочинця, дає змогу слідчому визначити напрями розслідування податкових злочинів і тактику проведення слідчих дій, зокрема, виробити найбільш оптимальні тактичні прийоми проведення допиту.

Виходячи з практики діяльності податкової міліції, можна стверджувати, що переважна частина злочинів пов'язаних з ухиленням від сплати податків вчиняється службовими та матеріально відповідальними особами, які працюють на підприємствах, установах організаціях різних форм власності, причому, більшість податкових злочинів вчиняється на підприємствах, що належать до приватної форми власності, це без сумніву зумовлено особливостями розподілу фінансових потоків та відносно невисоким рівнем контролю з боку державних органів. Таким чином, суб'єктами податкових злочинів є, в основному, керівники таких підприємств чи особи, пов'язані з веденням бухгалтерського обліку та фінансової звітності.

¹ **Телеп Юлія Василівна**, студентка, юридичний факультет, УжНУ.

Переходячи безпосередньо до кримінологічної характеристика особи податкового злочинця, слід зазначити, що вона включає в себе дані, які стосуються особистості злочинця: соціально-демографічні та кримінально-правові ознаки, соціально-психологічні риси, моральні якості.

Щодо соціально-демографічних рис податкового злочинця слід зазначити наступне. Податкову злочинність неможливо однозначно віднести ні до чоловічої, ні до жіночої злочинності, оскільки, хоча більшість злочинів у даній сфері вчиняється чоловіками, проте, частка жіночої злочинності переважає тоді, коли мова йде про притягнення до відповідальності за ухилення від сплати податків бухгалтера підприємства, установи чи організації, адже ними, зазвичай, виступають жінки.

Також не варто випускати з уваги так звану «географію податкової злочинності», під якою розуміють її територіальне поширення в державі, областях, містах, районах та селах, що пояснюється історичними, географічними, соціально-економічними, демографічними та іншими умовами розвитку регіону, його інфраструктурою тощо. Податкова злочинність за сучасних умов має яскравий «міський» характер (94,5 % злочинів вчиняються в місті, 3,2 % – селі, 1,3 % – селищі, 0,9 % – в СМТ)¹.

Невід'ємною складовою кримінологічної характеристики є вік податкових злочинців. Наявні дані показують, що найбільше податкових злочинів вчиняється особами у віці 30-39 років – 32,4 %, на другому місці – вікова група 40-49 (30,3 %), на третьому – 50 і більше (22,4 %), на четвертому – 25-29 (12,9 %), останнє місце – 18-24 років (2,1 %). При цьому, серед винних взагалі не було зафіксовано неповнолітніх. Як бачимо, найчастіше дані злочини вчиняються особами у віці від 30 до 49 років. Наведені особливості зумовлюються тим, що у вказаному віці особа вже має відповідну освіту, необхідний життєвий досвід та набуває практичного досвіду підприємницької діяльності, у тому числі й протиправних дій з мінімізації податкових зобов'язань та ухилення від оподаткування, володіє необхідними діловими та партнерськими зв'язками².

Крім того, слід зазначити, що податкові злочини відносяться до так званих «інтелектуальних злочинів». Особи, які ухиляються від сплати податків, відрізняються високим освітнім рівнем (61% осіб, засуджених за ухилення від сплати податків, мають вищу освіту, 23% - професійно-технічну освіту, 16% отримали лише загальну середню освіту),

¹ Іванов А. В. Кримінологічна характеристика податкової злочинності в Україні. Теорія і практика правознавства. 2014. Вип. 2 (6). С. 8-9.

² Іванов А. В. Податкова злочинність: кримінологічна характеристика, детермінація та запобігання: дис...канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2015. С. 40.

їм притаманна обізнаність щодо змісту нормативно-правових актів, які регламентують порядок нарахування та сплати податків, а також із правозастосовною та судовою практикою у даній сфері. Висока професійна кваліфікація податкових злочинців в сфері оподаткування та бухгалтерського обліку дозволяє ретельно планувати злочинну діяльність по ухиленню від сплати податків, а також спрямовувати значні зусилля на приховання слідів такої діяльності, що обумовлює високий рівень латентності таких злочинів та складність їх виявлення та розслідування¹. При вчиненні податкового злочину особа повинна усвідомлювати такі фактичні обставини: діяльність, якою вона займається, утворює об'єкти оподаткування або є підставою для оподаткування; існує наявність встановленого законом обов'язку щодо обчислення, нарахування, перерахування і сплати податкових внесків; відсутні правові підстави для звільнення від оподаткування.

Проте, слід зазначити, що це не завжди означає наявність у особи поінформованості в усіх тонкощах податкового законодавства, адже вона може бути наявна лише у вузького кола фахівців даної сфери. Мова йде, про те, що особа має загальне уявлення щодо певного кола питань, які стосуються оподаткування².

Разом із тим, можна виокремити такі типові соціально-психологічні риси осіб даної категорії: 1) високий рівень освіти, соціального статусу, матеріального достатку; 2) високий рівень самоконтролю та витримки; 3) самовпевненість, прагнення до лідерства; 3) наявність зв'язків у різних сферах суспільного життя, підприємницької діяльності і злочинному світі; 4) наявність корумпованих зв'язків з особами, які прикривають злочинну діяльність (співробітники правоохоронних органів, органів влади та управління); 5) стійка життєва позиція щодо отримання доходу з використанням протизаконних методів; 6) чіткі знання особливостей підприємницької діяльності, які можуть бути використані у механізмі вчинення злочинних діянь (технологічні процеси, списання сировини, заниження обсягів виготовлення продукції); 7) знання особливостей діяльності слідчих та оперативних підрозділів³.

¹ Філоненко Г. Г. Суб'єкт ухилення від сплати податків: криміналістичний аспект. Часопис Академії адвокатури України. 2013. № 18. С. 2.

² Смирнова А. В. Інтелектуально-вольові ознаки співучасників ухилення від сплати податків, зборів та інших обов'язкових платежів. Актуальні проблеми держави і права. 2010. Вип. 55. С. 327-328.

³ Задорожний О. С. Криміналістична характеристика ухиленнь від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів та основні положення їх розслідування: автореф. дис....канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2006.С. 9.

Що стосується мети і мотивів ухилення від оподаткування, то у доктрині кримінального права дане питання є дискусійним. Взагалі для податкових злочинців характерна корислива мотивація і, відповідно, метою вчинення даного злочину, зазвичай, вважають особисте збагачення. Проте, на нашу думку, недоцільним видається розглядати мету і мотив податкових злочинців лише в такому вузькому аспекті, адже очікуваний результат може бути різним, до прикладу, доведення підприємства до банкрутства чи, навпаки, забезпечення задоволення потреб підприємства у збереженні фінансових ресурсів тощо.

Тобто, таким чином, очевидно, що причиною ухилення від сплати податків суб'єктами господарювання є не лише бажання матеріального збагачення, а й інші причини, які можна умовно об'єднати в декілька груп: економічні: погіршення фінансового стану підприємства; інфляційні процеси; загальна економічна кон'юнктура ринку тощо; політичні: лобювання інтересів платників податків, пов'язаних із владою; незадоволеність певних осіб політичною ситуацією, яка проявляється через невиконання податкових зобов'язань тощо; організаційно-правові: складність і неузгодженість податкового законодавства; брак досвіду боротьби з окремими способами ухилення від податків; малий досвід міжнародної співпраці у справах боротьби зі злочинами у сфері оподаткування тощо ¹.

Окрім того, слід звернути увагу на те, що ухилення від оподаткування в абсолютній більшості випадків не є продовженням злочинної діяльності раніше судимих осіб і лише приблизно десята частина всіх засуджених за податкові злочини є раніше судимими особами зі сталими антисоціальними нахилами ².

Необхідно зауважити, що у науковій літературі пропонується проводити класифікацію типів податкових злочинців в залежності від їх поведінки під час слідчих дій: 1) нейтральний тип (особа сприяє встановленню істини у справі, визнає вину, як правило, вчиняє даний злочин вперше); 2) тип злочинця з провокативною поведінкою (особа чинить опір встановленню істини у справі, діяльність по ухиленні від сплати податків здійснює на постійній основі). Г.М. Дашковська виділяє наступні типи податкових злочинців: 1) корисливий тип; 2) непос-

¹ Бурда Н. М., Чубай В. М. Ухилення від сплати податків суб'єктами підприємницької діяльності: методи здійснення та алгоритм виявлення. Науковий вісник Національного лісотехнічного університету України. 2011. Вип. 21.15. С. 170.

² Іванов А. В. Податкова злочинність: кримінологічна характеристика, детермінація та запобігання: дис...канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2015. С. 60.

лідовно корисливий тип; 3) інтелектуальний та 4) ситуаційний типи. Найбільш послідовною видається класифікація запропонована В. Д. Ларичевим: 1) особи, які систематично порушують податкове законодавство розраховуючи на те, що податкові та правоохоронні органи не зможуть їх виявити. Як правило, у разі виявлення таких порушень, такі особи без конфліктів сплачують необхідні суми до бюджетів. Зазвичай це керівники комерційних банків, поважних компаній, які турбуються про свою репутацію та уникають оприлюднення інформації про вчинені ними податкові злочини; 2) платники податків, які здебільшого є законотрухняними, але не погоджуються з окремими положеннями податкового законодавства, оспорюючи відповідні нормативно-правові акти чи рішення податкових органів (керівники невеликих компаній); 3) керівники підприємств, які існують лише формально; 4) керівники фірм-одноденок.

Резюмуючи, зазначимо, що податкові злочини вчиняються зазвичай чоловіками з вищою освітою віком від 30 до 50 років, які є керівниками, підприємств, установ чи організацій та володіють значним досвідом у здійсненні підприємницької діяльності. Саме з огляду на те, що податкові злочини потребують високої професійної кваліфікації податкових злочинців у сфері оподаткування та бухгалтерського обліку, яка дозволяє ретельно планувати злочинну діяльність по ухиленню від сплати податків, а також спрямовувати значні зусилля на приховання слідів такої діяльності, виявлення та розслідування таких злочинів є важким процесом, важливе значення для якого має характеристика особи податкового злочинця, адже саме вона дозволяє розробити основні напрямки проведення розслідування.

Науковий керівник: Шаранич С. С., к.ю.н., доцент кафедри кримінального права і процесу, УжНУ

VIII. ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД ТА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ

СУДОУСТРІЙ ТА СУДОЧИНСТВО В УКРАЇНІ (ІХ-Х СТ.)¹

У вітчизняній науковій думці до цього часу домінує погляд на сутність державно-правової системи українського народу – який не об'єктивно відображає дійсність. Наприклад, державно-правовий устрій України ІХ-ХІІІ ст. визначається як монархічний, що вибудовується на основі феодалної формації, тобто українська держава вважається феодалною монархією, яку очолював князь. «Йому належала верховна законодавча влада. Великий князь зосереджував і виконавчу владу. Мали князі й судову владу».²

Феодално-монархічна концепція становлення української державно-правової системи містить принципи Московської держави і не відповідає історії держави і права українського народу від часів Руських земель до кінця Гетьманщини. Ось чому нам і потрібно відродити адекватне розуміння української державно-правової культури з її судовою системою.

Одним із перших кроків у цьому напрямку стала праця В. Климончука «Політичні свободи в Українському націогенезі»³, в якій автор здійснив теоретичне узагальнення інститутів державно-правової системи української нації від княжої доби до сучасного етапу і дійшов висновку, що найвагомішими цінностями, які утверджували всі державні

¹ **Биркович Олександр Іванович**, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теорії та історії держави і права, УжНУ

² Кульчицький В.С. (ред.) Історія держави і права України. Львів : Світ, 1996. 296 с.

³ Климончук В.Й. Політичні свободи в українському націогенезі. Львів : ПАІС, 2011. 480 с.

інститути влади, в тому числі й судова система – це свобода і пошанування гідності людини, її прав та участі у самоврядуванні.

У дослідженні С. Сворака¹ представлено погляд на сутність та історичний розвиток державно-правової системи України, який не вписується в концепт феодально-монархічного устрою української національної держави і видається, безперечно, об'єктивним, адже розкриває визначальні засади української судової системи народовладдя та узгоджується з історичними формами демократій народів європейської цивілізаційно-правової культури.

У праці М.Бурдіна² належно осягнена екзистенційна основа державно-правової системи Руських земель; він виділив мир, свободу, благість, правду і суверенність територіальних громад з їх приватновласницьким сімейним господарством, які вільно обирають владних представників та життєво важливі принципи суддівства. А це узгоджується з пріоритетом правди над дієвістю і більшою мірою забезпечувало суб'єктам сімейного господарювання правдивий розподіл достатку і духовної культури територіальних громад. В його експозиції припускається, що поняття «правда» може набувати двозначний зміст: по-перше, як сучасне розуміння справедливості і, по-друге, юридичний зміст «юстиції». Логічний набір судової системи Руських земель X-XIII ст., згідно з означеними вище засадами, вибудовує каркас розуміння глибинної сутності судової системи.

З огляду на ці зауваження можемо відкинути твердження про феодально-монархічний державно-правовий устрій українського народу в X-XIII ст. Істотним є те, що доктрина суспільного договору надає переконання щодо пріоритету права в судовій системі Руських земель. Цей пріоритет досить виразно виокремлює контури дослідження судової системи держави українського народу в X-XIII ст.

Згідно висновків Г. Вернадського, в судочинстві Київської доби елемент індивідуальної волі сторін (позивача і відповідача) відіграв важливу роль, в той час як суддя обмежувався спостереженням над суперництвом й урівноважував засоби і можливості їх доказів. На початковій стадії формування системи судової влади України, по-перше, не було слідчої системи; по-друге, державна влада не втручалася в розслідування того чи іншого випадку

¹ Сворака С.Д. Політико-правова думка України XIX-XX століть про народовладдя. Івано-Франківськ : ДВНЗ «Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника», 2015. 375 с.

² Бурдін М.Ю. Земельні відносини в Україні : історико-правовий дискурс. Харків, 2016. 406 с.

до його слухання¹. Особа, що визнає себе потерпілою, зобов'язана публічно проголосити характер порушення звичаєвого права і назвати особу кривдника на ринковій площі. Територіальна громада толерантно ставилася до потерпілого і кривдника й забезпечувала рівну можливість обом сторонам з'ясувати свої стосунки у судовому процесі.

Рівна свобода сторін судової тяжби – це універсальний принцип, що його визнавали територіальні громади у вирішенні правди. Члени територіальних громад Руських земель сприймали правду у розумінні справедливості й продукували певні традиції судової системи, яких мали чітко дотримуватися всі учасники судового процесу. Представники держав, котрі вели судову справу, докладно розглядали документацію обох сторін і шляхом зважування підстав судового позову забезпечували рівновагу суджень обох сторін. «Сторони в суді мали у своєму розпорядженні три способи доказів : свідків, звернення до Божого суду і – для громадських тяжб – акти, розписки, інші документи».

Ситуації життя могли мати різний зміст порушення співгромадянами норм звичаєвого права. Наприклад, ситуація могла бути пов'язана з крадіжкою приватної власності громадянина, сімейної чи спільної територіальної громади. Викрадена річ могла бути виявлена на ринку чи у власності іншої особи. В такому випадку позивач разом з гідними довіри громадянами йшли до тієї особи, в якій викрадена річ була виявлена. Відповідач мав пояснити звідки і в який час у нього появилася вкрадена у позивача річ. Загалом у процесі становлення державно-правового устрою Руських земель комплекс прав та обов'язків співгромадян сільських і міських територіальних громад формувався у певну структуру, в межах якої діапазон примусового обмеження свобод людей був досить незначним; майно, життя, здоров'я і гідність особи були захищені. До того ж початкова взаємна вимога до вільного життя без істотних обмежень прав і свобод представниками владних інститутів вважалася зобов'язаннями громадян. «Місцева громада («мир») була основною ланкою в системі давньоруського управління і адміністрації, як у місті, так і в сільських районах». Для русів-українців IX ст. характерна якісна риса – розбудова земель-полісівна основі народовладдя. Економічні, соціальні і безпекові інтереси були достатньою історично сформованою підставою для самоорганізації в державну систему.

Рівна свобода глав сімейних дворогосподарств була принципом формування інституту Віче. Згідно висновків М. Володимирського-Буданова, «ми зобов'язані сприймати термін «віче» в його тісному істо-

¹ Вернадский Г.В. Киевская Русь. Тверь; М. : ЛЕАН; Аграф, 2001. С. 227, 228.

рико-юридичному розумінні», як орган державної влади Віче – це зібрання повноправних громадян старшого міста землі¹. Віче було добре організоване і забезпечувало стабільний розвиток господарської, суспільно-політичної, соціокультурної і військово-охоронної діяльності всіх територіальних громад. Автор стверджував, що Віче є необхідною складовою частиною загально-земельної влади, оскільки участь народу в державних справах у давні часи була «безпосередньою і живою». Він аргументує свій висновок посиланням на літопис, в якому йдеться про те, що норми звичаєвого права є першою засадою всієї ради міста творити управлінські рішення і суди. Звернімо увагу на те, що народне зібрання (віче) намагалося забезпечити правовий захист, по-перше, свобод для сімейних дворогосподарств і територіальних громад; по-друге, конкуруючих ринків, які мали життєво важливі перспективи. Отже, два суб'єкти життєдіяльності Київської Русі слід взяти до уваги при розгляді місця і ролі Віче в державно-правових відносинах. Ринок збуту товарної продукції був майданчиком для селян і міщан, в межах якого його суб'єкти потребували правового захисту. Віче з його владними законодавчою, розпорядчо-виконавчою і судовою функціями визначалося універсальним інститутом давньоруської держави.

Територіальні громади сільських і міських поселень усвідомлюючи себе єдиним цілісним соціально-економічним і політичним організмом і мали захищати приватні інтереси, а також репрезентувати неперервні зв'язки у своїй спільній життєдіяльності. На цій основі глави сімейних дворогосподарств згодилися на рівноправні відносини та рівноцінні зобов'язання. Перша історична форма української держави мала самоназву «Київська земля», основним інститутом влади якої було «віче». Л.Тихомиров аргументовано довів, що, по-перше, єдиний інститут, здатний поєднати і свободу, і порядок, є держава; по-друге, влада формується для підтримки порядку, який регулює відносини між людьми у суспільстві; по-третє, держава як вища форма самоорганізації суспільства створюється для охорони внутрішньосупільної свободи і порядку.

І нарешті, концепт суспільного договору для розуміння початкової стадії формування української держави і права та адекватного до суспільно-економічного і політичного розвитку інституту суддівства відіграє визначальну роль. Л.Тихомиров вважає, що для взаємної підтримки порядку у всіх сферах життя держава як вища форма суспільно-політичної самоорганізації народу створюється для реалізації вищих начал

¹ Владимирський-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. Ростов-на-Дону : Феникс, 1995. С. 52, 56.

правди¹. Для русів-українців внутрішньо притаманна свідомо світоглядна цінність правди полягає в тому, що вона визначається принципом співучасті глав сімейних дворогосподарств у публічному обговоренні назрілих у суспільстві потреб та інтересів. Для державницького життя русів-українців концепт правди охоплюється активною участю співгромадян у владній системі, що ґрунтувалась на вічевому устрої.

Головна роль пошуку в політичному дискурсі норм правдивого життя відводилася полеміці й аргументації переконань різних осіб про те, яким має бути формат їх мирного і добродійного життя. Правда – це надійна процедура спільного розуміння згоди учасників Віче для формотворення життя. При цьому «у кожного давньоруського міста було своє власне віче, цілком розвинутий політичний інститут... Збори скликалися, як тільки виникала необхідність; народ збирався на ринковій площі, почувши оповісника чи звук міського дзвону... Віче,- вважає Г. Вернадський, генеральна асамблея населення столярного міста».

Таке державне облаштування було спільним для всіх сільських і міських громад, які мали досить розвинуті для того часу соціально-економічні зв'язки, сперті на монетарну економіку. Г. Вернадський зазначав, що, по-перше, в Київській Русі був сформований уклад торгового капіталізму; по-друге, «місто було головним фактором економічної і соціальної еволюції». Їхній вплив зумовив специфіку формування всієї системи державно-правових інститутів. На першій стадії формування української національної державно-правової системи від анто-полянської доби до запрошення скандинавських князів на військово-охоронну й організаційно-торгівельну міжнародну співпрацю інститути Київської Русі «відносяться до класичного грецького типу – до типу безпосередньої демократії» [5, с.204]. Їхні владні функції мали бути досить широкими, аби, по-перше, захистити життєдайні інтереси соціальних верств усіх земель; по-друге, вони сформувалися так, щоб бути постійною владною силою на боці миру, благості, добродійності, правди і спільного добробуту. Такою силою був державно-правовий інститут віче, яке «мало свій голос у вирішенні питання престолонаслідування», підтримувало або виступало проти кандидата, а в окремих випадках навіть вимагало зречення князя з позицій інтересів міста [5, с.204].

Для розуміння передумов становлення системи судової влади Київської Русі слід звернути увагу на зауваження М. Грушевського, який відзначав наявність у складі віче «ліпших мужів», мудрих мужів», на-

¹ Тихомиров Л.А. Монархическая государственность. Москва : ГУП «Облиздат», ТОО «Алир», 1998. С. 32-33, 39.

ділених більшою спроможністю оцінювати ситуацію, що склалася, та керувати громадськими інтересами. Тому продукування владних рішень віче здійснювалося під впливом мудрих і компетентних його учасників, які виступали постійною раціональною силою на боці правди і справедливості. Згідно висновків М. Володимирського-Буданова, по-перше, «віче складалося переважно з простих громадян, тобто головна роль при вирішенні справ належить народу»; по-друге, «князі-варяги застали скрізь сформований державний устрій»; по-третє, «підставою давньоруської держави слугували не князівські (теорія Соловйова) і не племінні відносини (теорія Костомарова), а територіальні землі»; по-четверте, у «Руській Правді» містяться норми, згідно з якими «право володіти землею належить не лише середнім класам – міщанам, але й нижчим – селянам».

Очевидно, якщо всі соціальні верстви мають рівні права і свободи, то їх спільний інститут віче слугує для захисту своїх інтересів та урівноваження принципу правди.

Г.Вернадський зауважує, що лише після запровадження варязьких дружин й утвердження інституту князівств «віче поступається судовою функцією з князем. Зазвичай воно сходилося у думці з князем і боярською думою з усіх головних питань законодавства і загального управління. Рідко воно діяло як верховний суд».

Поділяючи ці висновки Г.Вернадського, слід звернути увагу й на те, що, по-перше, до середини X ст. «в Києві міцно утвердилися нові князі і поступово дім Рюрика став невід'ємною частиною всього руського політичного життя»; по-друге, «правосуддя» і військова оборона були тими галузями, в яких народ мав потребу у князі». По-третє, «князь був також головою виконавчої влади і після хрещення Русі став захисником Церкви, хоча в цю добу у нього не було особливих владних повноважень у церковній адміністрації, оскільки Руська Церква автокефальна і митрополит Київський знаходився під владою патріарха Константинопольського» [5, с.196].

Зрозуміло, що відмінності у правовому статусі віче, князя і церкви обумовлювали пігрунття для пошуків згоди. Істотно важливий для розвитку державно-правових інститутів Руських земель та диференціації законодавчих, розпорядчо-виконавчих і судових владних функцій є той факт, що на першій стадії сформоване віче визнавалося громадськістю як їх спільна політична владна воля, яка набула звичаєвого права і запровадила інші державні інститути, зокрема військово-охоронні формування місцевих урядників. Звідси випливає, що розвиток виробництва, обміну, торгівлі на основі добровільних домовленостей та

продукування територіально-громадських благ змусив Віче запроваджувати певні зобов'язання, правила, норми. Тож коли глави сімейних приватновласницьких дворогоподарств виявили готовність сплачувати свою частку для облаштування державного простору з його територіальними громадами, відчуття відповідальності і правди сформувалося на основі практичної діяльності.

Внаслідок того, що у звичаєвому праві закріпилися традиції територіально-громадського життя спільно на віче встановлювати норми і правила, то на тлі зобов'язання у виконанні рішень віче запроваджується інститут примусу і правової відповідальності громадян. Тож виникає потреба створення нового державного інституту влади – суду.

Судові функції різних інститутів державної влади Київської Русі працювали на збереження правдивого облаштування всіх сфер життя.

Отже, віче Руських земель в X ст. виражає народовладну традицію державного устрою і має всі верховні законодавчі, розпорядчо-виконавчі і судові функції. Така форма владного синкретизму найбільш повно виражала зв'язок між цими трьома владними функціями. За наявності сприятливих історичних господарських і соціокультурних умов життєдіяльності руської людності в IX-X ст. була досягнута спільна цивілізаційно-правова культура розуміння правди як значущої норми права. «Руська Правда» – це наслідок спільної територіально-громадської діяльності глав приватновласницьких сімейних дворогоподарств та сільських і міських громад. Розуміння правди як раціональної норми права було універсальним чинником впорядкованості приватних сімейних і територіально-громадських інтересів і потреб.

Звернімо увагу й на те, що «Руська Правда» констатує правовий статус сільської громади як правоздатного суб'єкта (ст.27 «Про свод»). Віче як історично сформований первинний інститут державної влади Руських земель засвідчував, по-перше, добре організоване суспільство; по-друге, всі учасники Віче репрезентували фундаментальні, універсальні ланки суспільного життя в особі глав сімейних дворогоподарств, які були самодостатніми і бажали діяти правдиво. Широта реалізованих вічем державних владних функцій була розтягнута в часі і просторі, а відповідно до спільних потреб та інтересів мала й судову форму владного примусу.

На другій стадії становлення судової влади віче поступається своїми владними судовими функціями в межах тих завдань, які були покладені на князя та його дружину. Досягнення віче і князя в розвитку державно-правової системи можна фіксувати у формі суспільно-політичного союзу.

Віче уклало «ряд» (договір) з князем і визначало його обов'язки в державному житті. Найбільшою мірою це стосувалося оборони землі, організації внутрішньої і зовнішньої торгівлі та розбудови шляхів сполучення місцевих ринків. У формалізованому вираженні князь наділявся судовою владою в межах свої прав і обов'язків. Реальний розподіл судових владних функцій в Київській Русі X-XI ст. між вічем стольних міст, князівською системою влади, місцевими вічевими інститутами та різного роду урядовцями-посадниками не був конкуруючим, а стосувався лише того аспекту державного життя, окремі явища якого були під безпосереднім владним урядуванням різних інститутів.

Засновки такої державно-правової системи з її інститутами законодавчої, розпорядчо-виконавчої і судової влади були досить публічні, прозорі і придатні для розсудливого їх розуміння суспільством. Судову варіабельність, яка визначалась історичними умовами формування державно-правових інститутів, зумовлювали переважно обсяги наділених суспільством прав і обов'язків.

Судові функції віче і князя визначалися реальним розподілом влади і мали поліваріативність, котра забезпечувала, по-перше, рівновагу влади у тактичній і стратегічній позиції, що впливала із конкретних історично обумовлених форм життя полісів та їх основних соціальних структур-селян (смердів), міщан (ремісників і купців) та державних службовців, зокрема і військово-охоронних структур (тисяцьких і княжих дружин).

Отже, підвладні віче соціальні структури мали й призначених ним посадовців, що виконували функції суддів. Тож підконтрольні князю соціальні верстви воліли мати найдієвішу владну систему. Селяни (смерди) були під безпосереднім захистом князівської влади, міщани – під владою віче, церковні люди знаходилися під юрисдикцією церковного права і суду.

Г. Вернадський акцентував увагу на тому, що смерди складали становий кістяк в сільських районах. Вони були «вільними», але їх правовий статус обмежувався, оскільки вони підпорядковувалися спеціальній юрисдикції князя».

Судова юрисдикція князя стосовно селян-смердів була головно спрямована на захист їх прав і свобод та обов'язків, смерд не міг бути підданий арешту або обмежений у своїх правах і свободах без санкцій князя.

Отже. Можна дійти висновку, що правове забезпечення суверенності особи і різних соціальних верств у Київській Русі X-XI ст. гарантувалося пріоритетами судових інститутів. Права громадян визначалися їх суверенністю та громадянськими обов'язками і зобов'язаннями.

Правове регулювання всіх сфер життя русів-українців засвідчує добре упорядковане судочинство в його трьох інституційних вимірах – вічевому, князівському і церковному. Всі соціальні верстви мали свої власні приватні інтереси, цілі, потреби, а суспільна діяльність вважалася загальною цінністю. Тож правова складова судової системи оцінює соціально-економічні, політичні, культурні і державницькі значущі діяння людини та необхідні для підтримки миру норми взаємності.

Досягнення в розвитку прав судоустрою та судочинства Київської Русі були досить очевидними, зокрема вічевий складник судової системи визначав співпрацю з князівськими і церковними судами. Одним із універсальних принципів судової системи Руських земель було шанування гідності людини та належне дотримання правових засад з точки зору правди. Чітко прослідковується в судовій системі Київської Русі моральність права і судочинства.

АЛЬТЕРНАТИВНЕ ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРІВ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ¹

Провадження господарської діяльності так чи інакше пов'язане з виникненням певних видів конфліктних ситуацій (спорів). І, безперечно, кожна сторона спору зацікавлена в якнайшвидшому вирішенні конфліктної ситуації. З метою врегулювання даного спору можна звернутися до суду, адже згідно Конституції України юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення[1]. Однак, не завжди є доречним звертатися до суду, оскільки судове провадження, як правило, є доволі громіздким і займає значний проміжок часу. Саме з метою якомога швидшого вирішення спору суб'єкти господарювання можуть звернутися до альтернативних способів вирішення спорів, одним із яких є медіація.

Медіація це один із ефективних способів альтернативного вирішення спорів, який набув надзвичайної популярності за кордоном. Вона зародилася ще в 60-70 роках ХХ ст. у США поява і динамічний розвиток якої були зумовлені кризою судової системи. За таких обставин, беручи участь у медіації, сторони отримували реальну можливість швидко та ефективно вирішити власний спір[2].

¹ **Добкіна Катерина Робертівна**, кандидат юридичних наук, доцент, декан юридичного факультету, Державний університет інфраструктури та технологій

З часом, питання медіації набуло врегулювання і на міжнародному рівні – шляхом прийняття у 1976 році Погоджувального регламенту та Типового закону Комісії ООН з права міжнародної торгівлі Про Міжнародну комерційну погоджувальну процедуру – у 2002 році. У законодавчих актах Європейського союзу врегулювання питання медіації відбулося дещо пізніше – у 2002 році, тоді було прийнято Директиву №2008/52/ЕС Європейського парламенту і Ради від 21 травня 2008 року та прийнятого на її основі Бельгійського кодексу етики медіатора. Окрім цього, регулювання медіаторської діяльності здійснюється також на рівні окремих держав-членів. У той же час, в Україні так і не відбулося суттєвих зрушень в питанні правового регулювання медіації. Законопроект 2015 року так і не було прийнято, внаслідок чого це питання залишається відкритим.

Як зазначає В. В. Резнікова: “посередництво або медіація (mediation) – це альтернативний спосіб вирішення спору, що передбачає врегулювання правового конфлікту за допомогою незалежного, нейтрального посередника, який сприяє сторонам у досягненні згоди” [3]. Кисельова Т. ж зазначає, що: “медіація – процес, в якому медіатор сприяє налагодженню спілкування та переговорів між сторонами, щоб допомогти їм досягти добровільної домовленості щодо їхнього спору” [4]. Натомість, існує легальне визначення медіації (посередництва) в рамках Європейського союзу. Так, згідно Директиви 2008/52/ЕС Європейського парламенту і Ради медіація – це структурований процес, як би він не називався чи не згадувався, в результаті чого дві сторони спору роблять спроби на добровільній основі заключити домовленість про врегулювання спору за допомогою посередника [5].

Таким чином, медіація – це процедура врегулювання спору, яка наділена певними особливостями, серед яких можна виділити:

- добровільність процедури медіації – тобто ініціювання даної процедури можливе лише внаслідок досягнення домовленості між сторонами про врегулювання їх спору за участю медіатора;
- безпосередня участь третьої сторони в процесі врегулювання спору;
- незацікавленість третьої сторони в результатах провадження процедури медіації;
- широка автономія волі сторін в процесі (яка безпосередньо проявляється в тому, що саме від сторін виходить кінцеве рішення, що є підсумком всієї процедури).

Враховуючи зазначені особливості, перевагами процедури медіації є економія часу, коштів сторін, досягнення в результаті медіації максимально вигідного для всіх сторін рішення.

Біцай А.В. зазначає, що можна виділити два види медіації, а саме:

- присудова медіація, яка є самостійною моделлю медіації та інтегрована в судову систему країни;
- позасудова медіація, яка визначає порядок розв'язання спору між сторонами, який проводиться незалежною третьою стороною (медіатором), який у досудовому порядку намагається допомогти сторонам дійти згоди [6].

Звичайно, медіація – це відносно новий інститут для Європейського Союзу, оскільки союзна нормативна база була підготовлена до кінця 2000-х років, а до 2016 року, згідно з положеннями Директиви 2008/52/ЄС, на держави-члени покладалося зобов'язання прийняти аналогічні акти, спрямовані на врегулювання процедури медіації, а саме:

1) надання судам права, з урахуванням усіх істотних обставин справи, пропонувати використання медіації замість судового процесу;

2) дотримання основних принципів медіації:

- конфіденційності – звільнення учасників медіаційного процесу від необхідності давати показання в суді – за винятком де це необхідно для переоцінки державної політики відповідної держави-члена ЄС, якщо це необхідно для забезпечення якнайкращого захисту інтересів дітей або ж для попередження завдання шкоди фізичній чи психологічній недоторканності особи, або ж у разі, коли розголошення змісту домовленості, якої було досягнуто в результаті медіації, необхідне для реалізації цієї домовленості;
- компетентності медіатора, тобто володіння медіатором відповідними знаннями у цій сфері;
- незалежності медіатора – заборона на проведення медіації у разі, коли певні обставини могли б вплинути на його незалежність або спричинити конфлікт інтересів;
- неупередженості – медіатор завжди повинен діяти максимально об'єктивно по відношенню до кожної зі сторін процедури медіації [7].

Європейський кодекс поведінки медіатора, який було прийнято в 2004 році по свої суті є досить вдалим регулятивним актом, оскільки його розробкою займалася група практикуючих медіаторів за підтримки Європейської комісії. В той же час, Директива 2008 року не містить в собі певних суттєвих зрушень в питанні регулюванні медіаторської діяльності. Її призначення, на нашу думку, – уніфікація положень національних законодавств країн-членів ЄС із союзним законодавством в питаннях провадження процедури медіації в галузі цивільних та комерційних, а по факту – господарських справах.

Враховуючи вищезазначене, можемо стверджувати, що в законодавстві ЄС питання врегулювання медіаторської діяльності вирішено досить простим і ефективним способом, а саме шляхом залучення фахівців в даній галузі до написання відповідного нормативного акту.

Що ж до нормативно-правового врегулювання медіації в Україні, то, безперечно, ситуація є набагато гіршою. Враховуючи відсутність будь-якого національного нормативно-правового акту, який своїми положеннями врегульовував би відносини, що виникають у зв'язку з провадженням медіаційної процедури. Така спроба мала місце ще на початку 2015 року, коли до Верховної Ради України було подано проєкт Закону України "Про медіацію" в тексті якого було закріплено наступні положення, спрямовані на врегулювання процедури медіації:

- принципи провадження медіаційної процедури, такі як: добровільність участі в процедурі медіації; - рівність сторін процедури медіації;
- принцип активності і самовизначення сторін (передбачає самостійне обрання сторонами медіатора, коло обговорюваних ними питань, зміст договору за результатами медіації, строки його виконання тощо);
- принципи незалежності, нейтральності та конфіденційності інформації про медіацію (які за своєю суттю є аналогічними даним принципам, що сформовані міжнародною практикою);
- порядок провадження медіаційної процедури (формування медіаційного застереження, початок провадження процедури);

Важливою новелою є передбачення в положеннях даного закону окрім позасудової також і присудової медіації (в цивільних, господарських, і навіть – кримінальних судах).

Наступний великий блок положень даного законопроекту включав в себе – правові норми, які врегульовували б питання правового статусу медіатора, а саме норми обов'язкового професійного навчання, яке повинен пройти медіатор, його права, обов'язки, вказівка на подальше створення реєстру медіаторів; окрім того – передбачав механізми оскарження дій медіатора та притягнення його до певних видів відповідальності за: порушення вимог даного закону; порушення правил професійної етики; порушення будь-яких договірних зобов'язань щодо сторін медіації.

Таким чином, з положень даного законопроекту вбачалася необхідність прийняття в подальшому загальнодержавного акта, який би в собі передбачав правила професійної етики медіатора.

Крім того, в тексті законопроекту вказано про те, що медіатори, організації, що забезпечують проведення медіації, організації, що про-

водять професійне навчання медіаторів, мають право створювати місцеві, всеукраїнські і міжнародні об'єднання медіаторів для захисту своїх прав і свобод, задоволення професійних інтересів, інформування суспільства про роль медіації у гармонізації соціальних та економічних відносин та виконання інших функцій[8].

Таким чином, можна зробити висновок про те, що в загальному плані даний законопроект відповідає як міжнародним актам, прийнятим на базі ЮНСІТРАЛ, так і директивам Європейського Союзу, і по своїй суті є доволі прогресивним.

Проте, він не був прийнятий, і станом на сьогодні в Україні відсутнє адекватне правове регулювання відносин, що виникають в процесі медіації. Тому, громадські об'єднання медіаторів намагаються самостійно врегулювати відповідні відносини, що виникають і розвиваються під егідою даної організації. Типовим прикладом можна вважати Кодекс етики медіатора національної асоціації медіаторів України.

Зважаючи на викладений матеріал, треба зазначити, що процедура медіації в Україні і за кордоном врегульована по різному. А саме, на рівні ООН існують Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру, на рівні ЄС – це Директива 2008/52/ЄС та Бельгійський кодекс поведінки медіатора. В Україні ж ці відносини жодним чином не врегульовані на законодавчому рівні, що в певній мірі залишає питання провадження медіації в Україні відкритим. Безперечно, існують певні саморегульовані організації, які своїми внутрішніми актами скеровують діяльність медіаторів, котрі входять до їх складу, однак це не є адекватним рішенням. Тому, на нашу думку, в найближчому майбутньому все ж таки необхідно прийняти закон України, який би в повній мірі врегулював провадження процедури медіації та правовий статус медіатора в Україні з урахуванням всіх національних особливостей.

Список використаної літератури:

1. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. Київ: Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141.
2. Поліщук М. Я. Поняття медіації як альтернативного способу вирішення спорів. Держава і право. 2014. № 65. С. 134–139.
3. Резнікова В. В. Медіація (посередництво) як спосіб вирішення господарських спорів. Юридичні науки. Вісник КНУ ім. Тараса Шевченка. 2012, № 90, ст. 10–15.
4. Кисельова Т. Правове регулювання із надання послуг медіації у зарубіжних країнах. Право України. 2011. №11–12, ст.225-236.

5. DIRECTIVE 2008/52/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 May 2008. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32008L0052>.
6. Біцай А. В. Моделі медіації у світі та перспективи для України. Право і суспільство. 2013, №6, ст.85–89.
7. European Code of Conduct for Mediators. URL: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf.
8. Проект Закону про медіацію № 2480 від 27.03.2015р.
9. Кодекс етики медіатора НАМУ. затверджено рішенням Загальних зборів ГО “Національна асоціація медіаторів України”. Протокол № 1. 07 грудня 2017 р.

АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ РІЗНИХ КРАЇН ЩОДО ЛІКАРСЬКОЇ ПОМИЛКИ ТА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕЇ В УКРАЇНІ ¹

Заподіяння шкоди життю та здоров'ю внаслідок медичної помилки є поширеним явищем. Проблема лікарських помилок є однією з найважливіших в медичному праві. Невелика кількість обвинувальних вироків у справах про злочинну недбалість лікарів свідчать про високу латентність і недовідність такого виду злочинів проти життя і здоров'я.

Право на життя та охорону здоров'я відноситься до числа загальноновизнаних, основних, невідчужуваних прав і свобод людини, які підлягають державному захисту. Україна є соціальною державою, політика якої спрямована на створення умов, що забезпечують захист цих прав. Стаття 3 Конституції України закріплює, що людина, її життя і здоров'я визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Стаття 49 Конституції передбачає, що «кожен має право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування».²

Останнім часом підвищена увага засобів масової інформації, включаючи телебачення, стали приділяти місце лікарським помилкам, які в ряді випадків призводять до вкрай небажаних наслідків для пацієнтів. Суттєво і цілком обґрунтовано зросла також кількість звернень до

¹ **Іванцова Альона Вікторівна**, кандидат юридичних наук, доцентка, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

² Конституція України: Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. Відом. Вер. Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

судових органів з цього приводу. Разом з тим розглянута проблема настільки специфічна, що заборонними або іншими заходами її не вирішити. Про це свідчить досить розгалужене існуюче законодавство, що передбачає різну ступінь відповідальності за лікарські помилки, але ніяк не впливає на зниження їх частоти.

Метою даного дослідження є розкриття об'єктивних і суб'єктивних передумов лікарської помилки, причини її виникнення, проаналізувати види злочинів, за які медичні працівники притягуються до кримінальної відповідальності з даного питання. Так само в статті підкреслюється вплив обставин що виключають злочинність діянь, що вчиняються медичними працівниками.

Така галузь, як медичне право, регулює відносини, що складаються між медичним закладом і лікарем, що здійснює в цій установі свої професійні (службові) обов'язки, між зазначеними лікарями, а також відносини між пацієнтом і лікарем або медичним закладом.

Вітчизняні та зарубіжні дослідження довели, що ризик померти від лікарської помилки або лікарської недбалості - в десятки, а іноді і в сотні разів перевищує ризик загибелі в ДТП. Досвід медичних адвокатів і організацій, які займаються захистом прав пацієнтів, аналіз багатьох медичних документів на судових процесах показав, що до 50-70% офіційної інформації, відображеної в медичних документах абсолютно або частково помилкова.

Проблема лікарських помилок є однією з найважливіших в медичному праві. Їх кількість, на жаль, не скорочується, а зростає. За неофіційною статистикою в Росії кожен третій діагноз лікарі встановлюють невірно. Результати патологоанатомічних даних, отриманих в чотирьох великих лікарнях Москви, показали, що в 21,6% випадках встановлений за життя діагноз був неправильний. У кожному з п'яти випадків не було встановлено запалення легенів, а помилки при діагностиці злоякісних новоутворень склали 30-40%. Згідно з даними академіка А. Г. Чучалина через неправильне або несвоєчасно встановленого діагнозу вмирають 12% хворих з пневмонією¹.

У США жертвами лікарських помилок щорічно стають від 40 до 87 тис. Американців. Медичний персонал притягується до кримінальної відповідальності, а медичні клініки несуть величезні збитки у вигляді виплат в якості компенсації за завдану моральну шкоду

¹ Акопов В.И., Маслов Е.Н. (2002) Право в медицине. Книга-сервис, Москва, 348 с.

та шкоду, заподіяну здоров'ю ¹.

В Україні ситуація не краща. Статистика лікарських помилок у нас майже повністю закрита. І лише окремі випадки стають відомими громадськості головним чином через ЗМІ - преса, телебачення ². Публікації про лікарські помилки у вітчизняній літературі нечисленні. Якщо послатися на дані деяких авторів, то в зарубіжній літературі тільки в 2003 р. на основі аналізу публікацій в 4000 медичних журналах провідних країн усіх континентів опубліковані 6146 статей, в тому числі 2677, що стосуються лікарських помилок в діагностиці та 3469 – лікування ³.

В Україні кількість злочинів, скоєних медичних помилок величезне. При цьому, лікарі та медичні клініки вкрай рідко несуть відповідальність за заподіяну шкоду. Так, за період з 2013 по 2017 рік в Харківській області тільки в трьох випадках щодо лікарів було винесено обвинувальний вирок про неналежне виконання професійних обов'язків медичним працівником (ст. 140 КК) ⁴. У період з 2013 по 2016 роки у Львівській області зафіксовано 186 досудових розслідувань за фактом неналежного виконання професійних обов'язків медичним працівником. З них 78 (41%) випадків пов'язані з фактом заподіяння смерті пацієнта. У судовий розгляд надійшло 9 (5%) справ. Обвинувальний вирок був винесений в 7 (4%) випадках. Таким чином, до суду доходить близько 10% (випадки зі смертельними наслідками) і близько 5% - всі випадки відкриття кримінального провадження! Це означає, що основна частина справ закривається на етапі спеціальної експертизи і об'єктивної оцінки дій лікаря ⁵. Міністерство юстиції України ще в 2011 році в офіційному листі визнало, що випадки залучення медичних працівників до кримінальної відповідальності, а тим більше винесення ним обвинувального вироку в Україні дуже рідкісні ⁶.

Це є явним свідченням того, що в нашій країні дуже складно довести провину лікарів.

З цього випливає два питання. Перше - що таке лікарська помилка? Друге питання більш складне – яка лікарська помилка тягне за собою кримінальну відповідальність, а яка ні?

¹ Акопов В.И., Маслов Е.Н. (2002) Право в медицине. Книга-сервис, Москва, 348 с.

² Антонов С.В. (2007) Медична помилка: юридичний аспект. Управління закладом охорони здоров'я, 8: 20–26.

³ Эльштейн Н.В. (2005) Современный взгляд на врачебные ошибки. Терапевт. арх., 8: 88–92.

⁴ <http://reyestr.court.gov.ua/>

⁵ <http://docacademy.com.ua/jurist/st140/>

⁶ <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/n0040323-11>

Дати визначення лікарської помилки не так просто. Потрібно сказати, що в літературі поширена точка зору, згідно з якою, якщо здійснена лікарська помилка, то вже є підстави для притягнення лікаря до кримінальної відповідальності. Даний підхід ускладнюється ще й тим, що, як правило, слідчий не вникає в тонкощі медичної практики, лікарської деонтології, не аналізує судову практику по даній категорії справ. Все це призводить до неправильної правової кваліфікації діянь. Ситуація може виправитися якщо за справу візьметься досвідчений адвокат, який має відповідну практику, а іноді, і медичну освіту. Але, на жаль, таких в Україні всього кілька, в той час як, наприклад, в США, Великобританії та ФРН існують цілі адвокатські контори, де працюють адвокати, які спеціалізуються виключно на питаннях медичного і фармацевтичного права ¹.

Причиною лікарської (медичної) помилки, на нашу думку, є низький рівень знань і недостатній досвід лікаря, що призводить до невірного клінічного діагнозу, а в підсумку - неправильного лікування. На думку І.В. Давидовського лікарська помилка - це брак в діяльності лікаря. Тобто медичне порушення, неправомірний ухил від виконання медичних стандартів ².

Виникнення лікарських помилок має як об'єктивні, так і суб'єктивні причини. Об'єктивні пов'язані з незалежними від особистості лікаря факторами: неякісні ліки, поломка медичного обладнання, фізіологічні особливості організму хворого та інше. Суб'єктивні причини - це досвід, кваліфікація лікаря, виконання інструкцій і стандартів, особисті відносини лікар - пацієнт, тобто ступінь їх взаємодовіри.

Аналіз судової практики країн Західної Європи, де медичне право і прецедентна практика більш розвинені, показує, що суди виносять рішення на користь позивача, присуджуючи певну суму, приблизно в 30-40% справ у порівнянні з 86% загальної кількості всіх інших справ.

Відомий вчений І.А. Кассирських писав, що в клінічній медицині, не має меж різноманіття хвороб і їх симптоматологія і дуже часто причиною діагностичних помилок стає недостатня компетентність або непоінформованість лікаря ³.

¹ Айвазян Д. В. / Медицинский адвокат Дмитрий Айвазян [Електронний ресурс] // Д. В. Айвазян. – Режим доступа : www.adv1.ru – Заглавие с экрана.

² Давыдовский И. В. Советская медицина [Електронний ресурс] / И. В. Давыдовский. – № 10. – 1957. – Режим доступа : www.medbook.net.ru – Заглавие с экрана.

³ Кассирский И. А. Проблемы и ученые: деятели русской медицины [Електронний ресурс] / И. А. Кассирский. – М., 1949. – Режим доступа: www.publ.lib.ru/archives/K/Kassirskiy_I/A/ – Заглавие с экрана.

Однак судова практика зарубіжних країн виробила деякі принципи для визначення відповідальності лікаря за вчинення діагностичної помилки. Так, згідно з англійської судової практики, помилка при постановці діагнозу не вважатиметься злочинною недбалістю, якщо при цьому «... був дотриманий відповідний стандарт по догляду за пацієнтом, але буде вважатися одним з неминучих небезпек, супутніх медичній практиці ...». Відповідальність може бути покладена на лікаря в тому випадку, якщо помилка при постановці діагнозу була допущена в зв'язку з тим, що лікар, наприклад, переплутав історії хвороб.

В Україні також враховуються обставини надання медичної допомоги при вирішенні питання про відповідальність лікарів. У цьому випадку широко застосовуються норми кримінального права, що виключають злочинність діянь лікарів. До таких обставин відносяться крайня необхідність і діяння, пов'язане з ризиком.

Крайня необхідність. Стаття 39 Кримінального кодексу України закріплює, що не є злочином заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам у стані крайньої необхідності, тобто для усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує особі чи охоронюваним законом правам цієї людини або інших осіб, а також суспільним інтересам чи інтересам держави, якщо цю небезпеку в цій обстановці не можна було усунути іншими засобами і якщо при цьому не було допущено перевищення меж крайньої необхідності.

Йдеться про те, що професія лікаря, її специфічні особливості, пов'язані з наданням екстреної (ургентної) медичної допомоги (анестезіологія, хірургія, невідкладна кардіологія та ін.), Нерідко пов'язані з поняттям крайньої необхідності, оскільки дії лікарів спрямовані на «усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує людині». Для того, щоб в таких випадках кримінальна відповідальність за дії лікаря була виключена, необхідно вказати критерії правомірності акту крайньої необхідності в сфері медичної діяльності¹. Небезпека повинна бути справжньою (реальною). У пацієнта має бути патологічний стан, що вимагає надання екстреної медичної допомоги, пов'язаної із заподіянням шкоди його здоров'ю. Небезпека повинна представляти реальну загрозу. Травма або хвороба безпосередньо загрожують життю і здоров'ю людини. Без заподіяння шкоди людині при даних обставинах неможливо усунути дану хворобу або травму, яка становить небезпеку для життя і здоров'я.

Це стосується тільки тих медичних втручань, які є невідкладними, оскільки мова йде про життя людини, а зволікання може призвести

¹ http://pidruchniki.com/158407207019/pravo/medichne_pravo_ukrayini

до смерті. Всі інші варіанти надання медичної допомоги, які не мають екстреного характеру, не можуть розглядатися як обставина, що виключає злочинність діяння¹.

Діяння, пов'язане з ризиком. Стаття 42 Кримінального кодексу України визначає, що не є злочином діяння, яке заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам, якщо це діяння було вчинене в умовах виправданого ризику для досягнення значної суспільно корисної мети. Це ще одна підстава, що виключає злочинність дій медичного працівника.

Діяння, пов'язане з ризиком в медичній діяльності буде правомірним при наявності наступних умов. Шкода здоров'ю заподіюється для досягнення соціально корисної мети. Ризик спрямований на розвиток медичної науки або на порятунок життя і здоров'я людини. Ця мета не може бути досягнута звичайними засобами, не пов'язаними з ризиком. Якщо надати допомогу особі можна було звичайним, традиційним, не пов'язаним з ризиком способом, то в такому випадку, при заподіянні шкоди здоров'ю людини дії лікаря є злочином. Медичний працівник здійснив достатні, на його думку, заходи для запобігання шкоди для життя і здоров'я пацієнта.

При наявності всіх цих умов ризик буде обґрунтованим, це стане обставиною, що виключає злочинність діяння.

Коли буде завдано шкоду, виникає головне питання - виплата компенсації. Пацієнт, для того щоб отримати компенсацію, перш за все повинен довести, що мала місце недбалість (груба медична помилка) з боку лікаря. Це особливо важко зробити, коли лікар є визнаним професіоналом у своїй справі. При цьому суди, виносячи рішення за такими позовами, часто посилаються на доктрину *res ipsa loquitur*. Згідно цієї доктрини, передбачається, що з боку обвинуваченого мала місце злочинна недбалість. Якщо обвинувачений не зможе спростувати це, то вважається, що позивач довів свою правоту. Крім того, *res ipsa loquitur* може розглядатися як протидія «корпоративної солідарності», згідно з якою, багато лікарів підтримують своїх колег, навіть знаючи, що вони вчинили злочин.

У зв'язку з цією існуючою проблемою громадяни України для захисту своїх інтересів змушені звертатися до Європейського Суду з прав людини. Так, у справі Фуклев проти України, заявник втратив дружину внаслідок медичної недбалості. Суд визнав його правоту і задовольнив позов. В цілому Європейський суд з прав людини дотримується позиції про необхідність вирішувати справи, що стосуються смерті пацієнтів в медичних установах за максимально короткий термін.

¹ http://pidruchniki.com/158407207019/pravo/medichne_pravo_ukrayini

Необхідно відзначити, що проблеми злочинів і кримінальної відповідальності медиків є однією з найбільш дискусійних тем нашої країни. Під професійним медичним злочином слід розуміти умисне або необережне діяння, вчинене медичним працівником при виконанні професійних обов'язків.

На жаль, закони і нормативні акти, які повинні гарантувати громадянину право на життя і забезпечення його здоров'я, в нашій країні трактуються по-різному. І часто, як показує досвід, не на користь пацієнта.

Таким чином, слід зазначити, що в Україні активна криміналізація медичної діяльності, введення в кримінальне законодавство нових складів злочинів, пов'язаних з медициною і посилення санкцій не є достатньо ефективними в боротьбі з медичною халатністю. У самій системі охорони здоров'я, в лікарнях і навіть в самому Міністерстві охорони здоров'я існує порочна система приховування фактів лікарської недбалості, що призводить хворих до летального результату. На жаль, лише в рідкісних випадках комісії, призначені міністерством охорони здоров'я, які розслідують такого роду проблематичні випадки, знаходять в собі сміливість і оголошують однозначний висновок: лікарі намагалися приховати від нас критично важливу інформацію, щоб не допустити розголосу важкого інциденту, що завдає шкоди репутації медичного закладу.

Боротьба з медичною халатністю - складне питання і одним з найбільш ефективних способів ведення такої боротьби повинні стати суворі і безкомпромісні покарання тих, хто викритий в приховуванні фактів – в рамках порочної системи кругової поруки, що діє серед персоналу лікарні.

КОМПРОМІС В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ¹

Укладення між Україною та Європейським союзом угоди про асоціацію від 21.03.2014 р. ще раз підкреслило спрямованість України до європейських цінностей та європейських правових стандартів. Одним із основних кроків України до зближення із ЄС є адаптація українського законодавства до права ЄС та імплементація його норм до українського права. Спрямованість України до європейських стандартів правосуддя знайшла своє втілення у низці важливих нормативних актів,

¹ Краснопольська Людмила Петрівна, суддя, Новоархангельський районний суд в Кіровоградській області

таких як: Указ Президента України № 361/2006 від 10.05.2006 р. «Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до Європейських стандартів», Указ Президента України від № 311/2008 від 08.04.2008 року.

Кримінальний процесуальний кодекс України запровадив нові права й можливості для тих, хто вчинив злочин, але жалкує про це й намагається покутувати свою провину. Для таких осіб передбачена можливість досягнення певного компромісу, на законодавчому рівні це визначено як провадження на підставі угод.

Угоди - абсолютно новий інститут для кримінального процесу України. Аналогію угоди про примирення між потерпілим та підозрюваним чи обвинуваченим можна простежити на прикладі мирової угоди в цивільному, господарському чи адміністративному судочинстві, як формальна домовленість сторін судового процесу, що укладаються з метою врегулювання спору. При цьому, слід зазначити, що і в кримінальному процесі України угоди мають право на існування.

Інститут угод у кримінальному процесі України має на меті сприяти демократичному вирішенні питань та більш лояльному підходу до підозрюваного та обвинуваченого. Важливою умовою впровадження цього інституту є усунення всіх законодавчих колізій, які виникли з його введенням. При цьому слід вирішити низку питань, які стосуються концептуального підходу до симбіозу найкращих рис англо-саксонської та романо-германських правових систем з метою створення найбільш вдалої та придатної для нашого законодавства моделі, що може докорінно змінити порядок вирішення правових конфліктів в якісно новому й демократичнішому напрямі.

Потрібно зауважити, що в зарубіжних країнах вже досить давно застосовується інститут угод саме в кримінальному провадженні.

Насамперед слід зауважити, що скорочення процедури судового розгляду та попереднього слідства відображено в Рекомендації № 6 R (87)18 Комітету Міністрів Ради Європи державам членам від 17 вересня 1987 року «Стосовно спрощення кримінального правосуддя». Так, у пп. 6 п. а «Судове слідство до і під час слухання справи» зазначеного документа країнам-учасницям рекомендується ввести процедуру «заяви підсудного про визнання провини» (так звану угоду про визнання вини) або подібну до неї процедуру, якщо конституційні та правові традиції це допускають.

Водночас необхідно, щоб обвинувачений з'явився до суду на ранній стадії провадження, аби заявити публічно про те, що він приймає звинувачення проти себе. Таким чином, передбачено необхідність су-

дового контролю щодо добровільності зазначеної угоди. Суд першої інстанції повинен мати змогу у цих випадках вирішувати, чи можна обійтися без усього процесу розслідування або його частини і негайно приступити до розгляду особистості правопорушника, винесення вироку та, за можливості, вирішення питання про компенсацію.

Вперше в кримінальному процесі інститут угод про визнання винуватості, в сучасному розумінні, був запроваджений США. Витоки системи такого виду угод, як угода про визнання вини, потрібно шукати в англосаксонській юриспруденції, де вказаний інститут з'явився ще на початку XIX століття. За таким поняттям - це угода між прокурором і захисником, внаслідок якої обвинувачення припиняється (попри наявність достатніх доказів) або даються конкретні обіцянки щодо покарання в обмін на бажання обвинуваченого визнати вину. Це може бути угода між прокурором і захисником, змістом якої є відмова прокуратури від пред'явлення обвинувачення в більш тяжкому делікті (у тяжкому вбивстві), за умови, що обвинувачений визнає свою провину у вчиненні менш тяжкого злочину (вбивства).

Укладання угоди вигідне для обох сторін кримінального провадження. Наприклад, обвинувачений може досягти перекваліфікації свого діяння на менш тяжке, а прокурор - позбавитися необхідності доводити вину обвинуваченого в суді. Тому ризик програшу в суді присяжних зменшується чи взагалі унеможливується. Цікавими є випадки, коли обвинувачені залучаються до співпраці з метою викриття інших злочинців та злочинів. У цьому випадку обвинувачений набуває статус свідка і взагалі звільняється від відповідальності. До того ж укладення угоди дає змогу обом сторонам уникнути додаткових судових витрат, пов'язаних із розглядом справи в суді присяжних.

Угода про визнання вини є домінуючим інститутом кримінального процесу в США, до того ж не елементом, що доповнює систему кримінального правосуддя, а фактично цією системою. Інститут угоди про визнання вини поширений у державах класичного обвинувально-го кримінального процесу, особливо в Англії та США, де 70-90% усіх кримінальних справ вирішуються у спрощеному порядку шляхом укладання угоди про визнання вини між сторонами обвинувачення та захисту. Процедури спрощеного розгляду кримінальних справ набувають все більшого розвитку і в державах Європи, зокрема в Німеччині, Італії, Іспанії, державах Бенілюксу, в Польщі, Чехії, Словаччині та Росії.

Вивчення досвіду зарубіжних країн (Англія та Уельс, Італія, Іспанія, Німеччина, Російська Федерація, США, Франція та деякі країни СНД) свідчить про його ефективність. Проте закріплена у КПК України модель уго-

ди про визнання винуватості не є копією жодного із іноземних варіантів, оскільки в ній враховано особливості української правової системи.

У країнах континентального права угода про визнання вини має низку принципових відмінностей, обумовлених тим, що повноваження обвинувачення обмежені законом, враховуючи принципи доцільності (Франція, Нідерланди) та законності (Німеччина, Італія), на яких ґрунтуються прокурорські повноваження при здійсненні кримінального переслідування. Також необхідно зазначити, що у судочинстві деяких європейських держав мається на увазі не угода про визнання вини, а згода зі стороною обвинувачення.

У Німеччині, де інститут угоди про визнання вини фактично було введено у 2009 році, її укладання не звільняє сторону обвинувачення від доказування усіх істотних обставин справи і не замінює суд (аналогічна практика наявна в Іспанії, на відміну від практики США). Також, на противагу американській моделі, перед тим, як укласти угоду, підсудний має право ознайомлюватись із матеріалами справи, щоб, відповідно, мати уявлення про доказову базу сторони обвинувачення, реально оцінювати власні шанси під час проведення переговорів.

У Франції, як і в США, більшість зареєстрованих фактів про скоєння злочинів не закінчуються судовим розглядом (інститут угоди введено у Кримінальний процесуальний кодекс 1999 року).

У Франції і Німеччині участь захисника при укладанні угоди про визнання вини є обов'язковою.

Інститут угод між обвинуваченим та обвинувачем існує і в деяких країнах СНД. Згідно з КПК Республіки Молдова, при укладанні угоди з правосуддям сторона обвинувачення не звільняється від тягаря доказування, до того ж закон забороняє судовій інстанції брати участь в переговорах. У КПК Республіки Узбекистан щодо угоди про визнання провини закріплено: однією з її умов є відсутність заперечень з боку потерпілого; таку угоду можна укладати як у період досудового, так і судового слідства. В Республіці Узбекистан угода про визнання вини має місце в переважній більшості випадків. Відповідний правовий інститут передбачено і в КПК Грузії 2009 року. Зазначене нововведення наявне і у процесуальному законодавстві Російської Федерації – КПК РФ доповнено главою «Особливий порядок прийняття судового рішення при укладанні досудової угоди про співробітництво». Аналіз російського правового інституту свідчить про його подібність до американської угоди, що вбачається в умовах застосування, правилах реалізації тощо. Разом із тим, ця подібність не дає підстав для висновку про єдину природу американської і російської моделей угод. Що ж до їх відмінно-

сті, то, наприклад: в Росії позиція суду більш активна, ніж в США, російська процедура угоди застосовується у вузькій категорії справ.

Таким чином, очевидно те, що запровадження інституту угоди про визнання вини, безперечно, здатне забезпечити значно більшу ефективність системи кримінального переслідування будь-якої країни.

Український кримінальний процес за своїми функціональними характеристиками є континентально-правовим й наближений до німецької та французької процесуальних систем, структурні та функціональні особливості яких були запозичені й творчо перероблені. Найбільш значущі запозичення з англо-американського (за типом) процесу стосуються сфери захисту прав людини та змагальності кримінального провадження (стандартисправедливості правосуддя, загальноновизнані принципи процесу, судовий контроль у стадії досудового провадження, суд присяжних) суттєво не впливають на вид кримінального процесу. Всі вони знаходяться в процесі адаптації і самі по собі деструктивного впливу на правозастосовну практику не надають.

Таким чином, говорячи про необхідність імплементації інституту угод в українське законодавство, слід зазначити, що дивитися на американську модель потрібно крізь призму позитивних і негативних сторін.

Основна проблема, при практичному застосуванні такого інституту, як угода про визнання винуватості – це можливі корупційні прояви в діяльності прокурорів і суддів. Процесуальний контроль за забезпеченням прав особи, яка виявила бажання укласти угоду про визнання винуватості, повинен мати місце як з боку прокурора, так і безпосередньо судді.

Впровадження в українське законодавство інституту укладення угод потребує більш повного дослідження цього інституту, а також необхідності усунення можливих негативних наслідків для сторін, які беруть участь в укладенні угоди.

Введення у кримінальний процес особливого порядку кримінального провадження на підставі угод є кроком на шляху подальшої гуманізації кримінального провадження, адаптації національного законодавства до законодавства ЄС.

Науковий керівник: Мікулін Віктор Петрович, доктор юридичних наук, професор

ПЕРВИННИЙ ДОПИТ СВІДКІВ (ОЧЕВИДЦІВ) ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ ПЕРЕШКОДЖАННЯ ЗАКОННІЙ ПРОФЕСІЙНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ЖУРНАЛІСТІВ ¹

Первинний допит свідків (очевидців) при розслідуванні кримінальних правопорушень, передбачених ст. 171 КК України з огляду значимості є одним з найбільш важливих. Саме він може дати слідчому необхідний мінімум пошукової інформації, зорієнтувати його в потрібному напрямку здійснення пошуку підозрюваного тощо.

Як зазначає Ю.Б. Комаринська, відмінною рисою виявлення кримінальних правопорушень, що вчинені в умовах неочевидності, є пошук очевидців та свідків, в першу чергу тих, які можуть повідомити відомості про злочинця. Очевидці та свідки злочину повинні якомога швидше бути допитані, але це зовсім не означає, що слідчий повинен ігнорувати підготовчі стадії допиту. Лише при ретельній підготовці до допиту слідчий може отримати повні, об'єктивні та достовірні покази².

Коло свідків у кримінальних провадженнях про перешкодження законній професійній діяльності журналіста досить різноманітне. Ними можуть бути особи, які перебувають в сімейних, родинних та інших близьких відносинах з журналістом-жертвою, колеги, сусіди, випадкові знайомі потерпілого; незнайомі з жертвою особи, які безпосередньо спостерігали дії учасників кримінального конфлікту (наприклад, під час масових акцій).

На нашу думку, слід помірковано-позитивно оцінити ті норми, які стосуються захисту прав журналістів. Оскільки КПК вперше включило положення, яке передбачає їх можливість не давати показання. Так, відповідно до п. 6 ч. 2 ст. 65 КПК України, не можуть бути допитані як свідки журналісти – про відомості, які містять конфіденційну інформацію професійного характеру, надану за умови нерозголошення авторства або джерела інформації³.

Це питання захисту журналістських джерел, які є одним із європейських стандартів. Тут можна простежити певну аналогію, коли лі-

¹ **Мацола Антоніна**, кандидат юридичних наук, доцентка кафедри кримінального права та процесу, УжНУ

² Комаринська Ю.Б. Методика розслідування навмисних вбивств, замаскованих під нещасний випадок або самогубство на залізничному транспорті : дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09. К., 2010. 235 с.

³ Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку із прийняттям Кримінального процесуального кодексу України». К. : Юрінком Інтер, 2012. 376 с.

кар може відмовитися давати показання, чи адвокат не свідчить проти своїх клієнтів, чи священник не розголошує таємницю сповіді. Так само і журналістам надали право не розголошувати джерела інформації.

Аналіз практики проведення допитів потерпілих і свідків у кримінальних провадженнях про перешкоджання законній професійній діяльності журналіста дозволяє виділити кілька груп типових ситуацій проведення даної слідчої (розшукової) дії з урахуванням зайнятої допитуваним позиції і поінформованості слідчого про обставини, які мають відношення до предмета допиту:

1. Слідчим допитується особа, яка володіє досить повною і достовірною інформацією і дає правдиві показання. Така ситуація допиту практично не викликає труднощів: завдання слідчого зводиться до одержання всіх даних, які стосується події злочину та осіб, що його вчинили.
2. Слідчим допитується особа, яка володіє інформацією, що відноситься до розслідуваної події, але дає неповні і неточні показання в силу об'єктивних і суб'єктивних умов сприйняття. Ця ситуація більш проблемна, тому що крім з'ясування обставин «перешкоджання», слідчому необхідно встановити об'єктивні та суб'єктивні фактори, з наявністю яких пов'язане сприйняття допитуваним фактів події злочину.
3. Слідчим допитується особа, яка має досить повну і достовірну інформацію про обставини вчиненого, але в силу різних причин, дає цілком або частково неправдиві показання. Вказана ситуація найбільш складна, оскільки пов'язана з активною протидією з боку допитуваного спробам слідчого встановити обставини злочину. Такий допит припускає застосування різноманітних тактичних прийомів, спрямованих на виявлення і викриття допитуваного в дачі неправдивих показань, в подоланні його установки на дачу завідомо неправдивих показань і врешті-решт, одержання достовірної інформації.
4. Слідчим помилково допитується особа, яка не володіє потрібною інформацією. Така ситуація також, в принципі, не має особливої складності: основне завдання слідчого полягає в умінні діагностувати ситуацію, що складається і отриману інформацію з метою своєчасної оцінки її відношення до аналізованої події.

У ході такого допиту підлягають з'ясуванню наступні питання: що відбулося; коли і при яких обставинах він потрапив на місце події; чи був раніше знайомий з потерпілим або кимось з підозрюваних; що передувало вчиненню злочину; поведінка жертви безпосередньо перед вчинен-

ням злочину; кількість злочинців, їх вигляд, специфічні риси; їх дії щодо потерпілого журналіста, які були використані знаряддя і засоби; в якому напрямку зникли підозрювані і на чому; чи не залишені злочинцями які-небудь предмети (речі); хто ще знаходився в межах місця події; чи вносилися які-небудь зміни в обстановку місця події, хто це робив і навіщо.

До повторного допиту як потерпілого, так і свідка (очевидця) слідчий повинен ретельно підготуватися. Для цього необхідно систематизувати наявні докази, спрогнозувати можливі позиції допитуваного у кримінальному провадженні, передбачити тактичні прийоми допиту у конфліктній і безконфліктній ситуації, розробити детальний план допиту. Слід зазначити, що в плані допиту є недостатнім просте перерахування питань, які необхідно поставити допитуваному. На нашу думку, більш правильним є групування їх залежно від переліку обставин, які підлягають встановленню у вказаній категорії злочинів:

1. Питання, пов'язані з обстановкою і механізмом вчинення злочину: коли (місяць, число, час), де і за яких обставин було вчинено злочин; як вчинено злочин (чи застосовувалося фізичне, психічне насильство або обман; чи використовувалась зброя або інші предмети і якого характеру, типу; рівень технічної оснащеності злочинців тощо); скільки було злочинців, їх статеві-вікова характеристика, зовнішній вигляд, особливі та помітні прикмети; які конкретно дії щодо потерпілого журналіста були вчинені кожним із нападників; як поведився потерпілий до і в процесі нападу на нього; у якому зникли підозрювані; за яких умов свідок сприймав злочинну подію, що відбувалася; хто ще бачив або міг бачити те, що відбувалося, якими відомостями про цих осіб володіє допитуваний.
2. Питання, пов'язані з особою жертви злочину: рід його занять; чи були конфлікти на роботі або в інших сферах, їх природа, зміст, предмет і засоби вирішення; чи висловлювались кимось погрози, пов'язані з виконанням журналістом професійних обов'язків на його адресу, його близьких та рідних; спосіб життя і характеристика в побуті; взаємини з рідними і близькими, оточенням.

У свідка (очевидця) варто з'ясувати: характер взаємин свідка з потерпілим журналістом: у випадку знайомства свідка з потерпілим варто одержати про нього детальні вихідні дані, що характеризують його; в очевидця, не знайомого з потерпілим, з'ясовуються ознаки його зовнішності (за методом словесного портрета) і дані про взаємини журналіста зі злочинцем.

3. Питання, пов'язані з особою злочинця: скільки осіб брало участь у вчиненні «перешкоджання»; чи знайомий з ким-небудь з осіб,

які вчинили злочин: а) у випадку знайомства з підозрюваними варто одержати про них детальні вихідні дані, що їх характеризують; б) за відсутності знайомства з ними з'ясовуються ознаки їх зовнішності; чи не бачив він до вчинення злочину на місці події яких-небудь підозрілих осіб і в зв'язку з чим вони викликали підозру; чи не пред'являв хто-небудь раніше яких-небудь вимог до журналіста (з'ясовується в потерпілого або свідків, близьких до нього); у яких взаєминах знаходяться потерпілий та підозрюваний; які предмети застосовувалися злочинцями для впливу на жертву, чи використовувалися ними транспортні засоби, засоби зв'язку, маскувальні засоби, зброя, наручники тощо; чи не залишилися на місці події які-небудь предмети або документи, загублені жертвою чи нападниками.

4. Питання, пов'язані з природою інформації, якою володіє допитуваний: який характер сприйняття потерпілим обставин вчиненого; чи був свідок очевидцем злочину: а) при безпосередньому сприйнятті особою злочину з'ясовується, яким чином він опинився на місці події, за яких умов і в якому стані спостерігав цю подію (чи чув погрози, пов'язані саме з професійною діяльністю журналіста); б) за відсутності факту безпосереднього сприйняття злочину з'ясовується, де, коли, від кого і за яких обставин він довідався про його вчинення.
5. Питання, пов'язані з характеристикою посткримінальних подій: чи не зверталися до потерпілого (свідка) з якими-небудь вимогами, якщо зверталися, то як він оцінює їх характер; скільки разів виходили злочинці на контакт і яким чином; скільки осіб контактували і чи не може він описати їх зовнішній вигляд або інші риси та вади; чи не визначив він номер телефону або місце, звідкіля здійснювався зв'язок; чи не зробив аудіо-, відеозапис бесід зі злочинцями; чи не висловлювалися погрози на чийсь адресу, який зміст цих погроз.

Як правило, при розслідуванні злочинів, передбачених ст. 171 КК України, абсолютна більшість свідків дають правдиві показання. Така позиція пояснюється взаєморозумінням та доброзичливістю учасників кримінального провадження.

Серед мотивів дачі неправдивих показань свідком у досліджених кримінальних провадженнях про перешкоджання законній професійній діяльності журналістів зустрічалися такі:

- непевненість в можливості розкриття справжніх обставин злочину (7,5%);

- негативне ставлення до правоохоронних органів (8%);
- прагнення одержати від заінтересованих осіб будь-яку вигоду (зазначають 11% опитаних слідчих);
- небажання брати участь у подальших слідчих (розшукових) діях (15,5%);
- фізичний чи психологічний тиск з боку заінтересованих осіб (19%);
- побоювання помсти з боку заінтересованих осіб (28,5%);
- співчуття й жалість до підозрюваного чи до членів його сім'ї (3%);
- побоювання зіпсувати відносини з іншими особами, причетними до злочину (28%);
- прагнення вигородити або пом'якшити вину підозрюваного через споріднені, сімейні, дружні або інші відносини (14%);
- споріднені з потерпілим інтереси (в основному, пов'язані з журналістською діяльністю) (12,5%);
- бажання навести наклеп на інших учасників слідчої (розшукової) дії з помсти, ревнощів або через хворобливий стан психіки (4%).

На нашу думку, з метою попередження зміни показань або дачі завідомо неправдивих показань недобросовісними свідками необхідно більш активно використовувати такі широко відомі способи фіксації показань, як власноручний запис показань свідком, підозрюваним; аудіо і відеозапис допитів та в т. ч. одночасних. Явно недостатньо використовуються такі слідчі (розшукові) дії, як огляд, обшук, слідчий експеримент, освідування. У більшій частині кримінальних проваджень, переданих до суду, суттєві суперечності в показаннях потерпілих та підозрюваних в повній мірі вирішені не були.

ПРОЗОРИСТЬ РІШЕНЬ КОЛЕГІАЛЬНИХ СУБ'ЄКТІВ ВЛАДНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ: ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНИЙ АСПЕКТ ¹

Важливими принципами діяльності суб'єктів владних повноважень у демократичній державі є принципи відкритості, прозорості та гласності. Реалізація цих принципів дає змогу підвищити ефективність влади та управління шляхом залучення громадськості до опрацювання управлінських рішень, запобігти проявам бюрократизму та корупції, найбільш повно враховувати інтереси різних соціальних груп.

Висловлюються різні підходи до розуміння співвідношення цих трьох принципів. Погодимося, що, виходячи з конституційного устрою державної влади в Україні та проголошення права громадян брати участь в управлінні суспільними справами, права рівного доступу громадян до державної служби, а також до служби в органах місцевого самоврядування, принцип відкритості державної влади можна визначити як її обов'язок забезпечити можливості вільного доступу громадян до здійснення управління державними справами шляхом безпосереднього волевиявлення, роботи на посадах державних службовців, а також опосередковано – шляхом вибору конкретних кандидатур у депутати або політичних партій, які представлятимуть інтереси громадян у парламенті та в органах місцевого самоврядування².

Водночас принцип прозорості «полягає у встановленні органами державного управління умов, що забезпечують залучення громадян та інших об'єктів управління до прийняття управлінських рішень за рахунок створення і гарантування високого рівня їх обізнаності щодо змістового та процедурного аспектів державно-управлінської діяльності»³.

Принцип гласності реалізується через обов'язок суб'єктів владних повноважень здійснювати постійну та систематичну роботу з інформування громадськості про хід своєї діяльності та прийняті за її результатами рішення⁴.

¹ **Оніщук Микола Васильович**, доктор юридичних наук, ректор Національної школи суддів

² Гудима Н. В. Принципи відкритості та прозорості в діяльності органів державного управління України: автореф. дис. ... канд. наук з держ. управління: 25.00.01 / Ін-т законодавства Верховної Ради України. Київ, 2008. С. 9.

³ Там само. С. 9.

⁴ Совгиря О. В. Принципи відкритості, прозорості та гласності діяльності Уряду: визначення змісту і співвідношення понять // Публічне право. 2011. № 2. С. 20.

Названі принципи діяльності суб'єктів владних повноважень доволі часто закріплюються у законах, що визначають статус органів державної влади і місцевого самоврядування. Зокрема, у частині першій ст. 2 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» визначено, що діяльність міністерств та інших центральних органів виконавчої влади ґрунтується, у тому числі, на принципах відкритості, прозорості, відповідальності. У частині першій ст. 3 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» вказано, що діяльність Кабінету Міністрів України ґрунтується на принципах відкритості та прозорості.

Відповідно до частини першої ст. 84 Конституції України за загальним правилом засідання Верховної Ради України проводяться відкрито, закони набирають чинності після їх офіційного оприлюднення.

Гласність є також принципом здійснення місцевого самоврядування в Україні (частина перша ст. 4 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні»).

Незважаючи на широке вживання понять гласності, відкритості й прозорості при характеристиці діяльності суб'єктів владних повноважень, їх визначення на рівні дефініцій в актах чинного законодавства досі не надано.

Якщо принципи відкритості й гласності є більшою мірою зрозумілими з точки зору застосування на практиці, то принцип прозорості залишається малодослідженим.

Принцип прозорості передбачає організацію самої діяльності органів державної влади відповідно до певних процедур (проведення публічних засідань, завчасне опублікування порядку денного засідання, проектів актів, які планують розглядати тощо).

Отже, прозорість передбачає можливість будь-якої особи в установленій спосіб безпосередньо отримати інформацію про діяльність органу державної влади. Йдеться не тільки про можливість громадянам бути присутніми на засіданнях органу влади, нарадах, слуханнях тощо, а й мати можливість ознайомлення із стенограмами, протоколами відповідних заходів¹.

З огляду на це актуальним є з'ясування питання щодо меж прозорості у діяльності суб'єктів владних повноважень. Зокрема, на нормативному рівні по-різному визначається рівень прозорості процедури прийняття рішення колегіальними суб'єктами владних повноважень.

¹ Венгер В. М. Прозорість як принцип діяльності органів публічної влади // Наукові записки НаУКМА. 2017. Т. 200. Юридичні науки. С. 80.

Нормативні акти, що регулюють процедурні аспекти прийняття рішень колегіальними суб'єктами владних повноважень, здебільшого закріплюють відкриту процедуру прийняття рішень. Так, згідно з частиною другою ст. 26 Закону України «Про Рахункову палату» її рішення приймаються відкритим голосуванням більшістю голосів від кількості присутніх на засіданні членів.

Центральна виборча комісія приймає рішення на своєму засіданні відкритим голосуванням (частина четверта ст. 12 Закону України «Про Центральну виборчу комісію») та веде протокол засідання (частина сьома ст. 11 Закону України «Про Центральну виборчу комісію»).

Рішення Комісії з питань вищого корпусу державної служби приймаються відкритим голосуванням більшістю голосів присутніх на засіданні членів Комісії (п. 18 Положення)¹.

Відкритим поіменним голосуванням приймаються також рішення Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації (п. 3.6.5 Регламенту НКРЗІ)², Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку (п. 3.2.17 Регламенту НКЦПФР)³, конкурсного комітету з перевезення пасажирів на автобусному маршруті загального користування (п. 50 Порядку)⁴.

Вказівка про відкрите прийняття рішень міститься і в Регламенті Антимонопольного комітету України (п. 45 Регламенту АМКУ)⁵.

Особливо важливого значення набуває принцип прозорості у діяльності представницьких суб'єктів владних повноважень.

¹ Положення про Комісію з питань вищого корпусу державної служби, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 25 березня 2016 року № 243 // Урядовий кур'єр. 2016. № 72. 15.04.2016.

² Регламент Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації, затверджений рішенням НКРЗІ від 21 жовтня 2014 року № 720 // Бюлетень Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації. 2014. № 10.

³ Регламент Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку, затверджений Наказом Голови НКЦПФР від 23.05.2013 року № 302. URL: <https://www.nssmc.gov.ua/documents/reglament-natsionalno-koms-z-tsnnih-paperv-ta-fondovogo-rinku/>

⁴ Порядок проведення конкурсу з перевезення пасажирів на автобусному маршруті загального користування, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 3 грудня 2008 року № 1081 // Урядовий кур'єр. 2008. № 240. 20.12.2008.

⁵ Регламент Антимонопольного комітету, затверджений розпорядженням Антимонопольного комітету України від 12 лютого 2002 року № 25-р. URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document;jsessionid=BBD389DADCDD610512817392E3EF5B31.app2?id=145686&schema=main>

У Рішенні Конституційного Суду України № 15-рп/2012 від 11.07.2012 (справа про обрання Голови Верховної Ради України) зазначається, що, «як вбачається зі статті 1, частини другої статті 5 Основного Закону України, визначальною засадою парламентаризму є відкритість роботи парламенту. У Рішенні Конституційного Суду України від 6 квітня 2010 року № 11-рп/2010 зазначено, що Верховна Рада України є органом державної влади, який здійснює свої повноваження на засадах представництва народними депутатами України інтересів Українського народу (абзац перший підпункту 3.3 пункту 3 мотивувальної частини). Сутність представницької демократії полягає насамперед в опосередкованій участі громадян у прийнятті рішень державного значення через своїх представників, покликаних виступати від імені виборців, виражати та захищати інтереси всього народу. Реалізація засади відкритості роботи парламенту гарантує підтримання постійного зв'язку народних депутатів України, як повноважних представників Українського народу у Верховній Раді України, із виборцями, що створює умови для всебічного аналізу діяльності як окремих народних депутатів України, так і парламенту в цілому» (п. 3)¹.

Відповідно до частини третьої ст. 59 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» рішення ради приймаються за загальним правилом відкритим поіменним голосуванням.

Відповідно до частини другої ст. 47 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України»² рішення Верховної Ради приймаються шляхом відкритого поіменного голосування, крім випадків, передбачених цим Регламентом, коли проводиться таємне голосування шляхом подачі бюлетенів. Крім того, Верховна Рада може прийняти процедурне рішення щодо визначення виду і способу голосування з питання, що розглядається, якщо вид і спосіб голосування не встановлені законом і цим Регламентом (частина п'ята ст. 37 цього Закону).

Аналіз законодавства дає підстави стверджувати, що більшість голосувань парламенту відбувається відкрито.

¹ Рішення Конституційного Суду України № 15-рп/2012 від 11.07.2012 у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин п'ятої, шостої статті 75, частини четвертої статті 77 Регламенту Верховної Ради України, затвердженого Законом України «Про Регламент Верховної Ради України» (справа про обрання Голови Верховної Ради України) // Офіційний вісник України. 2012. № 56. Ст. 2262.

² Про Регламент Верховної Ради України: Закон України від 10.02.2010 № 1861-VI // Голос України. 2010. № 28. 17.02.2010.

Так, рішення про персональні обрання, призначення, надання згоди на призначення на посаду, надання згоди на звільнення з посади та звільнення з посади приймаються Верховною Радою шляхом відкритого поіменного голосування, крім випадків, передбачених законом, коли рішення приймаються таємним голосуванням шляхом подачі бюлетенів (частина п'ята ст. 47 цього Закону).

Відбір/добір на посаду члена Вищої ради правосуддя (частина дев'ята ст. 208-1 цього Закону), членів Рахункової палати (частина п'ята ст. 208-2 цього Закону), судді Конституційного Суду України (частина десята ст. 208-4 цього Закону) Верховна Рада здійснює відкритим рейтинговим голосуванням по кожному кандидату окремо.

Рішення про призначення на посаду та звільнення з посади Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (частина сьома ст. 208 цього Закону), членів Центральної виборчої комісії (частина третя ст. 209 цього Закону), членів Ради Національного банку України (частина друга ст. 210 цього Закону) приймається Верховною Радою відкритим голосуванням.

Окремо зазначимо про існуючу законодавчу колізію (виняток) щодо процедури голосування про призначення на посаду Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. На відміну від Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» Закон України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» передбачає таємне голосування шляхом подання бюлетенів (частина перша ст. 5). У зв'язку з цим зауважимо, що ці відмінності радше є результатом ситуативних політичних потреб, ніж дотриманням усталеного порядку реалізації парламентом установчих повноважень щодо формування органів державної влади.

Рішення про надання згоди на призначення на посади та звільнення з посад голови Антимонопольного комітету України, голови Фонду державного майна України, голови Державного комітету телебачення і радіомовлення України вважається прийнятим, якщо відкритим голосуванням за це проголосувало більше половини народних депутатів від конституційного складу Верховної Ради (частина сьома ст. 211 Закону).

Рішення про надання згоди Верховної Ради на призначення на посаду та звільнення з посади Президентом України Генерального прокурора приймається відкритим поіменним голосуванням більшістю голосів народних депутатів від конституційного складу Верховної Ради (частина сьома ст. 212 цього Закону).

Голосування у Верховній Раді України щодо призначення Прем'єр-міністра України проводиться відкритим голосуванням у поіменному режимі (частина сьома ст. 8 Закону України «Про Кабінет Міністрів України»).

Відповідно до частини третьої ст. 44 Закону України «Про комітети Верховної Ради України» голосування на засіданні комітету здійснюється членами комітету особисто і відкрито. За пропозицією, підтриманою не менш як третинною присутніх на засіданні членів комітету, до протоколу засідання комітету вносяться поіменні результати голосування.

Шляхом відкритого поіменного голосування Верховною Радою України приймаються й рішення про висловлення недовіри Верховної Ради Генеральному прокурору (частина четверта ст. 213 Закону), про надання згоди на притягнення до кримінальної відповідальності, затримання чи арешт народного депутата (частина восьма ст. 221 цього Закону), про звернення Голови Верховної Ради України до суду для вирішення питання про дострокове припинення повноважень народного депутата, який порушив вимоги закону щодо несумісності депутатського мандата (частина третя ст. 223 цього Закону).

Єдиним винятком із зазначених вище процедур є рішення Верховної Ради України про звинувачення Президента України (частина перша ст. 185 цього Закону) та постанова про усунення Президента України з поста в порядку імпичменту (частина перша ст. 187 цього Закону), що приймаються **таємним голосуванням** шляхом подачі бюлетенів.

Згідно з Рішенням Конституційного Суду України № 19-рп/2003 від 10.12.2003 конституційна процедура розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпичменту є позасудовим конституційним процесом та здійснюється без порушення проти нього кримінальної справи (п. 1.2), оскільки Президент України на час виконання повноважень не несе кримінальної відповідальності, проти нього не може бути порушена кримінальна справа (п. 1.1). Імпічмент є видом конституційної відповідальності¹.

Отже, при прийнятті зазначених рішень Верховна Рада України виконує квазісудові функції, чим можна пояснити рішення законодавця про таємне голосування парламентарів із цих питань. Саме природа реалізації повноважень органів державної влади, скерованих на застосування відповідальності, зумовлює характер і спосіб прийняття відповідних рішень.

Це повною мірою стосується і діяльності суб'єктів владних повноважень у сфері правосуддя, яким надано право порушувати провадження та притягувати до відповідальності суддів, прокурорів, адвокатів.

¹ Рішення Конституційного Суду України № 19-рп/2003 від 10.12.2003 у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини першої статті 105, частини першої статті 111 Конституції України (справа щодо недоторканності та імпичменту Президента України) // Офіційний вісник України. 2003. № 51 (частина 1). Ст. 2704.

Аналіз нормативно-правових актів, що регулюють діяльність кваліфікаційно-дисциплінарних органів, пов'язаних із системою правосуддя, дає підстави стверджувати, що усі рішення таких органів, за винятком процедурних, приймаються закрито, тобто без присутності інших осіб.

Так, частиною третьою ст. 34 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» визначено, що рішення ВРП, її органів ухвалюється у спеціальному приміщенні (нарадчій кімнаті), бути присутніми у якому іншим особам, крім членів ВРП, які мають право голосу при ухваленні рішення, забороняється. Відповідно до частини четвертої ст. 34 цього Закону рішення Вищої ради правосуддя, її органів ухвалюється відкритим голосуванням, якщо інше не визначено цим Законом.

Комплексне тлумачення останніх двох норм дає підстави стверджувати, що усі рішення ВРП ухвалюються у нарадчій кімнаті, а голосування при прийнятті рішень, за загальним правилом, відбувається відкрито. Так само тлумачаться ці норми і в Регламенті Вищої ради правосуддя: рішення Ради, її органів ухвалюється у спеціальному приміщенні (нарадчій кімнаті), бути присутніми у якому іншим особам, крім членів Ради чи Дисциплінарної палати, які мають право голосу при ухваленні рішення, забороняється. Рішення ухвалюється відкритим голосуванням, якщо інше не визначено Законом (п. 9.4 Регламенту)¹.

Відповідно до частини сьомої ст. 30 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» на засіданнях ВРП, Дисциплінарних палат ведуться протоколи та здійснюється повне фіксування засідання технічними засобами. У Регламенті Вищої ради правосуддя уточнюється, що на засіданнях Ради, Дисциплінарних палат ведуться протоколи та здійснюється повне фіксування технічними засобами, за винятком тієї частини засідання, що проводиться у нарадчій кімнаті (п. 6.1).

Закон України «Про Вищу раду правосуддя» та Регламент Вищої ради правосуддя також містять окремі прямі вказівки щодо порядку розгляду питань, віднесених до її повноважень. Зокрема, прямо визначено, що в нарадчій кімнаті приймаються рішення:

- про внесення подання Президентів України про призначення на посаду судді або про відмову у внесенні подання Президентів України про призначення на посаду судді (п. 10.5 Регламенту);
- Дисциплінарної палати за результатом розгляду дисциплінарної справи (частина перша ст. 50 Закону, п. 12.36 Регламенту);

¹ Регламент Вищої ради правосуддя, затверджений рішенням Вищої Ради правосуддя від 24 січня 2017 року № 52/0/15-17. URL: http://www.vru.gov.ua/legislative_acts/28.

- про звільнення судді з підстав, визначених пунктами 2, 3, 5 та 6 частини шостої ст. 126 Конституції України (п. 17.6 Регламенту);
- про надання згоди на затримання судді, утримання його під вартою чи арештом або про відмову в задоволенні подання (п. 18.12 Регламенту);
- про відвід (самовідвід) члена ВРП (частина п'ята ст. 33 Закону, п. 7.5 Регламенту).

Водночас у п. 5.20 Регламенту Вищої ради правосуддя вказано, що після закінчення розгляду питання головуючий на засіданні оголошує про перехід до відкритого голосування чи про вихід до нарадчої кімнати для ухвалення рішення. Тобто в цьому положенні Регламенту відкрите голосування протиставляється виходу до нарадчої кімнати, на відміну від положень частин третьої та четвертої ст. 34 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» та п. 9.4 Регламенту, згідно з якими відкрите голосування є способом прийняття рішення у нарадчій кімнаті.

Подальший аналіз положень Регламенту дає підстави стверджувати, що відповідно до п. 5.20 відкрите голосування на засіданні можливе не за результатами розгляду питань, що належать до повноважень ВРП по суті, а з процедурних питань. Так, у абзаці сьомому п. 9.1 Регламенту вказується, що рішення Ради чи Дисциплінарної палати з процедурних питань вноситься до протоколу засідання (протокольна ухвала).

Відповідно до частини першої ст. 101 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» голосування за рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України проводиться за відсутності особи, щодо якої вирішується питання, та інших осіб, які не є членами Комісії.

Під час обговорення питання та прийняття рішення Кваліфікаційно-дисциплінарною комісією прокурорів у місці голосування можуть перебувати лише члени Комісії (п. 56 Положення)¹.

Рішення Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури за загальним правилом ухвалюється відкритим голосуванням, однак під час прийняття рішення Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури ніхто не має права перебувати в приміщенні, у якому приймається таке рішення («нарадча кімната»), крім складу ВКДКА, який приймає таке рішення, та працівників Секретаріату ВКДКА (п. 3.44 Регламенту)².

¹ Положення про порядок роботи Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів, прийняте всеукраїнською конференцією прокурорів 27 квітня 2017 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0003900-17>.

² Регламент Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, затверджений рішенням Ради адвокатів України від 4–5 липня 2014 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr078871-14>.

Аналогічно регулюється порядок прийняття рішення кваліфікаційно-дисциплінарними комісіями адвокатури та їх палатами (п. 8.3 Регламенту)¹.

Отже, потребує вирішення питання, чи не є названі нормативні обмеження щодо існуючого порядку ухвалення рішень кваліфікаційно-дисциплінарними органами порушенням принципу прозорості.

Міжнародним пактом про громадянські і політичні права 1966 року (ст. 14) та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (ст. 6) закріплено гарантії справедливого суду.

Різноманітність національних систем права зумовлює необхідність уніфікації поняття «суд» для належного виконання міжнародних зобов'язань держав на внутрішньому юрисдикційному рівні. У зв'язку з цим концепція «суду» (трибуналу) при застосуванні згаданих міжнародних актів є автономною, тобто судами можуть визнаватися не лише органи в системі судоустрою відповідної держави, а й адміністративні та інші органи, які відповідають критеріям, що ставляться до суду.

Так, Комітет ООН з прав людини в Зауваженнях загального характеру № 32 від 23 серпня 2007 року вказує, що «застосоване в п. 1 ст. 14 поняття «суд» означає – незалежно від найменування – орган, створений на основі закону, незалежний від виконавчої та законодавчої гілок влади або такий, що в конкретних випадках користується судовою незалежністю при прийнятті рішень з правових питань у спорах, судових за своїм характером»². Комітет неодноразово визнавав судом адміністративні органи, уповноважені вирішувати питання екстрадиції³, а також органи, уповноважені вирішувати питання про накладення дисциплінарного стягнення (дисциплінарні комісії, органи юстиції) у вигляді звільнення публічного службовця, у тому числі судді⁴.

Аналогічної автономної концепції тлумачення поняття «суд» дотримується і Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ).

¹ Регламент кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, затверджений рішенням Ради адвокатів України від 16 лютого 2013 року № 77. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0077418-13>.

² Маррело М. Автономна концепція поняття «суд» як основа інституту справедливого суду // Вісник Академії адвокатури України. 2013. № 2 (27). С. 71.

³ Everett v. Spain, Communication no. 961/200. URL: <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/961-2000.html>

⁴ Soratha Bandaranayake v. Sri Lanka, Communication no.1376/2005. URL: http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2008.07.24_Bandaranayake_v_Sri_Lanka.htm

Наприклад, у практиці ЄСПЛ судом у розумінні ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод визнавалися:

- арбітражні органи, що вирішували питання компенсації за націоналізовану власність і примусовий продаж акцій (*Lithgow and Others v. the United Kingdom*, заяви 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81);
- пенітенціарний адміністративний орган, уповноважений накладати дисциплінарні стягнення (*Campbell and Fells v. United Kingdom*, заяви 7819/77; 7878/77);
- адміністративний орган адвокатури (*H. v. Belgium*, заява 8950/80);
- парламент, уповноважений розглядати питання про звільнення суддів (*Oleksandr Volkov v. Ukraine*, заява 21722/11);
- національна судова рада, уповноважена приймати рішення про накладення дисциплінарних санкцій (*Olujić v. Croatia*, заява 22330/05).

Суд, у розумінні Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, ЄСПЛ – це орган, який¹:

- наділений функцією суду, яка полягає у вирішенні питань у межах його компетенції на основі верховенства права та відповідно до процедур, що здійснюються у встановленому порядку (*Belios v. Switzerland*, заява 10328/83);
- виносить рішення, обов'язкові до виконання (*Sramek v. Austria*, заява 8790/79);
- є незалежним від виконавчої влади і сторін у справі (*De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium*, заяви 2832/66; 2835/66; 2899/66).

Визначення відповідності певного органу критерію незалежності здійснюється через аналіз способу призначення його складу, строки повноважень, наявність гарантій від зовнішнього тиску. Однак в одному із рішень Європейський суд з прав людини постановив, що посадові особи дисциплінарного органу тюрми можуть вважатися незалежними, попри те, що призначені відповідним міністром, якщо при цьому вони не отримують вказівок від міністра стосовно виконання своїх судових повноважень (*Lithgow v. United Kingdom*, заяви 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81).

¹ Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / за ред. О. Л. Жуковської. Київ: ЗАТ «ВІ-ПОЛ», 2004. С. 210.

Отже, у разі, коли суб'єкти владних повноважень, що не входять до системи судоустрою України, діють у якості суду, тобто відповідають згаданим вище критеріям, застосування інституту нарадчої кімнати у їх діяльності є виправданим з огляду на необхідність забезпечення незалежності суду. Водночас статус суб'єкта владних повноважень як суду не є абсолютним та може поширюватися лише на окремі повноваження суб'єкта залежно від їх суті. Однозначно судовими за своєю суттю є повноваження, що пов'язані із процедурою притягнення особи до відповідальності. Водночас названі міжнародні акти та практика їх застосування свідчать, що віднесення повноважень щодо вирішення питань, які стосуються призначення на посаду, кар'єрних переміщень (наприклад, переведення суддів) тощо, до квазісудових повноважень є порушенням принципу прозорості, а відтак потребує вжиття необхідних заходів законодавчого і регламентного характеру.

Зокрема, мають бути внесені відповідні зміни до Законів України «Про судоустрій і статус суддів», «Про Вищу раду правосуддя», до Регламентів Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, якими визначитиметься, що в нарадчій кімнаті приймаються виключно рішення щодо притягнення особи до відповідальності та при розгляді справ щодо несумісності. Прийняття рішень з інших питань у режимі т.зв. нарадчої кімнати може містити ознаки неконституційності.

У зв'язку з цим важливу роль у забезпеченні принципу прозорості діяльності колегіальних органів державної влади, що виконують квазісудові функції, має відіграти інститут конституційної скарги, застосування якого є додатковим національним засобом захисту порушених прав і свобод.

ВИКОНАННЯ СУДОВОГО РІШЕННЯ ЯК ЕЛЕМЕНТ ПРАВОВОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ В КОНТЕКСТІ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ¹

Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод у п. 1 ст. 6 містить положення, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і неупередженим судом, створеним на підставі закону, яке отримало назву «право на суд» як невід'ємне право людини, що органічно пов'язане з міжнародно-правовим принципом верховенства права і вважається його частиною².

Принцип правової визначеності безпосередньо пов'язаний з правом на справедливий судовий розгляд та проявляється в якісному (мається на увазі у змістовному плані) судовому рішенні та остаточності й обов'язковості його виконання. Виконання судового рішення слугує основою правової визначеності, що виявляється в стабільності правового статусу особи.

Актуальність дослідження полягає також у тому, що ігнорування вимог правової визначеності щодо виконання судового рішення може призвести до порушення права особи на справедливий суд та зокрема до свавілля. Аналізу виконання судового рішення в практиці Європейського суду з прав людини присвячено розробки таких учених, як: І.Я. Андрюшко, В.І. Анішина, О.І. Вдовіна, В.М. Венгер, К.В. Гусаров, С.К. Загайнова, Р.О. Куйбіда, Л.М. Москвич, Я.М. Романюк, Н.Ю. Сакара, А.Р. Султанов, Е.Р. Сухарева, Л.В. Ушакова, М.О. Філатова, Т.М. Фуфалько та ін.

Метою роботи є дослідження особливостей виконання судового рішення як елементу правової визначеності в контексті практики Європейського суду з прав людини

Як зауважує С.К. Загайнова, якщо через властивість обов'язковості держава зобов'язує державні органи, інших осіб рахуватися з остаточним судовим актом, враховувати його у своїй діяльності, виконувати його приписи, то через властивість виконання воно визначає механізм його реалізації, спрямований на захист конкретних прав, свобод, законних інтересів. Через властивість виконання остаточний судо-

¹ **Панкратова Вікторія Олегівна**, кандидат юридичних наук, доцент кафедри юридичних дисциплін, Сумська філія Харківського національного університету внутрішніх справ

² Європейська конвенція про захист прав людини та основоположних свобод. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004.

вий акт усуває правову невизначеність і остаточно вирішує правовий конфлікт, привівши правовідносини у відповідність з чинним законодавством. Обов'язковість і виконання забезпечують функціонування остаточного судового акта, який впливає на стабільність цивільного обороту¹. Слід зауважити, що виконання судового рішення є результатом розгляду справи, вказує на якість та ефективність судового процесу в цілому, на практичні гарантії захисту прав особи.

Судове рішення є складною комплексною категорією, що включає в себе будь-які акти, прийняті судом (суддею), у рамках реалізації процесуальних повноважень, незалежно від виду провадження. Зміст принципу обов'язковості рішення судів найповніше відображається в його якісних характеристиках. Судове рішення є особливим актом, який начебто «перевтілює» право абстрактне в реальне². Тому саме в процесі виконання судового рішення поновлюються порушене право особи, досягається реалізація законних очікувань.

Зв'язок принципу правової визначеності та обов'язковості виконання судового рішення є очевидним. Оскільки шляхом виконання судового рішення особа отримує визначеність у своєму правовому статусі, упевненість у його незмінності. Обов'язковість виконання судових рішень є конституційною нормою та відноситься до основних засад судочинства (ст. 124, п. 9 ч. 2 ст. 129 Конституції України)³.

Відповідно до ст. 13 Закону «Про судоустрій і статус суддів» судове рішення, яким закінчується розгляд справи в суді, ухвалюється іменем України. Судові рішення, що набрали законної сили, є обов'язковими до виконання усіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами, фізичними та юридичними особами та їх об'єднаннями на всій території України. Обов'язковість урахування (преюдиційність) судових рішень для інших судів визначається процесуальним законом. Невиконання судових рішень тягне відповідальність, установлену законом⁴.

Відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23

¹ Загайнова С.К. Законная сила судебного акта и res judicata: сравнительный анализ. Юридическая наука и образование. 2009. №2. С.160.

² Ігонін Р. В. Принципи судової влади. Вісник Академії адвокатури України. 2011. Число 1. С.27

³ Конституція України, прийнята 28 червня 1996 року. URL: zakon.rada.gov.ua.

⁴ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010 № 2453-VI. URL: zakon2.rada.gov.ua.

лютого 2006 року¹, при розгляді справ суди зобов'язані застосовувати положення Конвенції та практику Європейського суду як джерело права. Тобто з'являється можливість стверджувати, що практика Європейського суду має насамперед юридичне значення та є безпосереднім регулятором суспільних відносин. Крім того, для її впровадження не потрібно очікувати прийняття інших нормативно-правових актів, а національні суди не можуть відмовитись від їх безпосереднього застосування з посиланням на необхідність прийняття додаткових «конкретизуючих» норм до чинних законів².

Отже, можна зробити висновок, що виконання судового рішення є важливим принципом судочинства, який закріплений у законодавстві України.

Досягнення завдань судочинства можливе лише в тому випадку, коли учасники провадження, інші особи будуть впевнені в тому, що судові рішення буде виконане у встановлений строк, уповному обсязі і без необґрунтованих зволікань³.

Доречно навести думку судді Європейського суду Х. Розакіс: «правова визначеність не теоретичний постулат, а очікування того, що остаточне судові рішення буде поважатися. Коли рішення, яке набрало законної сили, суб'єктивно, необґрунтовано анулюється, то не тільки страждають правова визначеність, ефективність, але ілюзорним стає право на суд»⁴.

Як справедливо зауважує В.О.Сердюк, виконання рішень Європейського суду мають становити ідеологічно-правову (ціннісну) основу для здійснення правосуддя в Україні⁵.

Вище зазначені твердження акцентують увагу на важливості виконанні судового рішення. Додамо, що така значимість не вичерпується усуненням порушеного права особи (компенсація, відновлення пору-

¹ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»: Закон України від 23 лютого 2006 року № 3477-IV. URL: zakon2.rada.gov.ua.

² Мірошніченко С. Рішення Європейського суду з прав людини і національне законодавство: вплив, взаємозв'язок, наслідки. Вісник Національної академії прокуратури України. 2012. № 3. С. 51

³ Деркач Н. Доступ до правосуддя та обов'язковість судових рішень. Слово національної школи суддів України. 2013. № 3(4). С. 51

⁴ Нешатаева Т. Н. Международное частное право и международный гражданский процесс. М., 2004. С. 598.

⁵ Сердюк В.О. Проблеми правореалізації судової правотворчості в Україні. Порівняльно-аналітичне право. 2013. № 3-2. С. 64.

шеного права тощо), визначеного Європейським Судом, а й зумовлена вжиттям заходів, які усувають підстави звернення до даної інстанції при виникненні аналогічних ситуацій у майбутньому.

Досить влучно, на нашу думку, про значимість виконання судового рішення висловився В. Городовенко: обов'язковість судових рішень, які набрали законної сили, надає їм властивості закону по справі, у якій вони постановлені¹.

Практика Європейського суду з прав людини включає ряд рішень, що вказують на значення та необхідність виконання судового рішення. Доречно навести справу «Горнсбі проти Греції» від 19 березня 1997 р., у рішенні якої зазначено, що виконання судового рішення є невід'ємною частиною судового розгляду (40)².

Важливо зауважити, що вимога обов'язкового виконання судового рішення є, по-перше, важливою засадою судочинства, по-друге, є основою для реалізації права на справедливий суд. Якщо виконання судового рішення не забезпечується, то й право особи на справедливий суд не реалізується. У такому випадку особа потрапляє в стан невизначеності. Адже залишається в тому становищі, у якому знаходилась до звернення до суду. Виконання судового рішення є важливим механізмом для відновлення порушеного права, захисту прав та інтересів особи.

Треба зауважити, що судовий розгляд, у першу чергу, спрямований не на прийняття справедливого, умотивованого, чіткого рішення по справі, а саме на його виконання. Виконання є важливим підґрунтям правової визначеності. Від його якості залежить стабільність правового статусу особи, її довіра до судової системи, повага до закону.

Точку зору про те, що виконання рішення, винесеного будь-яким судом, має розглядатись як невід'ємна частина судового процесу знаходимо у справі «Імобільярде Саффі проти Італії» від 28 липня 1999 року (п.63). Також у п. 66 Рішення визначено, що Суд знову наголошує, що право на звернення до суду, гарантоване статтею 6, також передбачає практичне виконання остаточних, обов'язкових для виконання судових рішень, які в державах, що поважають принцип верховенства права, не можуть залишатися невиконаними на шкоду стороні у провадженні³. Отже, виконання судового рішення не може відстрочуватися на незаконних підставах.

¹ Городовенко В. Принцип обов'язковості судового рішення. Вісник Академії правових наук України. 2012. № 1. С. 163

² Горнсбі проти Греції: Рішення Європейського суду з прав людини від 19 березня 1997 р. URL: http://www.uazakon.com/documents/date_7y/pg_icyclow.htm.

³ Імобільярде Саффі проти Італії: Рішення Європейського суду з прав людини від 28 липня 1999 року. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_075.

Європейський суд з прав людини наголошує на тому, що виконання будь-якого судового рішення є невід'ємною стадією процесу правосуддя і вагомим складником доступу до правосуддя¹. А отже важливим моментом є те, що держава-учасниця Конвенції повинна докласти усіх зусиль, щоб рішення було виконано, оскільки виконання судового рішення є показником якості судочинства держави, реалізації принципу правової визначеності.

Можна зробити висновок, що звернення до суду за захистом порушеного права має на меті відновлення такого права, компенсацію завданих збитків, що можливо лише, якщо прийняте судом рішення буде виконане. Обов'язок забезпечити виконання судового рішення лежить на державній виконавчій службі, якість роботи якої визначається саме ефективністю такого виконання. Така ефективність уцілому позначається на авторитеті держави та є показником міри її участі в захисті порушеного права особи.

Підтвердженням вище наведеному теоретичному висновку може слугувати справа «Сьоринг проти Об'єднаного Королівства» від 7 липня 1989 року. Європейський суд визначив, що Конвенція як правовий акт, що забезпечує захист прав людини, передбачає, що її гарантії мають бути реальними та ефективними. Крім того, будь-яке тлумачення прав та свобод, що гарантуються, має відповідати загальним рисам Конвенції, мета якої – забезпечення і розвиток ідеалів та цінностей демократичного суспільства. Таким чином, на державі лежить прямий обов'язок дотримуватися громадянських прав осіб і забезпечувати належне та своєчасне виконання рішення суду, що набрало законної сили². Додамо, що в державі, у якій особа залишається один на один з виконанням судового рішення, якщо держава не сприяє даній процедурі, говорити про якісне та справедливе правосуддя не можна.

Важливим аспектом є положення про те, що від особи, яка домоглася винесення остаточного судового рішення проти держави, не можна вимагати ініціювання окремого провадження для того, щоб отримати компенсацію. (постанова у справі «Метаксас проти Греції» від 27 травня 2004 р. (п.23)³ та рішення у справі «Лізанец проти України»

¹ Райлян против Российской Федерации: Постановление Европейского Суда по правам человека от 15 февраля 2007 г. URL: <http://www.precedent.in.ua/ru/index.php?id=1338155983>.

² Серинг против Соединенного Королевства: 7 июля 1989 года. URL: <http://litigation.by/evropejskij-sud-po-pravam-cheloveka>.

³ Метаксас против Греции: Постановление Европейского Суда по правам человека от 27 мая 2004 г. URL: http://www.chernobyl86.ru/spisok/zakon/osn_zakon/strasburg/metaxas.htm.

від 31 травня 2007 р. (п. 43)¹. У таких справах відповідний державний орган, який було належним чином поінформовано про таке судове рішення, повинен ужити усіх необхідних заходів для його дотримання або передати його іншому компетентному органу для виконання².

Важливим моментом є строк, протягом якого рішення повинно бути виконано. Даний строк повинен залежати від особливостей прийнятого рішення та порядку його виконання й не може бути не виправдано затримано. Аналіз практики Європейського суду дозволяє констатувати, що за деяких обставин виконання рішення може бути відкладено, але воно не повинно порушувати право сторони на виконання рішення. Зокрема у справі «Бурдов проти Росії» від 7 травня 2002 року передбачається, що та чи інша затримка виконання судового рішення за певних обставин може бути виправдана. Однак, затримка не може бути такою, що порушувала б саму суть права, гарантованого пунктом 1 статті 6 Конвенції (п.5)³.

При цьому слід зауважити, що не виправдане відкладення виконання обов'язкового рішення на тривалий термін може порушувати положення Конвенції. Така точка зору була сформульована Європейським Судом у справі «Райлян проти Росії» від 15 лютого 2007 р. (п.31). Суд зазначив, що не виправдане відкладення виконання обов'язкового рішення на тривалий термін може порушувати положення Конвенції. Обґрунтованість такого відкладення повинна бути вирішена, зважаючи також на складність правозастосування, поведінку заявника і компетентних представників влади, а також розмір і характер відшкодування збитків (п.31)⁴.

Слід зазначити, що досить часто причиною невиконання судового рішення є відсутність бюджетних коштів. Європейський Суд з прав людини виробив практику щодо наведеної ситуації. У рішеннях неодноразово Суд наголошував, що відсутність грошових коштів не є підставою для невиконання рішення суду для органів державної влади.

Зокрема доречно навести рішення по справі «Імобільєре Саффі

¹ Лізанец проти України: Рішення Європейського суду з прав людини від 31 травня 2007 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_216.

² Дешко Л. Виконання рішень національних судів: принципи Європейського суду з прав людини Публічне право. 2012. № 4 (8). С.168.

³ Бурдов проти Росії: Рішення Європейського суду з прав людини від 7 травня 2002 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_045.

⁴ Райлян против Российской Федерации: Постановление Европейского Суда по правам человека от 15 февраля 2007 г. URL: <http://www.precedent.in.ua/ru/index.php?id=1338155983>.

проти Італії», у якому зазначено, що державні органи не можуть довільно посилатись на відсутність коштів як на виправдання невиконання зобов'язань за боргом, визначеним судовим рішенням (п. 74)¹.

Показовою також є справа «Бурдов проти Росії» від 7 травня 2002 року. У рішенні зазначається, що фінансові труднощі, які були наявні в держави-відповідача, не повинні були перешкоджати заявнику отримати належне йому в результаті виграшу судової справи про відшкодування шкоди, завданої здоров'ю внаслідок надзвичайних робіт з ліквідації аварії². Положення про виконання судового рішення не залежно від наявності фінансового забезпечення є своєрідною гарантією довіри особи до судового захисту своїх прав.

Практика Європейського Суду щодо України в даному аспекті теж не є виключенням. Підставою для невиконання судового рішення є відсутність коштів у бюджеті України. Прикладом таких справ є рішення у справі «Півень проти України», від 29 червня 2004 року) Європейський суд ще раз нагадав, що державний орган не може посилатися на відсутність коштів, щоб не виплачувати борг, підтверджений судовим рішенням (п.40)³.

Аналогічною є справа «Шмалько проти України» від 20 липня 2004 року. У даному рішенні зазначено: орган державної влади не має права посилатися на брак коштів на виправдання неспроможності виконати судові рішення про виплату боргу. Зрозуміло, що за певних обставин затримка з виконанням судового рішення може бути виправданою. Але затримка не може бути такою, що зводить нанівець сутність гарантованого пунктом 1 статті 6 права (п.44)⁴.

Отже, з даних рішень можна зробити висновок, що відсутність грошових коштів у держави не є підставою для відмови у виконанні судового рішення.

Проаналізувавши практику Європейського суду з прав людини, можна зробити висновок про те, що зміст принципу правової визначе-

¹ Імобільярде Саффі проти Італії: Рішення Європейського суду з прав людини від 28 липня 1999 року. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_075.

² Бурдов проти Росії: Рішення Європейського суду з прав людини від 7 травня 2002 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_045.

³ Півень проти України: Рішення Європейського суду з прав людини від 29 червня 2004 року. URL: http://court.gov.ua/userfiles/file/court_gov_ua_sud5010/Konvenciya_z_prav/st_6/Piven.pdf.

⁴ Шмалько проти України: Рішення Європейського суду з прав людини від 20 липня 2004 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_226.

ності щодо виконання судового рішення складають наступні елементи:

- виконання судового рішення є невід'ємною частиною судового розгляду;
- на державі лежить прямий обов'язок забезпечувати належне та своєчасне виконання рішення суду, що набрало законної сили;
- затримка виконання судового рішення на певний період може бути виправданий у виняткових випадках;
- затримка не повинна бути такою, що позбавляє сутності право, яке захищається;
- не допускається вимагання від особи, яка домоглася винесення остаточного судового рішення проти держави, ініціювання окремого провадження з його примусового виконання;
- державні органи не можуть довільно посилались на відсутність коштів як на виправдання невиконання зобов'язань за боргом, визначеним судовим рішенням.

ДОСТУП ДО ПРАВОСУДДЯ В СПРАВАХ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ ¹

Відповідно до ст. 8 Конституції України визнається і діє принцип верховенства права, Конституція України має найвищу юридичну силу, а закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй. Виходячи з основних засад судочинства згідно з п.8 ч.1 ст.129 Конституції України право на касаційне оскарження судового рішення забезпечується виключно у визначених законом випадках. Кодексом України про адміністративні правопорушення не передбачена можливість касаційного оскарження постанови апеляційного суду у справі про адміністративні правопорушення. Перевірка конституційності положення частини десятої статті 294 Кодексу здійснюється Першим сенатом КСУ за конституційною скаргою гр.А.М. Кременчуцького, який в конституційній скарзі зазначив наступне.

¹ **Смірнова В. В.**, кандидат юридичних наук, суддя, Донецький апеляційний суд.

Тетерятник Г.К., кандидат юридичних наук, зав. кафедри кримінального процесу Одеського державного університету внутрішніх справ

Положення частини десятої статті 294 Кодексу передбачають, що постанова апеляційного суду набирає законної сили негайно після її винесення, є остаточною й оскарженню не підлягає. На думку автора клопотання, відповідно до пункту 8 частини другої статті 129 Конституції України „гарантоване право на всебічний, повний розгляд справи із забезпеченням права на апеляційний та касаційний розгляд“, проте застосування положень частини десятої статті 294 Кодексу апеляційним судом Луганської області спричинило позбавлення його права на касаційне оскарження судового рішення.

Заявник вважав, що застосування апеляційним судом Луганської області припису пункту 8 частини другої статті 129 Конституції України спричинило також порушення інших його прав, зокрема – передбачених статтею 43 (право на працю) і статтею 55 (право на судовий захист прав і свобод людини та громадянина) Конституції України.

Кременчуцький А.М. стверджує, що враховуючи практику Європейського суду з прав людини, застосоване до нього судом першої інстанції адміністративне стягнення у вигляді штрафу як покарання за своєю сутністю може бути віднесене до кримінального покарання, а тому, зважаючи на „загальні засади права“, рішення суду про накладення такого стягнення може бути оскаржене в касаційному порядку [1].

Верховний Суд відмовляє у відкритті касаційних проваджень у справах про адміністративні правопорушення.

Так, до Верховного суду із касаційної скаргю звернувся адвокат Харченко І.Є. на постанову Апеляційного суду Одеської області від 06 грудня 2017 року у справі про адміністративне правопорушення щодо ОСОБА_3 за ч. 5 ст. 212-3 КУпАП.

Зі змісту касаційної скарги вбачається, що адвокат Харченко І.Є. не погоджується та просить скасувати у касаційному порядку зазначену постанову апеляційного суду, винесену у справі про адміністративне правопорушення.

Проаналізувавши зміст касаційних вимог, суд встановив, що необхідно відмовити у відкритті касаційного провадження з наступних підстав. Так, статтею 48 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» визначено, що суддя здійснює правосуддя на основі Конституції і законів України, керуючись при цьому принципом верховенства права.

Правила, які конкретизують положення Конституції України щодо обмеження можливості касаційного оскарження рішень суду також визначені у КУпАП. Так, відповідно до ст. 294 КУпАП постанова судді у справі про адміністративне правопорушення може бути оскаржена до апеляційного суду, при цьому, постанова апеляційного суду набирає

законної сили негайно після її винесення, є остаточною і оскарженню не підлягає. Отже, Кодексом України про адміністративні правопорушення не передбачена можливість касаційного оскарження постанови апеляційного суду у справі про адміністративне правопорушення.

Також, необхідно зазначити, що забезпечене Конституцією України право на судовий захист і забезпечене Європейською конвенцією з прав людини та основоположних свобод право на справедливий суд не порушуються такими викладеними у законах процесуальними механізмами допуску до касаційного перегляду [2].

На нашу думку, можна погодитись з науковими доробками вітчизняних вчених Горкави В.В., Кореєда С.О. з питань перегляду справ про адміністративні правопорушення щодо неправомірного позбавлення Верховного Суду повноважень забезпечувати одноманітне застосування судами адміністративно-деліктного законодавства [3].

Існуюча судова практика по справам про адміністративні правопорушення є неоднорідною. Наприклад, коли провадження закривається на підставі п.7 ч.1 ст.247 КУпАП без встановлення вини особи (і з встановленням вини). Процедура повідомлення про розгляд справ також є різною і відповідно відрізняються правові висновки щодо належного(неналежного) повідомлення особи, яка притягається до адміністративної відповідальності та ін.

Між тим, саме Верховний суд відповідно до вимог ч.2 ст.36 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» забезпечує однакове застосування норм права судами різних спеціалізацій у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом.

З огляду на вищезазначене, заслуговує на увагу така думка члена Вищої ради правосуддя Миколи Худика. Прогалини Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо належності повідомлення особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, про час і місце розгляду справи судом було виявлено в результаті аналізу дисциплінарних проваджень щодо суддів та дій суддів під час прийняття рішень про закриття проваджень за результатами розгляду протоколів про адміністративні правопорушення, передбачені ст. 130 КУпАП «Керування транспортними засобами або суднами особами, які перебувають у стані алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або під впливом лікарських препаратів, що знижують їх увагу та швидкість реакції».

Як показав проведений аналіз, основною підставою для закриття проваджень є закінчення передбаченого ст. 38 КУпАП строку накладення адміністративного стягнення судом. У багатьох випадках закінчення зазначеного строку було безпосередньо пов'язане з неоднора-

зовим відкладенням розгляду справи через відсутність у суду доказів сповіщення особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, про час і місце розгляду справи. Численними є й випадки скасування судами апеляційної інстанції постанов судів першої інстанції про притягнення осіб до адміністративної відповідальності та закриття провадження у справах у зв'язку із закінченням строку накладення адміністративного стягнення з підстав відсутності у матеріалах справи доказів належного повідомлення особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, про розгляд справи. Наприклад, у випадках, коли направлені на правильну адресу повістки не вручалися адресатам з незалежних від суду причин, зокрема поверталися з відміткою відділення поштового зв'язку про закінчення строку зберігання, відсутність адресата тощо.

Ч. 2 ст. 38 КУпАП встановлено, що стягнення у справах про адміністративні правопорушення може бути накладене не пізніше, як через 3 місяці з дня вчинення правопорушення, а при триваючому правопорушенні — не пізніше, ніж через 3 місяці з дня його виявлення, крім справ про адміністративні правопорушення, зазначені у ч.3, 4 цієї статті. Відповідно до п. 7 ст. 247 КУпАП, закінчення на момент розгляду справи про адміністративне правопорушення строків, передбачених ст. 38 Кодексу, є обставиною, що виключає провадження у справі. У цьому випадку провадження у справі про адміністративне правопорушення не може бути розпочато, а розпочате підлягає закриттю.

Ст. 277 КУпАП встановлено, що справа про адміністративне правопорушення розглядається у 15-денний строк з дня отримання органом (посадовою особою), правомочним розглядати справу, протоколу про адміністративне правопорушення та інших матеріалів справи. Такий стислий строк розгляду справ зумовлений у т. ч. обмеженням строком, протягом якого може бути накладене адміністративне стягнення.

Відповідно до положень ст. 268 КУпАП, справа про адміністративне правопорушення розглядається в присутності особи, яка притягається до адміністративної відповідальності. За відсутності цієї особи справу може бути розглянуто лише у випадках, коли є дані про своєчасне її сповіщення про місце і час розгляду справи, якщо від неї не надійшло клопотання про відкладення розгляду. У разі ухилення від явки до суду особа, яка притягається до адміністративної відповідальності, може бути піддана приводу лише за розгляду тих справ, у яких присутність особи є обов'язковою (ч.2 ст. 268 КУпАП).

Ст. 277-2 Кодексу передбачено, що повістка, у якій зазначаються дата і місце розгляду справи, вручається особі, яка притягається до ад-

міністративної відповідальності, не пізніше, ніж за 3 доби до дня розгляду. А от у яких випадках така особа вважається належним чином повідомленою (сповіщеною) про розгляд справи, вказаною статтею не регламентовано. Відсутність такого законодавчого врегулювання зумовлює наявність різного підходу судів як першої, так і апеляційної інстанцій до вирішення цього питання.

Отже, судова практика є неоднорідною. Прикладами наведеного вище можуть стати численні судові справи.

Так, постановою судді Голопристанського районного суду Херсонської області від 21.09.2017 р. у справі про адміністративне правопорушення, передбачене ч. 1 ст. 130 КУпАП (справа №654/2238/17), особу притягнуто до адміністративної відповідальності та накладено адміністративне стягнення у вигляді штрафу з позбавленням права керування транспортними засобами строком на рік. У постанові зазначено, що в судове засідання порушник не прибув, причин неявки не повідомив, про дату, час та місце проведення судового засідання повідомлявся належним чином.

Постановою апеляційного суду Херсонської області від 24.11.2017 вказану постанову скасовано, а провадження у справі закрито на підставі п. 7 ч. 1 ст. 247 КУпАП (у зв'язку із закінченням на момент розгляду справи про адміністративне правопорушення строків, передбачених ст.38 Кодексу). У оскаржуваній постанові зазначено, що судовий розгляд справи в суді першої інстанції проводився без участі особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, при цьому суд вважав, що остання у визначеному законом порядку повідомлена про день та час розгляду справи, оскільки за місцем проживання порушника направлялися судові повістки.

У суді апеляційної інстанції встановлено, що матеріали справи не містять даних про отримання вказаною особою судових повісток про виклик до суду, оскільки наявні у справі рекомендовані повідомлення про вручення поштового відправлення повернуто на адресу суду без вручення адресату (з відміткою про закінчення встановленого строку зберігання). Наведене, на думку суду апеляційної інстанції, свідчить, що особа, яка притягається до адміністративної відповідальності, не була належним чином та у спосіб, визначений діючим законодавством, повідомлена про день та час розгляду справи. За таких обставин суд апеляційної інстанції дійшов висновку, що судом першої інстанції порушено право особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, на захист та справедливий судовий розгляд, оскільки доводи її в судовому засіданні не досліджувались, що вплинуло на прийняте су-

дом рішення. Відтак, це судове рішення не можна визнати законним, і воно підлягає скасуванню.

Постановою Зарічного районного суду Сум від 10.05.2018 (справа №677/152/18) особу визнано винною у вчиненні адміністративного правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 130 КУпАП, та накладено на неї адміністративне стягнення у вигляді штрафу з позбавленням права керування транспортними засобами на рік. У постанові зазначено, що особа, яка притягається до адміністративної відповідальності, про час розгляду адміністративного матеріалу повідомлялася належним чином, але у зазначений час до суду не з'явилася, і її захисником втретє подано клопотання про відкладення судового розгляду.

Вказана особа знала, що відносно неї в суді розглядається справа про адміністративне правопорушення, та скористалася правом на захист. Представництво її інтересів у суді здійснював фахівець у галузі права, який заперечував проти розгляду адміністративного матеріалу за відсутності правопорушника, але його поведінку можна розцінювати як навмисне затягування розгляду справи з метою уникнення відповідальності шляхом забезпечення перебігу визначеного ст. 38 КУпАП 3-місячного строку, протягом якого може бути застосовано адміністративне стягнення.

Постановою апеляційного суду Сумської області від 13.06.2018 р. вказану постанову скасовано через порушення суддею суду першої інстанції норм процесуального права, а провадження у справі закрито на підставі п. 7 ст. 247 КУпАП у зв'язку із закінченням на момент апеляційного розгляду справи строку накладення адміністративного стягнення, передбаченого ст. 38 КУпАП. У постанові зазначено, що телефонограма не є доказом належного повідомлення особи про дату і місце судового засідання відповідно до вимог ст. 277-2 КУпАП, а наявні об'єктивні (поважні) причини відсутності особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, в судовому засіданні унеможливають судовий розгляд справи, внаслідок чого постанова підлягає скасуванню. При цьому судом апеляційної інстанції підтверджено факт вчинення особою зазначеного адміністративного правопорушення та визнано її винною у його вчиненні, проте з урахуванням дати вчинення адміністративного правопорушення та дати апеляційного розгляду справи, якою скасовано постанову про накладення адміністративного стягнення, провадження у справі закрито у зв'язку із закінченням строку, передбаченого ст. 38 КУпАП.

Таким чином, відсутність необхідного законодавчого врегулювання питання вручення судових повісток у справах про адміністративні

правопорушення дозволяє особам, які вчинили адміністративні правопорушення, уникати адміністративної відповідальності. До того ж, такі особи можуть свідомо у різний спосіб ухилитися від отримання судових повісток, розраховуючи на закінчення строку, протягом якого на них може бути накладене адміністративне стягнення.

Зазначене зводить нанівець завдання КУпАП. І не лише через збитки державі у вигляді сум нестягнутих штрафів (адже лише за вчинення адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 130 Кодексу, передбачено штраф у розмірі від 600 до 2400 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян). Головне, що особа, чия вина доведена судом, не несе жодної відповідальності за правопорушення. Від цього потерпає система протидії правопорушенням та виховання громадян, нівелюється робота правоохоронної та судової систем країни.

За результатами аналізу судової практики у цій сфері Вища рада правосуддя підготувала пропозиції змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення. У документі запропоновано ст. 277-2 «Повідомлення про розгляд справи» доповнити частинами 4–10.

Прийняття законопроекту сприятиме виконанню завдань Кодексу України про адміністративні правопорушення, які полягають у охороні прав і свобод громадян, власності, конституційного ладу України, поваги до прав, честі й гідності інших громадян, правил співжиття, сумлінного виконання своїх обов'язків, відповідальності перед суспільством, та дасть змогу протидіяти тим, хто намагається використати недосконалість законодавства, аби ухилитися від відповідальності [4].

Зловживання процесуальними правами у сфері процесу щодо адміністративних правопорушень перешкоджає досягненню завдань КУпАП. Це зумовлює невдоволеність суспільства результатами діяльності судів, породжує зневіру громадян у справедливість.

При розгляді справ вищезазначеної категорії судді як правило перевіряють процесуальну поведінку перш за все особи, відносно якої складено протокол про адміністративне правопорушення.

Так, наприклад, апеляційний суд прийшов до наступних висновків.

З матеріалів справи бачається, що Б. неодноразово викликався у судові засідання призначені на 04 травня 2018 року, 18 червня 2018 року. Про час та місце розгляду справи 04 травня 2018 року Б. був повідомлений при складанні протоколу про адміністративне правопорушення, про що свідчить його підпис у протоколі. Судова повістка про виклик до суду на 18 червня 2018 року направлялася йому за адресою місця проживання, зазначеною у протоколі, однак до суду правопорушник не з'явився, поштовий конверт з судовою повісткою повернувся до

суду з відміткою «за закінченням встановленого строку зберігання».

Крім того, Б. для захисту своїх прав звернувся за правничою допомогою. У судове засідання 26 червня 2018 року Б. та його захисник не з'явилися, повідомлені були належним чином, що підтверджено відповідними розписками, Б. надав заяву про відкладення судового засідання у зв'язку з хворобою, надав медичну довідку про перебування на амбулаторному лікуванні, що само по собі не є перешкодою для неявки до судового засідання. На 02 липня 2018 року особа, яку притягнуто до адміністративної відповідальності, була повідомлена телефонограмою 02 липня 2018 року (хоча виклик за телефонограмою прямо не передбачений законом).

З огляду на те, що особа, яку притягнуто до адміністративної відповідальності, не отримувала повістки за вказаною нею ж адресою, була обізнана про складання щодо неї протоколу про адміністративне правопорушення, про час та місце розгляду справи повідомлена, про що свідчить відмітка у протоколі, не вживала заходів для явки до суду, не подавала письмових заперечень проти протоколу, її поведінка свідчить про свідоме затягування розгляду справи з метою спливу строку притягнення до адміністративної відповідальності, передбаченого статтею 38 КУпАП.

Крім того, як наголошує у своїх рішеннях Європейський суд з прав людини, сторона, яка задіяна в ході судового розгляду, зобов'язана добросовісно користуватись належними їй процесуальними правами та неухильно виконувати процесуальні обов'язки.

Так, у рішенні «Пономарьов проти України» від 3 квітня 2008 року Європейський Суд з прав людини наголосив, що «сторони в розумні інтервали часу мають вживати заходів, щоб дізнатись про стан відомого їм судового провадження».

Крім того, враховуючи принцип судочинства, яким визнано пріоритет публічного інтересу над приватним, враховуючи безпідставне умисне затягування правопорушником справи нівелює завдання КУпАП, яким є охорона конституційного ладу України, встановленого правопорядку, зміцнення законності, запобігання правопорушенням, виховання громадян у дусі точного і неухильного додержання Конституції, законів України, поваги до прав, честі і гідності інших громадян, до правил співжиття, сумлінного виконання своїх обов'язків, відповідальності перед суспільством (стаття 1 КУпАП). Стаття 268 КУпАП не містить заборони розглядати справу про адміністративне правопорушення за статтею 130 КУпАП без обов'язкової присутності особи, яка притягується до адміністративної відповідальності [5].

Викладене вище зумовлює актуальність вказаних питань, зокрема обмеження права на касаційне оскарження постанови у справах про адміністративні правопорушення порушує право особи на доступ до суду та не врегулювання питання щодо належного сповіщення правопорушника призводить до зловживання останнім своїми процесуальними правами з метою уникнути відповідальності. Зазначене підкреслює важливе теоретичне і практичне значення для подальшого розвитку процесуального права у справах про адміністративні правопорушення та вдосконалення законодавства, таким чином, щоб забезпечити реальне гарантування права на судовий захист, створити рівні умови доступу до правосуддя, дотримуватись принципу справедливості судового розгляду та утверджувати довіру до правосуддя.

Список використаних джерел

1. URL:<http://ccu.gov.ua/novyna/pershyy-ta-drugyy-senaty-na-vidkrytyi-chastyni-plenaryh-zasidan-zavershyly-rozglyad-sprav-0>.
2. Постанова ВС від 03.01.2018 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71469796>.
3. В.В.Горкава. Оскарження постанови у справі про адміністративні правопорушення як елемент гарантії реалізації права громадян на захист // Юридичний вісник. -2014 р.- № 3 (32). С.55-59.
4. Вища рада правосуддя пропонує внести зміни до Кодексу про адмінправопорушення. 07.08.2018 р. URL: http://www.vru.gov.ua/mass_media/1074.
5. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75639499>.

ЗАСОБИ СУДОВОГО ЗАХИСТУ ПОРУШЕНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ: ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ ТА ЗАСТОСУВАННЯ ¹

Верховенство права значною мірою залежить від негласної, але фундаментальної домовленості між особою та державою, об'єктом та суб'єктом управління, відповідно до яких кожна зі сторін жертвує певною частиною свободи і повноважень, якими вона могла б володіти. [1, 124] Права людини й громадянина закріплені в Конституції України, їх

¹ **Брезіна Тетяна Миколаївна**, аспірантка, кафедра конституційного права та порівняльного правознавства, УжНУ

широта, реальність, гарантованість виражають не тільки фактичний та юридичний статус особи у суспільстві, а й суть діючої в країні демократії, соціальних, юридичних можливостей для їх реалізації і захисту.

Людина, вважає Гегель, «усередині себе має мірило правого», «її внутрішня сутність завжди говорить їй, як повинно бути, і вона у собі самій знаходить підтвердження чи не підтвердження того, що має силу закону». З принципу суб'єктивності Гегель виводить і нормативну силу права: «У законах права розпорядження має силу не тому, що воно існує, а кожна людина вимагає, щоб воно відповідало її власному критерію»[2].

Дослідженню питання ефективності способів захисту порушеного права приділяли увагу В.Г.Буткевич, В.В. Вітрянський, Т.І.Дудаш, П.М. Рабінович, С.В.Шевчук, А.Г. Ярема та інші.

Метою цієї статті є дослідження питання захисту суб'єктивних прав людини на прикладі позитивної правової школи, запровадження ефективних механізмів їх захисту через Європейську Конвенцію з прав людини та основоположних свобод в українському законодавстві.

Для досягнення поставленої мети автором поставлені наступні завдання: - звернутись до історії становлення думок соціології права щодо захисту прав; визначення поняття ефективності захисту порушеного права; проаналізувати складності застосування ефективних способів захисту порушених прав людини на практиці.

У науковій юридичній літературі, посилилась тенденція до розуміння й пояснення позитивного права саме як засобу регулювання суспільних відносин, вирішення різноманітних соціальних завдань, досягнення відповідних цілей, розв'язання конфліктів та ін. Такий методологічний підхід став, свого часу, основою формування „інструментальної” теорії права (або, кажучи інакше, теорії юридичних засобів).

Прагматизм, переключаючи філософію з суто абстрактних проблем у площину практичного життя людини і висуваючи на перший план питання про те, як діяти людині в мінливих життєвих ситуаціях, як їй розв'язувати поточні проблеми, чинити безпомилково аби досягти успіху, як загалом допомогти людині облаштуватися у світі [3, с. 617-618], - природно призвів до так званого інструменталізму. В останньому будь-які явища - ідеї, наукові теорії, мова, частини тіла, матеріальні предмети, зв'язок тощо - розглядаються саме як засоби, що їх використовує організм (чи то біологічна, чи то соціальна структура) задля досягнення визначеності, певності свого буття [4, с. 286].

На основі зазначеної філософської течії у першій половині ХХ ст. і в юриспруденції США було реалізовано інструментальний підхід до інтер-

претації правових явищ [5, с. 286-295]. Це зробили, насамперед, представники соціологічної школи права, зокрема Р. Паунд, для якого право є, передовсім, засобом соціального контролю для збалансування, досягнення компромісу різних інтересів; такий контроль - це, як він висловлювався, „соціальна інженерія”, основна функція котрої - „досягнення найбільш повної безпеки й ефективності всіх людських вимог” [6, с. 709].

Відмінною характеристикою американської правової теорії є її плюралізм. В американській соціології права використовуються різноманітні підходи: прагматичний, реалістичний, емпіричний і соціологічний. І все ж перевага віддається останньому. Таке становище зумовлено тим, що соціологічний підхід у пізнанні правами правових явищ розширює предметний діапазон самих досліджень. По-перше, він творчо розглядає головне завдання правової теорії: сформувані по можливості несуперечливу систему правових уявлень, що сприяло б як офіційним посадовим особам, так і простим громадянам використовувати право більш ефективно. По-друге, правові норми та установи розглядаються в першу чергу через призму ефективності при досягненні цілей, поставлених верховною владою, причому сама ефективність (на думку інструменталістів) повинна вивчатися в її соціальному ламанні, як рівень досягнення соціально-корисних цілей при мінімальній витраті засобів і зусиль. По-третє, такий підхід виявився найбільшою мірою орієнтованим на використання сучасної техніки управління [7, с.11].

Функції правової системи як визначає Р. Паунд, полягають у класифікації інтересів і визнання більшого чи меншого числа з них, у визначенні рамок і можливостей ефективного захисту інтересів шляхом судового або адміністративного контролю і в розробці засобів, за допомогою яких визнані інтереси можуть бути забезпечені. Але, додає Паунд, інтереси не статичні, в умовах, що змінюються постійно виникають нові потреби і вимоги.

З цього випливають і обов'язки юриста як «соціального інженера»: узагальнення та класифікація існуючих в суспільстві інтересів; визначення та відбір інтересів, які право має визнати і забезпечити; визначення меж забезпечення відібраних інтересів; зважування засобів, за допомогою яких право може забезпечити визнані інтереси; розробка принципів оцінки цих інтересів, щоб потім, шляхом балансування інтересів, досягти такого суспільства, «де максимум вимог задовольняється при мінімумі витрат», щоб залагоджувати соціальні конфлікти і забезпечувати досягнення цивілізованих відносин між людьми [8, с.311].

Одним із механізмів збалансувати інтереси у державі та відновити права є судовий захист. Зокрема, стаття 55 Конституції України перед-

бачає право кожного будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань. Так, основними формами захисту прав особи є: 1) захист прав органами публічної влади; 2) захист прав громадян громадськими об'єднаннями; 3) самозахист прав людиною, що включає в себе: - звернення в державні органи та органи місцевого самоврядування; оскарження дій (бездіяльності) посадових осіб, що порушують права громадян; звернення в засоби масової інформації та правозахисні організації, громадські об'єднання; звернення в міжнародні органи із захисту прав людини.

Тобто у разі порушення своїх прав, особа може звернутися за їх захистом до судових органів, прокуратури, у випадках визначених Законом, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, інших органів влади та їх посадових осіб, а також різного роду громадських об'єднань, які займаються захистом прав та інтересів людини. Також, одним з найважливіших досягнень в міжнародному регулюванні прав людини є застосування та функціонування міждержавного механізму їх захисту.

Разом з тим, практична цінність прав і свобод людини та громадянина полягає саме в їх реальності, тобто в реалізації можливостей, які випливають зі змісту того чи іншого суб'єктивного права. Реальність прав людини має забезпечуватися цілою низкою гарантій – засобів, способів та умов, використовуючи які суб'єкт досягає безперечної реалізації своїх прав. Ці гарантії обумовлені рівнем демократії, розвитку економіки, правової культури суспільства, ступенем незалежності судової влади, обґрунтованістю встановлених законом обмежень тощо.

Як відзначав Б.Пугинский, у суспільстві діють не норми, а люди, які реалізують правові приписи, скеровують та контролюють цю діяльність. Здатність впливати на суспільні відносини слід приписувати не самій нормі, а зусиллям тих органів і осіб, які покликані здійснювати законодавчі приписи. Тому в якості об'єкта дослідження ефективності може братися не „дія норми“, а діяльність відповідних суб'єктів правової системи. У жодній галузі права - продовжує він - ще не запропоновано таку чудово ефективну норму, котра власною „дією“ забезпечила б вирішення якихось соціальних завдань [9, с.206-207].

З огляду на зазначене, важливим є питання не просто захисту порушеного права як формального акту, а саме обрання ефективного способу захисту порушеного права. Під «ефективним» слід розуміти такий засіб, який призводить до потрібних результатів, наслідків, дає найсприятливіший ефект. Тобто ефективний засіб повинен забезпечити відновлення порушеного права, або ж у випадку неможливості його поновлення – гарантувати особі відповідне відшкодування.

Звичайно є цілий ряд способів захисту прав особи і саме особа вибирає найбільш для себе прийнятний, однак визначальним та дієвим має залишатись механізм гарантований державою – судовий захист.

Способи захисту права поділяються на універсальні та спеціальні. Перші можуть застосовуватись до всіх чи більшості суб'єктивних прав. Спеціальні – лише для певних прав, відносно яких спеціально передбачений відповідний спосіб. Універсальні способи визначені в статті 16 ЦК України, статті 20 ГК України та статтях 105, 162 КАС України.

Як зазначає у своєму науковому дослідженні Бринцев О.В. при визначенні поняття способів захисту права, як правило, застосовують три кваліфікуючі ознаки. Першою ознакою є їх мета – усунення перешкод у здійсненні права. При цьому щодо розуміння перешкод у здійсненні права особливих розбіжностей в літературі не спостерігається (під ними, як правило, маються на увазі порушення, оспорювання та невизнання права). Досягненням цієї мети спосіб захисту права вичерпує себе. Другою ознакою є спрямованість заходів – їх вплив спрямований на особу, яка чинить зазначені перешкоди. Останньою, третьою, є ознака детермінованості способів захисту законом. Детермінованість (від лат. *determinans* – визначальний) означає, що у певної причини є певне заздалегідь визначене слідство. Відповідно стосовно способів захисту права – у певного порушення права є певний, заздалегідь визначений спосіб його захисту. Думка про необов'язковий характер ознаки детермінованості способів захисту права служить передумовою концепції «ефективного захисту права». Дійсно, створення спеціально для кожного окремого правового спору своїх унікальних «ефективних» способів захисту права можливе лише за умови відсутності заздалегідь визначеного вичерпного переліку способів захисту [10].

Реформуючи процесуальні кодекси законотворець визначив ряд механізмів для забезпечення ефективного захисту. На думку автора, ширші можливості щодо обрання способу захисту порушеного права надано адміністративним судам з огляду на специфіку адміністративного процесу. Найперше, це можливість суду вийти за межі позовних вимог, якщо це необхідно для ефективного захисту прав, свобод, інтересів людини і громадянина, інших суб'єктів у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень.

По-друге, суд може вибрати інший спосіб захисту прав, свобод, інтересів людини і громадянина, інших суб'єктів у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб'єктів владних повноважень, який не суперечить закону і забезпечує ефективний захист таких прав, свобод та інтересів.

По-третє, у випадку, якщо прийняття рішення на користь позивача передбачає право суб'єкта владних повноважень діяти на власний розсуд, суд зобов'язує суб'єкта владних повноважень вирішити питання, щодо якого звернувся позивач, з урахуванням його правової оцінки, наданої судом у рішенні.

Більш стриманішою має бути позиція суду при вирішенні цивільного чи господарського спору, що пов'язано із дією принципу диспозитивності та змагальності сторін у вказаних процесах. У разі, якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного права, свободи чи інтересу особи, яка звернулася до суду, суд відповідно до викладеної в позові вимоги такої особи може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону (частина 2 статті 5 ЦПК та ГПК).

Надаючи правову оцінку належності обраного позивачем способу захисту, слід зважати й на його ефективність з точки зору статті 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Так, у пункті 145 рішення від 15.11.1996 у справі «Чахал проти Об'єднаного Королівства» Європейський суд з прав людини зазначив, що згадана норма гарантує на національному рівні ефективні правові засоби для здійснення прав і свобод, що передбачаються Конвенцією, незалежно від того, яким чином вони виражені в правовій системі тієї чи іншої країни.

Стаття 13 Конвенції вимагає, щоб норми національного правового засобу стосувалися сутності небезпідставної заяви за Конвенцією та надавали відповідне відшкодування. Зміст зобов'язань за статтею 13 також залежить від характеру скарги заявника за Конвенцією. Тим не менше, засіб захисту, що вимагається згаданою статтею, повинен 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 з прав людини у справі Афанасьєв проти України від 05.04.2005 (заява № 38722/02)).

Отже, ефективний засіб правового захисту у розумінні статті 13 Конвенції повинен забезпечити поновлення порушеного права і одержання особою бажаного результату; винесення рішень, які не призводять безпосередньо до змін в обсязі прав та забезпечення їх примусової реалізації.

При цьому, правильним є те, що способи захисту порушеного права не є вичерпними, адже вказане надає можливість суду у кожному конкретному випадку обрати найбільш сприятливий спосіб відновлення

порушеного права. Однак, не слід забувати, що маючи певну дискрецію в обранні способу захисту порушеного права суддя повинен також прогнозувати можливість виконання судового рішення в такій його конструкції.

Список використаних джерел:

1. Серьогін С.В. Верховенство права в Україні: проблеми розмежування та застосування. Дніпропетровськ: Середняк Т.К., 2014. 124 с.
2. Гегель. Філософія права. М., 1990. 57 с.
3. Історія філософії: Х.: Прапор, 2003. 768 с.
4. Философская энциклопедия. Т.2. М.: Советская Энциклопедия, 1962. 576 с.
5. Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология. - М.: Наука, 1971. 381 с.
6. История политических и правовых учений. М.: Юридическая литература, 1988. 814 с.
7. Іванова В.А. Теоретично напрямок зарубіжної соціології освіти. Санкт-Петербург, 2008. 22с.
8. Курбатов В.І. Сучасна західна соціологія: Аналітичний огляд концепцій. Ростов н / Д: Фенікс, 2001. 412 с.
9. Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. М.:Юридическая литература, 1984. 224 с.
10. Бринцев О.В. Правова сутність економічних спорів та способи їх вирішення. Х.: Право, 2005. 304с.

Науковий керівник: Ленгер Яна Іваніна, д.ю.н., професор кафедри конституційного права та порівняльного правознавства юридичного факультету, УжНУ

ЕФЕКТИВНИЙ ЗАСІБ ЮРИДИЧНОГО ЗАХИСТУ: ЦИВІЛЬНИЙ АСПЕКТ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ¹

Україна знаходиться на довгому і тернистому шляху становлення правової держави вже у складі Європейської спільноти. Безумовно, без незалежної судової влади є неможливим утвердження правової держави.

Наразі проходить конституційна судова реформа. Новою редакцією статті 129 Конституції України передбачено, що суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права. На нашу думку, зазначена норма прямої дії має дати суттєвий поштовх у бік здійснення судочинства на засадах верховенства права та зрештою має докорінно змінити судову практику в контексті застосування як практики Європейського суду з прав людини, так і правозастосування загалом.

З метою забезпечення додержання державою положень Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція), одним із заходів загального характеру, визначених статтею 13 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» є внесення змін до чинного законодавства та практики його застосування. На нашу думку, в рамках конституційної судової реформи було запроваджено ряд новел процесуального права саме задля усунення зазначених в рішеннях Європейського суду з прав людини (далі – Суд) системних проблем та їх першопричин, а також з метою імплементації конвенційних стандартів.

Так, згідно новели за частиною 2 статті 5 ЦПК України (у редакції Закону №2147-VIII від 3.10.2017) передбачено, що у випадку, якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного права, свободи чи інтересу особи, яка звернулася до суду, суд відповідно до викладеної в позові вимоги такої особи може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону². Зазначена новела цивільного процесуального законодавства, покликана забезпечити (у спосіб встановлений

¹ **Потапенко Андрій Вікторович**, суддя, Ржищевський міський суд Київської області

² Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : Закон України від 3 жовт. 2017 р. №2147-VIII. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19>

самим же судом) нові можливості для судового захисту з метою ефективного захисту цивільного права або інтересу.

Ураховуючи, що ключовим критерієм при застосуванні судом наведеної новели (визначення у своєму рішенні способу захисту, який не суперечить закону) буде оцінка суду щодо «ефективності» або «неефективності» того чи іншого способу захисту, визначеного законом або договором, необхідно звернути увагу на правове регулювання терміну «ефективності» засобів правового захисту у міжнародному праві.

Так, стаття 8 Загальної декларація прав людини, прийнятої та проголошеної у резолюції Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 року, визначає, що кожна людина має право на ефективне відновлення у правах компетентними національними судами у випадках порушення його основних прав, наданих йому конституцією або законом¹.

Пункт 3 статті 2 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, що прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 16 грудня 1966 року, установив, що кожна держава, яка бере участь у цьому Пакті, зобов'язується забезпечити всякій особі, права і свободи якої, визнані в цьому Пакті, порушено, ефективний засіб правового захисту, навіть коли це порушення було вчинене особами, що діяли як особи офіційні².

Комітет Міністрів Ради Європи у своїх рекомендаціях державам-членам стверджував, що першочерговою вимогою до існування ефективного засобу правового захисту є гарантування конвенційних прав у рамках національного правопорядку (2004, р. 7)³. За змістом статті 13 Конвенції «Кожен, чії 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».⁴ Суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та протоколи до неї, а також практику Суду як джерело права (стаття 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»).

¹ Загальна декларація прав людини : прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН 10 грудня 1948 р. : Міжнар. док. від 10.12.1948 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015

² Міжнародний пакт про громадянські і політичні права [Електронний ресурс] : Міжнар. док. ООН від 16.12.1966 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043

³ Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. К.: ТОВ «Видавництво «Юстон», 2015. 716 с.

⁴ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : міжнар. док. від 4 листоп. 1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004

Отже, розглянемо зміст конвенційного права – ефективний спосіб юридичного захисту, що міститься у ст. 13 Конвенції як основної, на нашу думку, конвенційної гарантії, що стала передумовою виникненню новели про можливість національного суду визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону. Водночас, в аспекті дослідження названих вище новел цивільного та цивільного процесуального права, на нашу думку доцільно зробити акцент саме на «цивільному» характері права, гарантованого ст. 13 Конвенції.

У Конвенції вимагається, щоб «засоби правового захисту» дозволяли компетентним органам як розглядати відповідні скарги про порушення Конвенції, так й надати відповідну допомогу. Засіб є ефективним, тільки якщо він доступний і достатній. Він має бути достатнім не тільки в теорії, а й на практиці, повинен бути ефективним на практиці, й по закону з урахуванням індивідуальних обставин справи. Проте, його ефективність не залежить від впевненості в успішному результаті для заявника. Стаття 13 не вимагає особливої форми правового захисту: держави мають певну свободу вибору в тому, як виконати своє зобов'язання, але характер права, що знаходиться під загрозою, має значення для типу засобу, який держава зобов'язана забезпечити. Навіть, якщо одні засоби самі по собі не повною мірою відповідають вимогам статті 13, сукупність засобів, передбачених внутрішнім законодавством, може задовольнити ці вимоги. При оцінці ефективності необхідно враховувати не тільки формальні засоби правового захисту, а й загальний правовий і політичний контекст, в якому вони діють, й особисті обставини заявника¹.

У численних рішеннях Суд у справах проти України вже встановив порушення ст. 13 Конвенції. Показовою для України є справа «Бурмич та інші проти України», за наслідками розгляду якої ЄСПЛ постановив, що більше 12 тисяч заяв мають розглядатись відповідно до зобов'язань, які випливають із пілотного рішення у справі «Юрій Миколайович Іванов проти України», яким встановлено існування системної проблеми, що призводить до порушення п. 1 ст. 6 та ст. 13 Конвенції та ст. 1 Першого протоколу до Конвенції. Суд, констатувавши грандіозну проблему масового невиконання в нашій країні остаточних судових рішень, виходив в першу чергу із основоположного принципу Конвенції – субсидіарності, та необхідності розв'язання проблеми перевантаження Суду

¹ Керівництво з належної практики щодо національних засобів правового захисту: ухвалена Комітетом Міністрів Ради Європи 18 вересня 2013 року. URL: <https://rm.coe.int/k-/1680695aab>

(р. 197, 218)¹. Стаття 13 Конвенції є по суті вимогою до держав-членів запровадити механізм захисту прав, гарантованих Конвенцією, який би реалізував принцип субсидіарності Суду. Це положення вимагає від держав-членів запровадити засоби захисту прав, які б уможливили розгляд справ про порушення прав, гарантованих Конвенцією, спочатку на національному рівні. У цьому сенсі ст. 13 співвідноситься зі ст. 35 Конвенції, яка вимагає вичерпання всіх наявних засобів захисту права, запроваджених у національному законодавстві (Shevchuk, 2006, p.658)².

Ці рішення Суду, на думку Т.І. Пашука, свідчать про те, що дане право в Україні забезпечується не завжди, тобто Українська держава в певних випадках не надає людині ефективні юридичні засоби для захисту від порушення її прав. Це, вочевидь, вказує на необхідність відповідних змін вітчизняного законодавства та практики його застосування. Як правило, Суд вказує на відсутність в Україні ефективних юридичних засобів захисту від надмірно тривалого виконання судового рішення, або ж констатує неефективність засобів захисту у сфері кримінально-процесуальної діяльності. Водночас в Україні повинні бути забезпечені ефективні юридичні засоби захисту й в інших сферах соціального буття, необхідність чого може поки ще й не підтверджена Судом у справах щодо України. Тому важливим є дослідження змісту тієї конвенційної норми, яка передбачає право на такі засоби, на основі практики її розуміння та застосування Судом. Цілком слушною тут видається також думка Т.І.Пашука про те, що стаття 13 Конвенції, закріплюючи право людини на ефективний юридичний засіб захисту, встановлює специфічне міжнародно-правове зобов'язання держави надавати особі у межах свого національного правопорядку юридичні засоби захисту права, яке, на думку скаргника, є порушеним (або для порушення якого існує реальна загроза). Вимоги до таких засобів і зміст цього права конкретизуються у прецедентних рішеннях Суду, де застосовується зазначена стаття Конвенції (Pashuk, 2006, p. 32)³.

Так, Суд у рішенні від 30 травня 2013 року в справі «Наталія Михайленко проти України» (пункт 32) визначає, що Конвенція призначена

¹ *Burmych and others v. Ukraine: Court (GC) Judgment. 12.10.2017. App. № 46852/13, 47786/13, 54125/13. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178082> (дата звернення: 11.11.2018).*

² Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. К.: Реферат, 2006. 848 с.

³ Пашук Т.І. Право людини на ефективний державний захист її прав та свобод: дис. канд. юрид. наук: 12.00.01. Львів, 2006. 97 с.

для гарантування не теоретичних або примарних прав, а прав практичних та ефективних¹.

У розвиток положень цієї статті Суд у своїх рішеннях також наголошує на необхідності оцінки ефективності обраного зацікавленою особою способу захисту. Зокрема, у пункті 145 рішення від 15 листопада 1996 року у справі «Чахал проти Об'єднаного Королівства» Суд зазначив, що згадана норма гарантує на національному рівні ефективні правові засоби для здійснення прав і свобод, що передбачаються Конвенцією, незалежно від того, яким чином вони виражені в правовій системі тієї чи іншої країни. У пункті 75 рішення Суду від 5 квітня 2005 року у справі «Афанасьєв проти України» (заява №38722/02) суд зазначає, що засіб захисту, котрий вимагається згаданою статтею, повинен 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 (Bruncsev, 2017)².

В іншому рішенні Суд зазначає, що стаття 13 Конвенції гарантує наявність на національному рівні засобу юридичного захисту для забезпечення дотримання суті конвенційних прав і свобод, у якій би формі вони не закріплювалися в національному правопорядку. Уряд у цій справі не довів, що заявник на практиці мав можливість скористатись ефективними засобами захисту, тобто засобами, які б запобігли вчиненню порушень чи їх продовженню або забезпечили заявнику відповідне відшкодування (п. 82 у справі «Рисовський проти України»)³.

Суд неодноразово у своїх рішеннях, аналізуючи національні системи правового захисту на предмет дотримання права на ефективність внутрішніх механізмів в аспекті забезпечення гарантій, визначених ст. 13 Конвенції, вказував, що для того, щоб бути ефективним, засіб захисту має бути незалежним від будь-якої вжитої на розсуд державних органів дії, бути безпосередньо доступним для тих, кого він стосується (див. рішення від 06.09.2005 у справі «Гурепка проти України», заява №61406/00, п. 59); спроможним запобігти виникненню або продовженню стверджуваному порушенню чи надати належне відшкоду-

¹ Постанова Верховного Суду від 6 лютого 2019 року у справі № 235/2749/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79988723>

² Бринцев О.В. До питання про кваліфікуючі ознаки поняття способу захисту права в контексті судової реформ. Відкритий суд: веб-сайт. URL: <http://open-court.org/blog/OleksiyBryntsev/do-pytannya-pro-kvalifikuyuchi-oznaky-ponyattya-sposobu-zakhystu-prava/>

³ Рішення ЄСПЛ у справі Рисовський проти України від 20.01.2012, заява №29979/04. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_854

вання за будь-яке порушення, яке вже мало місце (див. рішення від 26.10.2000 р. у справі «Кудла проти Польщі», заява №30210/96, п. 158) (п. 29 рішення від 16.08.2013 у справі «Гарнага проти України», заява №20390/07) (Morozov, 2018)¹.

Аналізуючи практику ЄСПЛ, Т.І. Пашук наводив, зокрема, такі стандарти права людини на ефективний юридичний засіб захисту (яке гарантується ст.13 Конвенції), що передбачають зміст цього права: - за загальним правилом, людина повинна мати можливість скористатись таким юридичним засобом, за допомогою якого, по-перше, її скарга про ймовірне порушення прав, гарантованих Конвенцією, буде розглянута національним органом *по суті*, а по-друге, за результатами її розгляду буде призначено *відповідний захист права*; - право на ефективний юридичний засіб захисту вважається порушеним, зокрема, тоді, коли національний судовий орган не захищає порушене право, мотивуючи це тим, що відповідно до внутрішнього законодавства воно не підлягає захисту; - у випадках, коли порушення ще фактично не відбулося, але є реальна загроза, що воно відбудеться і може заподіяти непоправної шкоди, людина повинна мати можливість вдатися до превентивного захисту (Pashuk, 2006, p. 37)².

На нашу думку, наведеними стандартам конвенційного права на ефективний засіб юридичного захисту необхідно керуватися судам в контексті захисту приватних прав та інтересів, у тому числі під час запровадження уведених Законом №2147-VIII новел про можливість визначення судом у рішенні таких спосів б захисту, які не суперечать закону.

Важливими для розуміння сутності конвенційного права на ефективний засіб юридичного захисту, на нашу думку, є рекомендації Rec (2004) 6, що надані Комітетом міністрів Ради Європи «Щодо вдосконалення національних засобів правового захисту». Державам-членам рекомендовано по-перше, постійно відстежуючи практику Суду, пересвідчуватися у тому, що існують національні засоби юридичного захисту для кожного, хто звертається з оскарженням порушень Конвенції, і в тому, що ці засоби є ефективними, для того, щоб привести до вирішення скарги по суті і забезпечити належне відшкодування за будь-яке виявлене порушення. По-друге – з урахуванням рішень Суду, що вказують на структурні або загальні недоліки в національному праві чи практиці, здійснювати контроль за ефективністю існуючих національних за-

¹ Морозов Є.О. Право на ефективний засіб юридичного захисту в новелах КАСУ. Судово-юридична газета: веб-сайт. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/113808-pravo-na-efektivniy-zasib-yuridichnogo-zakhistu-v-novelakh-kasu>

² Пашук Т.І. Право людини на ефективний державний захист її прав та свобод: дис. канд. юрид. наук: 12.00.01. Львів, 2006. 97 с.

собів юридичного захисту і, в разі необхідності, створювати нові ефективні засоби юридичного захисту, щоб уникнути розгляду аналогічних справ у Суді¹. Саме запобігання розгляду аналогічних справ, уникнення повторюваності проваджень з одним і тим самим предметом спору, на нашу думку, є одним із ключових завдань новел, що розглядаються.

Як слушно зазначає М.М. Хоменко, характер засобу юридичного захисту, необхідного для дотримання ст. 13 Конвенції, залежить від природи можливого порушення. Під «ефективним» слід розуміти такий засіб, що призводить до потрібних результатів, наслідків, дає найбільший ефект. Тобто ефективний засіб повинен забезпечити поновлення порушеного права, а у разі неможливості такого поновлення – гарантувати особі можливість отримання нею відповідного відшкодування.

За змістом ефективний засіб захисту повинен відповідати природі порушеного права, характеру допущеного порушення та наслідкам, які спричинило порушення права особи. У деяких випадках Суд не визнає за заявником обов'язку застосовувати національні правові засоби, які є «неадекватними» або «неефективними». Більш того, відповідно до загальноновизнаних норм міжнародного права можуть мати місце особливі обставини, які звільняють заявника від необхідності використання національних засобів правового захисту, коли очевидним є існування адміністративної практики постійних порушень, несумісної з положеннями Конвенції, а держава проявляє терпимість щодо цих порушень, у результаті чого розгляд у національних судах може стати неефективним (Khomenko, 2016, p. 46)².

На думку Суду, достатньо того, щоб відповідні права Конвенції були застосовані в ході розгляду національним судом по відношенню до заявника, який, як вважається, вичерпав внутрішні засоби правового захисту. Проте, заявник може захотіти звернути увагу суду або трибуналу на конкретне питання в Конвенції або прецедентному праві Суду та одночасно буде зобов'язаний поважати національний судовий порядок при цьому, але будь-яка перешкода має бути необхідною і пропорційною обставинам. Національний суд або трибунал не може вирішити таке питання, якщо його увагу до нього не привернула жодна зі сторін у справі³.

¹ Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. К.: ТОВ «Видавництво «Юстон», 2015. 716 с.

² М.М. Хоменко. Ефективність способів захисту цивільних прав та інтересів у практиці Європейського суду. Журнал «Юридична Україна». 2016. №5-6. С. 45-53.

³ Керівництво з належної практики щодо національних засобів правового захисту: ухвалена Комітетом Міністрів Ради Європи 18 вересня 2013 року. URL: <https://rm.coe.int/k-/1680695aab>

Слід зазначити, що тягар доказування ефективності і доступності засобів захисту прав покладається на уряд країни (Khomenko, 2016, р. 47)¹, а тягар доказування ефективності та належності способу судового захисту, зокрема, такого, що не суперечить закону у цивільному та господарському судочинстві, на нашу думку, лежить на позивачеві, який визначає таку вимогу у позовній заяві. Водночас, слід пам'ятати, що у наведених видах судочинства суд не може вийти за межі позовних вимог, на відміну від адміністративного судочинства.

Судова практика Верховного Суду також рухається у напрямку надання оцінки способу захисту прав та інтересів у світлі дотримання конвенційних гарантій, передбачених ст. 13 Конвенції, що у свою чергу демонструє вплив практики Суду на усталену судову практику в Україні, адже раніше суди здебільшого відмовляли у задоволенні позовів лише через відсутність у законодавстві обраного позивачем способу захисту прав.

Так, у рішенні у справі «Чагал проти Сполученого королівства» від 15 листопада 1996 року Суд зазначив, що норма статті 13 Конвенції гарантує на національному рівні ефективні правові засоби для здійснення прав і свобод, що передбачаються Конвенцією, незалежно від того, яким чином вони вирішені в правовій системі тієї чи іншої країни. Як вказано у статті 41 Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРИПС), Члени повинні гарантувати, що процедури щодо захисту прав інтелектуальної власності передбачаються іншим законодавством з тим, щоб дозволити ефективні заходипроти будь-якої дії, що порушує права інтелектуальної власності, яка підлягає під цю Угоду; ці процедури повинні застосовуватися таким чином, щоб уникнути створення бар'єрів для законної торгівлі та забезпечити гарантії проти їх зловживань. Натомість часткове, а не повне задоволення господарськими судами в даній справі позовних вимог, пов'язаних із заборонаю Компанії застосовувати позначення «Цитрамон» та зобов'язанням її усунути це позначення не забезпечує ефективного захисту прав і законних інтересів позивача. Адже за такої редакції резолютивної частини рішення місцевого господарського суду, яке має місце в даній справі, навіть мінімально можлива зміна у використовуваному Компанією позначенні (наприклад, заміна одного з кольорів або будь-якого іншого з елементів цього позначення) означатиме, що дія даного судового рі-

¹ М.М. Хоменко. Ефективність способів захисту цивільних прав та інтересів у практиці Європейського суду. Журнал «Юридична Україна». 2016. №5-6. С. 45-53.

шення на відповідне позначення вже не поширюється. У цьому й полягає неефективність зазначеного попередніми судовими інстанціями способу захисту прав та інтересів позивача.¹ У даній справі Верховний Суд дійшов висновку про задоволення позовних вимог повністю.

Водночас, розвиток судової практики не суперечить належному правозастосуванню, оскільки відсутність еволюційного та динамічного підходу попереджують будь-які зміни чи покращення (Атанасовський проти «Колишньої Югославської республіки Македонія», п. 38). Іншими словами відсутність відповідної судової практики із застосування певного способу захисту не означає, що такий спосіб захисту буде відповідати умовам «ефективності». Тому, на нашу думку, за умов дотримання принципів верховенства права, формування національними судами нової судової практики із застосуванням нових, не типових способів захисту порушеного, невизнаного або оспореного права, свободи чи інтересу особи, або ж надання поодиноким випадкам такого застосування ознакам сталості судової практики, є не тільки доцільним, але й можуть бути цілком виправдані з огляду на еволюцію певних суспільних відносин.

Підсумовуючи викладене, можна виділити наступні конвенційні вимоги «цивільного» характеру за статтею 13 Конвенції: «засоби правового захисту» мають дозволяти компетентним органам як розглядати відповідні скарги про порушення Конвенції, так й надавати відповідну допомогу; засіб є ефективним, тільки якщо він доступний і достатній; має бути достатнім не тільки в теорії, а й на практиці; повинен бути ефективним на практиці й по закону з урахуванням індивідуальних обставин справи; його ефективність не залежить від впевненості в успішному результаті для заявника.

Права, що гарантовані ст. 13 Конвенції, закладають фундамент для пошуку, створення, моделювання та реального впровадження у судову практику національних судів нових, не типових або «не поіменованих» способів захисту суб'єктивних приватних прав та інтересів. Варто погодитись з М.М. Хоменком (Khomenko, 2016, р. 52)², що подальші дослідження у напрямку питань ефективності способів захисту цивільних прав та інтересів мають спрямовуватися на детальне дослідження таких «не поіменованих» способів захисту та наукове

¹ Постанова Верховного Суду від 26 лютого 2019 року у справі №910/7661/17. <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80211422>

² М.М. Хоменко. Ефективність способів захисту цивільних прав та інтересів у практиці Європейського суду. Журнал «Юридична Україна».

обґрунтування можливості, необхідності застосування відповідних способів захисту.

Отже, в світлі наукового дослідження правової категорії «ефективний спосіб захисту» порушеного, невизнаного або оспореного права, свободи чи інтересу особи та її співвідношення із новелами цивільного та цивільного процесуального законодавства слід приділити особливу увагу пошуку не типових способів захисту приватного права та інтересу, які не суперечитимуть закону в контексті дослідження.

Вбачається, що говорячи про забезпечення національними судами позитивного зобов'язання держави щодо ефективного юридичного засобу в світлі ст. 13 Конвенції, та співвідносячи його з міжгалузєвою новелою визначення судом у рішенні способу захисту, який не суперечить закону, національному суду слід збалансувати між правом, гарантованим ст. 13 Конвенції та правами, закріпленими у ст. 6 Конвенції щодо права на справедливий суд, де право на суд не є абсолютним, інституційних вимог неупередженості суду, а також принципів змагальності, рівності, обґрунтування судового рішення тощо. Тому, подальше наукове дослідження та аналіз запропонованої проблематики в світлі конвенційних стандартів щодо підстав, умов та ризиків впровадження наведених вище новел слід також проводити крізь призму співвідношення ст. 13 Конвенції із ст. 6 п. 1, а саме її загальних, інституційних та процесуальних вимог до застосування.

Науковий керівник: Хотинська-Нор О.З., д.ю.н., доцент, професор кафедри правосуддя юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

СПІЛЬНІ І ЗАКРИТІ НАРАДИ ЯК ФОРМА ПРОВЕДЕННЯ ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРУ ЗА УЧАСТЮ СУДДІ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ¹

Після досягнення згоди сторін та спільної заяви про мирне вирішення спору, зупинення провадження по справі та винесення ухвали про призначення процедури врегулювання спору за участі судді, головуючим визначається за домовленістю зі сторонами дата першої спільної наради.

У зв'язку з тим, що нарада проводиться після зупинення провадження, вона не вважається процесуальною дією. З цього випливає, що протягом процедури врегулювання спору суддею не постановляються ухвали, окрім ухвали про припинення врегулювання спору, адже судове провадження є зупиненим та судовий розгляд не здійснюється, а сторони повідомляються про час і місце нарад безпосередньо при зупиненні провадження або після проведення нарад. Суддя може обрати для себе інші засоби повідомлення сторін про наступні наради (телефонні повідомлення, листи тощо).

Термін її призначення законодавчо не визначений, проте враховуючи обмежений час проведення процедури врегулювання спору у такий спосіб, було би доречно призначити проведення першої наради в максимально короткий термін.

Порядок проведення спільних та закритих нарад регулюється ст. 203 ЦПК України в редакції 03.10.2017.

Загалом дана норма є абсолютною новелою цивільного процесуального законодавства України, оскільки вперше законодавець дав можливість судді та сторонам проводити зустрічі поза межами судового процесу, в межах тридцятиденного строку з дня постановлення ухвали про початок проведення процедури врегулювання спор, що визначено ч.1 ст.25 ЦПК України, та визначив такі наради як шлях для мирного врегулювання спору.

Саме форма проведення врегулювання спору за участю судді у формі нарад є тим критерієм, що відрізняє вказане врегулювання спору від судового процесу та інших альтернативних примирних процедур.

Так, суддя, на відміну від судового процесу, повинен проводити спільні або закриті наради без процесуальної фіксації, бажано не в залі судових засіданнях, а в окремо спеціально обладнаному приміщенні, або як виключення в своєму кабінеті.

¹ **Тиханський Олександр Богданович**, суддя, Обухівський районний суд Київської області

Також суддя не повинен одягати мантію та нагрудний знак при проведенні спільних та закритих нарадах, було би доречно розташовуватись сидячи на кріслах на одному рівні з учасниками нарад, поводити себе максимально нейтрально та дистанціюватись тимчасово від свого професійного та процесуального статусу судді, проте не виходити за межі професійного діалогу та не переходити до форми товариського спілкування, завжди пам'ятаючи про нейтральність та рівність по відношенню до сторін спору.

Дана умова, необхідна для того, щоб максимально мінімізувати формалізм та підкреслити позитивне спрямування процедури врегулювання спору за участю судді, створити атмосферу саме діалогу з відчуттям рівності всіх учасників нарад.

Частина перша ст. 203 ЦПК України в редакції 03.10.2017, визначає форми проведення нарад, відповідно до якої визначено, що проведення врегулювання спору за участю судді здійснюється у формі спільних та (або) закритих нарад. Сторони мають право брати участь у таких нарадах у режимі відеоконференції в порядку, визначеному цим Кодексом. Спільні наради проводяться за участю всіх сторін, їх представників та судді. Закриті наради проводяться за ініціативою судді з кожною із сторін окремо.

Вказане визначене коло осіб також відрізняє врегулювання спору за участю судді від судового процесу, де беруть участь секретар судового засідання, інші учасники цивільного процесу, та, виходячи із принципу гласності, на судовому засіданні може бути присутньою будь-яка інша особа.

Частинами другою та третьою статті 203 ЦПК України в редакції 03.10.2017, визначено, що суддя спрямовує проведення врегулювання спору за участю судді для досягнення сторонами врегулювання спору. З урахуванням конкретних обставин проведення наради суддя може оголосити перерву в межах строку проведення врегулювання. На початку проведення першої спільної наради з врегулювання спору суддя роз'яснює сторонам мету, порядок проведення врегулювання спору за участю судді, права та обов'язки сторін.

Тлумачний словник української мови дає досить багато визначень терміну «спрямовувати». У нашому випадку найбільш прийнятними є декілька визначень: надавати потрібного напрямку діяльності, вчинкам, розмові і т. ін., орієнтувати кого-небудь певним чином, зосереджувати на чому-небудь (зусилля, енергію, здібності і т. ін.), направляти (направити) на путь істини (на добру, праведну путь, на вірну дорогу і т. ін.)¹.

¹ Словник української мови: в 11 тт. АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. К.: Наукова думка, 1970-1980. Т. 9. С. 609.

Цікавим є визначення даного поняття у спрямуванні судової практики в єдине правильне русло.

Так, Д.Д. Луспенник зазначає, що «завданням Верховного Суду є не тільки і навіть не стільки вирішення конкретного спору. Верховний Суд повинен у передбачений процесуальним законом спосіб (шляхом розгляду конкретного спору та перевірки окремого процесуального судового рішення) витлумачити, як правильно застосовувати норму матеріального права, що була неоднаково застосована судами з тією метою, щоб надалі спрямувати судову практику в єдино правильне русло»¹.

Право судді оголосити перерву під час наради дає можливість продовжити процедуру врегулювання спору у спільній нараді або перейти до закритої наради, дати сторонам час для формування позиції по суті спору так і можливість оцінити пропозиції іншої сторони щодо врегулювання спору. Також оголошення перерви є прийнятним, коли під час наради у сторін виникає гостра дискусія, спір, з метою припинення конфліктної ситуації та надання сторонам часу щоб «випустити пар» та вгамувати негативні емоції. Проте, як зазначалось вище, перерва, з урахуванням мети її оголошення, як правило не повинна бути довготривалою, за умови досить короткого терміну на мирне вирішення спору визначеного законодавчо, так і можливого продовження конфлікту між сторонами поза межами процедури врегулювання спору.

Важливо, щоб з самого початку першої спільної наради під час врегулювання спору за участі судді між сторонами утворилась атмосфера довіри та конфіденційності, сторони мають відчувати себе вільно. Суддя має зробити чіткий акцент на своїй неупередженості і конфіденційному характері самої процедури. Необхідно зазначити, що роль судді полягає в тому, щоб надати необхідну визначену допомогу і сприяти у пошуку власного шляху врегулювання спору, створюючи при цьому позитивне та сприятливе середовище та встановивши зв'язок між учасниками процедури.

Також доречно на початку першої спільної наради надати можливість сторонам висловитись, щоб зрозуміти, які саме питання турбують кожну з них, зокрема, щодо предмета та підстав позову, позиції сторін, ставлення один до одного.

Під час кожної із нарад цілком доречно звертати уваги та нагадувати сторонам на те, що процедура врегулювання спору проводиться виключно у їх власних інтересах, а не в інтересах судді чи адвокатів. До

¹ <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/zmi/616347/>

сторін слід донести, що саме на них лежить відповідальність з досягнення позитивного результату, тобто мирного вирішення спору шляхом поступок, компромісів та необхідністю чути другу сторону.

Проведення нарад не має відбуватися у вигляді судового засідання, а проходить у формі спілкування, де суддя лише дає за чергою можливість сторонам висловлювати свої позиції та пропозиції, контролює загальне дотримання порядку учасниками примірної процедури.

У даному випадку на одне з найважливіших місць для досягнення позитивного результату виступає роль судді, його авторитет, харизма, вміння вийти за межі загальноприйнятої уяви про особу судді в нашому сьогоденні.

Частиною четвертою статті 203 ЦПК України в редакції 03.10.2017, частково розкривається порядок проведення спільних нарад, відповідно до якої, під час проведення спільних нарад суддя з'ясовує підстави та предмет позову, підстави заперечень, роз'яснює сторонам предмет доказування по категорії спору, який розглядається, пропонує сторонам надати пропозиції щодо шляхів мирного врегулювання спору та здійснює інші дії, спрямовані на мирне врегулювання сторонами спору. Суддя може запропонувати сторонам можливий шлях мирного врегулювання спору.

Цілком доречно вважати, що суддя з'ясовує підстави та предмет позову, підстави заперечень, роз'яснює сторонам предмет доказування по категорії спору у формі діалогу між сторонами, при цьому враховуючи необхідність перевірки обставин вказаних сторонами, та врахування положень щодо зловживання процесуальними правами, користуватись матеріалами цивільної справи.

Отже суддя під час врегулювання спору спрямовує напрямок проведення спільних нарад, допомагає вирішити спір, не вдаючись до довготривалих процесуальних судових процедур при розгляді справи, допомагає примиритись, але не вирішує справу по суті на користь однієї із сторін, не відходячи від нейтральності та неупередженості, сприяє сторонам у їх спільному пошуку власного шляху врегулюванні спору та його досягненню, допомагає конструктивному взаємозв'язку, спрямовуючи процедуру і виявляючи взаємовигідні та взаємоприйнятні варіанти вирішення конфлікту між сторонами.

Частина п'ята статті 203 ЦПК України в редакції 03.10.2017 передбачає, що під час закритих нарад суддя має право звертати увагу сторони на судову практику в аналогічних спорах, пропонувати стороні та (або) її представнику можливі шляхи мирного врегулювання спору.

Таким чином, законодавчо визначено дві форми проведення нарад, спільні та закриті. Головною відмінністю в них є те, що спільні наради

проводяться за участю двох сторін та їх представників, закриті наради проводяться за участі однієї із сторін та його представника.

Закриті наради проводяться за ініціативою судді з кожною із сторін окремо, тобто сторони чи їх представники не можуть виступати ініціаторами проведення закритих нарад, проте, у разі бажання провести закриту нараду, сторона може висловити таке бажання при проведенні спільної наради і суддя звичайно повинен врахувати таке побажання для досягнення позитивного результату при врегулюванні спору.

Кількість закритих нарад також не є законодавчо обмеженою.

Закриті наради проводяться з кожною стороною окремо, а відтак, враховуючи принцип добровільності при врегулюванні спору, проводити закриті наради можливе лише за згоди всіх сторін спору.

Цікавим є, що законодавчо визначено лише одну ціль закритих нарад, а саме звертати увагу сторони на судову практику в аналогічних спорах, пропонувати стороні та (або) її представнику можливі шляхи мирного врегулювання спору суддя має право і при спільних нарадах.

Дане право судді є ще одним чинником, що відрізняє врегулювання спору за участю судді від судового процесу, де, пам'ятаючи про принципи змагальності, диспозитивності та рівності, суддя не має права надавати таку допомогу сторонам.

Саме під час врегулювання спору на закритих нарадах, з урахуванням позиції сторін щодо предмету спору, суддя звертаючи увагу на сталу судову практику, зокрема касаційних судів, ЄСПЛ, може дати сигнал стороні, особливо тій, яка не бажає іти на компромісне рішення, на слабкі чи невірні позиції з правової точки зору, щодо предмету спору, тим самим спонукавши сторону на досягнення мирного результату.

Разом з тим, закриті наради проводяться також у разі, коли спільні наради не досягають бажаного результату, оскільки сторони не можуть дійти до компромісного рішення, є підозра, що сторони приховують інформацію, яку не мають бажання розкривати в присутності другої сторони, при проведенні спільних нарад виникла конфліктна ситуація, надмірна емоційність, необхідно обговорити питання щодо спірних правовідносин, або щодо запропонованих варіантів вирішення спору індивідуально з кожною стороною окремо, пошук альтернативних варіантів вирішення спору та виявлення причин конфлікту, уточнення іншої інформації.

Під час закритих нарад суддя повинен намагатися знайти та визначити такі варіанти вирішення спору, які не пропонувались і не розглядались сторонами при спільних нарадах, наприклад з причин виходу за межі позовних вимог або їх нестандартності.

Також судді може бути відомо, при проведенні спільних нарад про певні умови, які не бажає приймати одна із сторін або, навпаки, на яких наполягає сторона і під час закритою наради суддя може уточнити причини такої позиції та спробувати шляхом переговорів з залученням прийомів зазначених вище, виключити або включити такі умови в мирову угоду.

На закритих нарадах суддя може перевірити межі компромісу сторони по питанні спору, яка можливо не має бажання завчасно розкрити другій стороні, сподіваючись на отримання кращого варіанту

Закриті наради бажано проводити приблизно однакову кількість часу з кожною із сторін, щоб не викликало сумнівів у нейтральності судді і підтримку однієї із сторін.

Науковий керівник: Хотинська-Нор О.З., д.ю.н., професор кафедри цивільного, господарського права та процесу Академії адвокатури України

ПОМИЛКА ДЕРЖАВНОГО ОРГАНУ ЧИ ВІДСУТНІСТЬ МЕХАНІЗМУ: ЗАСТОСУВАННЯ ПРАКТИКИ ЄСПЛ У СПРАВІ ПРО ОДИН ВІДСОТОК ¹

Одним із шляхів виявлення наукових юридичних проблем є емпіричний – коли проблемна для юридичної науки ситуація проявляє себе в якихось конкретних одиничних випадках (казусах)². Погоджуючись з вищенаведеним, вважаємо, що вартим окремої наукової розвідки є один із таких конкретних випадків, який має усі ознаки типової адміністративної справи, наведені у п. 21 ч. 1 ст.4 Кодексу адміністративного судочинства України, і який метафорично висловлюючись, можна назвати «справою про 1 відсоток».

1 відсоток (від об'єкта оподаткування, що ним у цьому випадку є вартість нерухомого майна, зазначена в договорі купівлі-продажу) – це ставка збору на обов'язкове державне пенсійне страхування, що сплачується при придбанні нерухомого майна (далі – збір). Відповідно до пункту 9 статті 1

¹ Фулей Тетяна Іванівна, кандидат юридичних наук, начальник відділу, Національна школа суддів України

² Babayev A.B., Babkin S.A., Bevenko R.S., Belov, V.A., Tarasenko Yu.A. (2009) Grazhdanskoe pravo: aktual'nye problemy teorii i praktiki M: Yurait-izdat, 26-27.

Закону України «Про збір на обов'язкове державне пенсійне страхування» від 26.06.1997 № 400/97-ВР (зі змінами і доповненнями), громадяни, які придбавають житло вперше, не є платниками цього збору.

Водночас відповідно до п. 15-3 Порядку сплати збору на обов'язкове державне пенсійне страхування з окремих видів господарських операцій, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 03.11.1998 № 1740 (далі – Порядок № 1740), нотаріальне посвідчення договорів купівлі-продажу нерухомого майна здійснюється за наявності документального підтвердження сплати такого збору та не передбачає винятків. Така вимога насправді є обґрунтованою, оскільки унеможливує зловживання та ухилення від його сплати та враховуючи, що Порядок повернення коштів, помилково або надміру зарахованих до державного та місцевих бюджетів, затверджений наказом Міністерства фінансів України 03.09.2013 № 787 (далі – Порядок № 787), визначає процедури повернення таких коштів за поданням органів, що контролюють справляння надходжень бюджету.

Тому особа, яка придбаває житло вперше, сплачує збір (щоб уникнути відмови у вчиненні відповідної нотаріальної дії), а згодом звертається до органів Пенсійного фонду України (далі – ПФУ), оскільки саме вони контролюють сплату цього збору, щодо повернення коштів як помилково сплачених, відповідно до Порядку № 787.

Практика свідчить, що територіальні управління ПФУ послідовно відмовляють у задоволенні заяв таких платників щодо вчинення дій з повернення коштів, посиляючись на неможливість підтвердити факт купівлі житла вперше через відсутність в Україні єдиної системи реєстрації прав на нерухоме майно.

Єдиним способом повернути сплачений збір є звернення до суду з відповідним позовом.

Отже, «справа про 1 відсоток» – це категорія справ за позовами громадян, які придбали нерухомість вперше, до управління ПФУ, третя особа, що не заявляє самостійних вимог на предмет спору – управління Державної казначейської служби України, про визнання протиправними дій відповідача та зобов'язання вчинити дії, а саме зобов'язати відповідача звернутися з поданням до територіального органу Державної казначейської служби України для повернення особі помилково сплачених коштів – зазначеного збору у розмірі 1 відсотка вартості нерухомого майна.

Багаторічна судова практика свідчить, що незважаючи на зміни щодо визначення належного способу захисту (стягнути кошти; зобов'язаний орган сформулювати подання про повернення помилково

сплаченого збору тощо), суди, в тому числі касаційної інстанції, послідовно захищають права таких громадян. Це стосується і Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду (далі – КАС ВС). Застосоване КАС ВС обґрунтування згодом запозичується окружними адміністративними судами як своєрідний шаблон, відтак актуальним є його детальний аналіз, зокрема, із використанням практики ЄСПЛ – для розуміння критеріїв відбору рішень ЄСПЛ, джерел їх вивчення, з'ясування концепцій та принципів, покладених в основу мотивів, на яких такі рішення ґрунтуються тощо.

ЄДРСР за параметрами пошуку за контекстом «1% придбавають житло вперше» знаходить 28 постанов КАС ВС, прийнятих у 2018 році. Така кількість дає можливість проаналізувати їх усі; аналіз показав, що у половині випадків (14 постанов, а саме від 30.01.2018 у справі № 819/1498/17, від 31.01.2018 у справі № 819/1667/17, від 14.02.2018 у справі № 826/23087/15, від 24.04.2018 у справі № 813/2874/17, від 23.06.2018 у справі № 819/1361/17, від 27.06.2018 у справах № 819/1190/17, № 819/835/17, № 819/807/17, № 819/1343/17 та № 813/2784/17, від 11.07.2018 у справі № 819/242/17, від 31.10.2018 у справі № 819/595/17, від 28.11.2018 у справі № 813/1126/17, від 30.11.2018 справа № 819/976/17) для обґрунтування рішення не використовується практика ЄСПЛ, у половині – використовується. За такого розподілу (50/50) неминуче виникає питання щодо того, чи виступає практика ЄСПЛ основою для мотивування, та які правові позиції ЄСПЛ застосовані, і наскільки коректно.

Вперше застосування практики ЄСПЛ з'явилося у постанові від 20.02.2018 у справі № 819/1730/17 (реєстраційний № рішення в ЄДРСР 72365003). Хронологічно це була четверта подібна справа в КАС, і становили частину нового мотивування з 11 абзаців, яке згодом було відтворено ще у 13 випадках, з них у 8 постановах цієї ж колегії суддів КАС (від 20.03.2018 у справі № 819/1249/17, від 19.06.2018 у справі № 607/14722/16-а, від 19.06.2018 у справі № 819/1554/16, від 03.07.2018 у справах № 819/33/17, № 813/1696/17 та № 813/1584/17, від 01.11.2018 у справі № 819/1353/17, від 13.12.2018 у справі № 813/969/17), а також 5 постановах, прийнятих іншими колегіями (від 10.09.2018 у справі № 819/1012/17, від 19.06.2018 у справі № 819/1391/17, від 10.07.2018 у справі № 819/1612/16, від 21.08.2018 у справах № 819/963/17 та № 819/657/17). У всіх цих постановах було використане одне й те ж мотивування, що первинно складалося з 11 абзаців, причому, за винятком 3-х випадків (у яких була нумерована структура рішення) відтворення було дослівним – зміни у тексті сто-

сувалися лише суми сплаченого збору (яка, природно, відрізнялася у кожній справі).

Для мети нашого дослідження, якою є аналіз застосування КАС ВС практики ЄСПЛ у «справі про 1 відсоток», звернемо увагу на такі три абзаци:

«Відповідно до статті 6 КАС України суд при вирішенні справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого, зокрема, людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського суду з прав людини.

При цьому, колегія суддів враховує правову позицію Європейського суду з прав людини, викладену в рішеннях у справах «Лелас проти Хорватії» (*Lelas v. Croatia*), «Пінкова та Пінк проти Чеської Республіки» (*PincovdandPine v. The Czech Republic*), «Гаші проти Хорватії» (*Gashi v. Croatia*), «Трго проти Хорватії» (*Trgo v. Croatia*) щодо застосування принципу «належного урядування», згідно якого державні органи, які не впроваджують або не дотримуються своїх власних процедур, не повинні мати можливість отримувати вигоду від своїх протиправних дій або уникати виконання своїх обов'язків. Ризик будь-якої помилки державного органу повинен покладатися на саму державу, а помилки не можуть виправлятися за рахунок осіб, яких вони стосуються.

Оскільки саме держава не виконала свій обов'язок запровадити внутрішню процедуру встановлення факту придбання нерухомого майна вперше, що сприяло б юридичній визначеності у цивільних правовідносинах, які зачіпають майнові інтереси особи, то негативні наслідки вказаної бездіяльності мають покладатися саме на державу.»

Отже, для мотивації рішення у «справі 1 відсотка» КАС ВС застосував принцип «належного урядування», із посиланням на 4 рішення ЄСПЛ, зокрема у контексті, що державні органи, які не впроваджують або не дотримуються своїх власних процедур, не повинні мати можливість отримувати вигоду від своїх протиправних дій або уникати виконання своїх обов'язків.

Враховуючи наведене, доречно проаналізувати ці рішення ЄСПЛ і зрозуміти логіку, якою керувався КАС ВС, застосовуючи саме їх.

Обставини цих справ різняться, проте усіх їх об'єднує те, що в кожній заявники, діючи добросовісно, відповідно до передбачених законодавством процедур, зазнали негативних наслідків через помилки, вчинені державними органами. Так, у справі «Лелас проти Хорватії» (*Lelas v. Croatia*), заява № 55555/08, військовослужбовцю, який мав право

на отримання надбавок на участь у розмінуванні територій і тривалий час очікував виплат, що, за твердженням його командира, будуть виплачені, як тільки кошти для цього виділять з державного бюджету, після його звернення до суду було відмовлено у позові у зв'язку зі спливом строку давності. У справі «Гаші проти Хорватії» (*Gashi v. Croatia*), заява № 32457/05, суд за позовом державного аторнея, який попередньо погодив укладення договору купівлі-продажу квартири площею 30 кв.м. між заявником-довготерміновим орендарем, якому житло надавалося склозаводом, де він працював, та муніципалітетом, визнав недійсним цей договір на тій підставі, що склозавод не мав права передавати зазначену квартиру муніципалітету. У справі «Пінкова та Пінк проти Чеської Республіки» (*Pincová and Pinc v. Czech Republic*), заява № 36548/97, заявники у 1967 році купили націоналізоване майно на привабливих умовах, а згодом син колишніх власників конфіскованого майна подав заяву про реституцію, і в судовому порядку визнав своє право власності на це майно. У четвертій справі – «Трго проти Хорватії» (*Trgo v. Croatia*), заява № 35298/04, заявник, що діяв відповідно до законодавства, яке згодом було визнано неконституційним, втратив власність, що була повернута до держави.

Як зазначив ЄСПЛ у п. 74 рішення від 20 травня 2010 року у справі «Лелас проти Хорватії», особа, яка діє добросовісно, має підстави покладатися на твердження офіційних осіб, і на те, що виконуються встановлені правила і процедури (дослівно «внутрішні правила і процедури» (*internal rules and procedures*), у сенсі – внутрідержавні, національні), за винятком ситуації, коли з публічно доступних документів, чи іншим чином особа достеменно знає чи має знати, що відповідні посадові особи не мають права офіційно представляти державу. Держава, таким чином, пов'язана внутрішніми правилами і процедурами, покликаними підвищити підзвітність і ефективність державних органів. Також держава, чії органи нездатні дотриматися внутрішніх правил і процедур, не повинна отримувати зиск з власних помилок чи уникати виконання своїх зобов'язань. Іншими словами, ризик будь-якої помилки, вчиненої державними органами, має покладатися на державу, і її виправлення не має відбуватися коштом особи, особливо, коли не зачіпаються інші конфліктуючі приватні інтереси. При цьому ЄСПЛ здійснив посилання на свої попередні рішення у справах *Trgo v. Croatia* (п. 67), *Gashi v. Croatia* (п. 40) та *Radchikov v. Russia*, заява № 65582/01 (п. 50).

Далі, аналізуючи обставини цієї справи, а саме що відповідно до правил військової ієрархії заявник міг звертатися лише до свого безпосереднього командира, що й було зроблено, і командир інформував

його про те, що належні йому виплати будуть виплачені як тільки будуть виділені бюджетні асигнування на ці цілі, – заявник міг сподіватися, що інформація, яку повідомляв йому командир, теж ґрунтувалася на достовірній інформації вищестоящого командування. За цих умов, відмова суду через пропущений строк становила втручання у право заявника, гарантоване статтею 1 Першого протоколу, з огляду на спосіб, у який суд витлумачив відповідне національне законодавство, бо заявник мав підстави вважати, що строк не сплив.

У справі «ґаші проти Хорватії» ЄСПЛ зазначив, що у цій справі заявник – на відміну, скажімо, від справи «Пінкова та Пінк проти Чеської Республіки», – не скористався особливими привілеями, викуповуючи свою квартиру – угоду було вчинено на підставі закону, що стосувався усіх орендарів державного житлового фонду, а не громадян зі спеціальним статусом. Іншою відмінністю від чеської справи була відсутність конфліктуючих інтересів приватних осіб: сина власників конфіскованого майна, і заявників, які не мали іншого житла і продовжували в ньому проживати навіть після рішення суду (на момент розгляду справи «Пінкова та Пінк проти Чеської Республіки» в ЄСПЛ правовідносини між заінтересованими сторонами щодо компенсації, орендної плати та ін. ще не були остаточно врегульовані), тоді як у справі «ґаші проти Хорватії» не було іншого претендента на спірне соціальне житло, яке було отримане працівником від заводу, на якому він працював, що було поширеною практикою у ті часи. Оцінюючи визнання недійсним договору на тій підставі, що не склоса завод, а муніципалітет мав приймати рішення – в ситуації, коли останній був стороною договору – ЄСПЛ дійшов висновку, що уклавши угоду, муніципалітет визнав право заявника щодо цієї квартири. До того ж, угоду перед укладенням було надіслано до офісу державного аторнея для погодження, таким чином були усі можливості перевірити її умови. Тому скасування угоди за позовом суб'єкта владних повноважень, що мав контрольні функції і попередньо її погодив, суперечить принципу юридичної визначеності. Помилки державних органів не мають виправлятися за рахунок особи, інтересів якої це стосується (п. 40).

Тобто, як можна висувати з наведених рішень ЄСПЛ, держава справді отримала вигоду з власних помилок у кожній із таких справ. Проте чи є ці ситуації аналогічними до ситуацій позивачів у «справах про 1 відсоток»? На наше переконання, ні. Помилка державного органу була, наприклад, у справі «Рисовський проти України», заява № 29979/04, у якій районна рада у 1998 році мотивувала скасування рішення 1992 року про надання заявникові земельної ділянки, тим, що

його було прийнято помилково, та звернулася до прокурора з вимогою ініціювати провадження зі скасування виданого заявникові Державного акта на право користування землею та його реєстрації як фермера. Саме тому виклад ЄСПЛ своєї усталеної практики щодо непокладення на особу наслідків помилки, вчиненої державним органом, у рішенні «Рисовський проти України» було і доречним, і необхідним.

На наше переконання, саме рішення у справі «Рисовський проти України» було де-факто використане КАС ВС у постанові від 20.02.2018 у справі № 819/1730/17, оскільки у п. 71 цього рішення містяться як фрази «державні органи, які не впроваджують або не дотримуються своїх власних процедур, не повинні мати можливість отримувати вигоду від своїх протиправних дій або уникати виконання своїх обов'язків» та «ризик будь-якої помилки державного органу повинен покладатися на саму державу, а помилки не можуть виправлятися за рахунок осіб, яких вони стосуються», так і посилання на вищезгадані 4 рішення ЄСПЛ, жодне з яких не перекладене українською мовою та не належить до ключових рішень ЄСПЛ.

Водночас «належне урядування», особливу важливість якого ЄСПЛ підкреслив у справі «Рисовський проти України», не зводиться лише до неможливості державних органів отримувати вигоду від своїх протиправних дій або уникати виконання своїх обов'язків. Не заглиблюючись в ґрунтований аналіз концепції «належного урядування», оскільки це тема окремих наукових досліджень і не може бути розкрита у межах цієї публікації, обмежимося лише зауваженням, що в Європі, наприклад, «належне урядування» розглядається як відповідальна поведінка при управлінні суспільними справами і менеджменті публічними ресурсами (англ. the responsible conduct of public affairs and management of public resources)¹ з урахуванням 12 принципів, затверджених Комітетом Міністрів Ради Європи у 2008 році², якими є: 1) участь, представництво, чесний хід виборів; 2) чуйність (відповідна реакція); 3) результативність та ефективність; 4) відкритість і прозорість; 5) верховенство права; 6) етична поведінка; 7) компетенція і

¹ 12 Principles of Good Governance and European Label of Governance Excellence (ELoGE). Retrieved from <https://www.coe.int/en/web/good-governance/12-principles-and-elope>

² 15th session of the Conference of European Ministers responsible for local and regional government.

(Valencia, 15-16 October 2007) – Report by the Secretary General (CM(2008)14, CM(2008)14-add, GR-DEM(2008)CB4-rev). Retrieved from https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d3dc8

здатність; 8) інновації і відкритість до змін; 9) сталість та орієнтація на довготерміновість; 10) міцний фінансовий менеджмент; 11) права людини, культурна різноманітність та соціальна згуртованість; 12) підзвітність¹. На рівні азіатсько-тихоокеанського регіону відповідно до рекомендацій «What is Good Governance?», розроблених Економічною та соціальною комісією ООН в Азії та Тихоокеанському регіоні, належне урядування має 8 основних характеристик, зокрема: участь (може бути або безпосередньою, або за посередництвом легітимних інституцій чи представників), орієнтація на консенсус, підзвітність, прозорість, чуйність, результативність та ефективність, рівноправність та інклюзивність та дотримання принципу верховенства права².

Вітчизняні науковці, які займалися цією тематикою, вірно відзначають, що перелік цих принципів не є закритим, він може доповнюватися новими принципами, які неодмінно виникнуть з огляду на надзвичайно стрімкий розвиток та ускладнення суспільних відносин, що спостерігається нині у світі³, відносячи до основних принципів належного урядування такі: 1) принцип участі у прийнятті рішення; 2) принцип прозорості; 3) принцип підзвітності (відповідальності); 4) принцип ефективності; 5) принцип неупередженості⁴. А. Пухтецька зазначає, що до стандартів належного урядування у працях європейських дослідників сьогодні відносять: належне законодавство; законність; участь; прозорість процесу прийняття рішень; доступ до інформації; належну адміністрацію; належний персонал; належний фінансовий та бюджетний менеджмент; ефективність; відповідальність та нагляд⁵.

Тобто виправлення помилок державного органу не за рахунок особи, яка діяла добросовісно – лише окремий випадок критеріїв «належного урядування». Навіть у вже згаданому рішенні у справі «Рисовський проти України» ЄСПЛ розкриває й інші його елементи, наприклад, що

¹ 12 Principles of Good Democratic Governance. Retrieved from <https://rm.coe.int/brochure-12-principles-of-good-governance-and-current-tools-on-good-go/16808b1687>

² United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific. What is Good Governance? Retrieved from <https://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>

³ Melnyk R.S. & Bevzenko V.M. (2014) *Zagal'ne administratyvne pravo: Navchal'nyu posibnyk* Kyiv: Vaite, 82.

⁴ Ibid, p. 82-88.

⁵ Pukhtetska, A. A. (2010) *Zaprovadzhennia pryntsyypiv ta standartiv nalezhnogo uryaduvannya u diyal'nosti publichnoyi administratsiyi*. Naukovi zapysky NAUKMA, v. 103: Yuryd'chni nauky, 38.

державні органи повинні діяти вчасно та в належний і якомога послідовніший спосіб та на державні органи покладено обов'язок запровадити внутрішні процедури, які посилять прозорість і ясність їхніх дій, мінімізують ризик помилок (п. 70 рішення).

Принаймні, у такому контексті принцип «належного урядування» із посиланням на п.70-71 рішення у справі «Рисовський проти України» міг би бути застосований, як це, до слова, намагаються зробити окремі судді (див., наприклад, рішення Львівського окружного адміністративного суду від 16.01.2019 у справі № 1340/5878/18) – якщо б йшлося про помилки державних органів чи недотримання ними своїх внутрішніх процедур.

Прикладом помилки могло б бути повернення відповідним органом Казначейства без виконання у випадку невідповідності інформації, викладеної у заяві платника, даним, наведеним у поданні, з вини органу, який сформував таке подання і допустив в ньому помилку.

Однак питання підтвердження факту придбання майна вперше – що є ключовою проблемою, яка призводить до виникнення «справ про 1 відсоток» – це не зовсім питання «процедури». Використана у постанові від 20.02.2018 у справі № 819/1730/17 конструкція «внутрішня процедура встановлення факту» є вочевидь невдалою, щонайменше, з огляду на значення слова «процедура» та наявність закріплених (у цьому випадку – Порядком № 787) процедур повернення коштів, помилково або надміру зарахованих до державного та місцевих бюджетів, до яких належить і оскаржуваний збір. Тобто процедура повернення коштів існує, і мова не йде про помилки щодо її застосування.

Зауважимо, що «процедура» – це «офіційно встановлений чи узвичаєний порядок здійснення, виконання або оформлення чого-небудь», розм. «ряд яких-небудь дій, хід виконання чого-небудь»¹. Однак у цьому випадку мова йде не про процедуру як таку, а про можливість підтвердження факту купівлі нерухомості вперше, як однієї з умов реалізації суб'єктивного юридичного права – звільнення від сплати збору. Можливо, більш доречним терміном для підтвердження такого факту є «спосіб» – «певна дія, прийом або система прийомів, яка дає можливість зробити, здійснити що-небудь, досягти чогось», «те, що служить знаряддям, засобом і т. ін. у якій-небудь справі, дії»². Водночас, коли

¹ Slovnyk ukrayins`koyi movy (1977) vol. 8, 343. Retrieved from <http://sum.in.ua/s/procedura>

² Slovnyk ukrayins`koyi movy (1978) vol. 9, 578. Retrieved from <http://sum.in.ua/s/sposib>

мова йде про суб'єктивні права, то усталеним терміном є «механізм реалізації права».

На нашу думку, у «справі про 1 відсоток» мова йде саме про відсутність механізму реалізації права особи, а не виправлення помилки державним органом чи недотримання ним внутрішньої процедури, оскільки визначивши звільнення від сплати збору при купівлі житла вперше (тобто законодавчо закріпивши певне суб'єктивне право), за майже 20 років держава не спромоглася створити механізму його реалізації, зокрема, способу перевірки факту купівлі житла вперше як його елементу – якщо з 01.01.2013 усі реєстраційні дії в межах України вносяться до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно, то до цієї дати (з моменту набрання чинності норми 19.08.1999) достовірно встановити чи підтвердити факт придбання нерухомості вперше неможливо. Безперечно, держава отримує вигоду від цього, однак, підкреслимо, мова не йде про помилку будь-якого державного органу.

Таким чином, наведені у постанові КАС ВС від 20.02.2018 у справі № 819/1730/17 рішення ЄСПЛ та правові позиції, у них викладені, є недоречними та не мають відношення до обставин цієї справи. При бажанні застосувати практику ЄСПЛ, можна було б звернутися до більш релевантних рішень. Зокрема, у справі «Будченко проти України», заява № 38677/06, ЄСПЛ аналізував аналогічну ситуацію – незапровадження протягом 10 років механізму реалізації законодавчого положення про звільнення заявника від оплати за спожиту електроенергію та природний газ, на що заявник мав право за законом (п. 37, 42, 45 рішення). Враховуючи тривалу бездіяльність держави та той факт, що заявник працював на державному підприємстві, Суд вважає, що через нездатність забезпечити звільнення його від оплати, на що заявник мав право за законом в розумні терміни, держава поклала на нього надмірний та неспіврозмірний тягар, порушивши таким чином свої зобов'язання за статтею 1 Першого протоколу до Конвенції (п. 46 рішення).

На нашу думку, у справах щодо повернення збору у розмірі 1 відсотка, застосування підходу, викладено у справі «Будченко проти України» не лише було б більш доречним – воно могло б слугувати основою мотивування, на відміну від тих 4 рішень ЄСПЛ, які використані КАС ВС.

Окрім того, звертає на себе увагу феномен застосування КАС ВС практики ЄСПЛ «з вторинного джерела» – у даному випадку 4 рішення ЄСПЛ, не перекладені українською мовою, запозичені з іншого рішення проти України, без належного опрацювання. Небезпекою такого підходу є поширення хибного розуміння широкої концепції «належного урядування» у доволі вузькому її аспекті (виправлення помилки) за

інших фактичних обставин (відсутності механізму реалізації права, а не допущення помилки державним органом).

З однієї сторони, не можна не зауважити, що ВС захистив право людини за відсутності правових механізмів і при цьому застосував практику ЄСПЛ – юридична спільнота і громадянське суспільство прагнули цього протягом багатьох років. Водночас «правомірними очікуваннями» від рішень ВС є наявність здатності побачити відмінності між різними концепціями та свідоме та коректне їх застосування.

ПРЕЗУМПЦІЯ НЕВИНУВАТОСТІ ОСОБИ В СИСТЕМІ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРЕЗУМПЦІЙ ¹

Здійснення конституційного судочинства, підвищення якості та ефективності використання правових норм неможливе без дослідження фундаментальних правових понять, одним з яких є правова презумпція. Це пояснюється тим, що вони забезпечують ефективність всіх елементів правового регулювання. В даному аспекті дослідження правових презумпцій є актуальним з позицій теорії та практики. Актуальність дослідження зумовлена й тим, що в актах судової влади термін “презумпція” використовується по відношенню до тих правових явищ, які насправді припущенням не виступають, оскільки їм не властивий ймовірнісний характер.

Презумпції, виходячи зі своєї генези та сутності, несуть в собі знання про існування певних фактів, явищ, подій, відносин, як узагальнення накопиченого досвіду в тій чи іншій сфері життєдіяльності. Аналіз типів світогляду дозволяє стверджувати, що в презумпціях міститься не тільки декскриптивний момент, але й перформативний. Презумпція описує певну реальність, але цей опис завжди умовний, якщо не доведено інше. Перформативне презюмує знання встановлює певний, конвенційний стан справ, який має наслідок для приймаючого суб'єкта.

В широкому значенні під презумпцією розуміють оціночне припущення про існування фактів, подій, явищ, яке приймається без доказів, на підставі попереднього досвіду суб'єкта пізнання.

Для закріплення презумпції в певній групі норм необхідна сукупність таких факторів: визнання важливості ідеї більшістю членів су-

¹ **Щербанюк Оксана Василівна**, доктор юридичних наук, доцентка, завідувач кафедри процесуального права, Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича

спільства; сприятливі історичні умови; наявність стійкої групи соціальних норм, здатних сприймати презумпцію.

Не дивлячись на те, що питання презумпцій є об'єктом дослідження кожної галузі права, тим не менш можна виділити такі суттєві ознаки правової презумпції.

По-перше, це припущення про існування юридичного факту. По-друге, це припущення базується на взаємозв'язку явищ у формі статистичної закономірності. По-третє, припущення носить ймовірний характер. Так, в кримінальному процесі для забезпечення гарантій від необгрунтованого притягнення особи до юридичної відповідальності та встановлення істини закріплена презумпція невинуватості – особлива, виняткова презумпція. По-четверте, припущення завжди може бути спростована. Вона визнається істинною. Поки не буде доведено зворотнє. По-п'яте, презумпція повинна бути закріплена в правовій нормі. Пряме закріплення в нормах права означає, що презумпція чітко сформована в даній нормі, в якій також одночасно визначені й можливі шляхи спростування даної норми. Так, відповідно до статті 62 Конституції України, особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду¹.

Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях неодноразово зазначав, що допустимість доказів є прерогативою національного права і, за загальним правилом, саме національні суди повноважні оцінювати надані їм докази (параграф 34 рішення у справі Тейшейра де Кастро проти Португалії від 9 червня 1998 року, параграф 54 рішення у справі Шабельника проти України від 19 лютого 2009 року), а порядок збирання доказів, передбачений національним правом, має відповідати основним правам, визнаним Конвенцією, а саме: на свободу, особисту недоторканність, на повагу до приватного і сімейного життя, таємницю кореспонденції, на недоторканність житла (статті 5, 8 Конвенції) тощо. Даючи офіційне тлумачення положення частини третьої статті 62 Конституції України, Конституційний Суд України Рішення Конституційного Суду України від 20.10.2011 р. вважає, що обвинувачення особи у вчиненні злочину не може ґрунтуватися на доказах, одержаних у результаті порушення або обмеження її конституційних прав і свобод, крім випадків, у яких Основний Закон України допускає такі обмеження².

¹ Конституція України: станом на 1 вересня 2017 р. – Харків: Право, 2017. С. 23.

² Рішення Конституційного Суду Т 1-31/2011 від 20.10.2011 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-11#n54>

Як бачимо, тут існує припущення, що складає основу презумпції, та умови, при дотриманні яких презумпція вважається спростовною. На думку Т. Фулей, «презумпція невинуватості розглядається у вузькому та широкому значеннях, або іншими словами, на двох різних рівнях – при розгляді кримінальної справи в суді (англ. *criminal trial*) та в кримінальному процесі у більш загальному значенні принцип, відповідно до якого при обвинуваченні особи у вчиненні злочину (чи кримінального проступку) тягар доведення вини несе сторона обвинувачення (прокурор), і доведення має бути поза розумним сумнівом (англ. *beyond reasonable ground*). Примітно, що цей стандарт доведення нарешті отримав нормативне закріплення і у вітчизняному кримінально-процесуальному законодавстві (частина 2 статті 17 КПК 2012 р.). Але сучасне європейське право з прав людини також підтримує ширший сенс презумпції невинуватості, а саме – що не лише поводження з особою, вина якої у вчиненні кримінального правопорушення не встановлена обвинувальним вироком суду, має відповідати поводженню з невинуватою особою (це положення також знайшло своє нормативне закріплення у новому Кодексі – частина 5 статті 17 КПК 2012 р.), а й досудове розслідування має проводитися, наскільки це можливо, як немовби обвинувачений є невинуватим. Таке широке значення презумпції діє як стримування щодо численних заходів, які можуть застосовуватися до підозрюваного в період до судового розгляду справи по суті. Наприклад, широка інтерпретація знайшла своє відображення у статті 6-2 Конвенції і статті 10 щодо висвітлення у ЗМІ судових процесів, а також у статті 6-2 Конвенції і статті 5 Конвенції, зокрема при вирішенні питання про обрання запобіжних заходів. ЄСПЛ однозначний у тому, що коли суд розглядає питання про взяття на поруки чи тримання під вартою, відп. равною точкою має бути презумпція невинуватості обвинуваченого»¹.

27 лютого 2019 р. Конституційний Суд України ухвалив Рішення у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368² Кримінального кодексу України. Цим Рішенням Суд визнав такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною), статтю 368² Кодексу. У своєму Рішенні Конституційний Суд підкреслив, що протидія корупції має здійснюватися виключно правовими засобами з дотриманням конституційних принципів та приписів законодавства, ухваленого відповідно до Конституції України. За приписами статей 62, 63 Конституції

¹ Фулей Т. Презумпція невинуватості: концептуальні підходи. Слово Національної школи суддів. № 1(1). 2012 С. 41.

України законодавче формулювання складу такого злочину, як незаконне збагачення, не може: покладати на особу обов'язок підтверджувати доказами законність підстав набуття нею у власність активів, тобто доводити свою невинуватість; надавати стороні обвинувачення право вимагати від особи підтвердження доказами законності підстав набуття нею у власність активів; уможливлувати притягнення особи до кримінальної відповідальності лише на підставі відсутності підтвердження доказами законності підстав набуття нею у власність активів. Конституційний Суд України вважає, що дотримання вимоги ясності і недвозначності норм, які встановлюють кримінальну відповідальність, є особливо важливим з огляду на специфіку кримінального закону та наслідки притягнення до кримінальної відповідальності, адже притягнення до такого виду юридичної відповідальності пов'язане з можливими істотними обмеженнями прав і свобод людини. «Конституційний Суд України дійшов висновку, що стаття 368² Кодексу не відповідає вимогам чіткості, точності й однозначності, а тому суперечить юридичній визначеності як складовій принципу верховенства права, закріпленого у статті 8 Конституції України», – йдеться у Рішенні Суду¹. У Рішенні Конституційний Суд України зазначає, що стаття 368² Кодексу не узгоджується з конституційним принципом презумпції невинуватості (частини перша, друга, третя статті 62 Конституції України) та з конституційним приписом щодо неприпустимості притягнення особи до відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів (право особи не давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів) (частина перша статті 63 Конституції України). Конституційний Суд України наголошує, що конституційні приписи щодо презумпції невинуватості та неприпустимості притягнення особи до відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів мають застосовуватися рівною мірою до всіх осіб. Конституція України не допускає звуження чи скасування вказаних гарантій стосовно окремих категорій осіб.

Таким чином, на основі визначених ознак можна визначити правову презумпцію як закріплене в правовій нормі ймовірне спростоване припущення про існування юридичного факту. Слід звернути увагу та не, що сучасні конституційні презумпції відображають об'єктивні потреби суб'єктів конституційного права. За допомогою конституційних презумпцій одноманітно регулюються типові правові ситуації, які виника-

¹ Рішення Конституційного Суду України № 1-п/2019. URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/2627>

ють в сфері конституційних правовідносин, які передбачають варіант вибору суб'єктом своєї поведінки та усвідомлення ним наслідків свого вибору. В силу пріоритету конституційних норм, конституційні презумпції мають особливе значення в правовій системі. Найважливішими є конституційні презумпції, які діють в сфері прав та свобод людини і громадянина, на захисті яких стоїть Конституційний Суд України.

ОБГРУНТОВАНІСТЬ УХВАЛЕНИХ РІШЕНЬ І ВИСНОВКІВ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ¹

Сучасна конституційно-правова доктрина збагатилась завдяки діяльності органу конституційної юрисдикції України. Як правило вона проявляється у юридичних позиціях Конституційного Суду України.

Стаття 2 Закону України «Про Конституційний Суд України» визначає засади діяльності Суду, серед яких з поміж верховенства права, незалежності, колегіальності, гласності, відкритості, повного і всебічного розгляду справ, визначена засада обгрунтованості та обов'язковості ухвалених ним рішень і висновків².

В сучасній науці конституційного права аргументацію конституційного суду, яку він використовує при формуванні свого остаточного рішення у відповідній справі називають юридичною позицією суду. Текстуально вони містяться в мотивувальній частині рішення або висновку суду, проте в окремих випадках можуть подаватися у звуженій редакції і в резолютивній частині.

Слід вказати, що юридична позиція – це не саме рішення, а те, що лежить в основі його прийняття: праворозуміння, тлумачення права з певного питання, конституційно-правова доктрина, створена колективно суддями при розгляді справи.

Термін «аргумент» почав використовуватися у правовій науці з 1170 року та має такі значення: *arguere* - показувати, стверджувати, доводити, з'ясовувати; *argumentation* - наведення доказів, аргументів.

¹ **Бзова Л.Г.**, аспірантка, асистент кафедри процесуального права, Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича

² Закон України «Про Конституційний Суд України» Відомості Верховної Ради (ВВР), 2017, № 35, ст.376 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19> (дата звернення: 25.03.2019)

Вчення про аргументацію, започатковане ще за часів давньо-грецьких мислителів, протягом різних цивілізаційних епох сформувалося і тепер репрезентоване у багатьох теоретичних варіантах. З-поміж них протягом останніх десятиліть усе наполегливіше ведеться мова про вітчизняну юридичну аргументацію, у складі якої (а можливо і паралельно до неї) набуває вагомості правова аргументація.

Правова аргументація виникла на певному історичному етапі розвитку суспільства, вона постійно еволюціонує, змістовно збагачується і розвивається у ході юридичної діяльності, соціокультурних традицій та правового мислення¹.

Особливості предмета дослідження, а також комплексний міждисциплінарний характер дослідження правової аргументації обумовлюють залежність такого дослідження від праворозуміння ученого та того праворозуміння, яке, зрештою, закладено у мовних і культурних кодах кожної нації.

Аргумент може бути визначений за двома критеріями: процесуальне функціонування та мета, що переслідується. Тому аргументація - це «комплексна і кінцева дія», що передбачає розумову діяльність правильного вибору механізмів та засобів переконання, логічного зв'язку ідей, орієнтованих на певну мету.

Аргументація часто розглядається як проста техніка маніпулювання. Існують певні методи, адаптовані відповідно до певних критеріїв для того, щоб вираженні ідеї були прийняті. Ці методи включають раціональні та/або емоційні засоби, вбудовані в дискусійну техніку, характеризуються глобальним способом пошуку правильних аргументів, що ведуть до деяких міркувань.

Теорія правової аргументації нині стає один з пріоритетних розв'язків сучасної правової науки. Правова аргументація в порівнянні з іншими видами аргументації має свої специфічні особливості. Однією з таких особливостей є вживання юридичної термінології, посилення на нормативно-правові акти.

Дослідники правової аргументації зазвичай не пропонують дефініцію її поняття. Натомість часто пропонують модель, на яку можна «приміряти» різні явища для встановлення того, чи справді вони є правовою аргументацією.

¹ Alexy R. A theory of legal argumentation/R. Alexy. - Oxford, Clarendon Press, 1989 - 340p.

Правова аргументація формується для використання при розробці теоретико-методологічних основ правової області знань, у політико-правовій сфері, при правовому вихованні тощо.

На думку вченого С. Тумліна, правова аргументація базується на аналогії з процедурами і прийомами, що застосовуються в ході судових дебатів. Він аналізує аргументацію, застосовуючи поняття і методи логіки щодо оцінки, обґрунтування і підтвердження тих тез і припущень, які люди роблять на практиці¹.

К. Каргін стверджує, що правова аргументація - це діяльність із наведення правових доводів, що може породити правовий результат².

Власний підхід до визначення правової аргументації має польський дослідник Х. Перельмак, який зазначає, що специфічним у юридичній логіці є те, що вона є не просто формально-силлогічним у демонстрацією, а логікою аргументації, яка використовує не тільки аналітичні докази, які є переконливими, а й діалектичні докази, мета яких - запевнити або ж навіть переконати аудиторію і таким чином судовий спір. На його думку аргументація є результатом виведення загальних основ із логічних правил³.

Отже, аргументованість рішень та висновків Конституційного Суду України є обов'язковою засадою діяльності Конституційного Суду України. При цьому правова аргументація є раціональним способом переконання суб'єктів правовідносин за допомогою усного або письмового впливу на них, що здійснюється шляхом висунення юридичної і критичної оцінки тверджень, гіпотез, пропозицій із застосування юридичної термінології з метою зміни їх поглядів чи переконань. Саме за допомогою праворозуміння, заснованого на верховенстві права та правах людини, Конституційним Судом формується нова конституційно-правова доктрина.

Науковий керівник: *Щербанюк О.В.*, доктор юридичних наук, доцент, зав. кафедри процесуального права юридичного факультету Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича,

¹ Toumlin S. The Uses of Arument/ S/Toumlin/ - Cambridge, 1958 - 264p.

² Каргін К. Понятие си элеиненты юридической аргументацыи: монографія. - Н.Новгород: Нижегород. прав. факул., 2011, - 68с.

³ Perelman Ch. What is the Legal Logic? HeinOnline – 3 Isr.L.Rev. XII 1968.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ В УКРАЇНІ ¹

Адвокатська діяльність здійснюється на підставі договору про надання правової допомоги. Повноваження адвоката на надання правової допомоги можуть посвідчуватися: договором про надання правової допомоги; довіреністю; ордером; дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги.² Договір про надання правової допомоги (правової послуги) є різновидом договорів про надання послуг, а тому на нього поширюються загальні положення Глави 63 ЦК України «Послуги. Загальні положення» (статті 901-907 ЦК України). Так, договори про надання послуг, залежно від правового регулювання, поділяються на три групи, серед яких в науці цивільного права традиційно розрізняють: договори, які передбачені ЦК України (договори перевезення, договір зберігання, договір страхування тощо); договори, які передбачені іншими нормативно-правовими актами (договір морського буксирування, регулюється ст. 222 Кодексу торговельного мореплавства України) та, відповідно, договори, які здобули поширення в договірній практиці учасників цивільних правовідносин.³ Договір про надання правової допомоги (правової послуги) відноситься до останньої групи договорів, а тому погребує детального дослідження.

Внесок у дослідження актуальності даної теми зробили: Заборовський В., Довгерт А., Кузнецова Н., Майданик Р., Саніахметова Н., Суєвалов М., Харитонов Є. та ін.

Окремі питання договору про надання правової допомоги (правової послуги) регулюються Розділом IV «Договір про надання правової допомоги» Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»¹ та Правилами адвокатської етики.⁴

Договір про надання правової допомоги - договір, за яким одна сторона (адвокат, адвокатське бюро, адвокатське об'єднання) зобов'язується надавати правову допомогу іншій стороні договору (клієнту) на умовах і

¹ **Гартавер Габрієлла**, студентка, юридичний факультет, УжНУ

² Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 159. Відомості Верховної ради України. 2013. №27.Ст.282.

³ Бичкова С. С. Цивільне право України. Договірні та не договірні зобов'язання. Київ, 2006. 498 с.

⁴ Правила адвокатської етики від 09.06.2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001891-17> (дата звернення 23.03.2019)

в порядку, що визначені договором, а клієнт зобов'язується оплатити надання правової допомоги та фактичні витрати, необхідні для виконання договору, у випадку, якщо така оплата передбачена договором.³

З визначеного поняття можна виділити юридичну характеристику, а саме те, що договір є:

- двостороннім (наділяє правами та обов'язками обидві сторони)
- відплатним (передбачає оплату надання правової допомоги) або безвідплатним (надання безоплатної правової допомоги)
- консенсуальним (вважається укладеним з моменту досягнення згоди сторін).

Сторонами договору є замовник (клієнт - фізична або юридична особа, держава, орган державної влади, орган місцевого самоврядування, в інтересах яких здійснюється адвокатська діяльність) та виконавець (адвокат, адвокатське бюро, адвокатське об'єднання, можуть також бути особи, які здійснюють підприємницьку діяльність у сфері надання юридичних послуг, центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги, адвокати, включені до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на постійній основі за контрактом, адвокати, включені до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на тимчасовій основі на підставі договору - при безоплатній вторинній правовій допомозі).¹

Форма договору – письмова. Законодавством передбачена усна форма у разі:

- надання усних і письмових консультацій, роз'яснень із правових питань з подальшим записом про це в журналі та врученням клієнту документа, що підтверджує оплату гонорару (винагороди);
- якщо клієнт невідкладно потребує надання правової допомоги, а укладення письмового договору за конкретних обставин є неможливим - з подальшим укладенням договору в письмовій формі протягом трьох днів, а якщо для цього існують об'єктивні перешкоди - у найближчий можливий строк.¹

При укладенні даного договору необхідним є визначення всіх його умов, до яких належать наступні:

1. *Предмет договору* - правова допомога, яка виражається у наданні однієї або кількох правових послуг, чітко визначених договором. Закон України «Про безоплатну правову допомогу» у стат-

¹ Дзюбенко О. Л. Загальні положення договору про надання правової допомоги. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка, 2013. Вип.2013 С. 265-275

ті 1 визначає правову послугу як надання правової інформації, консультацій і роз'яснень з правових питань; складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру; здійснення представництва інтересів особи в судах, інших державних органах, органах місцевого самоврядування, перед іншими особами; забезпечення захисту особи від обвинувачення; надання особі допомоги в забезпеченні доступу особи до вторинної правової допомоги та медіації.¹

2. *Ціна договору* – потребує обов'язкового зазначення в разі відплатності договору. Згідно Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» гонорар є формою винагороди адвоката за здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту. При встановленні розміру гонорару враховуються складність справи, кваліфікація і досвід адвоката, фінансовий стан клієнта та інші істотні обставини. Гонорар має бути розумним та враховувати витрачений адвокатом час.¹ В.М. Богославець систематизував найбільш поширені у світовій практиці способи визначення ціни договору про надання правової допомоги (правової послуги), до яких відніс такі:

а) погодинна ставка (адвокат детально реєструє кожну годину свого часу,

- витраченого на справи клієнта, виставляє рахунок, в якому зазначає кількість
- годин, затрачених на справу, надані послуги та вартість цих послуг, у рахунку також

зазначаються всі понесені виконавцем витрати);

б) фіксована сума (адвокат і клієнт попередньо домовляються про загальну

- фіксовану суму винагороди);

в) умовна винагорода (виплачується адвокату лише в тому випадку, коли справа

- закінчується успішно для клієнта);

г) комбінований метод (містить елементи вище зазначених способів визначення

- ціни договору про надання правової допомоги).²

¹ Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 02.06.2011 р. № 3460-VI. Відомості Верховної Ради України. 2011.№ 51.Ст. 577.

² Богославець В. М. Договори про надання правових послуг : автореф . дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук. Ів.-Франк, 2007. 3 с.

3. *Строк дії договору* - набуває чинності з моменту його підписання і діє до виконання сторонами своїх зобов'язань, може бути розірваний згідно вимог чинного законодавства України.
4. *Конфіденційність* – виконавець зобов'язаний зберігати конфіденційність інформації, яка стала йому відома при наданні клієнту правової допомоги за цим договором.
5. *Зміст договору* - включає права та обов'язки сторін договору. Клієнт зобов'язаний:
 - вчасно та у повному обсязі виплатити адвокату гонорар (винагороду) та оплатити фактичні витрати, необхідні для виконання цього договору, в розмірі та на умовах визначених сторонами в разі, якщо договір є відплатним;
 - вчасно та в повному обсязі надати адвокату документи та інформацію, необхідні для виконання адвокатом дорученням, які відповідають дійсності і містять достовірні та повні данні;
 - не здійснювати дій (не допускати бездіяльності), що будуть або можуть заважати адвокату ефективно, якісно та своєчасно виконувати доручення;
 - завчасно повідомляти адвоката (із фіксацією такого повідомлення) про намір укласти договір про надання правничої допомоги з іншим адвокатом (адвокатським об'єднанням, адвокатським бюро) з питань, що так чи інакше стосується доручення;
 - прийняти від адвоката складені ним документи згідно із дорученням;
 - самостійно і своєчасно у випадку необхідності (яку (як необхідність) самостійно визначає адвокат і про яку будь-яким чином повідомляє клієнта) сплати судовий збір, державне мито, плату за вчинення нотаріальної дії, сплатити (внести плату) за проведення судової експертизи, призначеної судом, та (або) за проведення (здійснення) експертного висновку, висновку спеціаліста тощо та інші подібні фактичні витрати і надати адвокату відповідні підтверджуючі платіжні документи про таку сплату;
 - виконати інші обов'язки, які прямо передбачені для клієнта як для особи, якій надається правнича допомога Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Клієнт має право:

- розірвати договір про надання правничої допомоги з адвокатом в односторонньому порядку у випадках передбачених договором;
- інші права клієнта передбачені договором;

- інші права, які прямо передбачені для клієнта Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Адвокат має право:

- розірвати договір в односторонньому порядку у випадках та на умовах передбачених договором, Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», Цивільним кодексом України;
- припинити виконання (зупинити виконання/невиконувати) доручення у разі: будь-якого порушення клієнтом умов договору щодо виплати гонорару (винагороди) та/або оплати фактичних витрат; несвоєчасної та/або неповної оплати (сплати) клієнтом платежів у разі відплатності договору; не передання клієнтом адвокату документів, які знаходяться в клієнта і необхідні для виконання адвокатом доручення; не надання клієнтом інформації адвокату, яка відома клієнту і необхідна для виконання адвокатом доручення.

Адвокат зобов'язаний виконувати умови договору належним чином, своєчасно повідомляти клієнта про всі обставини справи та інші обов'язки, передбачені чинним законодавством.¹ Якщо клієнт у встановленому законом порядку визнаний недієздатним (обмежено дієздатним) і над ним встановлено опіку (піклування), або якщо клієнт є неповнолітнім, й інтереси клієнта, відповідно, представляє законний представник (або опікун, піклувальник), який свідомо для адвоката діє на шкоду законним інтересам неповнолітнього (підопічного), адвокат повинен:

- відмовитись від прийняття (або, відповідно, продовження виконання) доручення, яке може завдати шкоди інтересам неповнолітнього (підопічного);
- вжити всіх доступних йому заходів для захисту законних інтересів клієнта;
- поставити органи опіки та піклування до відома щодо зазначених дій опікуна (піклувальника) недієздатного (обмежено дієздатного) клієнта або законних представників (опікуна) неповнолітнього.²

6. *Припинення договору* - підставами для припинення договору надання юридичних послуг є угода сторін, належне виконання

¹ Договір про надання правової допомоги на представництво комплексне ведення справи в суді. URL: https://advokatrivne.io.ua/s2627902/dogovir_pro_nadannya_pravovoe_dopomogi_na_predstavnictvo_-_kompleksne_vedennya_spravi_v_sudi (дата звернення 23.03.2019)

² Правила адвокатської етики від 09.06.2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001891-17> (дата звернення 23.03.2019)

договору, істотне порушення або інші обставини, передбачені законом чи договором.

Слід зауважити, що особливістю договору про надання правової допомоги є те, що адвокат не надає за цим договором жодних запевнень і гарантій стосовно реального результату виконання доручення клієнта.⁷ Також, адвокат не має права пропонувати свої послуги конкретному клієнту ні особисто, ні через посередника. Звертаючись до аналізу норм Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», варто зазначити, що, на відміну від попереднього закону, чинний законодавчий акт не містить указівки щодо можливості здійснення реклами адвокатської діяльності. На противагу цьому, Правила адвокатської етики (далі – Правила) містять положення, якими регульовано це питання. Отже, адвокат має право рекламувати свою професійну діяльність за дотримання чинного законодавства і цих Правил. Адвокат не може вдаватись до антиреклами стосовно іншого адвоката (адвокатського об'єднання) або використовувати цей метод, рекламуючи власну діяльність.¹

Отже, договір про надання правової допомоги, поширений в договірній практиці учасників цивільних правовідносин, є двостороннім, консенсуальним, відплатним або безоплатним. Договір має публічний характер, адже адвокат бере на себе обов'язок надавати правову допомогу кожному, хто до нього звернеться, до всіх клієнтів встановлюються однакові умови, адвокат не надає переваги одному клієнту перед іншим щодо укладення даного договору, якщо інше не передбачено законодавством, він не може необгрунтовано відмовити клієнту у наданні даної послуги, якщо має можливість її надати. Об'єктом правовідносин щодо надання адвокатської допомоги є кваліфікована юридична послуга, при цьому виконавець зобов'язаний зберігати конфіденційність інформації, яка стала йому відома при наданні клієнту правової допомоги за цим договором.

Для дійсності договору та для відсутності протиріч при врегулюванні відносин між клієнтом і адвокатом, необхідним є зазначення всіх умов договору. Різновидом договору про надання правової допомоги є договір доручення щодо представництва інтересів клієнта, якщо ним є неповнолітня особа, цим договором охоплюються такі юридичні послуги адвоката, які спрямовані на здійснення юридично значимих дій, тобто дій, що тягнуть за собою виникнення, зміну або припинення прав та обов'язків у клієнта щодо третіх осіб.

¹ Польський О. Ю. Правові засади рекламування адвокатської діяльності. Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ, 2016. Вип. 2016 С. 113-122

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПОЛОЖЕНЬ ПРО ВИДАЧУ ТА ПРОДОВЖЕННЯ ОБМЕЖУВАЛЬНОГО ПРИПISУ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ ¹

Конституція України² передбачає, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю, права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст та спрямованість діяльності держави, а утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. З даної норми випливає, що на різні державні та недержавні органи покладено захист прав та свобод людини і громадянина, в тому числі на законодавчому рівні.

Так, з ратифікацією Україною Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок та домашньому насильству і боротьбу з цими явищами (далі – Конвенція)³, Україна взяла на себе ряд зобов'язань. Такі зобов'язання стосуються не тільки законодавчого забезпечення реалізації положень Конвенції щодо протидії даному негативному явищу⁴, але й ефективної реалізації положень прийнятих зобов'язань. Так попереднє нормативно-правове регулювання даного питання, основою якого був Закон України «Про попередження насильства в сім'ї»⁵ (втратив чинність) не виправдовував своєї мети, оскільки було суттєво ускладнена

¹ **Заборовський В.В.**, доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри цивільного права та процесу, УжНУ

Стойка А.В., студентка, юридичний факультет, УжНУ

² Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. (1996). Відомості Верховної Ради України, 30, ст. 141.

³ Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами від 11.05.2011 р. СETS № 210 (офіційний переклад). Київ: К.І.С.

⁴ Про запобігання та протидію домашньому насильству: Закон України від 07.12.2017 р. № 2229-VIII. (2017). Відомості Верховної Ради України, 5, ст. 32.; Про затвердження Порядку винесення уповноваженими підрозділами органів Національної поліції України термінового заборонного припису стосовно кривдника: Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 01.08.2018. № 654. (2018). Офіційний вісник України, 69, ст. 75.; Про затвердження Порядку взаємодії суб'єктів, що здійснюють заходи у сфері запобігання та протидії домашньому насильству і насильству за ознакою статі: Постанова Кабінету Міністрів України від 22.08.2018 р. № 658. (2018). Офіційний вісник України, 69, ст. 22.

⁵ Про попередження насильства в сім'ї: Закон України від 15.11.2001 р. № 2789-III (втратив чинність). (2001). Відомості Верховної Ради України, 10, ст. 72.

процедура видачі захисного припису (ст. 13), через що він вже міг вже не мати ніякого значення, що і потребувало його удосконалення.

Так, за даними Міністерства соціальної політики, у 2017 році за-реєстровано 96245 звернень з питань, пов'язаних з домашнім насильством, з них 85340 – від жінок, 10005 – від чоловіків, 900 – від дітей¹.

Так, продуктивним засобом реалізації взятих на себе зобов'язань на законодавчому рівні стало введення кримінальної відповідальності² за вчинення домашнього насильства. Однак, не менш важливу роль відіграють зміни до цивільно-процесуального законодавства, а саме доповнення Цивільний процесуальний кодекс України (далі – ЦПК)³ Главою 13 «Розгляд судом справ про видачу і продовження обмежувального припису», оскільки вважаємо, що враховуючи ступінь небезпеки для особи, яка зазнала домашнього насильства, що доповнюється, як правило, психологічним (моральним) зв'язком такої особи з кривдником, застосування термінового заборонного припису та притягнення до адміністративної відповідальності може виявитися недостатньо, а чекати на вчинення домашнього насильства систематично (що є необхідною умовою для кваліфікації діяння за ст. 126-1 КК України) не найкраще відповідатиме інтересам постраждалої особи.

Із введенням до цивільно-процесуального законодавства положення про видачу та продовження обмежувального припису, він вже встиг себе реалізувати на практиці, про що свідчить чимала кількість судових рішень, винесених по даній категорії справ. Саме завдяки дослідженню судової практики, можна проаналізувати недосконалість даного інституту та прогалини, які не були враховані законодавцем при його впровадженні.

Так, найбільше дискусій викликає формування доказової бази при подачі заяви про видачу та продовження обмежувального припису, оскільки саме з даних питань судова практика є надзвичайно розбіжною.

¹ Про схвалення Концепції Державної соціальної програми запобігання та протидії домашньому насильству та насильству за ознакою статі на період до 2023 року: Розпорядження кабінету Міністрів України від 10.10.2018 р. № 728-р. (2018). Офіційний вісник України, 82, ст. 74.

² Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами: Закон України від 06.12.2017 р. № 227-VIII. (2017). Відомості Верховної ради України, 5, ст. 26.

³ Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. (2004). Відомості Верховної Ради України, 40-44, ст. 356.

Так суди у своїй практиці неодноразово відмовляють у видачі обмежувального припису на підставі того, що суду не надано доказів про внесення випадку домашнього насильства до Єдиного державного реєстру випадків домашнього насильства та насильства за ознакою статі¹, створення якого передбачено законом, та який, зазначимо, і досі не створений (на даний час розроблений тільки проект Порядку формування, ведення та доступу до Єдиного державного реєстру випадків домашнього насильства та насильства за ознакою статі²).

Інші суди при розгляді даної категорії справ відмовляють у розгляді заяви на підставі того, що суду не надано доказів притягнення заінтересованої особи до адміністративної відповідальності³, або якщо притягнуто, то суду не надано доказів вчинення домашнього насильства саме на час звернення до суду⁴, або ж судом не встановлено наявності високих ризиків настання негативних наслідків внаслідок поведінки заінтересованої особи по відношенню до заявника в майбутньому⁵. Деякі суди взагалі не визнають притягнення заінтересованої особи до адміністративної відповідальності як належний доказ, оскільки це є видом правопорушення, за яке винну особу вже притягнуто до відповідальності⁶. Крім того, ознаки вчинення домашнього насильства може бути кваліфіковано поліцією як дрібне хуліганство (ст. 173 КУпАП), що, на думку суду, все ж є неналежним реагуванням поліції⁷.

¹ Рішення Дарницького районного суду міста Києва від 1 лютого 2018 р., судова справа № 753/1616/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72135463>

² Про затвердження порядку формування, ведення та доступу до Єдиного державного реєстру випадків домашнього насильства та насильства за ознакою статі: проект Постанови Кабінету Міністрів України. URL: <https://www.msp.gov.ua/projects/332/>

³ Постанова Апеляційного суду Тернопільської області від 3 травня 2018 р., судова справа № 607/1842/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73830598>

⁴ Рішення Нововолинського міського суду Волинської області від 24 вересня 2018 р., судова справа № 165/2118/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76756452>

⁵ Рішення Старокостянтинівського районного суду Хмельницької області від 9 жовтня 2018 р., судова справа № 683/2315/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77002624>

⁶ Рішення Макарівського районного суду Київської області від 15 лютого 2019 р., судова справа № 370/580/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80414232>

⁷ Рішення Автозаводського районного суду м. Кременчука від 25 липня 2018 р., судова справа № 524/5741/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76205944>

Іншим судам і цього було замало, вони «пішли ще далі», і на підтвердження вчинення домашнього насильства вимагають порушення кримінального провадження відносно заінтересованої особи, вказуючи, що внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань є належним доказом у справах про видачу і продовження обмежувального припису¹. Інші, навпаки – зазначають, що витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань не може бути прийнятий в якості доказу, оскільки досудове розслідування ще не закінчено, до відповідальності заінтересовано особу не притягнуто, а тому не доводить вчинення по відношенню до заявника будь-яких протиправних дій². Ще одним «варіантом» вирішення судами даного питання є те, що в разі порушення кримінального провадження проти заінтересованої особи за фактом вчинення домашнього насильства, керуючись ч. 10 ст. 26 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству», провадження про видачу обмежувального припису взагалі не підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства³.

Ще одним дискусійним питанням є оцінка ризиків подальшого продовження вчинення домашнього насильства, що є необхідною з підстав для задоволення заяви про видачу обмежувального припису. Так, іноді вчинення домашнього насильства 1 раз вже свідчить про наявність ризику його повторного вчинення⁴; в іншому випадку необхідне обґрунтоване побоювання вчинення домашнього насильства у майбутньому, яке також обов'язково має бути доведено⁵. Так, достатнім доказом наявності обґрунтованих ризиків вчинення домашнього насильства може бути факт завершення досудового розслідування та складення обвинувального акту відносно заінтересованої особи⁶, а так само пись-

¹ Рішення Лисичанського міського суду Луганської області від 13 грудня 2018 р., судова справа № 415/10120/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78539088>

² Постанова Апеляційного суду Полтавської області від 26 вересня 2018 р., судова справа № 525/875/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76851208>

³ Ухвала Шевченківського районного суду м. Львова від 19 червня 2018 р., судова справа № 466/4494/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74762394>

⁴ Рішення Калуського міськрайонного суду Івано-Франківської області від 12 лютого 2019 р., справа № 345/346/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79848478>

⁵ Постанова Верховного Суду від 21 листопада 2018 р., судова справа № 756/2072/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78267811>

⁶ Рішення Жовтневого районного суду м. Маріуполя від 1 березня 2019 р., судова справа № 263/2677/19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80211969>

мові показання свідків та звернення заявника до органів поліції¹ (хоча в іншій справі суд визнає недостатніми доказами ні показання свідків, ні визнання факту вчинення домашнього насильства самою заінтересованою особою (в результаті чого заявник зазнав тілесних ушкоджень), оскільки не надано доказів щодо ймовірності продовження чи повторного вчинення домашнього насильства, настання тяжких або особливо тяжких наслідків, а також смерті постраждалої особи²).

Що стосується інших доказів, то тут судова практика є не менш неоднозначною. Так, суд не розглядає як доказ на підтвердження вчинення домашнього насильства як висновок судово-медичної експертизи, так і звернення до органів поліції та прокуратури з приводу вчинення відносно заявника домашнього насильства, оскільки іноді, сам факт постійного звернення до різних органів, розцінюється судом як наявність тривалого конфлікту між заявником та заінтересованою особою, але не підтвердженням вчинення домашнього насильства³ (хоча, з іншого боку, наявність конфлікту може свідчити і про наявність ризиків щодо повторного вчинення домашнього насильства⁴). Також суд вважає недостатніми доказами для видачі обмежувального припису пояснення малолітньої дитини про вчинення щодо неї домашнього насильства, копії довідок з медичного закладу про наявність у останньої побоїв та синців, оскільки заявник не був обмежений в можливості звернутися за допомогою та захистом до уповноважених осіб (зокрема, порушення кримінального провадження чи притягнення заінтересованої особи до адміністративної відповідальності)⁵.

Також перед судами може постати й питання щодо вирішення можливості зловживання заявником своїми правами задля досягнен-

¹ Рішення Балтського районного суду Одеської області від 26 листопада 2018 р., судова справа № 493/2336/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78259323>

² Постанова Апеляційного суду м. Києва від 23 травня 2018 р., судова справа № 756/702/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74476043>

³ Рішення Великобагачанського районного суду Полтавської області від 21 липня 2018 р., судова справа № 525/875/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75419380>

⁴ Рішення Бродівського районного суду Львівської області від 5 березня 2019 р., судова справа № 439/1957/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80240334>

⁵ Рішення Ленінського районного суду м. Миколаєва від 22 жовтня 2018 р., судова справа № 489/6391/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77295855>

ня власних інтересів, оскільки відповідно до ч. 2 ст. 26 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству», одними з обмежень, які застосовуються до кривдника є заборона перебувати в місці спільного проживання (перебування) з постраждалою особою (п.1), усунення перешкод у користуванні майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності (п.2) тощо¹. Так, залежно від різних обставин справи, суд може визнати за заявою про видачу обмежувального припису спір щодо поділу спільного майна², спір про порядок визначення користування спільним майном³, або ж визначення місця проживання дітей та порядку участі у їх вихованні⁴ тощо.

З одного боку це дійсно є певною можливістю для заявника використання даної норми у власних корисливих цілях. Але тут в першу чергу потрібно звертати увагу на ті порушення прав людини, до яких приводить домашнє насильство та на самий характер даного правопорушення. Домашнє насильство є однією з найгостріших соціальних проблем⁵, при здійсненні якого відбувається порушенням прав та свобод і конкретної людини, що, через різні можливості агресора і жертви, ускладнює можливості самозахисту і вимагає втручання з боку держави і суспільства⁶, навіть якщо це є таким серйозним втручанням в сімейне життя. А тому, введення засобів протидії домашньому насильству і до цивільного процесуального законодавства є додатковою та необхідною гарантією протидії такому негативному явищу та захисту особи (чи осіб). І якщо фізичне насильство як форми домашнього ще можна виявити, проте складнішим залишається психологічне насильство, сам факт якого найчастіше відомий тільки особі, щодо якої воно здійснюється.

¹ Про запобігання та протидію домашньому насильству: Закон України від 07.12.2017 р. № 2229-VIII. (2017). Відомості Верховної Ради України, 5, ст. 32.

² Постанова Верховного Суду від 13 лютого 2019 р., судова справа № 462/2318/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79988719>

³ Рішення Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 5 лютого 2018 р., судова справа № 607/1842/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72039829>

⁴ Постанова Верховного Суду від 21 листопада 2018 р., судова справа № 756/2072/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78267811>

⁵ Про схвалення Концепції Державної соціальної програми запобігання та протидії домашньому насильству та насильству за ознакою статі на період до 2023 року: Розпорядження кабінету Міністрів України від 10.10.2018 р. № 728-р. (2018). Офіційний вісник України, 82, ст. 74.

⁶ Галай, А.О., Галай, В.О., Головка, В.В. та ін. (2014). Міжнародний досвід попередження та протидії домашньому насильству. А.О. Галай (ред.) Київ: КНТ.

Підводячи підсумки зазначимо, що Україна, взявши на себе міжнародні зобов'язання щодо протидії домашньому насильству, з точки зору законодавчого забезпечення дійсно їх дотримується (про що свідчить чимала кількість прийнятих законних та підзаконних нормативно-правових актів). Проте одного формального закріплення недостатньо, важливішим є дійсний захист осіб, які постраждали від домашнього насильства (у всіх його формах). Аналізуючи судову практику з розгляду справ про видачу і продовження обмежувального припису, можна виявити численні помилки судів в процесі правозастосування даних норм, в першу чергу це стосується різних підходів до формування доказової бази.

ДОСУДОВА МЕДІАЦІЯ ЯК АЛЬТЕРНАТИВНА ФОРМА ВИРІШЕННЯ ЦИВІЛЬНИХ СПОРІВ ¹

Загальний контекст потужних державно-правових реформ в Україні зумовлює необхідність пошуку інноваційних підходів до розв'язання різноманітних питань, які є однаково значущими як для публічного, так і для приватного сектору життєдіяльності суспільства. Останнім часом дедалі частіше можна зустріти практику альтернативного вирішення правових конфліктів без звернення до класичних судових процедур, що наглядно засвідчує процес делегування державою частини своїх повноважень у певних сферах інститутам громадянського суспільства, серед яких провідну роль відіграє, зокрема, медіація.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання запровадження інституту медіації було предметом дослідження багатьох українських та російських фахівців, а саме: О. Белінської, І. Присяжнюк, Н. Грень, Ю. Притики, С. Демченко, В. Маляренка, І. Войтюк, Я. Мачужак, В. Землянської, Р. Безпальчої та ін., проте активне запровадження досудового врегулювання спорів окреслене лише теоретично, відтак, наразі актуальною є необхідність практичного застосування даного інституту, а також глибокий та комплексний підхід до сфери його правового регулювання, зокрема, у співставленні із розвиненими зарубіжними державами.

Мета статті полягає в узагальненні наукових положень і теоретичному огляді нормативно-правового регулювання інституту медіації у пра-

¹ **Заяць Романна Іванівна**, студентка, Природничо-гуманітарний коледж, УжНУ

вовій системі України, зокрема, при вирішенні цивільних спорів, а також у визначенні переваг процедури медіації, її перспективи впровадження.

Виклад основного матеріалу. Медіація є комплексним соціальним інститутом, до вивчення якого необхідно підходити з міждисциплінарних позицій¹. Основні ідеї медіації, її принципи та механізми впливу на поведінку людини знайшли свій розвиток у працях представників таких наукових напрямів, як юридична конфліктологія, психологія, соціологія, соціальна антропологія. Правова наука почала займатися вивченням медіації, насамперед, із привнесенням елемента правового регулювання в цю сферу суспільного життя. Питання правового регулювання медіації стоять на першому місці при вирішенні завдання запозичення позитивного зарубіжного досвіду та його впровадження в нове соціальне і правове середовище².

Саме слово «медіація» походить від латинського «mediatio» – посередництво – і є загальноновживаним на міжнародному рівні, проте в сучасному українському законодавстві не закріпленим, позаяк відсутній єдиний підхід до розуміння його сутності. Таким чином, вважаємо доцільним навести декілька загальновідомих визначень даного терміну.

Так, наприклад, у Законі України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» медіація трактується як переговори за участі нейтрального посередника, добровільний і конфіденційний процес, в якому нейтральна третя сторона допомагає конфліктуючим сторонам досягти взаємоприйнятої угоди, як метод, за яким сторони управляють і володіють як самим процесом так і його результатом – угодою, тобто нічого не вирішується без згоди сторін³.

«Медіація як діяльність професійних посередників, які спрямовують учасників юридичного спору до компромісу й урегулювання спору самостійно самими сторонами», – вказано в Указі Президента України

¹ Крисюк Ю. П. (2016). Медіація як позасудовий спосіб вирішення спорів: історія впровадження в зарубіжних країнах і перспективи для України / Ю. П. Крисюк // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. Вип. 38(2). С. 154-157. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2016_38\(2\)_40](http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2016_38(2)_40), с. 154.

² Кисельова Т. (2011). Правове регулювання відносин із надання послуг медіації у зарубіжних країнах / Т. Кисельова // Право України. № 11-12. С. 225-236, с. 225-226.

³ Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18.03.2004 р. № 1629-IV. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1629-15>

«Про концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів»¹.

Крім того, велика кількість науковців висвітлили у своїх наукових працях питання та проблемні моменти, що стосуються вищезазначеного інституту. Так, наприклад, О. Белінська вважає медіацію добровільним та конфіденційним способом вирішення конфліктної ситуації, де медіатор у ході структурованої процедури допомагає учасникам конфлікту вступити в прямі перемовини для вироблення спільного рішення щодо проблеми².

Більш вузьке розуміння поняття медіації пропонує І. Присяжнюк і зазначає, що медіація є альтернативним (досудовим) способом вирішення спорів, у яких третя незалежна особа – медіатор, надає допомогу сторонам у прийнятті взаємоприйняттого рішення³.

Виходячи з вищенаведених положень, головною метою медіації є орієнтування на досягнення згоди, консенсусу, прийняття спільного рішення, яке буде задовольняти обидві сторони конфлікту. Основною відмінністю медіації від інших способів вирішення цивільних спорів є те, що вона не зосереджується на пошуку та доведенні правоти тієї чи іншої сторони.

Головне завдання медіатора – концентрація зусиль на зміцненні здатності сторін до медіації, на визнанні та сприйнятті представниками сторін один одного з усіма розбіжностями у поглядах. Медіатор – це особа, завданням якої є надання допомоги сторонам для досягнення примирення у спорі. Медіатор не наділений повноваженнями на прийняття рішень, а його роль та значення у процесі медіації науковці визначають за допомогою таких трьох позицій:

- забезпечення зворотного зв'язку між сторонами спору, щоб вони змогли зрозуміти перспективи розв'язання конфлікту та з'ясувати головні потреби й інтереси один одного в наявному спорі;
- раціоналізація переговорного процесу між сторонами;
- спонукання сторін конфлікту до напрацювання щодо переговорів принципового підходу і знаходження рішень, які загалом від-

¹ Про концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів: Указ Президента України від 10 травня 2006 р. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/361/2006>.

² Белінська О. В. (2011). Медіація – альтернативне вирішення спорів. Вісник Вищої ради юстиції. № 1 (5). С. 158-172., с. 158-159.

³ Присяжнюк І. (2012). Запровадження медіації як форми відновного правосуддя. Вісник національної академії прокуратури України. № 2(26). С. 65-69., с. 65.

повідують їхнім головним інтересам, а в окремих випадках і на прохання сторін – внесення суттєвих пропозицій, спрямованих на стимулювання, спрямування сторін до досягнення згоди¹.

На підставі даних положень необхідним є визначення основних переваг медіації, головною серед яких є те, що це не «український велосипед», а давно апробована та виправдана світовим досвідом процедура. До прикладу, 80% спорів у Британії щодня вирішуються завдяки цій процедурі, а в США є категорія справ (житлові, ДТП, сімейні), в яких медіація є обов'язковою².

Решта «плюсів» застосування зазначеного інституту знаходять свій вияв у наступних аспектах:

- **економія часу та коштів.** Якщо порівнювати дану процедуру із судовою, то очевидним є те, що вирішення спору шляхом медіації, на відміну від суду, – недовготривале і може значно заощадити кошти її учасникам;
- **виграшне рішення для обох сторін.** Під час медіації немає переможеної сторони та тієї, яка перемогла, адже мета медіації – відшукати рішення, яке зможе задовольнити обидві сторони. Тільки у цьому разі медіація вважатиметься завершеною та успішною;
- **добровільність.** Сторони беруть участь у медіації добровільно: під час прийняття рішення про медіацію, у процесі її проведення, досягнення домовленостей і виконання рішень;
- **гнучкість процедури.** Медіація може бути перервана в будь-який час за ініціативи будь-кого з учасників медіації. Склад учасників (юристи, родичі, повноважні представники тощо) визначається самостійно кожною зі сторін. Сторони самі вирішують, за яких умов вони будуть укладати угоду чи припиняти медіацію.

Конкретизуючи предмет нашого дослідження, вважаємо за необхідне здійснити екскурс у 15 грудня 2017 року, коли одночасно з початком роботи нового складу Верховного Суду (ВС) 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 повністю викладено в новій редакції відразу три процесуальні кодекси та внесено зміни ще до 26 пов'язаних із цим законів.

¹ Кузьмина М.Н. (2008). Юридический конфликт: теория и практика разрешения. М.: Юрлитинформ, 253 с., с. 59-60.

² Власюк К. (2018). 5 переваг медіації. Юридична Газета online. Всеукраїнське щотижневє професійне видання. URL: <http://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/5-perevag-mediacyi.html>

Серед важливих новацій вищезгаданого Закону є запровадження інституту «врегулювання спору за участю судді». Вказаний інститут є формою альтернативного способу вирішення спору, що, на думку законодавця, направлений на сприяння оперативному, об'єктивному та компетентному вирішенню спорів на засадах примирення сторін конфлікту, покликаний зменшити судове навантаження на суддів, скоротити час на розгляд справ і характеризується рядом специфічних ознак:

- врегулювання спору за участю судді може бути проведено до початку розгляду справи по суті виключно за згодою сторін;
- вказана процедура триває не більше тридцяти днів і здійснюється у формі спільних та (або) закритих нарад. Проведення у справі зупиняється;
- під час проведення спільних нарад суддя з'ясовує підстави та предмет позову, підстави заперечень, роз'яснює сторонам предмет доказування, пропонує сторонам надати пропозиції щодо шляхів мирного врегулювання спору або може самостійно запропонувати сторонам можливий шлях мирного врегулювання спору. На закритих нарадах суддя має право звертати увагу сторони на судову практику в аналогічних спорах, пропонувати стороні можливі шляхи мирного врегулювання спору. Суддя не має права надавати сторонам юридичні поради, рекомендації та надавати оцінку доказів у справі;
- інформація, отримана будь-якою із сторін, а також суддею під час проведення врегулювання спору, є конфіденційною; протокол наради не ведеться та не здійснюється фіксування технічними засобами;
- врегулювання спору за участю судді припиняється за заявою сторони, у разі закінчення строку врегулювання спору за участю судді, за ініціативою судді, у зв'язку з укладенням сторонами мирової угоди та звернення до суду із заявою про її затвердження, звернення позивача до суду із заявою про залишення позовної заяви без розгляду, відмови від позову чи визнання позову відповідачем;
- у разі укладення мирової угоди до прийняття рішення у справі судом першої інстанції, відмови позивача від позову, визнання позову відповідачем до початку розгляду справи по суті судом вирішується питання про повернення 50 відсотків судового збору;

- якщо спір не було урегульовано, то справа передається на розгляд іншому судді¹.

Вбачається, що інтегрований у судовий процес механізм для врегулювання спору шляхом проведення переговорів за участю судді (як посередника, зацікавленого у врегулюванні спору) цілком може бути використаний сторонами до початку розгляду справи по суті.

З цим, враховуючи проаналізоване дослідження Н. М. Грень, можна зробити висновок, що автор вважає врегулювання спору за участю судді присудовою медіацією. За його твердженням присудова медіація є самостійною моделлю медіації, яка інтегрована в судову систему країни².

Не можна оминати увагою твердження Л. Д. Романадзе, яка не вважає врегулювання спору за участю судді медіацією. Це самостійна процедура, яка не має нічого спільного з класичною фасилітаційною моделлю медіації, що понад 20 років поширюється в Україні. На думку Л. Д. Романадзе, більш слушним для медіаторів буде розглядати інститут врегулювання спору за участю судді просто як нову в українській практиці гібридну примирювальну процедуру, що не є медіацією³.

Погляди вчених на медіацію та врегулювання спору за участю судді мають суттєві відмінності. Врегулювання спору за участю судді можна вважати одним із видів медіації, проте аж ніяк не тотожним поняттям. Такий висновок базується на проведеному аналізі поняття та ознак медіації, а також норм чинного цивільного процесуального законодавства України, які регулюють врегулювання спору за участю судді. Основними критеріями, за якими відносимо врегулювання спору за участю судді до медіації, є:

- врегулювання спору відбувається за участю третьої (нейтральної) сторони. Суддя виступає цією нейтральною стороною, яка допомагає сторонам знайти порозуміння. При вирішенні спору за участю судді владні повноваження останнього полягають у

¹ Противень С. (2018). Примирення сторін vs вирішення справи. Нова роль суду у вирішенні конфліктів ЮРИСТ&ЗАКОН.URL: https://sk.ua/wp-content/uploads/sk_files/primirennya_storin_vs_virishennya_spravi.pdf.

² Грень Н. М. (2016). Реалізація права людини на справедливий суд шляхом процедури присудової медіації: теоретико-правове дослідження: дис. канд. юрид. наук: 12.00.01; Нац. ун-т «Львів. політехніка». Львів, 250 с., с. 85.

³ Романадзе Л. Д. (2017). Сдерживающие недостатки: какие пробелы в проектах новых ХПК, ГПК и КАС будут мешать примирению сторон судьей или медиатором. URL: http://zib.com.ua/ru/print/128584-kakie_probely_v_proektah_novih_hpk_gpk_i_kas_budut_meshat_pr.html

тому, що він затверджує мирову угоду, а також слідкує за тим, аби не здійснювалося зловживання правами сторонами. Тобто, така функція судді не може розглядатися як діяльність щодо здійснення правосуддя;

- до ключових принципів відносяться: конфіденційність та добровільність. Інформація, отримана суддею від сторони під час закритих нарад, не може бути розголошена іншій без згоди першої. Не підлягає розголошенню також і вся інша інформація, отримана суддею під час проведення цієї процедури. Врегулювання спору за участю судді є неможливим без згоди сторін спору;
- вирішення спору здійснюється з урахуванням найбільш прийнятних шляхів для сторін. Тобто, спір вирішується не лише на правових позиціях і в межах предмета позову, а й з урахуванням інтересів сторін;
- формами проведення процедури є спільні та закриті (індивідуальні) наради зі сторонами спору;
- відповідальність за прийняте рішення покладається на сторони спору. Суддя може пропонувати сторонам можливі варіанти мирного врегулювання, але саме рішення приймається обопільно самими сторонами;
- суддя, який проводить процедуру врегулювання спору, не має права надавати сторонам юридичні поради та рекомендації та оцінку доказів у справі¹.

Внесення змін до ЦПК України, які встановлюють можливість врегулювання спору за участю судді, є логічним результатом розвитку в Україні матеріального і процесуального законодавства, орієнтованого на міжнародні стандарти правосуддя, однак, на нашу думку, необхідною є адаптація вищезазначеної моделі медіації до традиційної, яка, на відміну від українських реалій, має за мету не звичайний компроміс, а досягнення консенсусу між сторонами шляхом врахування їх інтересів та стратегічного, структурованого і чіткого поередництва з боку медіатора.

Висновки. На основі попередньо висвітлених положень вважаємо доцільним сформулювати наступні висновки:

1. Медіація – це визнана світовою практикою процедура врегулювання спору шляхом переговорів сторін спору за допомогою одного або кількох нейтральних посередників (медіаторів).

¹ Можайкіна О. (2018). Правовий аналіз врегулювання спору за участю судді. Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право. № 2. С. 174-180., с. 177-178.

2. Однією з найбільш інноваційних змін українського правового середовища стало запровадження процедури врегулювання спору за участю судді згідно до положень Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 17.12.2017 р., яку в професійному середовищі називають судовою медіацією. Однак, за своєю правовою природою вищезгадані інститути все-таки є не тотожними, не взаємовиключними у застосуванні. Медіація може проводитися на будь-якій стадії судового процесу, що презюмує її здійснення і тоді, коли врегулювання спору за участю судді вже мало місце. Тим самим, прийняття законопроекту «Про медіацію» № 3665 від 17.12.2015 р. зумовить розширення диспозитивних можливостей для сторін під час вирішення спору, що матиме наслідком, зокрема, уникнення невиправданої судової тяганини та значних витрат сторін. З іншої сторони, зловживання правом повторного проведення процедури медіації може спровокувати затягування судового процесу.
3. У будь-якому разі для практичного застосування медіації необхідне внесення відповідних змін до вітчизняного процесуального законодавства, оскільки Законом 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 р. № 2147-VIII використання зазначеної процедури вирішення спору не передбачено.
4. Безумовно, пошук взаємного консенсусу та спільне врегулювання спору є найбільш ефективними, оскільки таким чином максимально задовольняються інтереси обох сторін з найменшими затратами часу, коштів та емоційного виснаження, тому поступове впровадження в систему права країни інноваційних механізмів вирішення спорів є ключем до усунення ряду проблем під час здійснення українського правосуддя.

Науковий керівник: *Лейба Є.В.*, канд. юрид. наук, викладач вищої категорії, адвокат, член кваліфікаційної палати КДК адвокатури Закарпатської області

Наукове видання

ЗАКАРПАТСЬКІ ПРАВОВІ ЧИТАННЯ

*Матеріали XI Міжнародної науково-практичної конференції
(11-13 квітня 2019 року, м. Ужгород)*

Том 2

Тексти публікуються в авторській редакції

Верстка Реш Ліана

Підписано до друку 08.04.2019. Формат 60x84/16. Умов. друк. арк. 23,4.
Гарнітура Cambria. Папір офсетний. Зам. №2140/2. Наклад 100 прим.

Оригінал-макет виготовлено та віддруковано:
ТОВ «РІК-У», 88000, м. Ужгород, вул. Гагаріна, 36
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК №5040 від 21.01.2016 р.

318 Закарпатські правові читання. Матеріали XI Міжнародної науково-практичної конференції (11-13 квітня 2019 року, м. Ужгород) / Ужгородський національний університет; а заг. ред. О.Я. Рогача, Я.В. Лазура, М.В. Савчина. Ужгород: РІК-У, 2019. Т.2. 402 с.

ISBN 978-617-7692-38-5

У науковому збірнику опубліковано матеріали XI Міжнародної науково-практичної конференції «Закарпатські правові читання», що відбулася 11-13 квітня 2019 р. на базі Ужгородського національного університету. Матеріали конференції містять матеріали доповідей, які присвячені окремим проблемам сучасної юриспруденції, зокрема, філософсько-правових цінностей та конституційної демократії, порівняльного правознавства та його місця серед юридичних наук, утвердження незалежності судів та впровадження судово-правової реформи, належного урядування та стандартів адміністративних процедур. Також у збірнику можна знайти доповіді, присвячені моделі втручання держави в економічні свободи та стану економічного (господарського) права, розвитку приватного права у контексті європейської інтеграції, сучасних тенденцій кримінального права у світлі гуманізації права, забезпечення справедливого правосуддя та виконання судових рішень.

Для наукових та науково-педагогічних працівників, докторантів, аспірантів, студентів правничого напрямку, юристів-практиків, усіх, хто цікавиться питаннями юриспруденції.

УДК 3 (477. 87) : 378